

20. Hessisches Gesprächsforum Medien: „Perspektiven der Medienregulierung in Europa“

Veranstaltung der Hessischen Landesanstalt für Privaten Rundfunk (LPR Hessen) und des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Frankfurt/Main, 18. Mai 2004, Frankfurter Presseclub

Europäisches Medienrecht – Status quo und Perspektiven

Fernseh- und eCommerce-Richtlinie

Rechtsanwalt Thomas Kleist, Staatssekretär a.D., Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken/Brüssel

Die Medienregulierung in Europa umfasst, wie auch die Themen des heutigen 20. Hessischen Gesprächsforums Medien zeigen, einen weiten Bereich. Neben der Regulierung der Inhalte – anfänglich dabei besonders des Fernsehens – steht seit jeher auch die Infrastruktur im Fokus des Gemeinschaftsgesetzgebers. Zu nennen ist das neue Richtlinienpaket zur „elektronischen Kommunikation“, das im Jahr 2002 erlassen wurde und in Deutschland vor der Umsetzung steht.

In meinem Vortrag sollen die Regulierung des Rundfunks/Fernsehens und der neuen Medien sowie deren jeweilige Schnittstellen im Vordergrund stehen. Meine Aufgabe ist die Darstellung des *status quo* des EG-Rechts. Im Anschluss wird Herr Scheuer dann die Beurteilung des bestehenden Rechts darstellen und einen Einblick in die Fortentwicklung der Regulierungsansätze der Gemeinschaft geben.

Die Regulierung der (audiovisuellen) Medien in Europa ist differenziert ausgestaltet. Abhängig von dem jeweiligen Medium sind verschiedene Rechtsgrundlagen einschlägig, die in ihren Vorgaben auch für das jeweilige nationale Recht unterschiedliche Regelungstiefen aufweisen. Diese Differenzierung ergibt sich zum einen aus den die Kompetenz der Gemeinschaft allgemein regelnden Grundsätzen. Zu nennen sind das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EGV. Zum anderen bedingen auch die technischen Fragen der Verbreitung der Medien und ihre Breitenwirkung eine adäquate Unterscheidung.

Für das Fernsehen gilt in erster Linie das Regelungsregime der so genannten Fernsehrichtlinie¹. Diese enthält u.a. Bestimmungen über die Förderung der Verbreitung und Herstellung von Fernsehprogrammen, zu Fernsehwerbung, Sponsoring und Teleshopping sowie zu dem Recht auf Gegendarstellung. Das Recht der neuen Medien bzw. der Dienste der Informationsgesellschaft wird bestimmt durch die E-Commerce-Richtlinie.²

¹ Richtlinie 89/552/EWG „Fernsehen ohne Grenzen“ in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG.

² Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

Ich werde Ihnen die Fernseh- und die E-Commerce-Richtlinie zunächst anhand ihres Anwendungsbereichs vorstellen, so dass – gemeinschaftsrechtlich – eine Abgrenzung der verschiedenen Medien zu ähnlichen Erscheinungen und deren Zuordnung zu den Regelungsregimen ermöglicht wird. Im Anschluss daran sollen die Regelungsgehalte der verschiedenen Sekundärrechtsakte (Fernsehrichtlinie, E-Commerce-Richtlinie) dargestellt werden.

1. Die geltenden Definitionen der Fernsehsendung, für Dienste der Informationsgesellschaft und Kommunikationsdienste

Entscheidend für die sachliche Anwendbarkeit der verschiedenen Rechtsgrundlagen ist die Einordnung unter die jeweilige Legaldefinition. Diese Betrachtung möchte ich gerne, von dem Begriff des Fernsehens ausgehend, vornehmen.

Die Fernsehrichtlinie gilt für *Fernsehsendungen*. Art. 1 der Richtlinie definiert den Begriff der „Fernsehsendung“ als die drahtlose oder drahtgebundene, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, unverschlüsselte oder verschlüsselte Erstsending von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist. Dieser Begriff schließt die Übermittlung an andere Veranstalter zur Weiterverbreitung an die Allgemeinheit mit ein. Ausdrücklich nicht erfasst werden hingegen Kommunikationsdienste, die auf individuellen Abruf Informationen oder andere Inhalte übermitteln, wie Fernkopierdienste, elektronische Datenbanken und andere ähnliche Dienste.

