



Das TK-Sonderkartellrecht und die Regelungen zur Belegung von Übertragungskapazitäten auf dem Prüfstand

Von Professor
Dr. Georgios
Gounalakis, Marburg

Der Autor – Ständiger Mitarbeiter der K&R – ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht und Direktor der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft sowie des Instituts für Privatrechtsvergleichung, Allgemeine Abteilung, der Universität Marburg. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. VIII.

Die medienrechtliche Abteilung des 64. Deutschen Juristentages hat sich mit der Konvergenz der Medien beschäftigt und dabei unter anderem auch thematisiert, ob es sinnvoll ist, das Sonderkartellrecht im Telekommunikationssektor abzuschaffen und die Regelungen über die Belegung von Übertragungskapazitäten beizubehalten. Der Beitrag greift diese Thematik unter Zugrundelegung des Gutachtens¹ und der Beschlüsse², die für eine mittelfristige Abschaffung des TK-Kartellrechts und für eine Beibehaltung der Regeln zur Belegung der Übertragungskapazitäten plädieren, nochmals auf. Er konstatiert im Anschluss an das Gutachten und die Beschlüsse, dass das materielle Medienrecht in den Bereichen zu straffen und zu harmonisieren ist, in denen es derzeit zu behebbaren Kompetenz- und Anwendungskonflikten kommt. Dies gilt zum einen für das Verhältnis zwischen sektorspezifischem Kartellrecht im TKG und GWB (dazu unten I.). Zum anderen besteht ein Harmonisierungsbedarf zwischen den telekommunikations- und medienrechtlichen Vorschriften, welche die Belegung von Übertragungswegen regeln (dazu unten II.).

I. Zum TK-Sonderkartellrecht

Die Einführung eines Sonderkartellrechts im TKG, insbesondere die Schaffung einer ex ante wirkenden Regulierung, war – dies wird inzwischen kaum mehr bestritten – notwendig, um den monopolistisch geprägten Telekommunikationsmarkt in den Wettbewerb zu überführen. Gestritten wird freilich um die Frage, ob auch heute noch eine Sonderregulierung des Telekommunikationssektors notwendig ist, nachdem die größten Anfangsschwierigkeiten des Wettbewerbs überwunden sind³.

Für eine Abschaffung der wettbewerbsrechtlichen Sonderregelungen im TKG sprechen die erheblichen Abgrenzungskonflikte zum GWB. Gemäß § 2 Abs. 3 TKG bleiben die Vorschriften des GWB unberührt, weshalb ein Regulierungswirrwarr in der Telekommunikation beklagt wird⁴. Die Anwendungsbereiche von GWB und TKG lassen sich in der Tat auch mithilfe des nach herrschender Ansicht grundsätzlich geltenden Spezialitätsgrundsatzes⁵ nur schwer exakt voneinander abgrenzen; denn zur Vermeidung von Schutzlücken ist jedenfalls dort eine subsidiäre Anwendung des GWB zu befürworten, in denen das TKG keine abschließende Regelung trifft⁶.

Darüber hinaus hat die Sechste GWB-Novelle eine wichtige Voraussetzung für eine Rückführung der sektorspezifischen Regulierung geschaffen. In Anlehnung an die im anglo-amerikanischen Raum bewährte Essential-Facilities-Doktrin schreibt der neu eingefügte § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nunmehr ausdrücklich vor, dass ein marktbeherrschender Anbieter sich auch dann missbräuchlich verhält, wenn er den Zugang zu seinen eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen ohne zwingende Gründe verweigert und dadurch den Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten behindert⁷. Damit ist der wich-

tigste Bereich der sektorspezifischen Regulierung im TKG, nämlich die Zusammenschaltungspflicht und der offene Netzzugang, nun explizit auch im Allgemeinen Kartellrecht normiert⁸.

Gleichwohl wird von der überwiegenden Ansicht derzeit ein Verzicht auf die TK-Sonderregulierung noch nicht für sinnvoll erachtet. Auf den Telekommunikationsmärkten habe sich überwiegend noch kein funktionsfähiger Wettbewerb gebildet⁹. Um zu verhindern, dass der ehemalige Monopolist das bisher Erreichte wieder zerstöre, bleibe eine Regulierung und Aufsicht erforderlich, die ex ante wirke. Dies könne vom GWB nicht geleistet werden, des-

1 Gounalakis, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. C 94 ff.

2 Beschlüsse III.17–22 der medienrechtlichen Abteilung des 64. Deutschen Juristentages, vgl. NJW 2002, 3073, 3075.

3 Zur Diskussion im telekommunikationsrechtlichen Schrifttum siehe Gerpott, MMR 2000, 191 ff.; Holthoff-Frank/Paulus, MMR 2000, 187 ff.; Koenig/Kühling, WuW 2000, 596 ff.; v. Meibom/v. d. Bussche, MMR 2000, 206 ff.; vgl. auch Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 151 ff.

