

# Regulierung in der digitalen Medienwelt

## Fünf aktuelle Herausforderungen

Digitale Welt

Der Beitrag skizziert die aktuellen Herausforderungen an die Regulierung der digitalen Medienwelt. Hierzu zählt die Bestimmung eines adäquaten Regulierungsrahmens für die im Internet zugänglichen Medien ebenso wie die Fortentwicklung des Funktionsauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und die vielfaltssichernde Regulierung der Plattformen, über die digitale Medien den Nutzern zugänglich gemacht werden. Voraussetzung für die Teilnahme an der digitalen Medienwelt

sind ausreichend breitbandige Anschlüsse; Aufgabe der Regulierung ist es, die Voraussetzungen für nachhaltige Investitionen in diese Infrastruktur zu schaffen. Dabei muss gleichzeitig der Wettbewerb in der TK-Branche gestärkt werden; käme es hier zu einer Re-Monopolisierung zu Gunsten der DTAG, wären die Wettbewerbserfolge der vergangenen Jahre stark gefährdet.

Lesedauer: 19 Minuten

### I. Einleitung

Es gibt nur wenige Märkte, die so dynamisch sind wie die „Multimedia“-Märkte, deren Regulierung daher immer wieder neuen Herausforderungen ausgesetzt ist, deren Rechtsentwicklungen nach immer wieder neuer rechtswissenschaftlicher Einordnung und Bewertung verlangen.

1998, im ersten Erscheinungsjahr der MMR, war gerade der 3. RÄStV in Kraft getreten, der in einer vom Analogfernsehen dominierten Rundfunkwelt vor allem viele Basisregelungen für den privaten Rundfunk enthielt. Jetzt, 20 Jahre später, steht der 21. RÄStV bevor. *Unitymedia* und andere Kabelnetzbetreiber haben wegen des mittlerweile hohen Digitalisierungsgrads der Haushalte die analoge TV-Übertragung eingestellt; das Rundfunkrecht sucht nach einem geeigneten Regulierungsrahmen für die vielfältigen digitalen Medien, insbesondere im Internet. 1997 hatten Bund und Länder versucht, mit dem Teledienstegesetz (TDG) und dem Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) einen ersten geeigneten Rechtsrahmen für die neuen Internetangebote zu finden.<sup>1</sup> Heute sind beide Gesetze Geschichte. Nachfolgeregelungen des MDStV finden sich im 6. Abschnitt des Rundfunkstaatsvertrags (RStV). Das TDG wurde vom Telemediengesetz (TMG) abgelöst; mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) versucht der Gesetzgeber, die Flut rechtswidriger Inhalte im Netz zu begrenzen. Mindestens ebenso umfassend sind die Umwälzungen in der TK-Branche: Das Netzmonopol fiel mit Inkrafttreten des TKG zum 1.8.1996, das Telefondienstmonopol zum 31.12.1997. Das TKG v. 25.7.1996 versuchte, durch Regulierung der DTAG neuen TK-Unternehmen eine faire Marktchance zu geben. Mittlerweile ist das TKG umfassend verändert worden, es wurde allein seit der letzten Neufassung im Jahr 2004 51-mal geändert. Wettbewerber konnten sich etablieren, fürchten aber mittlerweile eine Re-Monopolisierung der Märkte, unter dem Deckmantel der Gigabit-Gesellschaft, in der jeder Haushalt über einen Hochgeschwindigkeitsanschluss mit der digitalen Kommunikationswelt verbunden sein soll.

### II. Herausforderungen

Die Herausforderungen der Multimedia-Märkte sind also nicht geringer geworden – fünf zentrale sind im MMR-Jubiläumsjahr zu nennen:

#### 1. Erste Herausforderung: Adäquater Regulierungsrahmen für Medien im Internet

Zunächst zu den Medieninhalten, vorab ein paar Zahlen: Die Umsätze allein von Video-on-Demand-Diensten in den 28 EU-Staaten stiegen von 2010 bis 2014 um 272% auf € 2,5 Mrd.<sup>2</sup> In

