

PROF. DR. CHRISTIAN KOENIG LL.M.

GESCHÄFTSFÜHRENDER DIREKTOR AM ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATIONSFORSCHUNG (ZEI) DER UNIVERSITÄT BONN



**„Novellierung des 11. Teils des Telekommunikationsgesetzes
und die Auswirkungen auf die Internetwirtschaft“**

Vortrag anlässlich des eco-Forums zur TKG-Novellierung
am 27. September 2002 in Frankfurt am Main

- **Rechtsunsicherheit** aufgrund unklarer rechtlicher Rahmenbedingungen betrifft insbesondere Internetwirtschaft
- Wichtigste Gründe: Technische Komplexität der Regelungsmaterie und schneller technologischer Wandel
- Gesetzgeber reagiert hierauf mit **technologieneutralen Regelungsansatz** auf hohem Abstraktionsniveau
- Folge: Normen sind auf Sachverhalte anwendbar, für die sie nicht konzipiert wurden

- Terminologie des TKG entstammt der **Begriffswelt der herkömmlichen Telekommunikation** (POTS/ISDN)
- Verbindungsorientierte Kommunikation <-> Paketvermittelte Kommunikation
- Beispiel: TKG-Vorschriften über „Nummern“ könnten begrifflich auf IP-Adressen angewandt werden
- Paketvermittelte Kommunikation setzt immer auf verbindungsorientierte Übertragungsmedien auf, so dass tatsächlicher Anknüpfungspunkt für Normanwendung scheinbar vorhanden

- Internetdienste bedienen sich also stets sowohl paketorientierter als auch verbindungsorientierter Übermittlung
- Telediensten liegt notwendigerweise die „**Übermittlung mittels Telekommunikation**“ zugrunde (§ 2 Abs. 1 S. 1)
- Gesetz bildet also das sachnotwendige technische Stufenverhältnis zwischen Telekommunikation und darauf aufbauenden Diensten ab, bietet aber keine Anhaltspunkte für Abgrenzung
- § 2 Abs. 4 TDG schließt die Anwendung des TDG auf Telekommunikationsdienstleistungen explizit aus
- § 2 Abs. 4 TDG soll bloße Telekommunikationsdienstleistungen ausschließen

§ 2 TDG

– Geltungsbereich –

(1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt (Teledienste).

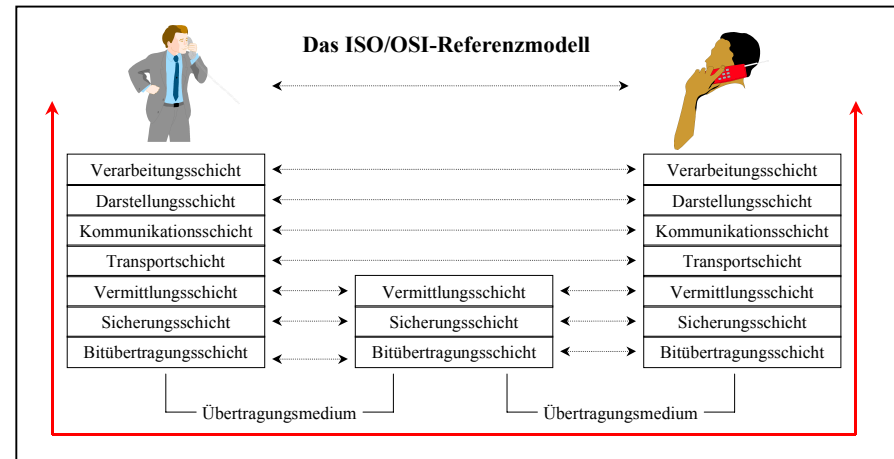
(...)

(4) Dieses Gesetz gilt nicht für

1. Telekommunikationsdienstleistungen und das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten nach § 3 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120) (...)