4 Möschel, MMR 1999, Beilage zu Heft 3, 3.

5 Holznapel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2. Aufl. 2001, S. 34.

6 Noch weitergehend Schroeder, WuW 1999, 14, 16; Martenczuk, CR 1999, 363, 364; GWB und TKG stehen nebeneinander.

7 Art. 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB bezweckt eine Angleichung des GWB an die Auslegung von Art. 82 EG-Vertrag durch den EuGH, vgl. Schulz/Seufert/Holznapel, Digitales Fernsehen, 1999, S. 122; Wallenberg, K&R 1999, 152, 152; Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 65 ff.

8 Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist allerdings noch nicht genau zu übersehen, da die meisten Fälle schon bisher durch Rückgriff auf § 20 Abs. 1 GWB gelöst werden konnten, vgl. BGH, WuW/E 1996, 3058 ff. – Pay-TV-Durchleitung.

9 Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf des TKG, BT-Drucks. 13/9609, S. 36, sowie das XII. Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/97, Rdnr. 22. Aus dem Schrifttum Holznapel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2. Aufl. 2001, S. 36; Mestmäcker, in: FS Fikentscher, 1998, S. 557, 562.

sen Handlungsinstrumentarium auf ex post-Regelungen beschränkt sei. Als einzige Alternative böte sich – entsprechend dem US-amerikanischen Vorbild – nur eine Aufspaltung des ehemaligen Monopolisten an¹⁰. Dies scheint jedoch im Hinblick auf die Konkurrenzfähigkeit der Deutsche Telekom AG (DTAG) im globalen Wettbewerb und mit Blick auf die entstehenden Kosten und sozialen Folgen die wohl schlechteste aller denkbaren Lösungen. Kurzfristig scheint daher ein Wegfall der Sonderregulierung nicht sinnvoll. Dem entspricht es, wenn die EU-Kommission in ihren neuen Richtlinien-Entwürfen davon ausgeht, asymmetrische Regelungen für marktbeherrschende Anbieter im Bereich der Telekommunikation seien vorerst weiter erforderlich, um einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten¹¹.

Sobald sich ein funktionierender Wettbewerb indes entwickelt hat, steht der Forderung nach einer Rückführung der TK-Sonderregulierung allerdings nichts mehr im Wege¹². Erst dann nämlich können die derzeitigen Konflikte zwischen GWB und TKG und die Kompetenzstreitigkeiten zwischen Kartellamt und RegTP abgebaut werden. Gleichzeitig kann verhindert werden, dass sich die Sonderregulierung materiell-rechtlich und institutionell verfestigt, obgleich ihre eigentliche Daseinsberechtigung entfallen ist¹³. Auch die EU-Kommission strebt zu Recht mittelfristig an, die branchenspezifische Regulierung der einzelnen Wettbewerbszweige stufenweise abzubauen¹⁴. Vor diesem Zeitpunkt kommt es darauf an, das bestehende Recht möglichst effektiv anzuwenden. Hierzu ist insbesondere eine enge Zusammenarbeit und Koordination von RegTP und BKartA erforderlich. Schon heute ordnet § 82 TKG an, dass sich beide Behörden bei bestimmten Fragestellungen wechselseitig informieren und ihre Bewertung aufeinander abstimmen müssen. Diese Verpflichtung ist gegebenenfalls zu erweitern und zu präzisieren.

II. Zur Belegung von Übertragungskapazitäten

Auch künftig scheint es sinnvoll – entsprechend dem Ansatz der EU-Kommission –, grundsätzlich zwischen dem Übermittlungsvorgang und den übermittelten Inhalten zu unterscheiden¹⁵. Bedenken, der Konvergenzprozess könnte die bisherige Unterscheidung in der Praxis unmöglich machen, greifen zu kurz; denn auf der Grundlage einer funktionalen Betrachtung lässt sich selbst bei konvergierenden Medienangeboten zwischen der Übermittlung der Informationen und den eigentlichen Informationen differenzieren.