Die so definierten Fernsehdienste werden vom Gemeinschaftsrecht nach zwei Richtungen hin von ähnlichen Erscheinungsformen abgegrenzt.

a) *Fernsehen vs. E-Commerce*

Erstens unterscheidet das Gemeinschaftsrecht für den übergeordneten Bereich der „elektronischen Mediendienste“ zwischen Fernsehdiensten und Hörfunkdiensten (wobei letztere allerdings bislang keinen speziellen gemeinschaftsrechtlichen Regulierungsvorgaben unterliegen) einerseits und Diensten der Informationsgesellschaft andererseits. Dienste der Informationsgesellschaft werden vor allem in der E-Commerce-Richtlinie geregelt. Als *Dienst der Informationsgesellschaft* definiert die Richtlinie über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften³ in Art. 1 Nr. 2, auf die die E-Commerce-Richtlinie verweist, jede – in der Regel gegen Entgelt – elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Danach erfolgt die Abgrenzung zwischen Fernsehdiensten und Diensten der Informationsgesellschaft zum einen über das Kriterium des Fernsehprogramms im Gegensatz zu einer sonstigen Dienstleistung der E-Commerce-Richtlinie und zum anderen über das Kriterium des individuellen Abrufs im Gegensatz zum Empfang durch die Allgemeinheit.

Unter *Fernsehprogramm* kann die geplante Zusammenstellungen von gesendeten Inhalten verstanden werden. Soweit dieses Kriterium keine klare Abgrenzung erlaubt, entscheidet für die Abgrenzung zwischen Fernsehdienst und Dienst der Informationsgesellschaft das genannte *technologieorientierte Kriterium*. Erfolgt die Übertragung von Daten auf individuellen Abruf hin, handelt es sich um einen Dienst der Informationsgesellschaft. Werden die Daten gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Empfängern übertragen, handelt es sich um einen Fernsehdienst. Etwas vereinfacht: Eine Point-to-Multipoint-Übertragung

³ Richtlinie 98/34/EG vom 22.6.1998, in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG vom 20.7.1998

spricht für einen Fernsehdienst, eine Point-to-Point-Übertragung für einen Dienst der Informationsgesellschaft. Erwägungsgrund 18 der E-Commerce-Richtlinie verdeutlicht dieses Kriterium, indem er ausdrücklich festhält, dass Fernsehsendungen im Sinne der Richtlinie 89/552/EWG und Radiosendungen keine Dienste der Informationsgesellschaft sind, da sie nicht auf individuellen Abruf erbracht werden.

Auch Anhang V der oben genannten Transparenz-Richtlinie 98/34/EG führt zu diesem Ergebnis. In der Beispielsliste der nicht unter diese und damit ebenfalls nicht unter die E-Commerce-Richtlinie fallenden Dienste gelten Fernsehdienste nicht als auf individuellen Abruf des Empfängers erbrachte Dienste. Sie werden nämlich ohne individuellen Abruf gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Empfängern erbracht. Zu dem Fernsehen vergleichbaren Diensten zählt der Anhang den zeitversetzten Video-Abruf (NVOD), Hörfunkdienste und den über Fernsehsignal erfolgenden Teletext.

Wie werden aber neue Erscheinungsformen der Medien behandelt? Ein Anwendungsfall ist das so genannte *Webcasting*, bei dem audiovisuelle Inhalte zumeist über Breitbandanschlüsse (z.B. über das Internet) abgerufen werden können. Ob die (inhaltliche) Ähnlichkeit dieses Dienstes mit Fernsehdiensten eine Zuordnung zu deren Regelungsbereich rechtfertigen kann oder ob die technische Verbreitungsart die Zuordnung zu den Diensten der Informationsgesellschaft eröffnet, ist im Prinzip im Sinne der Anwendung der Fernsehrichtlinie geklärt. Internet-Rundfunk als *Simulcast*, so die Begründung des Vorschlags der Kommission zur E-Commerce-Richtlinie, sei dem Rundfunk zuzuordnen. Erwägungen des Verbraucher- und Jugendschutzes könnten in der Tat für eine solche Einordnung sprechen.

