

Zeitschrift für
Informations-,
Telekommunikations-
und Medienrecht

MMR

MultiMedia und Recht

Herausgeber:

Dietrich Beese
Dorothee Belz
Dr. Michael Bertrams
Dr. Herbert Burkert
Dr. Oliver Castendyk
Jürgen Doezi
Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle
Erich Gahrau
Dr. Peter Heinacher
Prof. Dr. Thomas Hoeren
Prof. Dr. Bernd Holznagel
Prof. Dr. Günter Knieps
Christopher Kuner
Matthias Kurth
Prof. Dr. Wernhard Möschel
Prof. Dr. Christoph Paulus
Dr. Bernd Pill
Robert Queck
Prof. Dr. Peter Rau
Dr. Wolfgang von Reinersdorff
Dr. Eike Röhling
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Prof. Dr. Joachim Scherer
Prof. Dr. Gerhard Schröder
Dr. Raimund Schütz
Prof. Dr. Ulrich Sieber
Prof. Dr. Gerald Spindler
Prof. Dr. Eike Ullmann
Dr. Arthur Waldenberger

Aus dem Inhalt:

- | | |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 693 | ALEXANDER ROßNAGEL
20 Jahre Volkszählungsurteil |
| 695 | CHRISTIAN KOENIG / ANDREAS NEUMANN
Anforderungen des EG-Wettbewerbsrechts an vertrauenswürdige Systemumgebungen |
| 701 | STEFANIE FISCHER-DIESKAU Der Referentenentwurf zum Justizkommunikationsgesetz aus Sicht des Signaturrechts |
| 706 | DANIEL GUTMAN Abruf im Internet von unbekannten und offensichtlich urheberrechtlich unrechtmäßigen Werken |
| 709 | RALF WEISSER / ANDREAS BAUER Verbreitung breitbandiger Inhalte nach dem neuen Telekommunikationsrecht |
| 714 | DAVID-ALEXANDER BUSCH Restriktion des rufunkrechtlichen Trennungsgrundsatzes im Unterhaltungsbereich? |
| 719 | BGH: Paperboy m. Anm. Wiebe |
| 726 | BGH: maxem.de m. Anm. Hoffmann |
| 729 | BVerwG: Reg TP muss Akten zu TAL-Entgelten vollständig vorlegen m. Anm. Steinwärder |
| 734 | BVerwG: Genehmigung der Z.2-Entgelte m. Anm. Attendorn |

<http://www.mmr.de>

11/2003

Seiten 693–760
6. Jahrgang, 13. November 2003
Verlag C.H. Beck München

RALF WEISER / ANDREAS BAUER

Verbreitung breitbandiger Inhalte nach dem neuen Telekommunikationsrecht

Die Umsetzung des neuen EU-Rechtsrahmens für die Telekommunikation erfordert eine weitgehende Novellierung des deutschen TK-Rechts. Zugleich ändert sich das technische und wirtschaftliche Umfeld der TK-Industrie rasant. TK-Dienstleister generieren Erlöse zunehmend durch Übermittlung von Inhalten. Dieser Beitrag widmet sich der Frage, unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen in Zukunft breitbandige Inhalte (z.B. Video-on-Demand) von ihrem Anbieter zum Verbraucher übermittelt werden. We-

sentliche Zugangsansprüche der Inhalteanbieter setzen beträchtliche Marktmacht des jeweiligen TK-Diensteanbieters voraus. Daher wird zuerst die durch den EU-Rechtsrahmen vorgegebene neue Systematik der Marktmacht, insbesondere im Hinblick auf die Festlegung der regulierungsrelevanten Märkte, dargestellt und anhand des Beispiels Video-on-Demand konkretisiert. Schließlich werden einzelne Zugangsansprüche erläutert und in ihrer Wirkung mit der derzeitigen Rechtslage verglichen.

I. Einführung

Neue technische Entwicklungen eröffnen neue Geschäftsfelder. Breitbandige Inhalte¹ werden zukünftig über mehrere technische Plattformen zum Endkunden übermittelt: Sie können über bislang allein der (analogen) Rundfunkübertragung gewidmete Netze auch digital (nach dem

DVB-Standard) übertragen werden. Bereits eingeführt ist weiterhin die x-DSL-Technologie, mit deren Hilfe das an sich schmalbandige Telefonnetz breitfähig wird.² Hinzu kommen noch die mobilen Technologien GPRS bzw. künftig UMTS.

Aus der Sicht eines Anbieters breitbandiger Inhalte sind mehrere Geschäftsmodelle denkbar. Er kann seine Inhalte dem TK-Diensteanbieter zur Verfügung stellen, der sie dann im eigenen Namen vertreibt. Der Inhalteanbieter kann aber auch selbst den Vertrieb organisieren: Entweder er stellt den Inhalt auf einer eigenen technischen Plattform bereit und der Verbraucher übernimmt die Inhalteübermittlung selbst oder der Inhalteanbieter bietet seinen Inhalt einschließlich der Transportdienstleistung zum Verbraucher an.³

Dieser Beitrag widmet sich allein der letztgenannten Alternative. Die rechtlichen Herausforderungen stellen sich da-

1) Darunter sind Rundfunk und sog. Dienste der Informationsgesellschaft (definiert in Art. 1 der RL 98/34/EG i. d. F. der RL 98/48/EG, ABl. EG Nr. L 217 v. 5.8.1998, S. 18, 21) zu verstehen. Nicht unter den Begriff des breitbandigen Inhalts fällt indes die Sprachtelefonie.

2) S. beispielhaft zu den Plänen von T-Online „T-Online geht ins Fernsehen“, Die Welt v. 27.8.2003.

3) Hier und im Folgenden wird in Übereinstimmung mit den Definitionen des Richtlinienpakets (dazu Fußn. 5) unter Verbraucher eine natürliche Person verstanden, wohingegen der Begriff Endnutzer wesentlich weiter ist und die Inhalteanbieter erfasst (dazu unten III. 1. a)).

