

TORSTEN KÖRBER

# TKG-Novelle 2011

Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität

Telekommunikations- und Medienrecht

Der nachfolgende Beitrag ist der TKG-Novelle 2011 gewidmet. Grundlage ist der Regierungsentwurf vom 2.3.2011 (RegE), mit dem eine Umsetzung zweier EU-Richtlinien angestrebt wird. Den Richtlinienvorgaben folgend stehen einerseits Änderungen der Rahmenbedingungen für den Breitbandausbau sowie des Marktregulierungsverfahrens im

Mittelpunkt der Novelle (RL 2009/140/EG „Bessere Regulierung“). Andererseits ist eine Verbesserung des Verbraucher-, Kunden- und Datenschutzes beabsichtigt (RL 2009/136/EG „Rechte der Bürger“). Der nachfolgende Beitrag konzentriert sich auf den ersten Bereich und wirft abschließend einen Blick auf das Ziel der Netzneutralität.

## I. Genese

Die TKG-Novelle 2011 gewinnt zunehmend an Gestalt. Nachdem das *BMWi* bereits im März 2010 in einem „Eckpunktepapier zur TKG-Novelle 2010“ erste Änderungsvorschläge vorgelegt hatte, folgte nur ein halbes Jahr später der Referentenentwurf (RefE) v. 15.9.2010 und am 2.3.2011 der Regierungsentwurf (RegE).<sup>1</sup> Gemeinschaftsrechtliche Grundlage der Novelle ist die Reform des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation von 2002 durch die Änderungsrichtlinien 2009/140/EG<sup>2</sup> und 2009/136/EG<sup>3</sup> v. 25.11.2009. Das *BMWi* strebt eine fristgerechte Umsetzung bis zum 25.5.2011 an, die sich unter dem noch frischen Eindruck der *EuGH*-Entscheidung zu § 9a TKG v. 3.12.2009<sup>4</sup> ausweislich des RegE eng an die Richtlinienvorgaben halten wird.

## II. Förderung des Ausbaus neuer Infrastrukturen

Ein wesentliches Ziel sowohl des EU-Richtlinienpakets als auch des RegE ist die Förderung des flächendeckenden Ausbaus neuer Breitband-Infrastrukturen. Dies entspricht der Breitbandstrategie der *Bundesregierung*<sup>5</sup> und der NGA-Empfehlung der *Kommission*.<sup>6</sup> Der Breitbandausbau ist essenziell für die wirtschaftliche Entwicklung.<sup>7</sup> Er ist aber auch sehr kostspielig und nicht ohne Risiko. Schätzungen zufolge belaufen sich die erforderlichen Investitionen für die Errichtung von Netzen der nächsten Generation je nach Umfang des Ausbaus auf € 36 bis 117 Mrd.<sup>8</sup> Zu diesen Netzen zählen nach der vom RegE in Bezug genommenen Definition der NGA-Empfehlung insbesondere Glasfasernetze (FTTx).<sup>9</sup> Den hohen Kosten steht ein vergleichsweise geringes Interesse der Bevölkerung gegenüber. Nach einer aktuellen Umfrage sind nur 3,5% der Deutschen bereit, für eine über 16 Mbit/s (ADSL) hinausgehende Bandbreite über € 20,- im Monat mehr zu zahlen, 30,9% wollen max. € 5,- mehr zahlen, 38% sind zu gar keinen Mehrzahlungen bereit.<sup>10</sup>

### 1. Zwar Abschied von „Regulierungsferien“ (Streichung des § 9a TKG) ...

Der deutsche Gesetzgeber hatte schon 2007 den Versuch unternommen, Breitbandinvestitionen durch § 9a TKG anzuregen. Diese Regelung betonte den Ausnahmecharakter einer Regulierung „neuer Märkte“. Manche sahen darin eine „Lex Telekom“ zur Gewährung von „Regulierungsferien“ für deren FTTx/VDSL-Ausbau. Die *Kommission*, deren Einfluss auf die *BNetzA* durch § 9a TKG geschmälert wurde, sah darin einen Verstoß gegen das durch den EU-Rechtsrahmen 2002 gesetzte Kompetenzgefüge. Der *EuGH* folgte ihr und erklärte in einer (nicht unzweifelhaften) Entscheidung § 9a TKG am 3.12.2009 für gemeinschaftsrechtswidrig.<sup>11</sup> Der RegE zieht daraus die Konsequenz, indem er eine Streichung der Norm vorsieht.

### 2. ... aber Erhöhung der Planungssicherheit für die Unternehmen ...

Trotz Streichung des § 9a TKG bleibt der RegE inhaltlich dem Ziel treu, Anreize für einen Breitbandausbau zu schaffen. Dies entspricht den Vorgaben der durch die RL 2009/140/EG novellierten EU-Rahmenrichtlinie (RRL). Grundvoraussetzung für die notwendigen Investitionen ist eine hinreichende Planungssicherheit für die Unternehmen. Deren Erhöhung hatte nicht nur die *Deutsche Telekom AG (DTAG)* immer wieder gefordert.

#### a) Regulierungsgrundsätze (§ 2 Abs. 3)

In Umsetzung der Vorgaben des Art. 8 Abs. 5 RRL gibt der neue § 2 Abs. 3 TKG-E der *BNetzA* „objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze“ vor, welche die *BNetzA* bei ihren Regulierungsentscheidungen zu berücksichtigen hat. Die – ausdrücklich nicht abschließende („unter anderem“) – Aufzählung in § 2 Abs. 3 Nr. 1 bis 6 TKG-E greift verschiedene Aspekte auf, die auf Wettbewerbs- und Investitionsförderung zielen. Nr. 1 strebt nach mehr Vorhersehbarkeit durch Beibehaltung eines einheitlichen Regulierungskonzepts über einen angemessenen Zeitraum. Nr. 2 und Nr. 3 betonen die Grundsätze des Diskriminierungsverbots und der Wettbewerbsförderung. Nr. 4 gibt der *BNetzA* auf, Investitionsrisiken zu beachten und Kooperationsvereinbarungen zuzulassen, um Investitionen in neue Infrastrukturen zu fördern. Nr. 5 unterstreicht, dass regionale Unterschiede gebührend zu berücksichtigen sind. Nr. 6 hebt Verhältnismäßigkeit und transitorischen Charakter der Regulierung hervor; danach werden „regulatorische Vorabverpflichtungen nur dann auferlegt [oder beibehalten], wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt“. Dies entspricht dem bereits in § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG normierten „3-Kriterien-Test“, der auf EU-Ebene früher nur in Erwägungsgrund (EG) 27 zur RRL und EG 5 und 6

<sup>1</sup> Eckpunktepapier RefE und RegE sind abrufbar unter: [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de).

<sup>2</sup> ABl. EU 2009 Nr. L 337, S. 37.

<sup>3</sup> ABl. EU 2009 Nr. L 337, S. 11.

<sup>4</sup> *EuGH* MMR 2010, 119 mit Anm. Körber = CR 2010, 24 mit Anm. Klotz.

<sup>5</sup> RegE, S. 74.

<sup>6</sup> *Kommission*, Empfehlung über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) v. 25.9.2010, ABl. EU 2010 Nr. L 251, S. 35.

<sup>7</sup> *BMWi*, Breitbandstrategie der Bundesregierung, S. 6, abrufbar unter: [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de); *Katz/Vaterlaus/Zenhäuser/Suter*, abrufbar unter: [www.bdi.eu/download\\_content/InformationUndTelekommunikation/Breitbandstudie\\_2009\\_deutsch.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/InformationUndTelekommunikation/Breitbandstudie_2009_deutsch.pdf), S. 4.

<sup>8</sup> *Katz/Vaterlaus/Zenhäuser/Suter* (o. Fußn. 7), S. 1; *Doose/Elixmann/Jay*, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 330, abrufbar unter: [www.wik.org](http://www.wik.org).

<sup>9</sup> Nr. 11 der NGA-Empfehlung (o. Fußn. 6); Begr. RegE, S. 101.