Weiteres Beispiel für die Schwierigkeiten, die die Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens auf neue Erscheinungsformen der Medien aufwerfen kann, ist die sog. *interaktive Werbung*. Diese ermöglicht es dem Zuschauer bei Fernsehdiensten, über einen so genannten Rückkanal unmittelbar Informationen an den Fernsehveranstalter weiterzuleiten oder sich interaktiv in einer selbst gewählten Umgebung zu bewegen, und zwar so lange er will.⁴ Auf diesen Punkt wird Herr Scheuer sogleich noch detailliert zu sprechen kommen.

b) *Fernsehen vs. elektronische Kommunikation*

Zweitens sind Fernsehdienste gegenüber *Kommunikationsdiensten* abzugrenzen. Hierfür hat das Kommunikationspaket aus dem Jahre 2002 eine neue Grundlage geschaffen. Der neue Rechtsrahmen für den Bereich der elektronischen Kommunikation fasst unter dem Begriff „elektronische Kommunikationsdienste“ alle Dienste zusammen, die in der Übertragung elektronischer Signale über Kabel-, Funk-, Satelliten- oder über andere feste oder mobile terrestrische Netze bestehen. Der Begriff „elektronische Kommunikation“ wurde von der Europäischen Kommission erstmals im Juli 2000 in ihren Vorschlägen zu einer Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste verwendet und ersetzt dort den Begriff „Telekommunikation“. Die Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens gelten damit für alle Kommunikationsdienste, unabhängig von dem Weg ihrer Übertragung. Sie erfassen keine Dienste, die „*Inhalte* über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste *anbieten* oder eine *redaktionelle Kontrolle* über sie ausüben“.⁵ Mit dieser Unterscheidung zwischen Signal und Inhalt ist eine klare

⁴ So die Definition der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf bestimmte Aspekte der Bestimmungen der Richtlinie "Fernsehen ohne Grenzen" über die Fernsehwerbung, K(2004) 1450 vom 23.4.2004, Rn. 57.

⁵ Die zweite Wendung rekurriert auf einen Bestandteil der Definition des Veranstalters in der Fernsehrichtlinie.

Abgrenzung zu Fernsehdiensten möglich. Der Anwendungsbereich der Kommunikationsrichtlinien beschränkt sich auf Dienste zur Übertragung von Signalen. Dies verdeutlicht Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2002/77/EG über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.⁶ Dort heißt es: „Die Übertragung und Ausstrahlung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen sind demzufolge ebenfalls als ein elektronischer Kommunikationsdienst und die für die Übertragung und Ausstrahlung genutzten Netze als elektronische Kommunikationsnetze einzustufen.“ Soweit jedoch Inhalte angeboten werden oder eine redaktionelle Kontrolle über mittels elektronischer Kommunikationsnetze übertragene Inhalte ausgeübt wird, wird der Anwendungsbereich dieser Richtlinien verlassen und die Fernsehrichtlinie wird (zumeist) einschlägig sein.

2. Die verschiedenen Regelungsrahmen

Die jeweiligen Rechtsrahmen von Fernsehrichtlinie und E-Commerce-Richtlinie verfolgen unterschiedliche Regulierungsansätze, wie sowohl die Herangehensweise an den Regelungsgegenstand als auch die Intensität der Regulierung zeigen.

Die Fernsehrichtlinie will das Anbieten von Fernsehsendungen als relevante kulturwirtschaftliche Tätigkeit regeln und insofern für gerechte Wettbewerbsbedingungen und Verbraucherschutz sorgen. Sie will aber auch Fernsehdienste in ihrer zentralen Rolle für das Funktionieren moderner demokratischer Gesellschaften und für die Entwicklung und Vermittlung sozialer Werte erfassen.⁷ Sie stellt die Mindeststandards auf, die von den Mitgliedstaaten zu gewährleisten sind. Diese Mindeststandards betreffen fünf Regelungsbereiche, nämlich

- die Sicherstellung des freien Zugangs der Öffentlichkeit zu Übertragungen von Ereignissen mit erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung,⁸
- die Förderung der Herstellung und Verbreitung europäischer Fernsehprogramme,⁹
- den Schutz des Rechts auf Gegendarstellung,¹⁰ sowie – im Weiteren eingehender zu erörtern –
- den Schutz der Verbraucher durch Regelungen zu Werbung, Sponsoring und Teleshopping,¹¹ und
- den Schutz der Minderjährigen und der öffentlichen Ordnung¹².

Diese Mindeststandards können weit reichende Vorgaben beinhalten, die von den Mitgliedstaaten verpflichtend umzusetzen sind. Zu nennen sind die sehr detaillierten

⁶ Richtlinie vom 16.9.2002, ABl. EG Nr. L 249 vom 17.9.2002, S. 21.