Deutschland ist der Boom bis heute ungebrochen. Hier stieg der Umsatz von € 114 Mio. im Jahr 2010 auf voraussichtlich € 945 Mio. im Jahr 2017.<sup>3</sup> Die Nutzung von Videoinhalten über kleine Bildschirme (Smartphones oder Tablets) nimmt stark zu; Nutzer unterscheiden bei der Auswahl ihrer Medien kaum noch danach, ob die Inhalte linear verbreitet werden oder nicht-linear.<sup>4</sup> Gerade nach diesen Kriterien erfolgt aber derzeit eine abgestufte Regulierung: Lineare Dienste sind auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene stärker reguliert als andere Videoangebote: Rundfunkveranstalter benötigen eine Lizenz; alle anderen Videoinhalte können zulassungs- und anmeldefrei angeboten werden (§ 4 TMG). Selbst der aktuelle Entwurf für eine Novellierung der EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste hält an der Abstufung der Regulierung fest<sup>5</sup> – dies spiegelt nicht mehr die Lebenswirklichkeit einer konvergenten Mediennutzung.<sup>6</sup>

Kern der Herausforderung ist die Bestimmung eines adäquaten Schutzniveaus (Schutz von Minderjährigen, Schutz vor Hassrede und Gewalt, Verbraucherschutz), das für alle Videoinhalte gleichermaßen und unabhängig von ihrer konkreten Nutzungsform gilt und damit den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Inhalten nicht verzerrt. Ob der Königsweg dabei in einer Absenkung der Inhaltschranken für den linearen, klassischen Rundfunk liegt, wie dies die Medienwirtschaft fordert, ist fraglich. Auch unter Verbraucherschutzgesichtspunkten mag die Rückführung geltender Werberestriktionen vertretbar sein; Lockerungen stärkten die Investitionsbasis der privaten Rundfunkveranstalter. Dringlicher ist indes die Anhebung des Schutzniveaus für im Internet verbreitete Videos – und dessen Durchsetzung. Damit ist die Zielrichtung des neuen deutschen NetzDG<sup>7</sup> richtig. Es enthält Compliance-Regeln für soziale Netzwerke. Anbieter solcher Netzwerke werden verpflichtet, Beschwerden über

<sup>1</sup> Das Gesetz über die Nutzung von Telediensten (TDG) trat 1997 in Kraft, BGBl. I, S. 1870; es wurde 2007 aufgehoben, ebenso der Staatsvertrag über Mediendienste (Mediendienste-Staatsvertrag – MDStV), BayGVBl. 1997, 225.

<sup>2</sup> *Europäische Audiovisuelle Informationsstelle des Europarats*, Trends in video-on-demand revenues, S. 3, abrufbar unter: <http://www.obs.coe.int/>.

<sup>3</sup> So die Prognose des Verbands *Bittkom*, PM v. 16.1.2017; Umsatz mit Video-Streaming knapp an der Milliardengrenze.

<sup>4</sup> Lineare Medien folgen einem festen Programmschema, sie werden via Punkt-zu-Multipunkt-Übertragung an die Allgemeinheit verbreitet, die Rezeption ist durch den Nutzer anders als bei On-Demand-Angeboten nicht beeinflussbar; s. zur Entwicklung *EU-Kommission*, Grünbuch über die Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt: Wachstum, Schöpfung und Werte, COM (2013), 231 final.

<sup>5</sup> Vorschlag der *Kommission* für eine Novellierung der AVMD-Richtlinie, 25.5.2016, COM (2016) 287 final.

<sup>6</sup> S. zuletzt hierzu *Grewenig*, MMR 2017, 649.

<sup>7</sup> Netzwerkdurchsetzungsgesetz v. 1.9.2017, BGBl. I 2017, S. 3352 ff.

rechtswidrige Inhalte – definiert als solche, die bestimmte Straftatbestände erfüllen – unverzüglich zu prüfen und rechtswidrige Inhalte spätestens innerhalb von sieben Tagen zu sperren.<sup>8</sup> Abgesehen von den gegen das NetzDG vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken, die Regelung verletze die Meinungsfreiheit der Nutzer betroffener sozialer Netzwerke,<sup>9</sup> abgesehen von den Zweifeln, ob dem Bund überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für derartige Regelungen zusteht,<sup>10</sup> und weiter abgesehen von der Frage, ob die Regelungen mit den unionsrechtlichen Vorgaben für Hosting-Dienste in Art. 14 ECRL vereinbar sind,<sup>11</sup> bleibt freilich die Kernfrage, ob eine derartige Privatisierung der Rechtsdurchsetzung den gewünschten Schutz im Internet dauerhaft gewährleisten kann.