<sup>10</sup> FAZ v. 8.2.2011, S. 17 „Fünf Euro sind die Schmerzgrenze“.

<sup>11</sup> *EuGH* MMR 2010, 119 m. Anm. Körber.

zur Märkteempfehlung der *Kommission*<sup>12</sup> Erwähnung fand und jetzt auch dort Eingang in den Normtext (Art. 8 Abs. 5 lit. f RRL) gefunden hat.

Formell unterscheiden sich die neuen Regulierungsgrundsätze von den wie bisher in § 2 Abs. 2 TKG normierten Regulierungszielen dadurch, dass der *BNetzA* nicht nur vorgegeben wird, dass, sondern auch wie sie diese Ziele zu erreichen hat.<sup>13</sup> Damit wird eine gewisse „Vorstrukturierung“ bezüglich Beurteilungsspielraum und Ermessen der *BNetzA* erreicht, wie sie mit ähnlicher inhaltlicher Zielrichtung auch der glücklose § 9a TKG 2007 angestrebt hatte.<sup>14</sup> Die genaue Grenzziehung zwischen „Zielen“ und „Grundsätzen“ bleibt freilich undeutlich.<sup>15</sup>

### b) Regulierungskonzepte (§ 15a)

Der nicht auf konkreten Richtlinienvorgaben beruhende § 15a TKG-E knüpft an die in § 2 Abs. 3 Nr. 1 und 4 TKG-E normierten Grundsätze an und ermächtigt die *BNetzA* in seinem Abs. 1 zum Erlass von Verwaltungsvorschriften (VV) zur Verfolgung einheitlicher Regulierungskonzepte, in denen sie ihre grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden für die Regulierung nach §§ 10 ff. TKG beschreiben kann (aber nicht muss). Abs. 2 erlaubt der *BNetzA* den Erlass von VV in Bezug auf die Förderung effizienter Investition und Innovation im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen. Vor dem Erlass einer VV gibt sie interessierten Parteien nach Abs. 3 Gelegenheit zur Stellungnahme und kann auch *GEREK*, *Kommission* und andere NRB anhören, um Disharmonien und spätere Konflikte zu vermeiden. § 15a TKG-E wird flankiert durch erweiterte Auskunftsrechte der *BNetzA* nach § 77a Abs. 3 TKG-E (Infrastrukturen) und § 127 Abs. 2 Satz 2 TKG-E (künftige Netz- und Dienstentwicklungen).

Die Begründung zum RegE betont, dass die *BNetzA* durch solche VV eine gewisse Selbstbindung eingehe, aber nicht gehindert sei, z. B. infolge einer Entscheidung der *Kommission*, ihre Regulierungspraxis zu ändern. Zudem müsse sie nicht zwingend auf das Instrument der VV zurückgreifen.<sup>16</sup> Die *BNetzA* kann die Leitlinien ihrer Praxis also auch wie bisher in Form von Eckpunkten, Hinweisen oder Auslegungsgrundsätzen veröffentlichen. Echte Planungssicherheit würde zudem auch durch VV nicht erreicht, weil es sich dabei um reines Innenrecht handelt, das keine subjektiven Rechte begründet. Die *DTAG* hat deshalb ein Antragsrecht vorgeschlagen, das es den Unternehmen erlauben würde, größere Planungssicherheit zu erzielen, bevor sie ihre Investitionen tätigen.<sup>17</sup> Den fehlenden subjektiven Rechtsschutz hat auch der *VATM* kritisiert.<sup>18</sup>

### c) Regulierungsperioden (§ 14 Abs. 2)

Einen weiteren Schritt zur Erhöhung der Planungssicherheit stellt die Verlängerung der Regulierungsperioden in § 14 Abs. 2 TKG-E von zwei auf drei Jahre dar. Diese Frist kann ausnahmsweise um bis zu weitere drei Jahre verlängert werden, wenn die *Kommission* keine Einwände erhebt. Der RegE folgt damit einer Vorgabe durch Art. 16 Abs. 6 lit. a RRL. Im Vorfeld war eine Verlängerung auf bis zu fünf Jahre diskutiert worden.<sup>19</sup> In der Summe dürfte das neue „3+3-Modell“ einen vernünftigen Kompromiss darstellen, zumal die Regulierungspraxis der *BNetzA* schon unter Geltung der derzeitigen Zwei-Jahres-Frist Kontinuität und Konsistenz erkennen lässt<sup>20</sup> und die VV nach § 15a Abs. 2 TKG-E sich ausdrücklich über mehrere Regulierungsperioden erstrecken sollen.

## 3. ... und Erleichterung von Risikoteilung und Kooperation zwischen den Unternehmen

### a) Risikoprämien und Risikoteilung (§§ 2 Abs. 3 Nr. 4, 15a, 30, 32)

Mit Blick auf die immensen Investitionen, die ein flächendeckender Breitbandausbau erfordert, und die Ungewissheit, ob und

wann diese Investitionen Früchte tragen werden, wurde nicht nur seitens der *DTAG* die Forderung erhoben, stärker anreizorientierte Regulierungsmechanismen zu schaffen, insbesondere eine Aufteilung des Risikos zwischen mehreren Investoren bzw. zwischen Investor und Zugangsbegehrenden zu ermöglichen.<sup>21</sup> Dafür kommen einerseits Risikoprämien, d. h. die angemessene Berücksichtigung der Investitionsrisiken bei der Entgeltregulierung in Betracht. Bei diesem Ansatz muss der Investor allerdings in Vorleistung treten und trägt das Risiko, dass die Nachfrage hinter den Erwartungen zurückbleibt.<sup>22</sup> Deshalb wurde andererseits die Ermöglichung einer Risikoteilung schon vor Abschluss der Investitionen gefordert.<sup>23</sup>

Diesen Erfordernissen trägt § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E (Art. 8 Abs. 5 lit. d RRL) Rechnung, indem das schon derzeit in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG formulierte Ziel, „effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen“, nunmehr als Regulierungsgrundsatz gefasst wird. § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E bestimmt, dass die *BNetzA* „effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch fördert, dass sie dafür sorgt, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbegehrenden zulässt, während sie gleichzeitig gewährleistet, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden“.

Im Einzelnen wird der Ansatz der angemessenen Risikoprämie in § 30 Abs. 3 und § 32 Abs. 3 Nr. 3 TKG-E (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ZRL) aufgegriffen. Danach trägt die *BNetzA* bei der Entgeltregulierung in Bezug auf Netze der nächsten Generation (derzeit insbesondere FTTx-Netze) den spezifischen Investitionsrisiken zum Investitionszeitpunkt Rechnung. Eine breitbandspezifische Zinssatzermittlung war zwar schon nach geltendem Recht möglich, doch soll der *BNetzA* eine Berücksichtigung der spezifischen Risiken der Errichtung von Netzen der nächsten Generation nunmehr konkret vorgegeben werden.<sup>24</sup> Zudem legen Satz 4 und 5 des § 30 Abs. 3 TKG-E fest, dass eine Beteiligung anderer Unternehmen an den Investitionsrisiken in konsistenter Weise bei der Entgeltregulierung zu berücksichtigen ist und dass vereinbarten Risikobeteiligungsmodellen so weit wie möglich Rechnung zu tragen ist. Dies ermöglicht eine Entgeltdifferenzierung nach Maß der Risikoübernahme der Zugangsbegehrenden (z. B. die Berücksichtigung der Risikobeteiligung vor der Investition oder der Vertragslaufzeiten).<sup>25</sup> Ansätze der *EU-Kommission* zu Preisbildung und Risikoberücksichtigung können Anhang I zur NGA-Empfehlung entnommen werden.<sup>26</sup>

In Bezug auf die anderen Möglichkeiten der Risikoteilung legt der RegE die Präzisierung weitgehend in die Hände der Unter-

<sup>12</sup> ABl. EU 2007 Nr. L 344, S. 65.

<sup>13</sup> Begr. RegE, S. 83.

<sup>14</sup> So schon *Körber*, MMR 2010, 119, 124.