■ Dr. Ralf Weisser, LL. M., ist Rechtsanwalt und Partner und Andreas Bauer ist Rechtsanwalt in der Sozietät McDermott, Will & Emery Rechtsanwälte LLP, München.

bei augenfällig bei der Übertragung der Inhalte zum Verbraucher. Hier ist zu fragen, ob die Inhalteanbieter einen Zugangsanspruch gegen die TK-Diensteanbieter geltend machen können. Denkbar wäre z.B., dass ein TK-Diensteanbieter sich weigert, bestimmte Inhalte zu übermitteln, da er bereits ein vergleichbares eigenes Inhalteangebot aufgebaut hat. Antworten werden dabei aus tk-rechtlicher Perspektive⁴ vor dem Hintergrund des Rechtsrahmens der EU⁵ und dessen – noch nicht abgeschlossener – Umsetzung in nationales Recht durch die „große“ TKG-Novelle – derzeit in der Fassung des Beschlusses des *Bundeskabinetts*⁶ (im Folgenden: TKG-E) – gegeben. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, wie die Inhalteanbieter im Vergleich zum TKG (1996) gestellt werden.

II. Voraussetzungen der tk-rechtlichen Regulierung

Die Verpflichtungen der TK-Diensteanbieter nach dem neuen EU-Rechtsrahmen lassen sich danach unterscheiden, ob sie nur auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in regulierungsrelevanten Märkten oder ob sie unabhängig von der wettbewerblichen Stellung Anwendung finden. Weitgehende regulatorische Eingriffe in die unternehmerische Freiheit der Markakteure setzen voraus, dass diese auf einem regulierungsrelevanten Markt, auf dem kein wirksamer Wettbewerb herrscht, beträchtliche Marktmacht (significant market power – SMP) besitzen.⁷ Zu deren Feststellung bedarf es eines mehrstufigen Verfahrens. Zunächst müssen sachlich (und räumlich) relevante Märkte abgegrenzt und unter ihnen jene Märkte bestimmt werden, deren Merkmale die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nach dem Richtlinienpaket rechtfertigen „können“ (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 Rahmen-RL). Sodann muss festgestellt sein, dass auf den relevanten Märkten kein wirksamer Wettbewerb herrscht, Art. 16 Abs. 2 bzw. Abs. 4 Rahmen-RL. In einem dritten Schritt können die Verpflichtungen nur Unternehmen auferlegt werden, die auf dem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen (Art. 16 Abs. 4 i.V.m. Art. 14 Rahmen-RL).

1. Allgemeine Kriterien einer Bestimmung der relevanten Märkte

Während die Frage nach dem wirksamen Wettbewerb und der beträchtlichen Marktmacht einer Betrachtung der Marktteilnehmer im Einzelfall bedarf, kann die Bestimmung der relevanten Märkte im Folgenden abstrakt dargestellt werden.

Nach Art. 15 Abs. 3 Satz 1 Rahmen-RL legt die nationale Regulierungsbehörde (NRB) die relevanten Märkte im Einklang mit den Grundsätzen des (allgemeinen) Wettbewerbsrechts fest. Sie ist dabei aber keineswegs frei, sondern hat die Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte⁸ (nachfolgend: Empfehlung) sowie die Leitlinien zur Marktanalyse⁹ (nachfolgend: Leitlinien) „weitestgehend“ zu berücksichtigen.

Die Leitlinien gem. Art. 15 Abs. 2 Rahmen-RL sind Ausdruck des Grundgedankens des Richtlinienpakets, allgemeines und sektorspezifisches Wettbewerbsrecht anzunähern.¹⁰ Maßgeblich für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts sind dementsprechend die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite¹¹ sowie die Angebotsumstellungsflexibilität.¹² Der räumlich relevante Markt, als die zweite Dimension der Marktabgrenzung, umfasst nach den Vorgaben der Leitlinien ein Gebiet, in dem die Unter-

nehmen hinsichtlich des betroffenen Produkts an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind.¹³

Die Empfehlung findet ihre rechtliche Grundlage in Art. 15 Abs. 1 Rahmen-RL. Danach ist die *Kommission* verpflichtet, eine Liste derjenigen Märkte aufzustellen, welche die „Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können“. Die Empfehlung dient also insbesondere der Auswahl derjenigen Märkte unter den zahlreichen sachlich relevanten Märkten, die gerade der sektorspezifischen Regulierung bedürfen.¹⁴ Kriterium sind vor allem Marktzugangshindernisse für die Wettbewerber.¹⁵

Die EU-Vorgaben setzt der vom *Kabinett* beschlossene Entwurf zum TKG in den §§ 9 ff. TKG-E um. Nach der gesetzlichen Systematik des § 10 Abs. 2 TKG-E unterliegen der sektorspezifischen Regulierung jene Märkte, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb besteht.¹⁶ Das – der Richtlinie unbekannte – Tatbestandsmerkmal des funktionsfähigen Wettbewerbs¹⁷ ist wiederum in § 3 Nr. 10 TKG-E definiert.¹⁸

2. Beispiel: Übermittlung von Video-on-Demand (VoD)

Exemplarisch soll nun das Geschäftsfeld der Übertragung breitbandiger Inhalte in Form eines VoD-Produkts herausgegriffen werden: Der Inhalteanbieter bietet dem Verbraucher z.B. einen Spielfilm oder einen Videoclip an. Zunächst stellt sich dabei nach der oben dargelegten Systematik die Frage der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts.

a) Netzübergreifende sachlich relevante Märkte?