Dabei wird nicht verkannt, dass zwischen der Transporttechnik und den transportierten Inhalten zum Teil enge interdependente Beziehungen bestehen¹⁶. So können durch die Rechtsetzung im Bereich der Telekommunikation Fakten geschaffen werden, deren Folgen unmittelbar auf die inhaltliche Ebene durchschlagen. Dies verdeutlicht anschaulich die Vorschrift des § 5 Abs. 3 Nr. 3 FÜG. Hiernach müssen alle für Pay-TV eingesetzten Decoder in der Lage sein, auch die digitalen Free-TV-Programme in analoge Signale umzuwandeln. Hätte der Bund diese technische Regelung nicht getroffen, bestünde die Gefahr, dass künftige digitale Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten über bestimmte Decodersysteme nicht mehr empfangen werden können. Da die Ge-

bührenpflicht in § 2 Abs. 2 RFinStV an das Bereitstellen eines Empfangsgerätes anknüpft¹⁷, würde damit die Legitimität der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks insgesamt in Frage gestellt¹⁸.

Derartige Wechselwirkungen belegen, dass telekommunikationsrechtliche und medienrechtliche Regelungen nicht isoliert voneinander getroffen werden können. Das BVerfG hat auf diesen Gesichtspunkt bereits im ersten Rundfunkurteil hingewiesen und den Grundsatz entwickelt, dass die „Verbreitungstechnik“ eine dienende Funktion gegenüber den transportierten Inhalten erfüllt¹⁹. Der hiermit beschriebene Abstimmungsbedarf ist durch die technische und ökonomische Entwicklung noch verstärkt worden. Die größere Zahl an Unternehmen, die bei digitalen Medienangeboten auf dem verlängerten Übertragungsweg vom Veranstalter zum Empfänger agieren, und die Vielzahl an Nutzungsmöglichkeiten, die mithilfe moderner Kommunikationsmittel eröffnet werden, erfordern eine eng verzahnte und optimal aufeinander abgestimmte Regelung.

Im Mittelpunkt der Diskussion stehen dabei die Regelungen über die Verwaltung der Übertragungskapazitäten. Entsprechend der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes haben die Länder ergänzend zu den bundesrechtlichen Telekommunikationsbestimmungen die Verbreitung von Rundfunk- und Mediendiensten (vgl. § 52 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 RStV) unter publizistischen Gesichtspunkten geordnet.

Bei der Vergabe von terrestrischen²⁰ und Satellitenfrequenzen²¹ sieht das geltende Recht ein verzahntes Verfahren vor, das die rundfunk- und telekommunikationsrechtlichen Belange miteinander ausgleichen soll. Für Außenstehende ist dieses Verfahren kaum zu überblicken²². Es wird dementsprechend häufig als zu komplex und undurchsichtig kritisiert²³.

10 Koenig, MMR 2001, 1.

11 Vgl. zu den verschiedenen Regulierungsentwürfen der EU-Kommission die Übersicht bei Holzner/Enaux/Nienhaus (Fn. 9), S. 233 ff.

12 So auch der Beschluss III.18 a der medienrechtlichen Abteilung des 64. Deutschen Juristentages, vgl. NJW 2002, 3073, 3075.

13 Zu dieser Gefahr bereits Gounalakis, K&R 1999, 541, 543, 545. Siehe auch Holzner/Enaux/Nienhaus (Fn. 9), S. 37, die auf die Tendenz hinweisen, dass einmal getroffene gesetzliche Regelungen auf Grund politischer Erwägungen nur sehr schwer rückgängig zu machen sind.

14 Vgl. Kommunikationsbericht 1999, Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, KOM(1999)539, V. VI.

15 So auch der Beschluss III.17 b der medienrechtlichen Abteilung des 64. Deutschen Juristentages, vgl. NJW 2002, 3073, 3075.

16 Vgl. etwa Engel, ZUM 1994, 536 ff.

17 Zur Verfassungsmäßigkeit der an das Bereitstellen von Empfangsgeräten anknüpfenden Gebührenpflicht BVerfG, NJW 2000, 649, 649 – Gebührenpflicht; BVerfG, NJW 1999, 2454 ff. – Rundfunkgebühren.

18 Ladeur, ZUM 1998, 261, 267.

19 BVerfGE 12, 205, 226 ff. – Deutschland-Fernseh-GmbH.

20 Terrestrische Frequenzen werden im Rahmen der völkerrechtlichen Vorgaben der International Telecommunication Union (ITU) in einem dreistufigen staatlichen Verfahren vergeben, das sich nach §§ 44 ff. TKG richtet. Die Interessen der Länder werden verfahrensmäßig durch § 47 Abs. 3 TKG abgesichert. Eingehend Engel, Medienordnungsrecht, 1996, S. 82 ff.

21 Zur hoheitlichen Koordination der geostationären Satellitenpositionen und der Uplink- bzw. Downlink-Frequenzen vor allem durch die ITU Engel, Medienordnungsrecht, 1996, S. 87 ff.