<sup>15</sup> Krit. auch *Holzner*, K&R 2010, 761.

<sup>16</sup> Begr. RegE, S. 99.

<sup>17</sup> *DTAG*, Stellungnahme zum TKG-RefE, Oktober 2010, S. 16 ff.

<sup>18</sup> *VATM*, Stellungnahme zum RefE, 5.11.2010, S. 12, abrufbar unter: [www.vatm.de/uploads/media/05-11-2010.pdf](http://www.vatm.de/uploads/media/05-11-2010.pdf).

<sup>19</sup> Vgl. *Kühling/Heimeshoff/Schall*, K&R Beihefter 1/2010, 7.

<sup>20</sup> So auch *Kühling/Heimeshoff/Schall* (o. FuBn. 19), S. 10.

<sup>21</sup> S. etwa *Kirchner*, abrufbar unter: [archiv.dstgb.de/090506\\_rechtsgutachten\\_kirchner.pdf](http://archiv.dstgb.de/090506_rechtsgutachten_kirchner.pdf), S. 6 ff.; vgl. *Kühling/Heimeshoff/Schall* (o. FuBn. 19), S. 11 ff.

<sup>22</sup> Dazu *Kühling/Heimeshoff/Schall* (o. FuBn. 19), S. 11 ff.

<sup>23</sup> *Kirchner* (o. FuBn. 21), S. 6 ff.; *Kühling/Heimeshoff/Schall* (o. FuBn. 19), S. 12 ff.

<sup>24</sup> Begr. RegE, S. 107; ZRL = durch die RL 2009/140/EG geänderte Zugangsrichtlinie 2002/19/EG.

<sup>25</sup> Begr. RegE, S. 108.

<sup>26</sup> ABl. EU 2010 Nr. L 251, S. 35, 44 ff.

nehmen und der *BNetzA*. Diese kann nach § 15a Abs. 2 TKG-E in Form von VV die „grundsätzlichen regulatorischen Anforderungen an die Berücksichtigung von Investitionsrisiken sowie an Vereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren untereinander und zwischen Investoren und Zugangsbegehrenden bei Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation (Risikobeteiligungsmodelle) beschreiben“.<sup>27</sup> Die gesetzgeberische Zurückhaltung erscheint sinnvoll, da die Beteiligungsmodelle erst durch die Praxis entwickelt werden müssen. Dabei sind selbstverständlich auch kartellrechtliche Grenzen der Unternehmenskooperation zu beachten. Hierzu steht eine umfassende kartellrechtliche Analyse noch aus.<sup>28</sup> Das *BKartA* hat aber bereits entsprechende Hinweise veröffentlicht.<sup>29</sup> Eine enge Kooperation zwischen *BNetzA* und *BKartA* ist in diesen Fällen auch über die Kooperationspflichten nach § 123 TKG hinaus angezeigt.

### b) Erfassung und gemeinsame Nutzung von Infrastruktureinrichtungen (§§ 21, 77a)

Neben der Kooperation zur Risikoteilung beim Aufbau neuer Infrastruktur nimmt sich der RegE auch der gemeinsamen Nutzung bestehender Infrastruktur an. Das ist sinnvoll und wichtig, zumal Erdarbeiten zur Verlegung der Datenleitungen einen wesentlichen, vermutlich sogar den bedeutsamsten Kostenfaktor darstellen und insoweit ein Schatz an ungenutzter Infrastruktur (namentlich in Gestalt von Leitungsrohren) gehoben werden kann. Um den vorhandenen Bestand zu erfassen, hat die *BNetzA* bereits einen bundesweiten Infrastrukturatlas erstellt, der seit dem 8.12.2009 genutzt werden kann. Die dafür notwendigen Daten wurden bisher auf freiwilliger Basis erhoben. § 77a Abs. 3 TKG-E (Art. 12 Abs. 4 RRL) führt nunmehr eine symmetrische Informationsverpflichtung aller Unternehmen ein, die über Infrastruktureinrichtungen i.S.d. § 77a Abs. 1 Satz 3 TKG-E (z.B. Gebäude, Masten, Leitungsrohre) verfügen, d.h. z.B. auch von Unternehmen im Bereich der Energie-, Gas- oder Wasserversorgung.<sup>30</sup>

Mit Blick auf die asymmetrische Zugangsregulierung gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht soll § 21 TKG einige Klarstellungen erfahren, insbesondere dahingehend, dass der *BNetzA* nicht nur ein Entschließungs-, sondern auch ein Auswahlermessern zukommt.<sup>31</sup> Darüber hinaus wird die Definition des Zugangsbegriffs in § 3 Nr. 32 TKG (Art. 2 lit. a RRL) erheblich erweitert. Was unter „Bereitstellung von Einrichtungen und Diensten“ zu verstehen ist, wird nunmehr durch einen umfassenden Beispielkatalog präzisiert, der insbesondere auch passive Strukturen wie Gebäude, Leerrohre und Masten umfasst.<sup>32</sup>

Praktisch bedeutsam ist auch die Umsetzung des Art. 12 RRL durch § 77a Abs. 1 und 2 TKG-E. Nach geltendem Recht besteht

nur unter sehr engen Voraussetzungen gem. § 70 TKG ein zivilrechtlicher Duldungsanspruch hinsichtlich der Mitbenutzung von für die Aufnahme von TK-Kabeln vorgesehenen Einrichtungen. § 77a Abs. 1 TKG-E eröffnet demgegenüber die Möglichkeit einer vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht unabhängigen, symmetrischen Zugangsregulierung. Die *BNetzA* kann danach TK-Netzbetreiber oder Eigentümer der Verkabelung (d.h. Hauseigentümer) zur gemeinsamen Nutzung von Verkabelungen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilungspunkt verpflichten, wenn eine Verdoppelung der Infrastruktur wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre. Nach Abs. 2 kann sie eine angemessene Umlegung der Kosten festsetzen.

Unbefriedigend erscheint, dass § 77a Abs. 1 TKG-E hinsichtlich seiner sachlichen Reichweite nicht klar formuliert ist.<sup>33</sup> Bemängelt wird auch, dass Abs. 1 die durch gemeinsame Nutzung verschiedenster Infrastruktureinrichtungen möglichen Synergien nicht ausschöpfe, weil er (anders als Abs. 3) persönlich auf TK-Netzbetreiber und Eigentümer von Verkabelung sowie sachlich grundsätzlich auf die gemeinsame Nutzung von Verkabelungen in Gebäuden beschränkt sei. Es ist daher vorgeschlagen worden, in Abs. 1 (wie in Abs. 3) von „Einrichtungen, die zu TK-Zwecken genutzt werden können“ zu sprechen, und zwar unabhängig davon, wem sie gehören und ob sie innerhalb oder außerhalb eines Gebäudes liegen.<sup>34</sup> Das lässt sich hören. Freilich ist die Regelung des RegE insoweit konsequent, als sie auf die Kräfte von Markt und Wettbewerb setzt, indem sie das Instrument der symmetrischen Zugangsregulierung nur sehr sparsam einsetzt (Abs. 1), grundsätzlich aber lediglich eine umfassende Transparenz sicherstellt (Abs. 3) und damit die Voraussetzungen für privatautonome Zugangsverhandlungen schafft.