⁷ Europäische Kommission, Mitteilung über die Zukunft der Regulierungspolitik im audiovisuellen Bereich, KOM (2003) 784 endg. Vom 15.12.2003, S. 3.

⁸ Art. 3a Fernsehrichtlinie.

⁹ Kapitel III, Art. 4 bis 9 Fernsehrichtlinien.

¹⁰ Kapitel VI, Artikel 23 Fernsehrichtlinie.

¹¹ Kapitel IV, Art. 10 bis 21 Fernsehrichtlinie.

¹² Kapitel V, Artikel 22 bis 22b Fernsehrichtlinie.

Bestimmungen des Kapitels IV der Richtlinie, welches Vorgaben für die Fernsehwerbung, das Sponsoring und das Teleshopping umfasst.

Bei der Umsetzung der Mindestvorgaben/-standards der Richtlinie gibt Art. 3 Absatz 1 der Fernsehrichtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, zu verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie erfassten Bereichen nachzukommen. Die Möglichkeit einer Inländerdiskriminierung ist daher ausdrücklich für zulässig erklärt worden.

Die E-Commerce-Richtlinie will als Zielvorstellung ebenso wie die Fernsehrichtlinie, auf die sie in Erwägungsgrund 4 ausdrücklich verweist, gewährleisten, dass ein hohes Niveau der gemeinschaftlichen Integration erzielt wird. Dies soll erreicht werden mittels der Nutzung der Chancen des Binnenmarktes durch den elektronischen Geschäftsverkehr. Für diesen bestimmt die E-Commerce-Richtlinie – nun im Gegensatz zur Fernsehrichtlinie – vor allen Dingen eine für die Mitgliedstaaten verpflichtende, umfassende Zulassungsfreiheit.

Darüber hinaus harmonisiert sie die Vorgaben zu einzelnen Aspekten dieser Wirtschaftstätigkeit, nämlich die kommerzielle Kommunikation, Informationspflichten der Anbieter, die Zulässigkeit elektronischer Verträge und die Verantwortlichkeit bei elektronischen Informationsangeboten. Ansonsten erklärt sie die Regelungen für anwendbar, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem der Diensteanbieter seinen Sitz hat. Dieser Herkunfts-Mitgliedstaat trägt nach Art. 3 Absatz 1 der E-Commerce-Richtlinie dafür Sorge, dass die angebotenen Dienste den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, „die in den koordinierten Bereich fallen“. Dieser *koordinierte Bereich* entfaltet über Art. 3 Absatz 2 (im Gegenzug zu Absatz 1) eine Sperrwirkung für die Einschränkungsmöglichkeit durch den Empfangsstaat. Absatz 2 legt fest: „Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.“ Zentral ist mithin der Begriff „koordinierter Bereich“. Dieser wird in Art. 2 Buchstabe h) definiert als „die für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und die Dienste der Informationsgesellschaft in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen, ungeachtet der Frage, ob sie allgemeiner Art oder speziell für sie bestimmt sind.“ Der koordinierte Bereich betrifft nach Buchstabe i) die Anforderungen in Bezug auf die Aufnahme der Tätigkeit eines Dienstes (so die Anforderungen betreffend Qualifikationen, Genehmigung oder Anmeldung) sowie die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft. Die Richtlinie nennt hierfür beispielhaft Anforderungen betreffend das Verhalten des Diensteanbieters, Anforderungen an Qualität oder Inhalt des Dienstes sowie die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zum Regulierungsansatz der Fernsehrichtlinie ist, dass dieser koordinierte Bereich der E-Commerce-Richtlinie allgemein gefasst und nicht auf die von der Richtlinie selbst geregelten und harmonisierten Bereiche begrenzt ist. Damit umfasst die Sperrwirkung des koordinierten Bereichs auch Regelungen, die die Mitgliedstaaten nicht-harmonisiert für die auf ihrem Territorium niedergelassenen Diensteanbietern erlassen haben. In der Fernsehrichtlinie ist die Gewährleistung der freien Weiterverbreitung der Dienstleistung in Art. 2a Absatz 1 noch beschränkt auf die von der Fernsehrichtlinie selbst harmonisierten Bereiche: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten den freien Empfang und behindern nicht die Weiterverbreitung von Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet aus Gründen, die *Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind*“.

