

**T-MOBILE AUSTRIA GMBH**

A-1030 Wien, Rennweg 97-99

An das
Bundeskanzleramt
Sektion V – Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2,
1010 Wien

E-Mail:
medienrecht@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 14. Oktober 2020

**Stellungnahme der T-Mobile Austria GmbH im Rahmen der öffentlichen Konsultation
des Bundeskanzleramtes über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das
Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz, das KommAustria-Gesetz, das ORF-Gesetz und
das Privatradiogesetz geändert werden**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit diesem Schreiben nimmt die T-Mobile Austria GmbH (im Folgenden kurz „TMA“) zum Bundesgesetz, mit dem das Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz, das KommAustria-Gesetz, das ORF-Gesetz und das Privatradiogesetz geändert werden, wie folgt Stellung:

**Der Einsatz von Netzsperren zur Wahrung der jugendschutzrechtlichen Bestimmungen
ist nicht verhältnismäßig**

Bereits gem § 56 Abs 1 AMD-G alt konnte die Regulierungsbehörde in Form der KommAustria die Weiterverbreitung eines audiovisuellen Mediendienstes aus einem anderen EU-Mitgliedstaat bei Vorliegen offensichtlicher, ernster und schwerwiegender Verstöße gegen die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung bzw. den Jugendschutz, durch Verordnung

vorläufig untersagen. Die Novelle ergänzt diese Bestimmung nun dahingehend, dass nicht nur die „Weiterverbreitung“ im Sinne des §2 Z 39 AMD-G, sondern auch zusätzlich der „Zugang“ zu diesem untersagt wird. Durch den Umstand, dass die Novellierung des § 56 AMD-G in den Erläuternden Bemerkung nicht behandelt wird, ist eine eindeutige Auslegung nicht möglich. Nach Ansicht der TMA könnte diese Bestimmung bedeuten, dass zukünftig nicht nur der Verbreiter des Mediendiensten, also beispielsweise der Betreiber eines Kabelnetzes, sondern im Falle von Online-Mediendiensten auch Access-Provider, die Nutzern den Zugang zu solchen Diensten verschaffen, vom Adressatenkreis einer solchen Verordnung gem § 56 AMD-G umfasst sein könnten. Mit einer solchen Ausweitung wären erheblich Umsetzungsschwierigkeiten auf Seiten der Access-Provider verbunden, denn der Zugang zu einem Online-Mediendienst kann seitens der Access-Provider nur durch die Sperre einer gesamten Webseite auf der ein solcher Mediendienst angeboten wird, verhindert werden. Eine solche gesamtheitliche Sperre, wäre allerdings ein erheblicher Eingriff in das Recht auf Meinungsfreiheit sowohl des Betreibers als auch der Nutzer der Webseite. Bereits nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹ ist ein solcher Eingriff nur in Ausnahmefällen zulässig. Im Sinne dieser Rechtsprechung wäre die Sperre einzelner Mediendienste lediglich aufgrund der Nichterfüllung von Jugendschutzvorgaben in § 39 Abs 1 und 3 AMD-G unverhältnismäßig und daher auch nicht zulässig.

Hinzukommt, dass nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (siehe EuGH 27.03.2014, C-314/12 Rz 53) eine Zugangssperre nur dann durch Access-Provider umgesetzt werden muss, wenn ihnen gegenüber eine solche Maßnahme auch zumutbar ist. Da die Verordnung gem § 56 Abs 1 AMD-G jeden Zugangsanbieter mit Sitz in Österreich adressieren würde, wäre nach Ansicht der TMA die vom EuGH geforderte Verhältnismäßigkeit in den meisten Fällen und insbesondere für eine Vielzahl an kleinen bis Kleinstunternehmen nicht gegeben und eine Zugangssperre in den meisten Fällen daher unzulässig.