## III. Regulierungspraxis zwischen Europäisierung und Regionalisierung

### 1. Weitere Europäisierung des Regulierungsverfahrens ...

Das EU-Regulierungsrecht ist dem Subsidiaritätsgedanken zum Trotz von einer zunehmenden Tendenz zur Europäisierung (man könnte auch sagen: Zentralisierung) geprägt. Diese Entwicklung wird sicherlich auch durch das eingangs erwähnte *EuGH-Urteil* zu § 9a TKG begünstigt, das (nicht nur) beim deutschen Gesetzgeber Verunsicherung über die noch bestehenden Umsetzungsspielräume ausgelöst hat.<sup>35</sup> Die *Kommission* hat von Anfang an auf europäische Regulierungsbehörden gesetzt. Da sie sich damit (bisher) nicht durchsetzen konnte, hat sie sich auf ein schrittweises Vorgehen gelegt, um den ihrer Auffassung nach unbefriedigenden Stand der Harmonisierung und Marktintegration weiter zu verbessern. Die *Kommission* kritisierte insoweit einerseits eine weitgehend auf das eigene Land beschränkte Sichtweise der NRB, strebte aber andererseits eine Verbesserung der Unabhängigkeit der NRB „durch (De-)Regulierung unter Aufsicht der Kommission“ an, also mehr Unabhängigkeit von den nationalen Gesetzgebern, nicht aber von der *Kommission*.<sup>36</sup>

### a) Harmonisierungsentscheidungen

Erhebliches „Zentralisierungspotenzial“ beinhaltet insoweit die in Art. 19 Abs. 1 und 3 RRL i.V.m. Erwägungsgrund 58 zur RL 2009/140/EG geregelte Kompetenz der *Kommission*, ordnungspolitische Grundsätze, Ansätze und Methoden durch Empfehlung oder – was für eine RL höchst ungewöhnlich und kompetenziell zweifelhaft erscheint – durch verbindliche Entscheidung festzulegen, wenn auf Grund der unterschiedlichen Umsetzung der Richtlinien Hindernisse für den Binnenmarkt

<sup>27</sup> Vgl. auch EG 28 zur NGA-Empfehlung der *Kommission*, ABl. EU 2010 Nr. L 251, S. 35.

<sup>28</sup> Ansätze dazu bereits bei *Kühling/Heimeshoff/Schall* (o. Fußn. 19), S. 20 ff.

<sup>29</sup> *BKartA*, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland v. 19.1.2010, abrufbar unter: [www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/100119Hinweise\\_Breitbandkooperation.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/100119Hinweise_Breitbandkooperation.pdf).

<sup>30</sup> Begr. RegE, S. 141.

<sup>31</sup> Begr. RegE, S. 103.

<sup>32</sup> Vgl. auch Anhang II zur NGA-Empfehlung der *Kommission*, ABl. EU 2010 Nr. L 251, S. 35, 47 f.

<sup>33</sup> Dazu auch ausf. *BUGLAS*, Stellungnahme zum TKG-E, S. 31 ff., abrufbar unter: [www.buglas.de/fileadmin/arbeitskreis/news/Stellungnahmen/Finale\\_Stellungnahme\\_BUGLAS\\_zur\\_TKG\\_Novelle05.11.pdf](http://www.buglas.de/fileadmin/arbeitskreis/news/Stellungnahmen/Finale_Stellungnahme_BUGLAS_zur_TKG_Novelle05.11.pdf).

<sup>34</sup> *DTAG*, Stellungnahme zum TKG-RefE, Oktober 2010, S. 20 mit weitergehenden Vorschlägen zur Regelung des Eigentums an Inhouse-Netzen auf S. 22 f.; *BITKOM*, abrufbar unter: [www.bitkom.org/files/documents/101103\\_BITKOM-Stellungnahme\\_TKG-Novelle\\_2010.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/101103_BITKOM-Stellungnahme_TKG-Novelle_2010.pdf), S. 26.

<sup>35</sup> Zum durchaus noch bestehenden Umsetzungsspielraum ausf. *Gärditz*, N&R Beilage 2/2011.

<sup>36</sup> KOM (2007) 696 endg., S. 3 f. und 10 ff.

entstehen können. Da diese Regelung nach Auffassung des RegE aus sich heraus wirkt, wurde auf eine Umsetzung ins TKG verzichtet.<sup>37</sup>

### b) Ko-Regulierung unter Einbeziehung des GEREK (§§ 12, 13)

Ein Schritt auf dem Weg zur weiteren Europäisierung des Regulierungsverfahrens ist die Ersetzung der *European Regulators Group (ERG)* durch das neue *Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK)*. Das GEREK wurde bereits Anfang 2010 durch eine unmittelbar anwendbare EU-Verordnung etabliert.<sup>38</sup> Das GEREK ist ebenso wie die *Kommission* und die anderen NRB in das Konsolidierungsverfahren einzubeziehen (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E), das grundsätzlich durchgeführt werden muss, wenn Marktdefinition nach § 10, Marktanalyse nach § 11 oder Regulierungsverfügungen (Abhilfemaßnahmen) nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.

Die *BNetzA* hat danach nicht nur den Stellungnahmen von *Kommission* und NRB, sondern auch des GEREK nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E weitestgehend Rechnung zu tragen. Auch die *Kommission* berücksichtigt nach Art. 7 Abs. 5 und 7a Abs. 5 RRL bei ihren Entscheidungen und Empfehlungen weitestgehend die Stellungnahmen des GEREK. Diese Regelungen werden durch die §§ 123a und 123b TKG-E flankiert, welche die Zusammenarbeit von *BNetzA*, *Kommission* und GEREK regeln.

Eine verfahrensmäßige Entlastung kann eintreten, wenn die *Kommission* nach Art. 7b RRL Umstände definiert, unter denen Notifizierungen nach Art. 7 Abs. 3 RRL (§ 12 Abs. 2 TKG) nicht erforderlich sind, also das Konsolidierungsverfahren trotz möglicher Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten entfällt. Dem trägt § 12 Abs. 2 Satz 1 TKG-E Rechnung.

In die entgegengesetzte Richtung wirkt, dass mit § 13 Abs. 4 TKG-E (Art. 7a RRL) ein zusätzliches Verfahren zur einheitlichen Anwendung von Abhilfemaßnahmen eingeführt wird. Danach kann die *Kommission* der *BNetzA* binnen Monatsfrist mitteilen, dass der Entwurf einer Abhilfemaßnahme ein Hemmnis für den Binnenmarkt darstellen würde oder dass sie erhebliche Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem EU-Recht hat. In diesem Fall darf die *BNetzA* den Entwurf für weitere drei Monate nicht annehmen (§ 13 Abs. 4 Nr. 1) und muss binnen dieser Dreimonatsfrist zusammen mit *Kommission* und GEREK nach einer Lösung suchen (Nr. 2 und 3). Danach hat die *Kommission* einen weiteren Monat Zeit, um der *BNetzA* eine Empfehlung zu geben (Nr. 4). Schließlich teilt die *BNetzA* der *Kommission* binnen eines weiteren Monats ihre Entscheidung mit. Sie ist dabei nicht an die Empfehlung der *Kommission* gebunden, sondern muss eine abweichende Entscheidung lediglich begründen (Nr. 5). Es handelt sich also nur um ein „Aufschubverfahren“.<sup>39</sup>

Die *Monopolkommission* hat dieses zusätzliche Ko-Regulierungsverfahren zu Recht heftig kritisiert und betont, es verkompliziere die Regulierung, erhöhe den bürokratischen Aufwand und verlängere die Verfahrensdauer, ohne dass dem ein erkennbarer Vorteil gegenüberstünde, zumal die von der *Kommission* kritisierte Disharmonie der Regulierungsmaßnahmen eher Ausdruck einer Berücksichtigung nationaler Besonderheiten sein dürfte,<sup>40</sup> von eventuellen positiven Auswirkungen eines Wettbewerbs der Regulierungsansätze ganz zu schweigen.