Das gilt gerade auch vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Anliegens, Access-Provider, die den Zugang zum Internet vermitteln (wie etwa Kommunen, Einzelhändler und Restaurants mit öffentlichem WLAN-Angebot), von Haftungsrisiken aus Rechtsverstößen Dritter freizustellen.<sup>12</sup> Sollen – im Sinne eines freien, einfachen und überall möglichen Zugangs zum Internet – Zugangsanbieter und Netzbetreiber möglichst keine Haftungsrisiken tragen, muss konsequenterweise die Verantwortlichkeit des Anbieters rechtswidriger Inhalte wie auch des rechtswidrig im Netz agierenden Nutzers selbst greifen und durchgesetzt werden. Dass der rundfunkrechtliche Lizenztatbestand auf Inhalte, die bereits nach geltendem Recht als Rundfunk zu qualifizieren sind, wie etwa bestimmte Angebote auf der Streaming-Plattform „Twitch.tv“, angewendet wird,<sup>13</sup> ist dabei eine bare Selbstverständlichkeit.

All dies zeigt, dass auch 20 Jahre nach dem Start der Internetregulierung durch den MDStV und das TDG ein adäquater, konsistenter Ordnungsrahmen für digitale Videoinhalte noch weiter entwickelt werden muss, ein Rahmen, der einerseits die gewünschte Freiheit der Kommunikation im Internet aufrechterhält und fördert, und der andererseits einen angemessenen Schutz bietet – für Anbieter rechtmäßiger Inhalte vor rechtswidriger Nutzung wie für Nutzer vor rechtswidrigen Inhalten.

8 S. im Einzelnen §§ 3 und 1 Abs. 3 NetzDG.

9 Etwa *Koreng*, GRUR-Prax 2017, 203, 205.

10 Etwa *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 440.

11 Etwa *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2582, der meint, die starren Fristvorgaben seien mit Art. 14 ECRL, der lediglich unverzügliches Handeln verlange, nicht vereinbar.

12 Neuregelung der §§ 7 und 8 TMG durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes v. 28.9.2017, BGBl. I 2017, S. 3530; zum gesetzgeberischen Ziel der Beschränkung der Störerhaftung für Access-Provider vgl. die Begr. des RegE, BT-Drs. 18/12202, S. 13; *Sesing/Baumann*, MMR 2017, 583, 585.

13 Am 21.3.2017 beanstandete die *Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK)* die Verbreitung des Programms des Internet-Streams „PietSmietTV“ und stufte dessen Twitch.tv-Kanal als zulassungspflichtiges Rundfunkangebot ein, s. hierzu ZAK, PM v. 21.3.2017, abrufbar unter: [www.lfm-nrw.de](http://www.lfm-nrw.de).

14 BVerfGE 74, 297, 325 – Baden-Württemberg; BVerfGE 73, 118, 157 – Niedersachsen.

15 BVerfGE 87, 181, 203 – Hessen 3.

16 BVerfGE 136, 9, 29 Rdnr. 31 – ZDF.

17 Neben privaten Rundfunkveranstaltern und Printmedien etwa jüngst die *Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags* in einem Sachstandsbericht, 2016, Az. WD 10 – 3000 – 046/16, S. 8.

18 BVerfGE 90, 60, 92, 94, 102 – Gebühren I; BVerfGE 87, 181, 201, 202 – Hessen 3.

19 *ARD*, Auftrag und Strukturoptimierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im digitalen Zeitalter, vorgelegt am 29.9.2017, abrufbar unter: [www.ard.de](http://www.ard.de).

20 S. Aufnahme des § 11 Abs. 3 in den RStV durch den 19. RÄStV.

21 Wie etwa die Kooperation der Rundfunkanstalten bei Fragen der Kabelverbreitung, s. hierzu etwa *BGH* MMR 2015, 762 m. Anm. *Weisser*, Rdnr. 53 ff., und *BGH*, U. v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rdnr. 42 ff.

22 S. *Rundfunkkommission der Länder*, Regelungsvorschlag für eine Betrauungslösung i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV, abrufbar unter: [www.beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de](http://www.beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de).