Darüber hinaus scheint der Gesetzgeber technische Beschränkungen bei der Umsetzung von Zugangssperren ungeachtet gelassen zu haben. Unklar ist insbesondere, wie mit dem Zugang zu einzelnen Kanälen auf Video-Plattformen – die als eigenständige audiovisuelle Mediendienste gelten – umgegangen werden soll. Zugangsanbieter können nämlich, wie bereits oben ausgeführt nur die gesamte Video-Plattform, nicht aber einzelne Kanäle sperren. Würde ein Zugangsanbieter einzelne Kanäle sperren wollen, so müsste er einen direkten Einblick in die einzelnen vom jeweiligen Nutzer versendeten und empfangenen Datenpakete vornehmen und diese Datenpakete verarbeiten (Deep Packet Inspection - DPI), was aber bereits aufgrund des klaren Vorgaben in Art 5 Abs 1 E-Privacy RL unzulässig wäre. Hierbei

¹ EGMR Vladimir Kharitonov v. Russia (application no. 10795/14) OOO Flavus and Others v. Russia (application nos 12468/15, 23489/15, and 19074/16), Bulgakov v. Russia (no. 20159/15), and Engels v. Russia (no. 61919/16)

sollte auch angemerkt werden, dass die Sub-Domain des Videokanals vom Zugangsanbieter nicht gesperrt werden kann und auch der Videokanal über keine eigene IP-Adresse verfügt, die gesperrt werden kann. Bei Plattformen wie beispielsweise Youtube ist der Datenverkehr darüber hinaus verschlüsselt und könnte vom Zugangsanbieter selbst mit gravierenden Mitteln wie DPI nicht eingesehen werden, ohne die Verschlüsselung aufzubrechen.

Abschließend möchte die TMA anmerken, dass Netzsperren nicht in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, die durch den vorliegenden Gesetzesentwurf umgesetzt werden soll, vorgegeben werden. Der Gesetzgeber beruft sich mit der Novelle offenbar auf Art 3 AVMD-RL, der im Rahmen der neuen Richtlinie nur sprachlich neuformuliert wurde, inhaltlich aber beinahe gleich blieb. Schon nach dem bisherigen Wortlaut des Art 3 Abs 4 AVMD-RL konnten Mitgliedstaaten bereits Maßnahmen ergreifen, um den Empfang eines bestimmten Mediendienstes, einschließlich on-demand Mediendiensten, einzuschränken, wenn dies erforderlich war, um den Bestimmungen zum Jugendschutz und zur Bekämpfung von Hass und Hetze zu entsprechen. Hierbei muss aber darauf hingewiesen werden, dass Art 3 AVMD-RL sowohl in der alten als auch in der neuen Fassung den Mitgliedstaaten die Möglichkeit überlassen hat, einen Rahmen für einschränkende Maßnahmen zu schaffen; die AVMD-RL hat aber keinesfalls vorgeschrieben, dass Mitgliedstaaten zwingend Maßnahmen gegen solche Dienste ergreifen müssten oder gar, dass für solche Zwecke Zugangsanbieter in Anspruch genommen werden sollen. Aus diesem Grund hat beispielsweise der deutsche Gesetzgeber keine solche Bestimmung in die Gesetze mit denen die AVMD-RL national umgesetzt wurde, aufgenommen.

Die TMA regt daher an, die Textpassage „oder den Zugang zu diesem“ in § 56 AMD-G zu streichen, weil nach der oben begründeten Ansicht der TMA, Netzsperren eine offensichtlich unverhältnismäßige und vom europäischen Gesetzgeber nicht geforderte bzw. nicht zwingend vorgeschriebene Maßnahme ist.

Kompetenzkonflikte in der Zusammenarbeit mit europäischen Gremien sollten klar vermieden werden

Die Stärkung des Europäischen Binnenmarktes und Sicherstellung homogener Wettbewerbsbedingungen macht eine einheitliche Anwendung von EU-Recht in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten essentiell und erforderlich. Aus diesem Grund sollten nationale Regulierungsbehörden aktiv in den jeweiligen europäischen Gremien und Vereinigungen mitwirken. Der Fachbereich Telekommunikation und Post der RTR-GmbH macht dies hinsichtlich aller Angelegenheiten der Telekommunikation seit vielen Jahren im Rahmen des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für Elektronische Kommunikation (GEREK).