➤ Orientierung an technischen Kategorien: **ISO/OSI-Schichten-/Referenzmodell**

➤ Abgrenzung nach ISO/OSI: Dienste, die innerhalb dieses Schichtenmodells auf oder unterhalb der Transportschicht angesiedelt sind, sollten zunächst als Telekommunikation im Sinne des TKG zu betrachten sind



➤ ISO/OSI-Modell löst aber nicht alle Probleme

➤ Beispiel: Domain Name System ist anhand des ISO/OSI-Schichtenmodells als Teledienst einzustufen, da dieser Dienst oberhalb der Transportschicht des Modells liegt

➤ Zweifel an einer allzu schematischen Lösung weckt auch das Beispiel des Internet-E-Mail-Dienstes, der sich zumindest intuitiv als Analogon zu herkömmlichen Formen der Telefonie und des Telefax begreifen lässt, seiner technischen Erscheinungsform nach aber dennoch als reiner Teledienst anzusehen wäre

- RegTP: E-Mail-Kommunikation ist Telekommunikationsdienst i.S.d. § 3 Nr. 5 TKG (Mitteilung Nr. 11/2001, ABl. RegTP 2001, 45)
- RegTP gibt aber auch keine weiteren Anhaltspunkte für eine Abgrenzung zu Teledienst i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TDG

§ 3 TKG
– Begriffsbestimmungen –

(...)

5. ist „geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ das nachhaltige Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht, (...)

§ 2 TDG
– Geltungsbereich –

(...)

(2) Teledienste im Sinne des Absatzes 1 sind insbesondere
1. Angebote im Bereich der Individualkommunikation (...)

- **Mangelnde Sicherheit in der Zuordnung** einzelner Dienste zu den Rechtsregimen des TKG und des TDG führt zu heillosen Durcheinander auch im Hinblick auf den 11. Teil des TKG
- Beispiel: Frage der Zulässigkeit der Speicherung von IP-Adressen als Verbindungsdaten, nach h.M. ist das Teledienste-Datenschutzgesetz einschlägig, technisch ist aber eher eine Zuordnung zum Rechtsregime des TKG gegeben

- Folge: Internet-Access-Provider sind mithin Telekommunikationsdienstleistungsanbieter und nicht, wie von weiten Teilen der juristischen Literatur und vom Bundesbeauftragten für den Datenschutz angenommen, Anbieter von Telediensten
- Kardinalfrage: Was kann getan werden kann, um zukünftige Fehlentwicklungen dieser Art zu verhindern?
- Rahmenbedingungen: **Novellierung des TKG bis Mitte 2003** wg. Umsetzung des neuen EG-Rechtsrahmens
- EG-Rechtsrahmen: Entwicklung vom Telekommunikationsrecht hin zum Kommunikationsrecht

Auch wenn die in der Praxis durchgeführte anlassunabhängige Internet-Recherche keinen grundlegenden datenschutzrechtlichen Bedenken begegnet, ist es rechtlich nicht zulässig, wenn sich das BKA im Zusammenhang mit solchen Recherchen auf § 89 Abs. 6 TKG beruft, um bei einem Zugangsprovider die Identität eines Nutzers zu ermitteln, dem zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte IP-Adresse zugeteilt wurde. Der Bezugnahme auf das TKG liegt die irriige Auffassung zugrunde, dass der Zugangsprovider hier einen Telekommunikationsdienst anbietet. Die Notwendigkeit des Einschaltens des Providers wird vom BKA mit dem Erfordernis begründet, einen raschen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden und damit die Beweissicherung zu gewährleisten. Dies könne nur dadurch sichergestellt werden, dass die Verdachtsmeldung des BKA an die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft am Wohn- bzw. Geschäftssitz des Nutzers, auf dessen PC sich das vermutlich strafrechtlich-relevante Material befindet, weitergeleitet wird. Der Nutzer lasse sich dabei nur mit Hilfe der beim Provider vorhandenen Daten ermitteln.