## 2. Zweite Herausforderung: Fortentwicklung des Funktionsauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Seit Jahrzehnten ist die duale Rundfunkordnung etabliert, in der die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Funktionsauftrag haben, die Bevölkerung mit einem inhaltlich umfassenden Programmangebot zu versorgen. Dies meint nicht lediglich eine Mindestversorgung etwa mit Informations- und Bildungssendungen, sondern fordert eine Mehrzahl von Programmen, die die Meinungsvielfalt sichern und der Gesamtheit der Bevölkerung Programme aller Sparten bereitstellen.<sup>14</sup>

Was der Funktionsauftrag konkret bedeutet, ist naturgemäß dem Wandel unterworfen; die Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk stellt sicher, dass die Rundfunkanstalten auch im publizistischen Wettbewerb mit den privaten Rundfunkveranstaltern bestehen können.<sup>15</sup>

Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen Funktionsauftrag auch in der digitalen Welt erfüllen, muss er den tiefgreifenden Änderungen in der Mediennutzung Rechnung tragen. Ausgangspunkt muss dabei sein, dass publizistische Vielfalt keine Frage der Medientechnik ist. Werden Medieninhalte zunehmend im Internet konsumiert, müssen die Rundfunkanstalten in die Lage versetzt werden, ihren Funktionsauftrag eben auch im Internet zu erfüllen. Die rein quantitative Vielfalt an verfügbaren Inhalten im Internet bedeutet nicht zwangsläufig, dass damit auch publizistische Vielfalt wirksam gesichert ist.

Gerade im Zeitalter von „Fake News“ kommt einer auf die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit verpflichteten Programmherstellung besondere Bedeutung zu; die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können dies gewährleisten, allein schon deshalb, weil sie sich mit ihrer Beitragsfinanzierung nicht dem ökonomischen Wettbewerb um Werbekunden und Mediennutzer stellen müssen. Ihr Leistungsangebot folgt einer anderen Entscheidungsrationale als der der marktwirtschaftlichen Anreize.<sup>16</sup> Dies als „Expansionsdrang“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu brandmarken,<sup>17</sup> verkennt schlicht den verfassungsrechtlichen Auftrag.

Natürlich bedeutet die Bestands- und Entwicklungsgarantie nicht, dass bestehende Strukturen nicht hinterfragt werden dürfen. Die Finanzierungsgarantie setzt einen schonenden Umgang mit den Beitragsmitteln voraus.<sup>18</sup> Der Zukunftsbericht der Rundfunkanstalten versucht, auf die Strukturfragen eine erste Antwort zu geben;<sup>19</sup> die Rundfunkgesetzgeber müssen unter Berücksichtigung der Funktionsautonomie der Rundfunkanstalten deren Rechtsrahmen fortentwickeln.

Freilich muss bei alledem die Rechtsordnung konsistent bleiben: Es geht nicht an, einerseits rundfunkrechtlich von den Rundfunkanstalten einen sparsamen Umgang mit Beitragsmitteln einzufordern, gerade auch durch Kooperationen,<sup>20</sup> andererseits Kooperationen zwischen den Rundfunkanstalten dem Kartellverbot zu unterstellen.<sup>21</sup> Dass die Konsistenz von Rundfunkrecht und Kartellrecht durch die im 21. RÄStV angestrebte Betrauungslösung dauerhaft gesichert werden kann,<sup>22</sup> bleibt den Rundfunkanstalten zu wünschen.

## 3. Dritte Herausforderung: Vielfaltssichernde Regulierung des Flaschenhalses „Plattform“

Die effektivste Regulierung der Medieninhalte, jegliche Vielfaltsicherung läuft leer, wenn die Medieninhalte nicht die Mediennutzer erreichen. Damit ist, noch jenseits der reinen Signaltransportebene, der Flaschenhals „Plattform“ angesprochen – also das Angebot derjenigen Diensteanbieter, die auf Übertragungskapazitäten ihren Kunden Inhalte im Rahmen eines Gesamtangebots zugänglich machen, wie etwa der Kabelnetzbetreiber

Unitymedia oder Media Broadcast mit ihrem neuen digitalen terrestrischen Medienprodukt. War es früher, in der analogen Welt, noch primäres Regulierungsanliegen, die Übertragung bestimmter Inhalte durch Must-Carry-Vorgaben sicherzustellen, so geht es heute, in der digitalen Welt mit ihren rund 300 TV-Angeboten, vor allem darum, die Auffindbarkeit bestimmter Inhalte durch die Mediennutzer zu erleichtern.