### c) Funktionale Trennung (§§ 40, 41)

Augenfälligste Änderung auf der Ebene der Abhilfemaßnahmen ist die Einführung von Regelungen zur funktionalen Trennung in §§ 40 und 41 TKG-E (Art. 13a und b ZRL). Die *Kommission* sieht die vertikale Entflechtung schon seit langem als besonders effektives Instrument der Wettbewerbsförderung an. Dieser Ansatz hat jetzt verstärkt (vgl. schon § 7 TKG) auch das

TK-Recht erreicht. Dabei handelt es sich ausweislich des § 40 Abs. 1 TKG-E um eine ultima ratio für den Fall, dass andere Abhilfemaßnahmen „nicht zu einem wirksamen Wettbewerb geführt haben und wichtige und andauernde Wettbewerbsprobleme oder Marktversagen auf den Märkten für bestimmte Zugangsprodukte auf Vorleistungsebene bestehen“.<sup>41</sup> Selbst in diesem Fall kann die *BNetzA* keine gesellschafts- oder gar eigentumsrechtliche Entflechtung anordnen, sondern vertikal integrierten Unternehmen lediglich auferlegen, „ihre Tätigkeiten im Zusammengang mit der Bereitstellung der betreffenden Zugangsprodukte auf Vorleistungsebene in einem unabhängig arbeitenden Geschäftsbereich unterzubringen“. Die Beteiligung der *Kommission* ist in § 40 Abs. 3 TKG-E gesondert geregelt; § 12 Abs. 2 TKG-E und § 13 Abs. 4 TKG-E finden keine Anwendung. § 41 TKG-E normiert ergänzend eine Informationspflicht gegenüber der *BNetzA* für den Fall, dass ein Unternehmen die funktionale Trennung freiwillig vornimmt.

Auch wenn dem deutschen Gesetzgeber angesichts der EU-Vorgaben letztlich keine Wahl bleibt, erscheint die späte Einführung dieser Kompetenzen angesichts der auf dem Gebiet der Telekommunikation sehr erfolgreichen Zugangsregulierung anachronistisch und letztlich überflüssig.<sup>42</sup>

## 2. ... aber Möglichkeit der Regionalisierung der Regulierung

Der Regulierungsgrundsatz des § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG-E (Art. 8 Abs. 5 lit. e RRL) gibt der *BNetzA* auf, „die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Wettbewerb und Verbrauchern, die in den verschiedenen geographischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen, gebührend [zu berücksichtigen]“. Dies spricht für eine regionale Differenzierung der Regulierung. In die gleiche Richtung deutet Art. 15 Abs. 3 RRL, nach dem die NRB relevante Märkte, „entsprechend den nationalen Gegebenheiten – insbesondere relevante geografische Märkte innerhalb ihres Hoheitsgebiets – im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts“ definieren.<sup>43</sup> Das Wettbewerbsrecht fasst nur Gebiete zu einem Markt zusammen, in denen hinreichend homogene Wettbewerbsbedingungen herrschen.<sup>44</sup> Das kann man für die Breitbandmärkte nicht wirklich behaupten, denn in Großstädten wie Hamburg, München oder Köln herrscht intensiver Infrastruktur- und Dienstewettbewerb, während sich der Breitbandausbau in manchen ländlichen Regionen noch nicht einmal für die *DTAG* allein rechnet.<sup>45</sup> Eine Umsetzung des Art. 15 Abs. 3 RRL fehlt insoweit allerdings im RegE, und die Begründung zum RegE betont ausdrücklich, auch durch Einfügung des § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG-E solle lediglich verdeutlicht werden, dass regionale Unterschiede stets zu prüfen und zu berücksichtigen seien.<sup>46</sup> Die *BNetzA* sei nicht daran gehindert, bundesweite Märkte zu definieren.<sup>47</sup>

<sup>37</sup> Begr. RegE, S. 154.

<sup>38</sup> VO 1211/2009, ABl. EU 2009 Nr. C 337, S. 1, unmittelbar anwendbar seit dem 7.1.2010.

<sup>39</sup> Holzsnigel, K&R 2010, 761, 763.

<sup>40</sup> *Monopolkommission*, SG 56, Tz. 145 f., abrufbar unter: [www.monopolkommission.de/sg\\_56/s56\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/sg_56/s56_volltext.pdf).

<sup>41</sup> Ebenso Begr. RegE, S. 113.

<sup>42</sup> So auch *Monopolkommission*, SG 56 (o. Fußn. 40), Tz. 155; a.A. *VATM* (o. Fußn. 18), S. 17 f.

<sup>43</sup> Vgl. ferner EG 9 und 10 sowie Tz. 9 f. zur NGA-Empfehlung der *Kommission*, ABl. EU 2010 Nr. L 251, S. 35.

<sup>44</sup> Vgl. Bekanntmachung der *Kommission* über die Definition des relevanten Marktes i.S.d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 5, Tz. 8, abrufbar unter: [www.fkvo.eu](http://www.fkvo.eu).

<sup>45</sup> Vgl. v. Weizsäcker, abrufbar unter: [www.zei.de/download/zei\\_dp/dp\\_c189\\_von\\_Weizsaecker.pdf](http://www.zei.de/download/zei_dp/dp_c189_von_Weizsaecker.pdf).

<sup>46</sup> So auch EG 56 zur RL 2009/140/EG.

<sup>47</sup> Begr. RegE, S. 84; zust. *VATM* (o. Fußn. 18), S. 4.

Dass eine an den tatsächlichen Marktverhältnissen orientierte regional differenzierte Regulierung durchaus möglich ist, hat die britische NRB *Oftcom* gezeigt. *Oftcom* hat erstmals 2008 und erneut 2010 in Bezug auf die Regulierungsbedürftigkeit des Großkundenmarkts für Bitstrom-Zugang<sup>48</sup> drei räumliche Märkte unterschieden. Darin wurden jeweils die – über das Vereinigte Königreich (UK) verstreuten – Marktgebiete zusammengefasst, in denen folgende Bedingungen erfüllt waren: Markt 1 (14,2% des UK: British Telecom ist der einzige Anbieter), Markt 2 (13,8%: es gibt zwei oder drei Anbieter), Markt 3 (71,3%: es gibt aktuell oder in Kürze vier oder mehr Anbieter). Markt 1 ist der vollen Zugangs- und Preisregulierung unterworfen, weil kein Wettbewerb existiert und sich kurzfristig auch nicht entwickeln wird. Für Markt 2 ist ebenfalls eine Zugangs- und (etwas gelockerte) Preisregulierung vorgesehen, weil hier ein gewisser Wettbewerb und ein gewisses Potenzial für zusätzlichen Wettbewerb bestehen. Der den Großteil des UK umfassende Markt 3 wird dagegen aus der Regulierung entlassen, weil auf ihm nach Auffassung von *Oftcom* hinreichender Wettbewerb existiert.<sup>49</sup>

Die *EU-Kommission* hat den *Oftcom*-Ansatz grundsätzlich akzeptiert und verfolgt eine ähnliche regionale Differenzierung in Bezug auf Beihilfen zum Breitbandausbau.<sup>50</sup> Insbesondere von Seiten der *DTAG* wird eine Übertragung des *Oftcom*-Ansatzes auf Deutschland befürwortet.<sup>51</sup> Von anderen wird die Befürchtung geäußert, eine zu schnelle Regionalisierung würde der *DTAG* Quersubventionen ermöglichen, die Renditen ihrer Wettbewerber schmälern und dadurch Wettbewerb und Breitbandausbau schaden.<sup>52</sup> Die *BNetzA* hat die *DTAG* hinsichtlich des Großkundenmarkts für Bitstrom-Zugang einer ex post-Regulierung nach § 38 TKG unterworfen. Sie geht dabei von einem bundesweiten Markt aus und hat es ausdrücklich abgelehnt, derzeit entsprechend dem *Oftcom*-Ansatz regional zu differenzieren.<sup>53</sup>

## IV. Frequenznutzung und Digitalisierung

Der RegE enthält eine Reihe von Änderungen, die auf eine Flexibilisierung und Harmonisierung der Frequenznutzung zielen

48 Markt 5 der Märkteempfehlung 2007 der *Kommission*, ABl. EU 2007 Nr. L 344, S. 65 (engl. WBA).

49 Vgl. unter: [stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/wba/summary/wbacondoc.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/wba/summary/wbacondoc.pdf), S. 3 (Anteile für 2010 ausgehend von HvT bestimmt, restl. 0,7% = Region Hull, in der *KCOM* der einzige Anbieter ist). Voraussetzung für die Deregulierung von Markt 5 bleibt grds. die Regulierung von Markt 4 (TAL-Zugang, engl. WLA), s. unter: [stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/wla/summary/wlacondoc.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/wla/summary/wlacondoc.pdf).