Ein Zugangsprovider ist Telediensteanbieter i. S. von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG. Somit ist das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) einschlägig, das in § 2 Nr. 1 auch den Zugangsprovider als „*Diensteanbieter im Sinne dieses Gesetzes*“ einschließt. Es sieht eine Auskunftspflicht *BfD*, 18. TB, BT-Drs. 14/5555, S. 105

- EG-TK-Recht nimmt „Dienste der Informationsgesellschaft“ aus, soweit diese nicht „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“ = Parallele zum deutschen Recht
- Gemeinschaftsrecht bestätigt das Problem, zeigt aber keinen Lösungsweg auf

Art. 2 Rahmenrichtlinie

– Begriffsbestimmungen –

Für die Zwecke dieser Richtlinie gelten folgende Begriffsbestimmungen:

(...)

c) „elektronische Kommunikationsdienste“: gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen; (...)

- **„Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation“** ist von besonderer Bedeutung für die Novellierung des 11. Teils des TKG
- Im Kern keine tiefgreifenden Änderungen inhaltlicher Art durch die Neufassung der TK-Datenschutzrichtlinie zu erwarten

- Ausdrückliche Regelungen für elektronische Post, Web-Cookies sowie für unerwünschte E-Mail-Nachrichten (Spam)
- Gemeinschaftsrechtlich erfasst der Kommunikationsdatenschutz nicht nur Telekommunikation, sondern erstreckt sich auch partiell auf Tele- und Mediendienste
- Richtlinie hindert deutschen Gesetzgeber nicht an einer **genaueren Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche**
- Die Novellierung des 11. Teils des TKG ist mit Blick auf den Datenschutz und staatliche Eingriffe in die Kommunikation also nicht als isolierte Aufgabe zu betrachten
- Vorschriften des Telekommunikationsdatenschutzes, des Teledienststedatenschutzes und des allgemeinen Datenschutzes müssen aufeinander abgestimmt werden
- Bundesregierung plant eine **Integration des Telekommunikationsdatenschutzes und des TDDSG in das Bundesdatenschutzgesetz** (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka-Gutachten zur „Modernisierung des Datenschutzrechts“ sowie BT-Drs. 14/9709 – Antrag der Fraktionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)

- Aber: Dies birgt auch Risiken, denn die alleinige Zusammenführung der Vorschriften gewährleistet noch nicht die Sachangemessenheit der jeweiligen Regelungen
- Unter dem Deckmäntelchen eines einheitlich hohen Datenschutzniveaus könnte die jeweils strengste Regelung auf den gesamten Sachbereich erstreckt werden
- Verdeutlichen lässt sich die skizzierte Problematik an der **datenschutzrechtlichen Behandlung von IP-Adressen**
- Telekommunikationsdatenschutz: IP-Adressen sind Verbindungsdaten, da diese zumindest für Access-Provider personenbezogene Daten darstellen
- Teledienstedatenschutz: Für Serverbetreiber, der Hosting-Dienstleistungen anbietet, sind IP-Adressen kaum mehr als personenbezogene Daten im datenschutzrechtlichen Sinne zu bezeichnen

- Mangel an Systematisierung zeigt sich auch bei **Sperrungsanordnungen gegen Internet-Access-Provider**
- Keine Klarheit, ob Access-Provider dem Telekommunikations- oder Tele- und Mediendiensterecht unterfallen
- Grund: § 3 Nr. 1 TDG (bzw. § 3 Nr. 1 MDStV), der eine systemwidrige Erweiterung des Anwendungsbereichs des TDG (bzw. MDStV) darstellt
- Exaktere Abgrenzung notwendig, die Access-Provider einzig dem telekommunikationsrechtlichen Regulierungsregime unterstellt
- Sperrungsanordnungen gegen Internet-Access-Provider sollten, wenn überhaupt, aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung für solche Anordnungen ergehen dürfen
- Derzeitiger Zustand, in dem das einzelbehördliche Ermessen über die Sperrung von Internetseiten entscheidet, ist nicht hinnehmbar

§ 3
Begriffsbestimmungen
Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet der Ausdruck
1. „Diensteanbieter“ jede natürliche oder juristische
Person, die eigene oder fremde Teledienste zur
Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung
vermittelt; (...)