In ihrer Begründung zur Empfehlung hat die *Kommission* ausgeführt, dass sich in einer völlig konvergenten Umgebung allgemein ein Markt der Bereitstellung von Breitbandinhalten über ein breitbandfähiges Netz beschreiben

4) Dieser Beitrag untersucht hingegen nicht rundfunkrechtliche Pflichten der TK-Diensteanbieter. Diese sind in § 52 RStV geregelt. Auch hier dürften sich aber Veränderungen ergeben, da Art. 31 Abs. 1 Universaldienst-RL strenge Anforderungen an die Erforderlichkeit sog. Must-carry-Verpflichtungen stellt (vgl. auch „Working Document“ der *Kommission* v. 22.7.2002 über „must-carry-rules“, abrufbar unter: www.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/misdocs/index_en.htm), die national de lege lata nicht vollauf erfüllt werden. Vgl. zu Must-carry-Verpflichtungen auch Weisser/Lübbert, K&R 2000, 274 ff.

5) Von Interesse sind hier: RL 2002/21/EG v. 7.3.2002, ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 33 ff. (Rahmen-RL); RL 2002/19/EG v. 7.3.2002, ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7 ff. (Zugangs-RL); RL 2002/22/EG v. 7.3.2002, ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 51 ff. (Universaldienst-RL).

6) B. v. 15.10.2003, abrufbar unter: www.bmwa.bund.de; vorausgegangen war ein Referentenentwurf v. 30.4.2003 und ein Arbeitsentwurf v. 20.2.2003 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA).

7) Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 1, 12.

8) 2003/311/EG, ABl. EG Nr. L 114 v. 8.5.2003, S. 45 ff.

9) 2002/C 165/03, ABl. EG Nr. C 165 v. 11.7.2002, S. 6 ff.

10) Art. 15 Abs. 2 Rahmen-RL: „..., die mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts in Einklang stehen müssen.“ sowie Leitlinien Tz. 4 f.; vgl. auch Klotz, K&R-Beilage 1/2003, 3 ff.

11) Leitlinien Tz. 38 sowie Tz. 49 ff.

12) Leitlinien Tz. 38 sowie Tz. 52 ff.

13) Leitlinien Tz. 56.

14) Krüger, K&R-Beilage 1/2003, 9, 17.

15) Zu den maßgeblichen Kriterien Erwägungsgrund 9 der Empfehlung.

16) § 10 TKG-E regelt damit nicht nur die Marktabgrenzung, sondern vor allem die Auswahl der Märkte, die der sektorspezifischen Regulierung unterliegen sollen.

17) Der Begriff ist eine Zielvorgabe de lege lata (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG 1996).

18) Krit. zum Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs Klotz, MMR 2003, 495, 497 f.

lässe.¹⁹ Damit stellt sich die Frage, ob es einen derartigen einheitlichen Markt für die Übermittlung breitbandiger Inhalte aus der Perspektive der Inhalteanbieter als Bedarfdisponenten gibt.

Für einen einheitlichen Markt der Inhalteübermittlung spricht zwar theoretisch die fortschreitende technische Konvergenz.²⁰ Gleichwohl erscheint eine so weite Marktabgrenzung verfrüht. Denn bloß theoretische technische Substitutionsmöglichkeiten dürften nicht genügen, von einer funktionellen Austauschbarkeit i.S.d. Leitlinien auszugehen.²¹ Insbesondere UMTS steht gerade erst vor der Markteinführung. Hinzu kommen die nicht vergleichbaren Kostenstrukturen mobiler und stationärer Anwendungen, die ebenfalls unterschiedliche Märkte indizieren.²² Da der Inhalteanbieter diese Kosten letztlich auch an den Verbraucher weitergeben muss, ist mit ganz unterschiedlichen Produktangeboten für mobile und stationäre Standorte zu rechnen. Auch aus dieser Perspektive ist Übertragung an mobile Standorte aus heutiger Sicht kein Ersatz für die Übermittlung an feste Standorte.²³ Im Ergebnis ist also ein einheitlicher, fester und mobile Standorte umfassender Markt bis auf Weiteres abzulehnen. Auch ein netzübergreifender Markt der Übertragung von breitbandigen Inhalten an mobile Standorte kann derzeit nicht angenommen werden. Denn UMTS steht – wie ausgeführt – noch vor der Markteinführung und DVB-T als der andere wichtige mobile Übertragungsweg ist allein im Berliner Raum eingeführt.

19) Begr. zur Empfehlung der Kommission v. 11.2.2003, abrufbar unter: www.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/index_en.htm#directives (nachfolgend: Begr. zur Empfehlung), S. 38 Fußn. 46. Allerdings sind die Ausführungen der Kommission bezogen allein auf Rundfunkinhalte, insofern wohl aber auf andere breitbandige Inhalte übertragbar.

20) Auf den Zusammenhang zwischen fortschreitender Konvergenz und in der Tendenz weiteren Marktabgrenzungen gehen die Leitlinien, Tz. 47 sowie Schütze, in: Wissmann (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, 2003, Kap. 2, Rdnr. 32 ff., ein.

21) So soll der Nachfrager bei geringen Preiserhöhungen „ohne weiteres“ (Leitlinien Tz. 49) überwechseln können, was nicht der Fall ist, wenn ein Angebot nicht marktgängig ist.

22) So führen höhere Kosten derzeit auch zur Annahme eines von der Festnetztelefonie getrennten Markts der Mobilfunktelefonie, Reg TP, Tätigkeitsbericht 2000/2001, S. 58. Zur Rolle des Preises bei der Marktabgrenzung allgemein Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Bd. 1, Art. 86 Rdnr. 52.

23) I.U. spricht auch das zweite Kriterium der Leitlinien, die Angebotsumstellungsflexibilität, gegen einen einheitlichen Markt. Denn der Betreiber eines DSL-Netzes kann z.B. nicht ohne erhebliche Umstellungslasten in die Übertragung mittels UMTS einsteigen.