Durch die Novelle würde nun durch § 39a KOG der KommAustria ebenfalls die Rolle zugeteilt, sich auf europäischer Eben in den entsprechenden Gremien zu engagieren, sofern ihr Aufgabenbereich betroffen wäre. Dies birgt die erhebliche Gefahr von Kompetenzkonflikten, weshalb es nach Ansicht der TMA notwendig ist, die betroffenen Gremien bzw. den entsprechenden Aufgabenbereich klar festzulegen. Obwohl der Gesetzgeber andeutet, dass die Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien berührt sein müssen, um die KommAustria zur Teilnahme an Sitzungen in den jeweiligen europäischen Gremien zu ermächtigen, ist dies nach Ansicht der TMA vage und keinesfalls deutlich genug konkretisiert. Ein anschauliches Beispiel für die zunehmende Konvergenz der Bereiche Medien und Telekommunikation zeigt sich im Hinblick auf Abrufdienste (Video-On-Demand), die über das Internet verbreitet werden. Hierbei hat jede Regulierungsmaßnahme des Internetzugangsmarktes idR auch Auswirkungen auf die elektronische Verbreitung von Medien und den Zugriff auf elektronische Mediendienste. Es ist anzunehmen, dass es in Zukunft noch schwieriger sein wird, diese Bereiche klar voneinander zu trennen. Dennoch sollte dringend vermieden werden, dass dadurch zwei Österreichische Regulierungsbehörden für das gleiche europäische Gremium zuständig sind. Dies hätte einen Kompetenzkonflikt zur Folge, der nicht nur die Rolle Österreichs in den Gremien schwächen sondern auch zu zusätzlichem Verwaltungsaufwand und Kosten führen würde. Ein solcher Kompetenzkonflikt wäre daher langfristig ein gravierender Schaden für alle Marktteilnehmer.

Die TMA regt daher an, dass ein dauerhafter positiver Kompetenzkonflikt insbesondere zwischen der KommAustria, dem Fachbereich Telekommunikation und Post der RTR und der TKK vermieden wird. Zusätzlich regt die TMA an, dass die KommAustria nur für jene europäische Gremien zuständig ist, die sich dezidiert mit Medienangelegenheiten beschäftigen, speziell die „European Regulators Group for Audiovisual Media Services“ (EGRAS), in deren Zuständigkeit auch die nationale Umsetzung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste fällt. Im Gegenzug sollten alle GEREK Angelegenheiten nach Ansicht der TMA im ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Fachbereichs Telekommunikation und Post der RTR liegen, die erst 2018 den Vorsitz in diesem Gremium hatte und sich durch jahrelange Erfahrung in der Gremienarbeit auszeichnet.

Wahrung der Verhältnismäßigkeit zwischen den aus dem Barrierefreiheitsgebot resultierenden Verpflichtungen für Mediendiensteanbieter und dem daraus resultierenden Nutzen für Verbraucher

Gem § 30b Abs 2 AMD-G sollen Mediendiensteanbieter zukünftig einen Aktionsplan (einschließlich eines dreijährigen Zeitplans) erstellen, in dem die geforderte kontinuierliche und