Plattformbetreiber sind „Gatekeeper“, die den Zugang der Medienanbieter zu den Mediennutzern kontrollieren.<sup>23</sup> Diese Kontrollmacht birgt erhebliches Missbrauchspotenzial: Darf es eine Plattform der zwei Geschwindigkeiten geben, bei der der Plattformbetreiber die Inhalte solcher Medienanbieter, die ihm ein zusätzliches Entgelt zahlen, in besserer Qualität, höherer Datenrate, überträgt? Darf ein Plattformbetreiber in seinem elektronischen Programmführer, dem Navigator, gegen Entgelt bestimmte Medieninhalte besonders attraktiv positionieren? Wenn Kabelnetzbetreiber wegen ihrer Gatekeeper-Funktion als Plattformanbieter reguliert sind, muss dies nicht gleichermaßen für Anbieter von TV-Geräten gelten, die ihren Kunden mit dem Gerät einen elektronischen Programmführer bereitstellen (Smart-TV)?<sup>24</sup>

Ist die Inhalteregulierung notwendige Bedingung der Vielfaltssicherung, so muss eine effektive Plattformregulierung als hinreichende Bedingung folgen.

Dies ist denn auch ein zentrales aktuelles Projekt der Mediengesetzgeber. Die von Bund und Ländern eingerichtete *Kommission zur Medienkonvergenz* hat 2016 ihren Bericht vorgelegt, er enthält u.a. Regulierungsvorschläge für Plattformen und Intermediäre.<sup>25</sup> Zuletzt hat im Frühjahr 2017 die insoweit federführende *Staatskanzlei NRW* den Entwurf einer Fortentwicklung der Plattformregulierung zur Diskussion gestellt. Er will Medienplattformen im offenen Internet, wie etwa diejenige von Zattoo, und die Oberflächen von Endgeräten, die Navigatoren bereitstellen, in den Plattformbegriff einbeziehen. Dies ist ebenso diskussionswürdig wie der Vorschlag, besonders vielfaltsrelevanten Inhalten eine gute Auffindbarkeit im Gesamtangebot zu sichern.<sup>26</sup> Damit wird die Zielrichtung der Must-Carry-Vorgaben auf die Navigationsebene übertragen. Bei alledem darf freilich nicht vergessen werden, dass Regulierung keine Geheimwissenschaft ist. Die Regulierung muss transparenter werden; hier besteht noch erheblicher Nachholbedarf.<sup>27</sup>

#### 4. Vierte Herausforderung: Flächendeckung mit Breitbandanschlüssen

Voraussetzung für die Teilnahme an der digitalen Medienwelt sind hinreichend breitbandige Anschlüsse, flächendeckend – hier ist noch viel zu tun: Derzeit ist ein Breitbandanschluss mit 50 Mbit/s oder mehr nur für 75,5% der deutschen Haushalte überhaupt verfügbar.<sup>28</sup>

Das DigiNetzG<sup>29</sup> soll den Ausbau der digitalen Datenautobahnen via Glasfaser fördern, indem es Zugriff auf vorhandene Versorgungsinfrastrukturen (Strom, Gas, Wasser etc.) erleichtert. Betreiber von TK-Netzen können bei Betreibern solcher öffentlichen Versorgungsnetze die Mitnutzung der passiven Netzinfrastruktur beantragen (Leerrohre, Kabelkanäle etc.). Kommt keine Einigung zu Stande, so hat die *BNetzA* über die Mitnutzung zu entscheiden.<sup>30</sup> Hinzu kommt u.a. die Möglichkeit der TK-Netzbetreiber, von den jeweils Verfügungsberechtigten die Mitnutzung gebäudeinterner Netzinfrastruktur zu verlangen, wenn eine Dopplung der Infrastrukturen technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist; auch hier kann die *BNetzA* als nationale Streitbeilegungsstelle entscheiden.<sup>31</sup>

Grundsätzlich ist dieses Instrumentarium geeignet, den Netzausbau zu forcieren; das DigiNetzG schreibt damit fort, was der

Gesetzgeber des TKG 1996 mit der Möglichkeit der Nutzung von Wegerechten für Energienetze zum Aufbau von TK-Netzen in § 76 TKG bereits regelte. Im Detail ist hier allerdings noch vieles durch die Praxis zu konkretisieren; ein Schlüsselproblem ist die Setzung wirksamer Ausbauanreize: Die Glasfasernetze ausbauenden Unternehmen brauchen die Gewissheit, dass sie ihre hohen Investitionen refinanzieren können.