24) So i.E. auch die wohl h.M. im Bezug auf Rundfunkübertragung, der zufolge es keinen einheitlichen, sondern nach Übertragungswegen getrennte Märkte gibt: BKartA WuW/E DE-V 558, 560 (*Liberty*), jedoch stark gekürzt; vollständig wiedergegeben in epd Nr. 17 v. 6.3.2002, 21; Reg TP MMR 1999, 299, 305 f.; Hahne, Kabelbelegung und Netzzugang, 2003, S. 107 ff.; Thierfelder, Zugangsfragen digitaler Fernsehverbreitung, 1999, S. 70 f.; Weisser/Meinking, WuW 1998, 831, 838 f.; a.a. Trafkowski, Medienkartellrecht, 2002, S. 52 ff. m.w.Nw.

25) So auch die Argumentation des BKartA im Fall *Liberty*, epd Nr. 17 v. 6.3.2002, 21.

26) So vor allem BGH NJW 1996, 2656, 2657 – Pay-TV-Durchleitung; nach BKartA epd medien Nr. 17 v. 6.3.2002, 20 (*Liberty*) auf alle Inhalteanbieter übertragbar. A.A. Trafkowski, o. Fußn. 24, S. 54 f.

27) Sie dürfte bei Empfang mittels Satelliten- oder Stabantenne derzeit durch das (mobile oder feste) Telefonnetz erreicht werden.

28) Trafkowski (o. Fußn. 24), S. 58 nimmt sogar an, dass langfristig Märkte nur noch nach dem „zu transportierenden Gut“ abzugrenzen sind.

29) Gerade die technische Gleichwertigkeit kann nur Momentaufnahme sein. So ist die DSL-Technologie derzeit ohne weiteres geeignet, z.B. einen Videoclip zu übermitteln. Aber auch das Angebot von Spielfilmen als VoD-Produkt steht unmittelbar vor der Einführung (s. schon o. Fußn. 1).

30) Obwohl hier die Inhalteanbieter die Marktgegenseite darstellen, ist die Verbrauchernachfrage zu berücksichtigen, da sie das Verhalten der Inhalteanbieter stark beeinflusst (s. dazu auch Begr. der Empfehlung, S. 37).

31) So erscheint die Ansicht, Verbraucher würden auf dem Computerbildschirm keine VoD-Produkte ansehen – so Hahne (o. Fußn. 23), S. 112 ff. – Spekulation, solange solche Angebote nicht auf dem Massenmarkt erhältlich sind. Möglich ist vielmehr, dass – insb. junge – Verbraucher ihre Gewohnheiten in gewissem Umfang den Angeboten anpassen.

32) In diese Richtung schon Weisser/Meinking, WuW 1998, 831, 839. A.A. Hahne (o. Fußn. 24), S. 113, wonach die Leistungsfähigkeit eines BK-Netzes größer sei als die einer DSL-Verbindung. Dies erscheint nicht ganz überzeugend, da es für die Marktgegenseite auf die theoretische Leistungsfähigkeit nicht ankommt, solange nur tatsächlich die Weiterverbreitung von VoD über DSL (in vergleichbarer Bildqualität) angeboten wird (Maßstab des subjektiven Verwendungszwecks).

33) Dies entspricht den Vorgaben der Leitlinien, Tz. 59; enger BGH NJW 1996, 2656, 2657.

Denkbar könnte jedoch ein einheitlicher Markt für die Übermittlung an feste Standorte sein. Sinnvoll erscheint es insofern, danach zu unterscheiden, ob regelmäßig ein oder mehrere gleichwertige Übertragungswege in die Haushalte vorhanden sind: Aus der Sicht der Inhalteanbieter besteht keine funktionelle Austauschbarkeit der Zugangswege, soweit die potenziellen Verbraucher ihrer Leistungen faktisch nur Zugang zu einem Vertriebsweg haben.²⁴ Denn die Inhalteanbieter versuchen, möglichst viele Kunden zu erreichen, und möchten deshalb Reichweite kumulieren.²⁵ Hinzu kommt, dass die VoD-Anbieter oftmals bestimmte Verbraucher (z.B. Abonnenten) erreichen wollen, die dann nicht gegen beliebige andere ausgetauscht werden können.²⁶

Anders kann sich die Marktabgrenzung darstellen, wenn Haushalte über mehrere gleichwertige Übertragungswege verfügen. Das setzt voraus, dass zum einen überhaupt eine Vielzahl technisch verschiedener Übertragungswege vorhanden ist. Ein mehrfacher Zugang liegt z.B. bei Haushalten mit DSL-Anschluss vor, die fast immer zusätzlich über einen „Fernseh“-Zugang in Form des Rundfunkempfangs mittels BK-Netz oder Satelliten- bzw. Stabantenne verfügen. Zum anderen müssen diese Übertragungswege auch in Ansehung des jeweiligen VoD-Produkts aus der Sicht des Inhalteanbieters gleichwertig sein. Die Gleichwertigkeit der Zugänge ist einmal anhand der technischen Austauschbarkeit zu beurteilen. Dabei stellt sich die Frage, ob z.B. der „Fernseh“-Zugang digitalisiert ist (DVB-Standard). Weiterhin ist die Rückkanalfähigkeit²⁷ sowie die Leistungsfähigkeit des Übertragungswegs mit Hinblick auf das jeweilige Produkt zu überprüfen.²⁸ Grundsätzlich gilt: Je geringer der Kapazitätsbedarf des Inhalteangebots ist, desto mehr Alternativen stehen technisch zur Verfügung und desto weiter wird die Marktabgrenzung ausfallen.²⁹ Schließlich muss der Zugang auch eine gleichwertige Vermarktung durch den Anbieter erlauben. Hier sind die unterschiedlichen Kosten der Übertragungswege ebenso wie die Nutzungsgewohnheiten der Verbraucher maßgebliche Kriterien.³⁰ Gerade Letztere sind aber nicht unveränderlich, sondern können sich auch auf Grund neuer Angebote wandeln.³¹