stufenweise Erhöhung des Anteils der in Angriff genommenen Maßnahmen zur Erhöhung der Barrierefreiheit, dargestellt werden soll. Für die Erstellung eines solchen Aktionsplans (einschließlich des Zeitplans) soll der Mediendiensteanbieter im Vorfeld eine Organisation anhören, die für den Bereich der Hör- und sehbeeinträchtigten Menschen sowie einer für den Bereich der Menschen mit intellektuellen Beeinträchtigungen repräsentativ ist. Die TMA unterstützt den Gedanken der erhöhten Barrierefreiheit regt jedoch an die Verhältnismäßigkeit der damit in Verbindung stehenden Maßnahmen zu wahren. Insbesondere sollte der Aktionsplan, der auf Seiten der TMA mit erheblichem Mehraufwand und personellen Ressourcen verbunden ist im Gleichgewicht zu dem daraus resultierenden Nutzen stehen. Der Gesetzgeber sollte daher im Interesse aller beteiligten Parteien anstreben, dass Barrierefreiheit als Ziel weitgehend umgesetzt wird, ohne die verpflichteten Unternehmen zusätzlich zu belasten. In diesem Sinne sollten Mediendiensteanbieter bei der Erarbeitung der Aktionspläne von der Regulierungsbehörde möglichst weitgehend unterstützt werden, insbesondere durch die Erstellung und Zurverfügungstellung von unverbindlichen White Papers mit Best-Practice Umsetzungsoptionen, also konkreten, unverbindlichen Umsetzungsvorschlägen für Aktionspläne. Gleichzeitig sollte im Sinne der finanziellen und personellen Ressourcenschonung davon abgesehen werden, Medienunternehmen dazu zu verpflichten zwecks der Erstellung von Aktionsplänen in den Austausch mit externen Organisationen, die für den Bereich der Hör- und sehbeeinträchtigten Menschen sowie für den Bereich der Menschen mit intellektuellen Beeinträchtigungen repräsentativ sind, zu gehen. Inputs solcher Organisationen sollten von der Regulierungsbehörde für die Branche eingeholt und öffentlich zur Verfügung gestellt werden.

In Anbetracht der oben genannten Argumente regt die TMA den Gesetzgeber daher an, die Regulierungsbehörde mit der Erarbeitung von unverbindlichen White Papers mit Best-Practice Umsetzungsvorschlägen für die Erstellung der Aktionspläne gem § 30b Abs 2 AMD-G zu betrauen und den Mediendiensteanbietern das Erfordernis der Anhörung von externen Organisationen, die für den Bereich der Hör- und sehbeeinträchtigten Menschen sowie für den Bereich der Menschen mit intellektuellen Beeinträchtigungen repräsentativ sind, abzunehmen und stattdessen der Regulierungsbehörde aufzutragen.

Der verpflichtende Mindestanteil an europäischen Werken im Rahmen von Mediendiensten auf Abruf ist wirtschaftlich nicht tragbar

Die in § 40 Abs 1 AMD-G neu festgelegte Anforderung an Mediendiensteanbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf, die diese dazu verpflichtet, dass zumindest 30% (in jährlicher Durchschnittsbetrachtung) der Titel im jeweiligen Katalog europäische Werke sind, ist eine gravierend belastende Bestimmung für Mediendiensteanbieter audiovisueller

Mediendienste auf Abruf. Nicht-europäische Werke und insbesondere US-amerikanische Produktionen zeichnen sich durch sehr hohe Nachfrage und Kundenbeliebtheit aus, auf die ein Mediendiensteanbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf reagieren muss, um dem Wettbewerb standzuhalten und ausreichend Umsatz generieren zu können. Die Festlegung eines zwingenden Anteils an europäischen Werken in Höhe von 30% der Titel im Katalog verkennt die kommerziell negativen, umsatzmindernden Folgen einer solchen Verpflichtung. Auch wenn die Forderung nach der Steigerung des Anteils europäischer Werke eine grundsätzlich nachvollziehbare ist, so sind genaue prozentuelle Vorgaben, insbesondere in einem hohen Umfang von 30% aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht tragbar.

Die TMA regt beim Gesetzgeber daher an, den verpflichtenden Mindestanteil an europäischen Werken in Höhe von 30%, der von Mediendiensteanbieter audiovisueller Mediendienste auf Abruf umzusetzen wäre, ausschließlich unter einem Wirtschaftlichkeitsvorbehalt im Gesetz zu normieren.

Die TMA hofft, dass der Gesetzgeber die in dieser Stellungnahme genannten Aspekte berücksichtigt.

Mit freundlichen Grüßen



T-Mobile Austria GmbH

VP Corporate Affairs