Dies muss nicht zwingend ausschließlich über Endkundenanschlüsse geschehen, dies kann auch durch die Beteiligung von Dritten, Wettbewerbern, an den Investitionskosten geschehen: Im Sinne eines effektiven Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten ist es geboten, die Ausbauunternehmen zu verpflichten, dritten TK-Anbietern Zugang zu ihrer Infrastruktur zu gewähren. Die Zugangsverpflichtung muss aber so ausgestaltet werden, dass die Ausbauunternehmen ihre Investitionskosten umlegen können. Soweit dies nicht gewährleistet ist, sind die mit dem DigiNetzG bezweckten Anreize für einen schnellen Ausbau der Glasfasernetze nicht wirksam.<sup>32</sup> Konkret etwa kann ein solcher „First Mover“-Schutz dadurch verwirklicht werden, dass das an die TK-Netzbetreiber für die Mitnutzung zu zahlende Entgelt nicht nur deren zusätzliche Kosten auf Grund der Mitnutzung abdeckt, sondern auch anteilige Gemeinkosten, eine angemessene Kapitalverzinsung sowie die durch die Zugangsgewährung an einen Wettbewerber entstehenden Opportunitätskosten. Die gesetzlichen Vorgaben erlauben eine solche Entgeltbildung.<sup>33</sup> Es liegt nun an der *BNetzA*, in den vielen bei ihr anhängigen Streitbeilegungsverfahren die Zugangs- und Entgeltfragen so zu beantworten, dass das gesetzgeberische Ziel einer flächendeckenden Versorgung mit breitbandigen Anschlüssen tatsächlich erreicht werden kann.

Die umfangreichen Fördermaßnahmen des Bundes können dies erleichtern. Insgesamt hat der Bund € 4 Mrd. bereitgestellt; Investitionen im Umfang von € 10 Mrd. sollen damit ausgelöst werden.<sup>34</sup> Indes verlangen auch die Förderrichtlinien, im Einklang mit den beihilferechtlichen Vorgaben der *EU-Kommission*,<sup>35</sup> dass das Ausbauunternehmen seine Infrastruktur Dritten öffnet;<sup>36</sup> die Refinanzierungsfrage bleibt an die *BNetzA* adressiert.

Zweites Kernthema ist die Netzneutralität: Ebenso wie – auf höherer Wertschöpfungsebene – der Anbieter einer Medienplatt-

<sup>23</sup> *BVerfG* MMR 2007, 770 m. Anm. Scheuer.

<sup>24</sup> S. hierzu *Schütz/Schreiber*, MMR 2012, 659 ff.

<sup>25</sup> *Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz*, Bericht, Juni 2016, S. 22 ff., 31 ff., abrufbar unter: [www.rlp.de](http://www.rlp.de); Intermediäre sind solche, die „durch Aggregation, Selektion und Präsentation Aufmerksamkeit für von Dritten erstellte und ggf. eigene Inhalte erzeugen“ (S. 31), z.B. Suchmaschinen, soziale Netzwerke, App-Plattformen.

<sup>26</sup> *Staatskanzlei NRW*, Diskussionsgrundlage für eine Neufassung der Maßgaben zur Plattformregulierung im Rundfunkstaatsvertrag, zu § 2 und § 52e des Vorschlags, abrufbar unter: [www.eco.de](http://www.eco.de).

<sup>27</sup> S. hierzu *Schütz*, MMR 2017, 437 f.

<sup>28</sup> *BMVI*, Aktuelle Breitbandverfügbarkeit in Deutschland (Stand: Ende 2016), Breitbandatlas, S. 3, abrufbar unter [www.bmvi.de](http://www.bmvi.de).

<sup>29</sup> Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze v. 4.11.2016, BGBl. I 2016, S. 2473 ff.

<sup>30</sup> Vgl. §§ 77d, 77n TKG in der Neufassung durch das DigiNetzG.

<sup>31</sup> S. § 77k Abs. 2 und 3 und § 77n Abs. 6 TKG in der Neufassung durch das DigiNetzG.

<sup>32</sup> Zur Zielrichtung: Entwurfsbegr. BT-Drs. 18/8332, S. 28 f.

<sup>33</sup> S. § 77n Abs. 2 und 3 TKG in der Neufassung durch das DigiNetzG.

<sup>34</sup> *BMVI*, Zukunftsoffensive Gigabit-Deutschland, 7.3.2017, S. 18, auffindbar unter: [www.bmvi.de](http://www.bmvi.de).

<sup>35</sup> *EU-Kommission*, Leitlinien für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. EU Nr. C 25 v. 26.1.2013, S. 1 ff.