Im Ergebnis erscheint es vertretbar, bereits heute in gewissen Konstellationen netzwerkübergreifende Märkte abzugrenzen. So kann für das Angebot eines Videoclips als VoD-Produkt durchaus ein einheitlicher Markt der Übertragung an feste Standorte – bestehend aus dem DSL-Netz und den digitalisierten Rundfunkübertragungsnetzen – angenommen werden.³²

b) Räumliche Marktabgrenzung

In räumlicher Hinsicht wird der Markt für die Übertragung eines VoD-Angebots an feste Standorte bezogen auf das einzelne TK-Netz abzugrenzen sein.³³ Soweit der sachlich relevante Markt auch das DSL-Angebot umfasst, ergeben sich daraus keine weiteren Einschränkungen der

geografischen Abgrenzung. Denn das auf dem schmalbandigen Telefonnetz aufsetzende DSL-Angebot ist grundsätzlich bundesweit flächendeckend erhältlich.³⁴

c) Berücksichtigung der Empfehlung

Die Empfehlung der *Kommission* geht nur sehr beschränkt auf die Nachfrage von Inhalteanbietern nach der Übermittlung ihrer Produkte ein. Soweit in der Empfehlung auf den ersten Blick passende (Groß-)Kundenmärkte³⁵ definiert werden (Nr. 11: Großkundenzugang für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten und Nr. 12: Breitbandzugang für Großkunden),³⁶ dürfte es sich um die Angebote an andere TK-Diensteanbieter, nicht aber an Inhalteanbieter handeln. Dies kann einmal aus Tz. 6 der Empfehlung geschlossen werden. Danach sind unter Großkundenmärkten Märkte für Vorleistungen, die „Betreiber“ für ihre Endkunden benötigen, zu verstehen. Unter Betreibern dürften aber schon nach dem Wortsinn grundsätzlich nur andere TK-Diensteanbieter zu subsumieren sein.³⁷ Hinzu kommt, dass der Großkundenmarkt (Nr. 11) insbesondere den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss gewährt, der nur für TK-Diensteanbieter, nicht aber für Inhalteanbieter von Interesse ist. Der unter Nr. 12 benannte Markt umfasst schließlich den einzigen explizit auf Inhalteanbieter anwendbaren Markt (Rundfunkinhalte) gerade nicht.³⁸

Lediglich von diesem unter Nr. 18 im Anhang der Empfehlung genannten Markt der Rundfunkübertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer wird man im Ergebnis wohl aber annehmen können, dass er neben Rundfunkveranstaltern auch allgemein Inhalteanbieter erfasst.³⁹ Zwar spricht die Formulierung „Rundfunk-Übertragungsdienste“, die eher die für Rundfunk typische ununterbrochene Aussendung von Signalen im Auge hat, gegen eine solche weite Auslegung. Nach der Begründung zur Empfehlung⁴⁰ umfassen die mit den TK-Märkten korrespondierenden Märkte für Verbraucher jedoch auch „interaktive Dienste“. Da solche Interaktivität gerade über den passiven Rundfunkempfang hinausgeht, erscheint es gerechtfertigt, z.B. auch solche Inhalteanbieter, die Abrufdienste wie VoD anbieten, als Nachfrager diesem Markt zuzuordnen.

Von Interesse ist weiterhin die weite sachliche Marktabgrenzung, von der die Begründung der Empfehlung ausgeht: Es soll danach derzeit ein einheitlicher Markt der „drei Hauptplattformen (terrestrische, Kabel- und Satellitenverbindung) für digitale Übertragung“ bestehen, der – Austauschbarkeit vorausgesetzt – um weitere Übertragungswege ergänzt wird.⁴¹

Denkbar ist also, in Einklang mit der Empfehlung in bestimmten Fällen einen netzübergreifenden Markt für die Übertragung von breitbandigen VoD-Inhalten mittels der DSL- und DVB-Technologie an feste Standorte auf nationaler Ebene anzunehmen. Weiterhin erscheint derzeit eine sektorspezifische Regulierung eines solchen Markts auch durchaus noch überlegenswert. Insbesondere sind im Hinblick auf die hohen Investitionen, die für ein DSL-fähiges Netz, aber auch für den Aufbau der jeweiligen Rundfunknetze notwendig sind, tatsächliche Marktzutrittshindernisse erkennbar.

III. Zugangsansprüche

Bei den regulatorischen Instrumenten zur Durchsetzung des Netzzugangs kann zwischen marktmachtabhängigen

und marktmachtunabhängigen Zugangsansprüchen unterschieden werden.

1. Marktmachtabhängige Zugangsansprüche

a) EU-Vorgaben

Das EU-Richtlinienpaket differenziert zwischen der Regulierung des Vorleistungs- und des Endkundenmarkts.