- Weiteres aktuelles Problem: **Vorratsdatenspeicherung**
- Insbesondere aus grundrechtlichen Erwägungen so problematisch, dass es sich unter den derzeitigen Bedingungen verbietet
- Der EG-rechtliche Rahmen, insbesondere die neue TK-Datenschutzrichtlinie, ist gegenüber solchen mitgliedstaatlichen Ansinnen grundsätzlich indifferent
- Art. 15 Abs. 1 S. 2 der genannten Richtlinie sieht entsprechende Öffnungsklausel vor
- Aber: In Form einer allgemeinen Vorratsdatenspeicherung führt eine solche Speicherpflicht allerdings die Grundkonzeption der TK-Datenschutzrichtlinie ad absurdum, was auch gemeinschaftsrechtlich problematisch ist

**Artikel 15 Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation
– Anwendung einzelner Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG –**

(1) Die Mitgliedstaaten können Rechtsvorschriften erlassen, die die Rechte und Pflichten gemäß Artikel 5, Artikel 6, Artikel 8 Absätze 1, 2, 3 und 4 sowie Artikel 9 dieser Richtlinie beschränken, sofern eine solche Beschränkung gemäß Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG für die nationale Sicherheit, (d.h. die Sicherheit des Staates), die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit sowie die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig ist. Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten unter anderem durch Rechtsvorschriften vorsehen, dass Daten aus den in diesem Absatz aufgeführten Gründen während einer begrenzten Zeit aufbewahrt werden. (...)

- Weiteres Problem: Regelungen aus anderen Bereichen, die ins Medienrecht drängen: **Jugendschutzgesetz / Jugendmedienschutzstaatsvertrag**
- Neue Kategorie der „Telemedien“ ist in § 1 Abs. 3 JuSchG irreführend weit definiert
- Mit Rückwirkungen auf den Bereich der Tele- und Mediendienste und den Bereich der Telekommunikation ist zu rechnen
- Gefahr: Neue diffuse Begrifflichkeiten lösen bereits konturierte Rechtsbegriffe wieder auf
- Grenze zwischen Online- und Offline-Regulierung wird verwischt (Begriff des „Zugänglichmachens“)
- Konsequenz für Novellierung: Auch außerhalb des TKG oder des TDG liegende Tatbestände müssen beachtet werden

§ 1 JuSchG
– **Begriffsbestimmungen** –

(...)

(3) Telemedien im Sinne dieses Gesetzes sind Medien, die durch elektronische Informations- und Kommunikationsdienste nach dem Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz, TDG) und nach dem Staatsvertrag über Mediendienste der Länder übermittelt oder zugänglich gemacht werden. Als Übermitteln oder Zugänglichmachen im Sinne von Satz 1 gilt das Bereithalten eigener oder fremder Inhalte.

➤ **Fazit: Weder die Internetnutzer noch die im Internetbereich tätigen Unternehmen profitieren von der gegenwärtigen Rechtslage**

➤ **Konsequenz: Mögliche Leitlinien für eine TK-Novellierung:**

- **Systematisierung auch über die Grenzen des TKG hinaus,**
- **keine Technikneutralität um jeden Preis,**
- **Wahrung elementarer Grundrechte**

- Reine Fokussierung auf den 11. Teil des TKG läuft Gefahr, die dahinter liegenden Sachprobleme falsch zu verorten
- Besser: Grundlegende Systematisierung des für die Internetwirtschaft relevanten Regelungsrahmens
- Der bisherige technikneutrale Ansatz der Gesetzgebung sollte nicht sakrosankt sein, da keine Regulierungen für die Ewigkeit geschaffen werden müssen
- Präzisere technikbezogene Regelungen sollten auch um den Preis häufigerer Gesetzesänderungen in Kauf genommen werden
- Gesetzliche Regelungen zum Ausgleich zwischen den berechtigten Erfordernissen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr einerseits und den Grundrechten der Internet-Nutzer und Diensteanbieter andererseits (Sperrungsverfügungen, Vorratsdatenspeicherung, Eingriff in Fernmeldegeheimnis)