<sup>36</sup> *BMVI*, Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Breitbandversorgung, 15.6.2015, abrufbar unter: [www.bmvi.de](http://www.bmvi.de), s. dort § 7; Überblick zu alledem etwa bei *Knapp*, N&R 2017, 199 ff.; *Holznapel*, MMR 2015, 567 ff.

form mit der Signalübertragung zu unterschiedlicher Qualität das Ziel publizistischer Vielfalt gefährden kann, können Betreiber von TK-Netzen mit der Datenübertragung zu verschiedenen Geschwindigkeiten den Markterfolg der übertragenen Dienste entscheidend beeinflussen. Die maßgebliche Rechtsgrundlage, die EU-Verordnung über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet,<sup>37</sup> verpflichtet die Anbieter von Internetzugangsdiensten zwar zur Nichtdiskriminierung, erlaubt ihnen aber Maßnahmen zum Verkehrsmanagement. Hierzu zählt auch das Blockieren oder Verlangsamung von Anwendungen, freilich nur aus bestimmten Gründen, insbesondere zur Aufrechterhaltung der Netzintegrität. Die Vorgaben wurden inzwischen durch *BEREC*, das Gemeinschaftsgremium europäischer Regulierer, konkretisiert,<sup>38</sup> die Zahl der Beschwerden bei der *BNetzA* (im Jahr 2016 bis 300) zeigt jedoch, dass die Zugangspraxis überwachungsbedürftig ist. Dies gilt auch für den Versuch von Anbietern, eigene Internetangebote dadurch zu bevorzugen, dass deren Datenvolumen nicht auf gebuchte Volumentarife angerechnet wird („Zero Rating“).<sup>39</sup> Es ist Aufgabe der *BNetzA*, das Gebot der Netzneutralität strikt durchzusetzen.

### 5. Fünfte Herausforderung: Stärkung des Wettbewerbs der TK-Dienstleister

Basis der gesamten digitalen Medienwelt ist eine leistungsfähige Netzinfrastruktur. Gab es im Zeitpunkt der Marktöffnung 1996/7 lediglich zwei flächendeckende Festnetze der *DTAG*, das schmalbandige Telefonnetz und das breitbandige, ausschließlich für die Rundfunkübertragung eingesetzte Kabelnetz, so verfügen heute, zwanzig Jahre später, zwar etliche Wettbewerber über eigene Infrastrukturen, für flächendeckende Endkundenprodukte sind sie häufig aber auf den Zugang zur Infrastruktur insbesondere der *DTAG* angewiesen. Dies gilt vor allem für die letzte Meile. In deren Öffnung, der Zugangsgewährung zur Teilnehmeranschlussleitung der marktbeherrschenden *DTAG* über verschiedene Zugangsprodukte, lag und liegt der Schlüssel für den Wettbewerb auf den diversen Endkundenmärkten für TK-Dienste.<sup>40</sup>

Umso bedenklicher ist die jüngere Praxis der *BNetzA*, im Rahmen des „Vectoring-Regimes“ die *DTAG*-Zugangspflichtun-

gen zu begrenzen: Mit der Vectoring-Technologie können die Datenübertragungsraten auf der Teilnehmeranschlussleitung erheblich gesteigert werden; damit können den Endkunden Anschlüsse mit höherer Bitrate bereitgestellt werden. Die *DTAG* macht jedoch geltend, diese Technologie nur einsetzen zu können, wenn sie vollen Zugriff auf sämtliche, von einem Kabelverzweiger (den grauen Kästen am Straßenrand) ausgehende Teilnehmeranschlussleitungen hat. Aus diesem Grund hat die *BNetzA* den in vielen Jahren ausgestalteten Zugang der Wettbewerber zu den Teilnehmeranschlussleitungen der *DTAG* eingeschränkt.<sup>41</sup> Das *VG Köln* hat diese Entscheidung bestätigt. Die *BNetzA* habe ihr Regulierungsermessen mit Blick auf die Zusage der *DTAG*, im Gegenzug zu der Beschränkung des Zugangs Dritter ihre Nahbereiche flächendeckend mit der Vectoring-Technologie auszubauen, nicht fehlerhaft ausgeübt, die Entscheidung fördere den gewünschten Breitbandausbau.<sup>42</sup> Doch ist diese regulatorische Weichenstellung tatsächlich richtig, bedingt das Ziel des raschen Breitbandausbaus eine Remonopolisierung der TK-Märkte? Passt beides, Breitbandausbau und Wettbewerb, nicht zusammen? Die *DTAG*-Wettbewerber verweisen darauf, dass der regulatorische Schutz für die Vectoring-Technologie die *DTAG* darin bestärkt, die aus Kupferleitungen bestehenden Teilnehmeranschlussleitungen möglichst lange weiter zu benutzen anstatt in moderne Glasfasernetze zu investieren; zudem könne Infrastrukturwettbewerb nur gesichert werden, wenn alle Netzbetreiber diskriminierungsfrei vom Vectoring profitierten.<sup>43</sup>