Bestehende und sich entwickelnde Unterschiede in den nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten behindern das Funktionieren des Binnenmarktes jedoch in besonderer Weise, wenn sie (gravierende) Wettbewerbsverzerrungen verursachen. Dieser besonderen Bedeutung wird in der E-Commerce-Richtlinie insoweit Rechnung getragen, als hierfür eine

Vollharmonisierung auf Gemeinschaftsebene, d.h. durch die Richtlinie selbst, vorgesehen ist. So sind die Richtlinienbestimmungen über die Verantwortlichkeit, soweit sie Privilegierungen vorsehen, und die grundsätzlichen Transparenzanforderungen an die kommerzielle Kommunikation als Vollharmonisierung gedacht. Die Mitgliedstaaten sollen in diesem Bereich weder weitere noch engere Regelungen im nationalen Recht vorsehen. In anderen Bereichen dagegen sieht die Richtlinie weiche gemeinschaftliche Regelungen oder einen weiten Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung vor. Als Beispiel kann Abschnitt 3 der Richtlinie genannt werden, der den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Weg regelt. Dieser Regelungsansatz einer in Teilen an eine Vollharmonisierung heranreichenden gemeinschaftliche Setzung von Standards bei einer im Übrigen gewährten Eröffnung eines mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielraums lässt eine Art. 3 Absatz 1 der Fernsehrichtlinie vergleichbare Regelung der Inländerdiskriminierung als nicht erforderlich erscheinen.

Im Folgenden sollen – nach dieser grundsätzlichen Darstellung der Regulierungsansätze – die Regelwerke auf die Vorgaben für die Werbung und den Jugendschutz untersucht werden.

a) *Werbung*

aa) Fernsehrichtlinie

Die Fernsehrichtlinie enthält in ihrem Kapitel IV sowohl quantitative als auch qualitative Vorgaben für die Ausgestaltung des nationalen (Fernseh-)Werberechts.

An qualitativen Bestimmungen möchte ich nur kurz als Auswahl nennen, da diese den meisten Anwesenden nur zu gut bekannt sein dürften:

- die Trennung von Programm und Werbung (Art. 10 Absatz 1),
- das Verbot der Schleichwerbung (Art. 10 Absatz 4)
- das Verbot der Tabakwerbung (Art. 13)
- die Maßgaben für Werbung für Arzneimittel und ärztliche Behandlungen (Art. 14) sowie alkoholische Getränke (Art. 15) sowie
- die Regelungen zum Schutz Minderjähriger (Art. 16).

Auch die Quantität der Werbung erfährt durch die Fernsehrichtlinie eine detaillierte und leider in Teilen auch sehr komplizierte Regelung. Genannt werden sollen an dieser Stelle:

- die Vorschriften über die tägliche und stündliche Höchstdauer der Werbung nach Art. 18
- und die Einfügung der Werbespots in das Programm und den zeitlichen Abstand zwischen einzelnen Werbespots.

Der Ansatz der Fernsehrichtlinie zur Ausgestaltung der Aufsicht über die Einhaltung ihrer Vorschriften und damit auch derjenigen zur Werbung zeigt ein Verständnis von Medienregulierung, welches ich als „klassisch“ bezeichnen möchte. Art. 3 Absatz 2 nimmt die Mitgliedstaaten in die Pflicht, für die Einhaltung der Richtlinienvorschriften durch die jeweils ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter zu sorgen. Dieser Grundsatz umfasst auch Kapitel IV, die Vorschriften für Werbung, Sponsoring und Teleshopping. Mögliche neuere Tendenzen im Hinblick auf eine Co- oder gar Selbstregulierung auch bei der Durchsetzung der Werbevorschriften, wie sie zuletzt in der Interpretativen Mitteilung der

Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Werbevorschriften der Fernsehrichtlinie angedeutet sein könnten, wird Herr Scheuer in seinem Vortrag behandeln.

bb) E-Commerce-Richtlinie

Die E-Commerce-Richtlinie hingegen sieht in Art. 16 Absatz 1 vor, dass die Mitgliedstaaten und die Kommission die beteiligten Interessengruppen zur Aufstellung von Verhaltenskodizes ermutigen sollen. Nach Absatz 1 Buchstabe a) des Artikels gilt dies auf Gemeinschaftsebene auch für die kommerzielle Kommunikation, also die Werbung. Diese „Ermutigung“ darf jedoch nicht die Freiwilligkeit dieser Kodizes beeinträchtigen. Auch muss die Möglichkeit der Beteiligten offen bleiben, sich einem Kodex nach freiem Ermessen zu unterwerfen oder aber auch nicht (Erwägungsgrund 49).