50 *Kommission*, Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. EU 2009 Nr. C 235, S. 7.

51 *DTAG*, Stellungnahme zum TKG-RefE, Oktober 2010, S. 10 ff.

52 *BREKO*, abrufbar unter: [www.brekoverband.de/breko08/auto\\_cms/original/ergdraftegeographicas.pdf](http://www.brekoverband.de/breko08/auto_cms/original/ergdraftegeographicas.pdf); zurückhaltend auch *Kühling/Heimeshoff/Schall* (o. FuBn. 19), S. 27 ff.

53 *BNetzA*, B. v. 17.9.2010 – BK 3b-09/069, S. 30; ebenso Festlegung der *Präsidentenkammer der BNetzA* v. 16.9.2010.

54 Hierzu auch *Holznel*, K&R 2010, 761, 764.

55 Vgl. Begr. RegE, S. 74 und 129 ff.

56 So auch *Holznel*, K&R 2010, 761, 764.

57 Kritisch auch *VPRT*, Anmerkungen zum TKG-Entwurf, unter Nr. 3, abrufbar unter: [www.vprt.de/index.html/de/positions/article/id/126/?or=0&year={0}&page=1](http://www.vprt.de/index.html/de/positions/article/id/126/?or=0&year={0}&page=1).

58 Einen aktuellen Überblick über internationale Entwicklungen geben *Spies/Ufer* MMR 2011, 13 ff. und *Ufer*, CR 2010, 634 ff.

59 Vgl. *Ufer*, K&R 2010, 383, 385.

60 *Holznel*, K&R 2010, 761, 765.

61 Zu den technischen Einzelheiten s. *Ufer*, K&R 2010, 383, 384 f.; *Kruse*, Internet-Überlast, Netzneutralität und Service-Qualität, abrufbar unter: [opus.unibw-hamburg.de/opus/volltexte/2008/1726/pdf/hsu-wp-vwl75.pdf](http://opus.unibw-hamburg.de/opus/volltexte/2008/1726/pdf/hsu-wp-vwl75.pdf), S. 2 ff.

62 *Dewenter*, Netzneutralität, abrufbar unter: [opus.unibw-hamburg.de/opus/volltexte/2008/1696/pdf/paper\\_74.pdf](http://opus.unibw-hamburg.de/opus/volltexte/2008/1696/pdf/paper_74.pdf), S. 25; *Kruse* (o. FuBn. 61), S. 7.

63 S. unter: [newsroom.cisco.com/dlls/2010/prod\\_060210.html](http://newsroom.cisco.com/dlls/2010/prod_060210.html).

64 Dazu *Dewenter* (o. FuBn. 62), S. 22 ff.; *Kruse* (o. FuBn. 61), S. 9 ff.

65 Vgl. *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13, 14; *Ufer*, K&R 2010, 383, 384; *Holznel*, K&R 2010, 761, 765.

und von denen hier nur einige gestreift werden können.<sup>54</sup> Hervorzuheben ist, dass § 53 Abs. 2 TKG-E die Aspekte der Technologie- und Diensteneutralität und damit zugleich den Wettbewerbsgedanken stärker betonen soll.<sup>55</sup> Zu diesem Zweck werden Beschränkungen der Frequenznutzung in Zukunft nur noch aus den in Art. 9 Abs. 3 und 4 RRL genannten Gründen zugelassen. §§ 58 und 59 TKG werden ohne inhaltliche Änderung im neuen § 58 TKG-E zusammengefasst und erlauben weiterhin in bestimmten Fällen eine gemeinsame Frequenznutzung sowie Abweichungen vom Frequenzplan zur Erprobung innovativer Technologien. Neufassung und Erweiterung des § 62 TKG-E (Art. 9b RRL) sollen zu einer weiteren Flexibilisierung des Frequenzhandels beitragen. Diese Änderungen sind zu begrüßen.

Zweifelhaft erscheint dagegen die Sinnhaftigkeit der durch § 63 Abs. 4 TKG-E (ohne zwingende Richtlinienvorgabe) wieder einmal angestrebten Abschaltung des analogen UKW-Rundfunks zum 31.12.2015 zu Gunsten eines digitalen Radiobetriebs, den die Bevölkerung offensichtlich nicht will.<sup>56</sup> Man sollte den Markt entscheiden lassen.<sup>57</sup>

## V. Netzneutralität

### 1. Begriff und Problematik

„Netzneutralität“ galt lange als rein US-amerikanisches Thema. In jüngster Zeit hat es Europa erreicht und ist spätestens seit 2010 Gegenstand intensiver, teils etwas ideologischer Diskussionen.<sup>58</sup> Der Begriff „Netzneutralität“ wird teils auf Übertragungsdienste, teils auf die übermittelten Inhalte bezogen. Die Forderung nach Inhalte-Neutralität richtet sich gegen eine Internetzensur, die nur ganz ausnahmsweise akzeptabel ist (z.B. gegenüber Kinderpornografie).<sup>59</sup> Im Mittelpunkt der Diskussion und der nachfolgenden Ausführungen steht die Dienste-Neutralität. Insoweit meint Netzneutralität die neutrale Übermittlung von Daten im Internet.<sup>60</sup> Diese ist derzeit grundsätzlich dadurch gewährleistet, dass die Daten in Datenpakete zerlegt und dann unabhängig von deren Inhaltstyp (Texte, Bilder, Telefonate, Videos etc.) nach dem „Best-Efforts-Prinzip“ gleichrangig über alle verfügbaren Wege übermittelt werden, solange Übertragungskapazität vorhanden ist.<sup>61</sup>

Datenstaus werden bisher weitgehend durch die Bereitstellung von Überkapazitäten (sog. „overprovisioning“) vermieden, was freilich nicht nur ineffizient,<sup>62</sup> sondern angesichts rasant steigender Datenmengen ggf. auch nicht dauerhaft praktikabel ist. War das Internet in seinen Anfängen textbasiert, so müssen heute insbesondere wegen Filesharing und Videostreaming deutlich höhere Datenmengen transportiert werden. Bis 2014 wird verglichen mit 2009 mit einer Vervierfachung des IP-Datenverkehrs gerechnet, wobei der Anteil von Videoübertragungen auf der Konsumentenebene über 90% ausmachen wird.<sup>63</sup>

Die Übermittlung unterschiedlicher Daten stellt durchaus unterschiedliche Qualitätsanforderungen. So spielen leichte Verzögerungen bei Übermittlung einer E-Mail, einer Webseite oder eines Dateidownloads keine Rolle. Bei Echtzeit-Diensten wie VoIP-Telefonaten, Onlinespielen oder IPTV kann es dagegen bei Datenstaus zu Bild- und Tonaussetzern kommen. Eine Lösung könnte neben dem weiteren Netzausbau in einer Qualitätsdifferenzierung (Quality of Service, QoS) liegen, die heute technisch möglich ist, teils schon praktiziert wird und mit einer Priorisierung bestimmter Dienste, aber auch Zurückstufung oder sogar Blockierung anderer Dienste einhergehen kann.<sup>64</sup> Dadurch würde auch eine Preisdifferenzierung sowohl gegenüber den Nutzern als auch in Bezug auf Diensteanbieter möglich. So wird seitens der Netzbetreiber eine Kostenbeteiligung großer Internetunternehmen wie *Google*, *Facebook*, *Amazon*, *eBay* usw. gefordert.<sup>65</sup>



Die Verfechter einer strengen Netzneutralität verlangen Beibehaltung und gesetzlichen Schutz des Best-Efforts-Internet. Sie befürchten Kostensteigerungen für die Nutzer, Diskriminierungen sowie vor allem eine Gefährdung innovativer neuer Internet-Startup-Unternehmen und der freien und offenen Internetkommunikation. Ausnahmen sollen „nur unter sehr eng zu definierenden Voraussetzungen, z.B., wenn die Sicherheit und Integrität des Netzes in Gefahr ist, temporär denkbar“ sein.<sup>66</sup> Jedenfalls müsse nach dem Vorbild des Rundfunkrechts eine „must carry“-Verpflichtung in Bezug auf „die für die kommunikative Grundversorgung erforderlichen Internetdienste“ etabliert werden,<sup>67</sup> wobei freilich offen bleibt, welche Dienste das sein sollen.