Die Regulierung der Vorleistungsmärkte ist der Zugangs-RL zugewiesen. Fraglich ist aber, ob diese auf Zugangsbegehren der Inhalteanbieter anwendbar ist. Nach Art. 1 Abs. 2 Satz 3 Zugangs-RL ist der Zugang gerade für Endnutzer von der Richtlinie nicht erfasst. Zu fragen ist deshalb, ob Inhalteanbieter der Endnutzerdefinition der maßgeblichen⁴² Rahmen-RL unterfallen. Gem. Art. 2 lit. n) Rahmen-RL ist Endnutzer ein Nutzer, der weder öffentliche Kommunikationsnetze noch öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste bereitstellt. Die Definition des Nutzers wiederum kann Art. 2 lit. h) Rahmen-RL entnommen werden: Nutzer ist danach jede Person, die einen öffentlich zugänglichen TK-Dienst in Anspruch nimmt. Das trifft auf die Inhalteanbieter zu, die ihre Produkte an den Verbraucher übertragen lassen. Im Hinblick auf die beiden negativen Tatbestandsmerkmale der Endnutzerdefinition ist zunächst festzuhalten, dass ein Inhalteanbieter keine öffentlichen TK-Netze bereitstellt. Dies ist gerade Aufgabe des Netzbetreibers, dessen er sich bedient.⁴³ Damit kommt nur noch die zweite Alternative der Definition, nämlich die Bereitstellung öffentlich zugänglicher TK-Dienste in Betracht. Nach Art. 2 lit. c) Rahmen-RL gehören zu solchen Diensten jedoch keine, die Inhalte zum Gegenstand haben. Ausdrücklich ausgenommen vom Begriff der „elektronischen Kommunikationsdienste“ werden vielmehr Dienste der Informationsgesellschaft, die nicht überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen. Der Schwerpunkt der Leistung des Inhalteanbieters liegt aber gerade im inhaltlichen Bereich. Die Inhalteanbieter stellen also weder öffentliche TK-Netze noch öffentlich zugängliche TK-Dienste bereit. Damit sind die beiden negativen Tatbestandsvoraussetzungen der Endnutzerdefinition erfüllt und es kann festgehalten werden, dass die Inhalteanbieter Endnutzer i.S.v. Art. 2 lit. n) Rahmen-RL sind. Gem. Art. 1 Abs. 2 Satz 3 Zugangs-RL ist diese Richtlinie also auf Inhalteanbieter nicht anwendbar.

Dieses Ergebnis wird noch gestützt durch die Zugangsdefi-

³⁴⁾ Allein die DTAG hatte zum Jahresende 2002 mehr als 3,1 Mio. DSL-Anschlüsse vermarktet und das Netz so ausgebaut, dass weitere 5 Mio. Verbraucher versorgt werden können, vgl. Geschäftsbericht der DTAG für das Geschäftsjahr 2002, S. 74.

³⁵⁾ Die definierten Endkundenmärkte betreffen im Wesentlichen die hier nicht einschlägigen Sprachtelefonien.

³⁶⁾ Jew. im Anhang der Empfehlung.

³⁷⁾ Diese Sichtweise wird noch gestützt, wenn die Begründung der Empfehlung (S. 26) z.B. als typischen Großkunden einen Internetdiensteanbieter (Internet Service Provider – ISP) benennt, der Verbrauchern den Internetzugang bereitstellt. Gerade ISPs erbringen im Wesentlichen TK-Dienstleistungen.

³⁸⁾ Empfehlung Anhang Nr. 12, letzter Hs.: „nicht aber die unter Punkt ... 18 erwähnten Märkte.“

³⁹⁾ S. zur Auslegungsbedürftigkeit auch Reg TP, MMR-Beilage 1/2003, 34, 43.

⁴⁰⁾ Begr. zur Empfehlung, S. 37.

⁴¹⁾ S. Begr. zur Empfehlung, S. 38. Jedenfalls in der Tendenz zeigt sich damit eine Abkehr von der bisherigen Linie (tendenziell gegen einen einheitlichen Markt noch Entscheidung der *Kommission* v. 27.5.1998, Sache IV/M.1027 – Deutsche Telekom/BetaResearch, ABI. EG Nr. L 53 v. 27.2.1999, S. 31 ff. Rdnr. 19 ff.).

⁴²⁾ Art. 2 Satz 1 Zugangs-RL.

⁴³⁾ Richtigerweise wird man die technischen Vorkehrungen des Inhalteanbieters für den Netzzugang nicht als TK-Netz bezeichnen, s.a. Art. 2 lit. a) Rahmen-RL.

nition. Nach Art. 2 lit. a) Zugangs-RL versteht man unter Zugang die Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten zur Erbringung elektronischer TK-Dienste. Auf Grund der Zweckbestimmung passt die Zugangsdefinition jedoch nicht auf die Ansprüche von Inhalteanbietern: Diese erbringen – wie ausgeführt – solche Dienste nicht (i.S.v. Art. 2 lit. c) Rahmen-RL). Der Zugangs-RL können also keine Zugangsansprüche zu Gunsten der Inhalteanbieter entnommen werden.⁴⁴

Denkbar wäre jedoch, dass eine entsprechende Verpflichtung den TK-Diensteanbietern auf der Grundlage der Universalienst-RL auferlegt werden kann. Diese regelt die Bereitstellung von TK-Diensten für Endnutzer, also grundsätzlich auch für Inhalteanbieter.⁴⁵

Die NRB ist verpflichtet, geeignete regulatorische Maßnahmen zu Gunsten der Endnutzer zu ergreifen, wenn die beiden Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 Universalienst-RL kumulativ⁴⁶ erfüllt sind: Zum einen muss festgestellt sein, dass auf dem entsprechenden Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb herrscht (Art. 17 Abs. 1 lit. a) Rahmen-RL). Zum anderen müssen sich die Zugangsverpflichtungen (im Vorleistungsmarkt) nach der Zugangs-RL im Hinblick auf das Ziel eines wirksamen Wettbewerbs nach den Schlussfolgerungen der Regulierungsbehörde als unwirksam erweisen (Art. 17 Abs. 1 lit. b) Rahmen-RL).⁴⁷ Infolge der subsidiären „ultima ratio“⁴⁸-Regulierung der Endnutzermärkte sind also die Hürden für einen Eingriff recht hoch. Sollten sie doch überwunden werden, gewährt die Universalienst-RL auf der Rechtsfolgenseite Spielraum: Die auferlegten Verpflichtungen sollen der Art des Problems entsprechen und verhältnismäßig sein.⁴⁹ Im Ergebnis sind regulatorische Eingriffe zu Gunsten von Inhalteanbietern nach der Universalienst-RL von vornherein nur eingeschränkt möglich und in ihrer konkreten Reichweite kaum vorherzusehen; das Richtlinienpaket setzt deutlich auf die Regulierung der TK-Vorleistungsmärkte.⁵⁰

⁴⁴ Ebenso Bartosch, EuZW 2002, 389, 394; Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 1, 16; s.a. v. Bonin, K&R 2002, 565, 567, 569.