Art. 6 Buchstabe a) E-Commerce-Richtlinie verlangt, wie Art. 10 Absatz 1 der Fernsehrichtlinie, die Erkennbarkeit der Werbung. Eine Trennung von Werbung und Inhalt – wie auch in Art. 10 Absatz 1 Fernsehrichtlinie postuliert – ist in der E-Commerce-Richtlinie jedoch nicht vorgesehen. Im Interesse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs müssen die verschiedenen Formen kommerzieller Kommunikation inhaltlich vielmehr bestimmten Transparenzerfordernissen genügen. Als Beispiele für Formen der Werbung bei Diensten der Informationsgesellschaft oder als solche Dienste werden genannt Preisnachlässe, Sonderangebote, Preisausschreiben und Gewinnspiele. Weitergehende inhaltliche oder gar quantitative Anforderungen oder Einschränkungen enthält die Richtlinie nicht.

b) Jugendschutz

aa) Fernsehrichtlinie

Die Fernsehrichtlinie enthält in Art. 22 die zentrale Bestimmung für den Jugendschutz im Bereich des Fernsehens. Sie findet Anwendung auf alle Formen des Fernsehens, auch auf digital und/oder verschlüsselt verbreitete Sendungen.

Art. 22 postuliert in abgestufter Form *Einschränkungen* hinsichtlich der Verbreitung *jugendgefährdender Programme*. Sendungen, die die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen *ernsthaft beeinträchtigen* können, dürfen nicht ausgestrahlt werden. Hierzu zählen beispielsweise solche, die Pornografie oder grundlose Gewalttätigkeiten zeigen (Abs. 1). Es gilt also nach wie vor ein europaweites Pornografieverbot im Fernsehen. *Unterhalb dieser Schwelle* der ernsthaften Beeinträchtigung sind auch allgemein die Entwicklung von Jugendlichen beeinträchtigende Programme verboten, es sei denn, durch die Wahl der Sendezeit oder durch sonstige technische Maßnahmen ist dafür Sorge getragen, dass derartige Sendungen von Minderjährigen nicht gesehen (oder gehört) werden (Abs. 2). Sofern derartige Programme unverschlüsselt ausgestrahlt werden, sollen sie durch akustische Zeichen angekündigt oder durch optische Mittel während der gesamten Sendung kenntlich gemacht werden (Abs. 3).

Der Jugendschutz ist Hauptanwendungsfall der einzigen Ausnahme des Prinzips der freien Weiterverbreitung in Art. 2a Absatz 1: Wenn nämlich in offensichtlicher, ernster und schwerwiegender Weise gegen die Bestimmungen zum Jugendschutz oder das Verbot der Aufstachelung zum Hass verstoßen wird, darf die Weiterverbreitung verhindert werden. Voraussetzung ist, dass das in Art. 2a Abs. 2 beschriebene Verfahren eingeleitet wurde. In solchen Fällen kann also der Empfängerstaat die beanstandeten Sendungen nach einem vorgeschriebenen Verfahren vorübergehend aussetzen.

bb) E-Commerce-Richtlinie

Die Verbreitung audiovisueller Inhalte mittels sogenannter neuer Medien unterliegt allerdings wie bereits dargelegt nicht dem Anwendungsbereich der Fernsehrichtlinie.

Den Vorschriften des Art. 22 und 22a vergleichbare Maßgaben sieht die E-Commerce-Richtlinie nicht vor. Allerdings gibt Art. 3 in seinen Absätzen 4 bis 6 die Möglichkeit, den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus anderen Mitgliedstaaten aus Gründen des Jugendschutzes zu beschränken. An das anzuwendende, dem Art. 2a Absatz 2 der Fernsehrichtlinie vergleichbare Verfahren sind allerdings bestimmte, einschränkende Voraussetzungen geknüpft. So muss inhaltlich eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung des Jugendschutzes vorliegen. Die einschränkenden Maßnahmen des Empfangsstaats müssen zudem in einem angemessenen Verhältnis zum Schutzzweck stehen. Wie Art. 2a knüpft auch Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie die Schutzmaßnahmen formal an die Durchführung eines Verfahrens unter Einschaltung der Kommission und des betroffenen (Herkunfts-)Mitgliedstaates.