Der erstgenannte Ansatz erscheint zu eng. Der zweite ist weder praktikabel noch sinnvoll. Bestimmte „Grundversorgungsdienste“ festzulegen, ist angesichts der Dynamik des Internet kaum möglich und würde dem Grundsatz einer neutralen Regulierung widersprechen. Die Überregulierung des Rundfunks darf nicht auf das Internet übertragen werden. Im Gegenteil gebieten Digitalisierung und Konvergenz eine Deregulierung des Rundfunks.<sup>68</sup>

Überwiegend wird die Netzneutralität zu Recht als Ausprägung des Diskriminierungsverbots verstanden, nach dem nur Gleiches gleich behandelt werden muss, aber eine Differenzierung aus sachlichen Gründen erlaubt ist. Ferner wird betont, dass ein reines Best-Efforts-Prinzip den modernen Anforderungen nicht mehr gerecht werde und zu einem Investitionshemmnis werden könne, weshalb die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Internet eine QoS-Differenzierung erforderlich mache.<sup>69</sup> Insoweit werden die wohlfahrtökonomisch positiven Effekte einer QoS-Differenzierung unterstrichen: die allokativen Effizienz werde gesteigert, weil (wie auf anderen Märkten auch) die unterschiedlichen Ansprüche unterschiedlicher Nachfrager jeweils optimal bedient werden könnten, statt wie bisher nur eine einheitliche, manchen Diensten nicht mehr gerecht werdende „mittlere Qualität“ anzubieten.<sup>70</sup> Gesetzgeberische oder regulatorische Maßnahmen sollten nur als ultima ratio bei Marktversagen in Betracht kommen.<sup>71</sup>

## 2. Ansatz der EU und des TKG-Entwurfs (§§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 43a Abs. 2, 45n, 45o)

Die *EU-Kommission*, die EU-Richtlinien und der RegE haben sich das weite, zurückhaltende Verständnis zu Eigen gemacht, das QoS-Differenzierungen und Priorisierungen grundsätzlich zulässt und auf Wettbewerb auf der Netzebene, Angebotstransparenz und Gewährleistung einer Mindestqualität für alle Nutzer setzt.<sup>72</sup> Anders als die US-Praxis unterscheidet der technologieneutrale europäische Ansatz dabei zu Recht grundsätzlich nicht zwischen drahtgebundenen und mobilen Verbindungen.<sup>73</sup>

Die *Kommission* unterstreicht in ihrer Erklärung zur Netzneutralität, die der RL 2009/140/EG beigefügt ist, die hohe Bedeutung „der Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internet“. Sie vertraut insoweit aber derzeit in erster Linie auf die Kräfte von Markt und Wettbewerb. Die Richtlinien enthalten dementsprechend nur wenige Regelungen, und der RegE, der diesem zurückhaltenden Ansatz folgt, beschränkt sich auf die Umsetzung dieser Vorgaben.

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E (Art. 8 Abs. 4 lit. g RRL) „fördert [die *BNetzA*] die Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen“. Die Erklärung der *Kommission* zu Netzneutralität sieht darin eine Festschreibung der Netzneutralität „als politisches Ziel und als von den ... [NRB] zu fördernden Regulierungsgrundsatz“. Konkrete Ausgestaltungen finden sich in

§ 43a Abs. 2 TKG-E (Art. 20 Abs. 1 lit. b URL<sup>74</sup>), § 45n TKG-E (Art. 21 Abs. 3 lit. c und d URL) und § 45o TKG-E (Art. 22 Abs. 3 URL).

Nach § 43a Abs. 2 Nr. 2 TKG-E müssen Verbraucher und auf Verlangen auch andere Endnutzer u.a. über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen informiert werden. Nr. 3 und Nr. 4 verlangen eine entsprechende Information über das angebotene Mindestniveau der Dienstqualität bzw. über Netzwerkmanagement-techniken mitsamt den möglichen Auswirkungen auf die Dienstqualität.

Nach § 45n TKG-E kann das *BMWi* eine Rechtsverordnung zur Förderung der Transparenz erlassen (Abs. 1) oder dies an die *BNetzA* delegieren (Abs. 6). In einer solchen VO kann dann u.a. die Pflicht etabliert werden, die Teilnehmer über Änderungen zu unterrichten, die zu Nutzungsbeschränkungen führen (Abs. 4 Nr. 3). Diese Transparenz ermöglicht den Endkunden eine informierte Teilnahme am Wettbewerb. Die Nutzer können z.B. selbst entscheiden, ob sie ein Angebot wählen, das bestimmte Dienste ausschließt oder nur gegen Mehrpreis anbietet (z.B. derzeit der UMTS-Internetzugang der *DTAG* in Bezug auf VoIP-Telefonie über Skype) oder dies uneingeschränkt zulässt (z.B. derzeit der UMTS-Internetzugang von *o2*). Es besteht allerdings noch Verbesserungspotential. Werden bestimmte Dienste ausgeschlossen, sollte eine gesonderte Hinweispflicht bestehen, um ein „Verstecken“ dieser essentiellen Informationen in AGB zu vermeiden. Zudem ist die flankierende Erleichterung des Anbieterwechsels (§§ 43b, 46, 47a TKG-E) ein Schritt in die richtige Richtung, aber noch ausbaufähig.

§ 45o TKG-E enthält eine weitere Verordnungsermächtigung in Bezug auf Rahmenvorschriften für die Dienstqualität und für zusätzliche Dienstmerkmale, die der Kostenkontrolle dienen (Abs. 1). Nach Abs. 3 können in dieser VO, deren Erlass ebenfalls an die *BNetzA* delegiert werden kann (Abs. 5), „Mindestanforderungen an die Dienstqualität festgelegt werden, um eine Verschlechterung von Diensten und eine Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern“. Auf diese Weise kann – inhaltsneutral – eine Mindestversorgung sichergestellt werden, falls QoS-Differenzierung und Priorisierung zu einer schleichenden Verdrängung des Best-Efforts-Internet führen sollten, wie es die Vertreter einer strengen Netzneutralität befürchten.

Der Maßstab für die Mindestqualität muss dabei der Dynamik des Internet entsprechend seinerseits dynamisch sein und sich neuen Herausforderungen anpassen. Der RegE geht allerdings zu Recht davon aus, dass für unmittelbare gesetzliche Regelungen derzeit kein Anlass besteht, und vertraut – wie der EU-Rechtsrahmen – auf Transparenz und Wettbewerb.<sup>75</sup>

<sup>66</sup> So *DLM*, Stellungnahme zum TKG-E, [www.alm.de/fileadmin/ALM-Internv/Rundschreiben/TKG-Novelle-StN-DLM-101027.pdf](http://www.alm.de/fileadmin/ALM-Internv/Rundschreiben/TKG-Novelle-StN-DLM-101027.pdf), S. 10.

<sup>67</sup> So *Holznel*, K&R 2010, 95, 99.

<sup>68</sup> Dazu ausf. *Körber*, ZWeR 2009, 315 ff.

<sup>69</sup> Vgl. z.B. *Ufer*, K&R 2010, 383, 384; *Berger-Kögler/Kind*, MMR-Aktuell 2010, 302773.

<sup>70</sup> *Dewenter* (o. FuBn. 62), S. 23 ff.; *Kruse* (o. FuBn. 61), S. 9 ff.

<sup>71</sup> *BITKOM*, s. unter: [www.bitkom.org/files/documents/100927\\_BITKOM\\_Positionspapier\\_Netzneutralitaet.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/100927_BITKOM_Positionspapier_Netzneutralitaet.pdf), S. 5; *Ufer*, K&R 2010, 383, 388.