⁴⁵ Art. 1 Abs. 1 Universalienst-RL i.V.m. Art. 2 lit. n) Rahmen-RL.

⁴⁶ Koenig/Winkler, TKMR 2003, 171, 176.

⁴⁷ Art. 17 Universalienst-RL ist der Grundsatz der ausschließlich subsidiären Regulierung der Endkundenmärkte zu entnehmen, dazu Holznagel/Holmbergs, K&R 2003, 322, 325 ff.

⁴⁸ Koenig/Winkler, TKMR 2003, 171, 174; Erwägungsgrund 26 Rahmen-RL („letztes Mittel“).

⁴⁹ Art. 17 Abs. 2 Satz 2 Universalienst-RL. Satz 2 nennt beispielhaft Maßnahmen gegen die unangemessene Bevorzugung bestimmter Endnutzer durch den TK-Diensteanbieter.

⁵⁰ Es handelt sich dabei um eine bewusste Weichenstellung des Rats, mit der einer „Überregulierung“ der Endkundenmärkte vorgebeugt werden sollte, Scherer, K&R 2002, 385, 389.

⁵¹ So Heun, CR 2003, 485, 490 und inzwischen auch Begr. TKG-E, Zu § 19.

⁵² Begr. des BMWA zum TKG-E abrufbar unter: (s. o. Fußn. 6), Zu § 40.

⁵³ Z.B. Thomaschki, MMR 2003, 500, 504; anders noch § 38 Abs. 4 Referentenentwurf.

⁵⁴ Im Einzelnen Trafkowski (o. Fußn. 24), S. 82 f.; Thierfelder (o. Fußn. 24), 67 f.; Weisser/Meinking, WuW 1998, 831, 835 f. A.A. Bullinger, ZUM 1997, 281, 293 ff.

⁵⁵ Der Nutzerbegriff des TKG (1996) ist insofern weiter, § 3 Nr. 11 TKG (1996).

⁵⁶ Zu den Differenzen zwischen der Bundesrepublik und der Kommission um die 25%-Schwelle s. z.B. Glahs, in: Scheurle/Mayen, TKG-Komm., 2002, § 33 Rdnr. 6 ff.

⁵⁷ Leitlinien Tz. 75.

⁵⁸ So die Beschreibung des Paradigmenwechsels bei Krüger, K&R-Beilage 1/2003, 9, 18.

b) TKG-E

Entsprechend den EU-Vorgaben fällt auch die Regulierung zu Gunsten von Inhalteanbietern in der Umsetzungsvorschrift, dem TKG-E, zurückhaltend aus.

So ist der Inhalteanbieter nach der Zugangsnorm des § 19 TKG-E nicht Begünstigter etwaiger Zugangsverpflichtungen des marktmächtigen TK-Diensteanbieters. Dies folgt aus der gesetzlichen Zugangsdefinition: Nach § 3 Nr. 32 TKG-E versteht man unter Zugang die Bereitstellung von Netzen oder Diensten für ein anderes Unternehmen zum Zwecke der Erbringung von TK-Diensten. TK-Dienste wiederum werden in § 3 Nr. 25 TKG-E festgelegt als Dienste, die überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen. Daraus lässt sich schließen, dass Inhalteanbieter, deren Leistung gerade nicht in der Übermittlungstätigkeit liegt, nicht vom Zugangsbegriff erfasst werden.⁵¹

Eine Zugangsverpflichtung zu Gunsten von Inhalteanbietern kann sich aber aus der Generalklausel des § 40 Abs. 1 TKG-E ergeben. Gem. Satz 1 dieser Vorschrift darf ein marktmächtiger Anbieter von TK-Diensten oder ein marktmächtiger Betreiber eines TK-Netzes seine beträchtliche Marktmacht nicht missbräuchlich ausnutzen. Aus Satz 2 kann geschlossen werden (argumentum e contrario), dass dieses Missbrauchsverbot nicht nur gegenüber Wettbewerbern gilt, sondern z.B. auch gegenüber Inhalteanbietern. Diese Ansicht stützt die Entwurfsbegründung, wonach der Anwendungsbereich der Vorschrift jegliches missbräuchliche Verhalten erfasst, die Regelung auch im Endnutzerbereich gilt und an der kartellrechtlichen Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB orientiert ist.⁵²

Auf der Rechtsfolgenseite verleiht § 40 Abs. 4 TKG-E der Reg TP die Befugnis, einem missbräuchlich handelnden Unternehmen ein Verhalten zu untersagen. Nach der berechtigten Kritik in der Lit. besteht jetzt auch eine Ermächtigung für positive Verhaltenspflichten.⁵³

c) Vergleich mit § 35 TKG (1996)

Nach h.M. gewährt § 35 TKG (1996) grundsätzlich auch Inhalteanbietern einen Zugangsanspruch gegen Marktbeherrschende.⁵⁴ Der dort verwendete Begriff des Nutzers erfasst nämlich alle Nachfrager.⁵⁵ Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist die marktbeherrschende Stellung des Netzbetreibers, die unter Berücksichtigung der früheren ONP-Richtlinien-Vorgaben bereits bei 25% Marktanteil einsetzen konnte.⁵⁶

Nach neuem TK-Recht besteht keine besondere Zugangsregelung mehr, da die Inhalteanbieter nicht mehr dem durch Zugangsansprüche begünstigten Kreis der Aktivlegitimierte zugehören. § 40 TKG-E ermöglicht es der Reg TP zwar, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein bestimmtes Verhalten aufzuerlegen oder zu untersagen. Die Interventionsschwelle der beträchtlichen Marktmacht liegt durch die Angleichung an das allgemeine Wettbewerbsrecht nunmehr jedoch höher, nämlich regelmäßig bei 50% Marktanteil.⁵⁷