Es sind jedoch auch Unterschiede in den Verfahren der beiden Richtlinien zu erkennen. Anders als die Fernsehrichtlinie sieht Art. 3 Absatz 5 E-Commerce-Richtlinie die Möglichkeit vor, in dringlichen Fällen von dem Verfahren abzuweichen. Auch geben Art. 3 Abs. 4 und 5 der E-Commerce-Richtlinie keine genauen Zeitvorgaben für die Kommission zur Entscheidung über die Vereinbarkeit der Maßnahme des Empfangsstaats mit Gemeinschaftsrecht. Statt dessen ist eine „kürzestmögliche Zeit“ als Frist vorgesehen. Sachlich ist bei dem Verfahren der E-Commerce-Richtlinie nicht erforderlich, dass der Diensteanbieter zuvor bereits mindestens zweimal gegen die Anforderungen des Jugendschutzes verstoßen haben muss.

cc) Deutsche Rechtslage

Am 1. April 2003 sind mit dem Jugendschutzgesetz des Bundes und dem von den Ländern abgeschlossenen Staatsvertrag über den Jugendschutz und den Schutz der Menschenwürde zwei neue Regelungswerke in Kraft getreten, die den Jugendmedienschutz sozusagen arbeitsteilig zwischen Bund und Ländern neu sortieren.

Die zuständigen **Ländereinrichtungen** sind nunmehr für alle elektronischen Medien zuständig, die übertragen werden, also neben dem *Rundfunk* auch für *Telemedien*, wie das Internet.

Auf nationaler Ebene ist eine Zusammenführung der Zuständigkeiten für Rundfunk und neue Medien zumindest im Bereich des Jugendschutzes bereits Realität. Mit der Etablierung eines Regulierungssystems, das Elemente der Co-Regulierung enthält, hat der deutsche Gesetzgeber auch den Ansatz der E-Commerce-Richtlinie zur Verlagerung von Verantwortung auf die beteiligten Interessengruppen, sprich: die Anbieter, aufgegriffen.

3. Regelungen der Aufsicht

Bei der Regulierung von Fernsehen wie der Dienste der Informationsgesellschaft ist die Frage nach der „persönlichen“ Zuständigkeit, also die Frage des zuständigen Staates, von entscheidender Bedeutung. Der Vergleich der beiden Richtlinien offenbart sowohl vergleichbare Strukturen als auch Unterschiede.

a) Fernsehrichtlinie

Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des EuGH steht fest, dass auch die Rundfunkveranstalter an der Niederlassungs- (Art. 43 ff. EGV) und mit der Sendung von Fernsehprogrammen an der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) teilnehmen, wonach jede

in einem Mitgliedstaat zulässigerweise auf den Markt gebrachte Dienstleistung grundsätzlich frei im gesamten Binnenmarkt angeboten werden kann. Für den Rundfunk bedeutet das, dass die Rundfunkveranstalter berechtigt sind, ihre Dienste auch grenzüberschreitend anzubieten. Einmal in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft zugelassen, darf jedes Programm über das Territorium des Zulassungsstaates hinaus gemeinschaftsweit ausgestrahlt werden.

Grundlegende Bedeutung erhält nach dem Sendestaatsprinzip die Frage, welchem Staat die Rechtshoheit über die verschiedenen Rundfunkveranstalter zukommt, wer also das Recht der Regulierung für sich in Anspruch nehmen kann. Die Fernsehrichtlinie enthält hierzu in ihrem Art. 2 Absätze 3 und 4 eine ausführliche Regelung zur Bestimmung der Rechtshoheit über Fernsehveranstalter. Die Anwendung dieser Regelungen soll bewirken, dass einerseits ein Mitgliedstaat allein zuständig ist und andererseits ein Vakuum bei der Rechtshoheit vermieden werden kann. Art. 2 setzt dabei eine Art Verschachtelung ein. Dabei ist, wenn nach der Anwendung eines höher gestellten Prinzips kein Ergebnis erzielt werden kann, die nächste Ebene zur Bestimmung heranzuziehen. Ich möchte zu der komplizierten Regelung dieser Vorschrift nur einige Stichworte nennen, die zur Bestimmung der Zuständigkeit – in absteigender Reihenfolge – dienen:

- Niederlassung
- Hauptverwaltung
- Ort der redaktionellen Entscheidungen über das Programm
- Ort des wesentlichen Teils des Senderpersonals
- Ort, an dem zuerst mit der Sendetätigkeit gemäß dem Rechtssystem dieses Mitgliedstaats begonnen wurde
- Niederlassungsbegriff des EG-Vertrags.