<sup>72</sup> So auch *BNetzA-Präsident Kurth*, s. unter: [www.theeuropean.de/matthias-kurth/4370-wettbewerb-und-transparenz](http://www.theeuropean.de/matthias-kurth/4370-wettbewerb-und-transparenz).

<sup>73</sup> Zum US-Recht s. *Spies/Ufer* MMR 2011, 13, 15 f.

<sup>74</sup> URL: durch die RL 2009/136/EG modifizierte Universalienrichtlinie 2002/22/EG.

<sup>75</sup> Begr. RegE, S. 76; zweifelnd *Holznel*, MMR 2010, 761, 766; vgl. auch den norwegischen Ansatz, auf Grundlage einer Selbstverpflichtung einen „Best-Efforts-Kanal“ bereitzustellen, dazu *Ufer*, K&R 2010, 383, 387.

## VI. Fazit

Ausgangspunkt der TK-Regulierung waren natürliche Monopole einzelner, oft ehemals staatlicher Unternehmen, die über ihre Kupferkabel-Netze den Zugang zu den TK-Märkten kontrollierten. Heute herrscht vielfältiger Infrastrukturwettbewerb. Schon der Rechtsrahmen 2002 hat daher zu Recht eine markt- und wettbewerbsorientierte Perspektive eingenommen. Die neuen Regulierungsgrundsätze sind von diesem Geist geprägt. Das ist zu begrüßen. Netzausbau und Erschließung neuer Märkte sollten grundsätzlich Sache der Unternehmen und des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren bleiben. Für Regulierung ist nur Raum, um ein nachweisliches Versagen von Markt und Kartellrecht zu kompensieren. Dabei sollte die Fähigkeit der Märkte zur Selbstregulierung nicht unterschätzt und die Fähigkeit der Behörden, Marktentwicklungen vorzusehen, nicht überschätzt werden. Das gilt

auch in Bezug auf die Sicherstellung der Netzneutralität. Mit Skepsis sind Tendenzen zu einer weiteren Zentralisierung und Bürokratisierung unter Ausbau des Einflusses der *Kommission* zu betrachten. Wenn NRB die Möglichkeit einer national oder sogar regional differenzierten Regulierung ergreifen, um nationalen oder regionalen Unterschieden gerecht zu werden, kann auch Regulierung im Wettbewerb der Lösungsansätze zum Entdeckungsverfahren werden. Eine solche wettbewerbsorientierte Regulierung ist dem Binnenmarkt nicht abträglich, sondern fördert ihn.



Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Autor bedankt sich herzlich bei seinem wissenschaftlichen Mitarbeiter Torben Lüpke für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

MORITZ HOLZGRAEFE

# Bühne frei für Product Placement

Werden die neuen Werberichtlinien der Landesmedienanstalten dem RStV gerecht?

Wettbewerbs- und Kennzeichenrecht

Seit dem 1.4.2010 gelten im Zuge des 13. RÄStV in Deutschland neue Regelungen für mediale Werbung. Der deutsche Gesetzgeber hat die europäische Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste zum Anlass genommen, den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien zu reformieren, sodass sich Fernsehveranstalter, Produzenten und nicht zuletzt die Verbraucher mit zahlreichen Neuerungen konfrontiert sehen. § 16f RStV und § 46 RStV geben dabei den Rundfunk- und Landesmedienanstalten die Möglichkeit, Richtlinien aufzustellen, um die Vorgaben zu verdichten und zu konkretisieren.

Der folgende Beitrag untersucht, ob und inwiefern die jüngst von den Landesmedienanstalten zu Produktplatzierungen verabschiedeten Regelungen dem Rundfunkstaatsvertrag gerecht werden.

Im Ergebnis wird dabei festzustellen sein, dass insbesondere die Kennzeichnungsregelungen hinter den Anforderungen des Staatsvertrags zurückbleiben. Gleichzeitig findet eine kritische Auseinandersetzung mit der Umsetzung der Richtlinie statt, die den Umgang mit medialer Werbung voraussichtlich auf lange Sicht prägen wird.

## I. Einführung

Mit der im April 2010 in Kraft getretenen neuen Fassung des Staatsvertrags für Rundfunk und Telemedien (RStV) ist eine neue Ära des deutschen Werberechts eingeläutet worden.<sup>1</sup> Die Regelungen, die zur sendungsintegrierten Werbung aufgestellt wurden, legalisieren in weiten Teilen die Kombination von Werbung

und Programm, setzen dem Einsatz von Product Placement auf der anderen Seite jedoch auch Grenzen.<sup>2</sup> Bereits vor Inkrafttreten des 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrags (RÄStV)<sup>3</sup> veröffentlichten die Landesmedienanstalten ihre Lesart der neuen Regelungen, indem sie auf Grundlage von § 46 RStV Werberichtlinien erließen (WerberLM),<sup>4</sup> die die novellierten Regelungen konkretisieren und verdichten sollen.<sup>5</sup> Die Normierungen folgen dabei laut *Thomas Langheinrich*, dem Vorsitzenden der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM), „den gesetzlichen Vorgaben, die einerseits die wirtschaftlichen Interessen der deutschen Sender, die im europäischen Bereich nicht benachteiligt werden sollen, im Auge haben und andererseits den Schutz der Verbraucher vor Schleichwerbung.“<sup>6</sup>

Diese hehren Ziele bedürfen allerdings einer Überprüfung. Dies gilt nicht nur, weil den WerberLM erhöhte praktische Relevanz zukommt – schließlich orientieren sich die Fernsehveranstalter erfahrungsgemäß sehr eng an den betreffenden Vorgaben –, sondern auch, weil die neuen Regelungen des RStV an zahlreichen Stellen interpretationsfähig und -bedürftig sind. Ein besonderes Augenmerk fällt dabei auf die Ausgestaltung des Warnhinweises, mit dem Produktplatzierungen auszustatten sind. Es steht vor diesem Hintergrund in Frage, inwieweit die Direktiven tatsächlich in einer Linie mit den Vorgaben des RStV stehen oder ob sie nicht doch im Einzelfall über das Ziel hinausschießen. Basis dieser Untersuchung bildet die Bestimmung der Rechtsnatur der Werberichtlinien.

<sup>1</sup> Zum Gesamten *Holzgraefe*, *Werbeintegration in Fernsehsendungen und Videospielen*, 2010; vgl. aus jüngerer Lit. ferner *Glockzin*, MMR 2010, 161 ff.; *Kilian*, WRP 2010, 826 ff.; *Castendyk*, ZUM 2010, 29 ff.; *Graef*, *MedienWirtschaft* 4/2009, 30 ff.

<sup>2</sup> Vgl. für die nunmehr erforderliche feine Differenzierung des Lebenssachverhalts „Product Placement“ und die daraus resultierenden acht rechtlichen Fallgruppen das Tableau bei *Holzgraefe* (o. Fußn. 1), S. 272. Zusammengefasst sind nunmehr vier verschiedene Einflussfaktoren für die rechtliche Behandlung der integrierten Werbeobjekte in Rechnung zu stellen: die Bezahlung, die Kennzeichnung, der Produktionszeitpunkt und die Werbeabsicht des Veranstalters; im Einzelnen hierzu S. 144 ff.

<sup>3</sup> 13. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge v. 10.3.2010.

<sup>4</sup> Gemeinsame Richtlinien der Landesmedienanstalten für die Werbung, die Produktplatzierung, das Sponsoring und das Teleshopping im Fernsehen in der Fassung v. 23.2.2010.

<sup>5</sup> Neben den Landesmedienanstalten veröffentlichten auch die Rundfunkanstalten auf Grundlage von § 16f RStV neue Werberichtlinien, sog. *ARD-* bzw. *ZDF-Richtlinien* für Werbung, Sponsoring, Gewinnspiele und Produktionshilfe, jeweils i.d.F. v. 12.3.2010. Diese weisen einige Parallelen zu den Vorgaben der Landesmedienanstalten auf, weichen im Detail aber auch von den WerberLM ab.

<sup>6</sup> Vgl. PM der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten in der Bundesrepublik Deutschland v. 18.3.2010.