Letztlich ermöglicht nur effektiver Wettbewerb Innovationen. Eine Rückführung der sektorspezifischen Regulierung der *DTAG* würde die Grundlagen der Geschäftstätigkeit vieler *DTAG*-Wettbewerber infrage stellen. Ausbauzusagen der *DTAG* gegenüber der *BNetzA* können die Innovationskraft einer wettbewerbsgetriebenen Marktentwicklung nicht ersetzen, sie passen in eine Planwirtschaft, nicht aber in eine wettbewerbsintensive TK-Branche, so wie sie sich in den vergangenen 20 Jahren dank in weiten Teilen erfolgreicher Regulierung entwickelt hat.

Bedenklich sind denn auch die Bestrebungen der *EU-Kommission*, im Rahmen der bevorstehenden Neufassung des europäischen Rechtsrahmens für die TK-Branche Investitionen großer Netzbetreiber in neue Glasfaser-Infrastruktur durch Reduzierung von Zugangsverpflichtungen zu erleichtern.<sup>44</sup> Im *Europäischen Parlament* gibt es erheblichen Widerstand gegen diese Pläne,<sup>45</sup> ob das *Parlament* sich hiermit in den anlaufenden Triologverhandlungen durchsetzt, bleibt abzuwarten.

### III. Fazit

Der Überblick zeigt: Ob sich die Chancen der digitalen Medienwelt für uns alle verwirklichen lassen, hängt vielfach davon ab, dass Gesetzgebung und Regulierung die richtigen Weichen stellen. Manche Herausforderungen sind neu, manche sind alt, im neuen Gewand. In jedem Fall dürfen wir uns darauf freuen, dass die *MMR* all dies weiter begleitet, digital im Netz wie analog mit der Papierausgabe. Nicht alles in der analogen Welt ist überholt!



Dr. Raimund Schütz ist Partner der Rechtsanwaltssozietät Loschelder in Köln und Mitherausgeber der *MMR* seit 1998.

37 Verordnung v. 25.11.2015, ABl. EU Nr. L 310 v. 26.11.2015, S. 1 ff., s. dort Art. 3.

38 *Body of European Regulators for Electronic Communications*, Leitlinien zur Umsetzung der europäischen Netzneutralitätsregeln durch die nationalen Regulierungsbehörden, August 2016, abrufbar unter: [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de).

39 So bei den *DTAG*-Angeboten Spotify und StreamOn, s. hierzu *BNetzA*, Netzneutralität in Deutschland, Jahresbericht 2016/2017, S. 9.

40 Zum Stand des Wettbewerbs umfassend jüngst *Dialog Consult / VATM*, 19. TK-Marktanalyse Deutschland 2017, abrufbar unter: [www.vatm.de](http://www.vatm.de).

41 Zuletzt *BNetzA*, B. v. 1.9.2016 – BK 3g-15/004 – Vectoring II, abrufbar unter: [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de).

42 *VG Köln*, U. v. 17.3.2017 – 9 K 8589/16 u.a. = *MMR* 2017, 788 (Ls.), Rdnr. 119 ff., nicht rk.

43 S. etwa *BREKO*, Positionspapier „Vectoring darf Telekommunikationsmärkte nicht remonopolisieren“, 9.9.2016, abrufbar unter: [www.brekoverband.de](http://www.brekoverband.de).

44 Vgl. *EU-Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM (2016) 590 final; Art. 74 Abs. 1 sieht eine Regulierungsfreistellung für neue Netze als bindende Vorgabe (unter bestimmten Voraussetzungen) vor.

45 S. *EU-Parlament*, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code, 19.10.2017, A8-0318/2017, dort mit einer Abschwächung des Kommissionsvorschlages zu Art. 74 (S. 195 f.): Regulierungsfreistellung als Kann-Bestimmung.