Nach diesen Grundregeln soll nur ein Mitgliedstaat für die Zulassung und Kontrolle eines Fernsehveranstalters zuständig sein. Nach einem Vorschlag, der von der jetzigen irische Ratspräsidentschaft lanciert wurde, soll dagegen eine Beteiligung sowohl des Sende- als auch des Empfangsstaats bei der Zulassung von Satellitenprogrammen festgeschrieben werden.

Dieser Vorschlag zielt darauf ab, bereits im Vorfeld eine Situation zu vermeiden, die die Rechtsprechung im Hinblick auf den Tatbestand der Umgehung erlassen hat. Danach behält ein Mitgliedstaat das Recht, gegen einen Fernsehveranstalter Maßnahmen zu ergreifen, der sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt. Diese Ausnahme vom Niederlassungsprinzip greift, wenn die Tätigkeit des Veranstalters ganz oder vorwiegend auf das Hoheitsgebiet des Empfangsstaats gerichtet ist. Hinzu kommen muss eine subjektive Komponente. Diese ist erfüllt, wenn der Fernsehveranstalter sich in der Absicht in dem anderen Staat niedergelassen hat, um sich den Regelungen im eigentlichen Empfangsstaat zu entziehen.

b) E-Commerce-Richtlinie

Ebenso wie beim Sendestaatsprinzip der Fernsehrichtlinie gilt nach Art. 3 Absatz 1 der E-Commerce-Richtlinie das Prinzip, dass jeder Mitgliedstaat dafür Sorge trägt, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von den in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die die Regelungen der Richtlinie umsetzen.

In der Folge darf ein Mitgliedstaat den freien Verkehr von Diensten aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.

Im Gegensatz zur Fernsehrichtlinie enthält die E-Commerce-Richtlinie keine besonderen Regeln zu der Frage bereit, in welchem Staat der Diensteanbieter seinen Sitz hat und wer damit die rechtliche Zuständigkeit für dessen Dienste der Informationsgesellschaft inne hat. Die Bestimmung des Ortes der Niederlassung richtet sich nach den Kriterien zur Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrags. Nach den vom Gerichtshof entwickelten Ansätzen umfasst der Begriff der Niederlassung die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit. Die Richtlinie setzt diese Definition in ihrer Bestimmung des niedergelassenen Diensteanbieters um. Erbringt ein Unternehmen Dienstleistungen über eine Website des Internets so ist es nach Erwägungsgrund 19 der E-Commerce-Richtlinie weder dort zugelassen, wo sich die technischen Mittel befinden, die diese Website beherbergen, noch dort, wo die Seite zugänglich ist. Vielmehr sei der Ort entscheidend, an dem es seine Wirtschaftstätigkeit ausübt. In Fällen, in denen der Anbieter an mehreren Orten niedergelassen ist, ist zu bestimmen, von welchem Ort aus der betreffende Dienst der Informationsgesellschaft erbracht wird. Ist auch dieser zweifelhaft, so gilt als Ort, von dem der betreffende Dienst erbracht wird, derjenige, an dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten des Anbieters für diesen bestimmten Dienst befindet. Sie sehen, auch die E-Commerce-Richtlinie sieht eine gewisse Schachtelung zur Bestimmung der Niederlassung vor.

Nach Erwägungsgrund 57 der E-Commerce-Richtlinie greifen die Darstellungen zur Umgehungsproblematik im Rahmen der Fernsehrichtlinie auch für Maßnahmen gegen einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter. Dieser muss sich allerdings in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen haben, um die Rechtsvorschriften des eigentlichen Empfangsstaates der Dienste zu umgehen.

Sie sehen, die Gestaltungsspielräume der nationalen Medienordnung haben sich in den vergangenen Jahren zusehends weiter verengt. Die grundlegenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts sind zu beachten und lassen dem nationalen Gesetzgeber oft nur die Wahl des Nachvollzugs bereits getroffener Entscheidungen. Daraus folgt, dass die Vertretung der berechtigten Interessen der nationalen Medienpolitik nicht nur mit Blick auf das Verhältnis der prinzipiell zuständigen Länder zum Bund, sondern diesem vorgelagert auf Ebene der Europäischen Union erfolgen sollte.