Insgesamt erscheinen deshalb die neuen tk-rechtlichen Instrumente gegenüber SMP-Unternehmen und zu Gunsten von Inhalteanbietern als wirkungsschwächer. Dabei dürfte es sich jedoch nicht um eine unbeabsichtigte Folge der Reform handeln. Vielmehr sind die beschränkten Zugangsansprüche Ausdruck der neuen Konzeption im TK-Recht: weg vom Regulierungs- und hin zum Wettbewerbsszenario.⁵⁸

2. Marktmachtunabhängige Ansprüche

Auf der Ebene des Richtlinienpakets ist im Hinblick auf marktmachtunabhängige Zugangsansprüche vor allem⁵⁹ Art. 5 Zugangs-RL zu beleuchten. Insbesondere Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a) Zugangs-RL könnte als allgemeiner Zugangsanspruch der Inhalteanbieter verstanden werden. Für diese Ansicht spricht, dass die Vorschrift den End-zu-End-Verbund von Diensten allgemein zum Gegenstand hat und gerade nicht den engeren, Inhalte ausnehmenden Begriff der elektronischen Kommunikationsdienste i.S.v. Art. 2 lit. c) Rahmen-RL verwendet.⁶⁰ Gleichwohl erscheint es zweifelhaft, ob diese Vorschrift dem Inhalteanbieter einen Zugangsanspruch verschafft. Denn die Vorschrift nennt als mögliche Rechtsfolge ausdrücklich eine Zusammenschaltungspflicht. Die Zusammenschaltung ist jedoch ein Sonderfall des Zugangs und wird zwischen den Betreibern öffentlicher Netze und damit gerade nicht zwischen TK-Diensteanbieter und Inhalteanbieter hergestellt. Daraus kann geschlossen werden, dass die Vorschrift die Durchleitung von einem Netz in ein anderes betrifft, nicht aber die erstmalige Einspeisung. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a) Zugangs-RL dürfte damit nur auf das Verhältnis mehrerer TK-Diensteanbieter zueinander anwendbar sein.

Auf nationaler Ebene setzt § 18 TKG-E Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a) Zugangs-RL um.⁶¹ Bei § 18 Abs. 1 Satz 1 TKG-E ist schon aus dem Wortlaut („Betreiber anderer öffentlicher TK-Netze“, „zusammenschalten“) ersichtlich, dass Ansprüche von Inhalteanbietern nicht erfasst werden. Der Wortlaut des Satzes 2 ist zwar nicht so eindeutig, doch deutet nichts darauf hin, dass der Gesetzgeber bei der Implementierung der Richtlinie in diesem Punkt über Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a) Zugangs-RL hinausgehen wollte.⁶²

Im Ergebnis dürften sich damit dem neuen – europäischen und nationalen – TK-Recht keine marktmachtunabhängigen Zugangsansprüche der Inhalteanbieter entnehmen lassen.

IV. Fazit

Insgesamt bringt der neue Rechtsrahmen für das Verhältnis Inhalteanbieter zu TK-Diensteanbieter nicht unerhebliche Veränderungen. Aus der Sicht des TK-Diensteanbieters sind die Freiräume gewachsen. Dies folgt aus der höheren Interventionsschwelle für die sektorspezifische Regulierung, dem engen Zugangsbegriff, der Inhalteanbieter nicht erfasst, sowie der Subsidiarität der Regulierung der Endkundenmärkte. Insgesamt nähert sich die tk-rechtliche Eingriffstiefe im Hinblick auf die Inhaltedistribution über TK-Netze damit dem Niveau des allgemeinen Kartellrechts an. Diese größeren rechtlichen Freiräume werden durch die technische Entwicklung – Stichwort Konvergenz – verstärkt. Die Konvergenz erlaubt – wie am Beispiel VoD gezeigt – weiter gefasste Marktbegrenzungen und macht damit die Beherrschung eines konkreten Markts unwahrscheinlicher. Im Gegenzug haben die sektorspezifischen rechtlichen Möglichkeiten der Inhalteanbieter an Wirkkraft eingebüßt. Dem stehen jedoch neue Vertriebswege in einem technischen konvergenten Umfeld gegenüber. Im Ergebnis dürften die durch diese zusätzlichen Absatzkanäle geschaffenen neuen Vertriebschancen die verringerte Eingriffstiefe der Regulierung kompensieren. Das Verhältnis von Inhalte- und TK-Diensteanbietern wird deshalb in Zukunft mehr geprägt sein von privatautonomem Austausch denn von hoheitlicher (TK-)Regulierung.

⁵⁹⁾ Zu denken wäre z.B. auch an Art. 20 Universalien-RL, der aber zunächst auf Verbraucher beschränkt ist und die gewerblichen Inhalteanbieter nicht erfasst; von der Möglichkeit einer Ausweitung auf andere Endnutzer (Art. 20 Abs. 2 Satz 3) macht der TKG-E keinen Gebrauch (vgl. § 82 TKG-E i. V. m. § 1 TKV-E).

⁶⁰⁾ S. v. Bonin, K&R 2002, 565, 568.

⁶¹⁾ Begr. TKG-E, Zu § 20, S. 14 f.

⁶²⁾ Im Gegenteil sprach die Begr. davon, dass hier das Schlichtungsverfahren eingreifen solle (Begr. zum Referentenentwurf, Zu § 20), das aber nur TK-Dienste-, nicht Inhalteanbietern offen steht (§ 131 Abs. 1 TKG-E).

Mit freundlicher Genehmigung des Verlags C. H. Beck, München. Der Artikel ist erschienen in MMR 2003, 709 ff.