22 Hoffmann-Riem/Schulz/Held, Konvergenz und Regulierung, 2000, S. 61 ff., mit einer Übersicht auf S. 64.

23 Bezeichnend insoweit die verkürzte und zumindest „missverständliche“ Darstellung und Kritik des komplizierten Verfahrens bei Booz, Allen & Hamilton, Herausforderungen an die deutsche Medien- und Telekommunikationsaufsicht, Teil 1, 1999, S. 24 ff.

Noch gewichtiger erscheinen freilich die Unzulänglichkeiten und die Inkonsistenz der Regelungen zur Belegung der Kabelnetze mit Rundfunkprogrammen²⁴. Insbesondere die Kabelallokation mit digitalen Angeboten²⁵ erweist sich als ein „Problemfokus der deutschen Medienregulation und -aufsicht“²⁶. Die normativen Vorgaben des TKG einerseits und des RStV bzw. der Landesmediengesetze andererseits sind in zentralen Fragen überaus unbestimmt und lückenhaft²⁷. Die prozedurale Verzahnung ist unzureichend²⁸. Die sich hieraus ergebenden Streitigkeiten beginnen bereits bei der Frage, ob die Landesmedienanstalten auf der Grundlage des RStV oder der Landesmediengesetze private Kabelbetreiber zwingen können, Kapazitäten für die Übertragung von Rundfunkprogrammen zur Verfügung zu stellen²⁹.

Soweit der Kabelbetreiber seine Netzkapazität für die Übertragung von Rundfunk- bzw. Mediendiensten gewidmet hat³⁰, stellt sich die Frage, inwieweit die Entgeltregulierung der §§ 24 ff. TKG und vor allem die Bestimmungen zum offenen Netzzugang gemäß §§ 33 ff. TKG noch Raum für medienspezifische Ausdifferenzierungen des Diskriminierungsverbots lassen³¹. Schließlich ist streitig, wie die Zuständigkeiten der RegTP und der Landesmedienanstalten bei der Aufsicht verteilt sind³².

Der im Einzelnen bestehende Reformbedarf kann an dieser Stelle nicht abschließend erörtert werden. Für eine stimmige Medienordnung wird es aber darauf ankommen, die sich schon jetzt abzeichnenden Konflikte im digitalen Rundfunk vor dem analogen „Switch-Off“ frühzeitig zu lösen. Kompetenzkollisionen müssen so weit wie möglich ausgeräumt, überflüssige Doppelregelungen vermieden werden. Hierzu sollte sich das Rundfunk- bzw. Medienrecht möglichst zurücknehmen und auf die Abwehr von publizistischen Gefahren beschränken, die vom Kartellrecht nicht hinreichend erfasst werden können³³.

Zu begrüßen ist deshalb die Regelung des § 52 Abs. 3–5 RStV für die hoheitliche Kabelallokation. Die Vorschrift beschränkt, da die Knappheit der Übertragungskapazitäten infolge der Digitalisierung nach überwiegender Ansicht entfallen oder sich wesentlich entschärfen wird, die strenge medienrechtliche Regulierung auf ein Drittel der Kabelkapazität. Nur dieser so genannte Must-Carry-Bereich wird noch kraft hoheitlicher Anordnung nach einer gesetzlichen Rangordnung mit (Rundfunk-)Programmen belegt.

Im Must-Carry-Minus-Bereich, der ebenfalls ein Drittel der Kapazität umfasst, kann der Kabelbetreiber die Belegung dagegen selbst festlegen, wobei er sich – wie früher die Landesmedienanstalten in der dritten Rangklasse³⁴ – am Vielfaltskriterium orientieren muss. Bei der Belegung des letzten Drittels ist der Anbieter schließlich ganz frei und allein an die allgemeinen Gesetze gebunden. Gemeint sind hiermit Schrankengesetze i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG, also in erster Linie das TKG und GWB. Im Non-Must-Carry-Bereich verzichtet das Medienrecht zu Gunsten des allgemeinen Kartellrechts also auf seinen Regelungsanspruch.

III. Zusammenfassung

1. Übertragungstechnik und Inhabitedienste sollten – entsprechend den sich abzeichnenden Grundlinien der EU-Regulierung – weiterhin getrennt geregelt bleiben.
2. Es empfiehlt sich zu prüfen, ob die wettbewerbsrechtliche Sonderregulierung im Telekommunikationssektor mittelfristig abgeschafft und durch die allgemeine kartellrechtliche Kontrolle ersetzt werden kann.
3. Der diskriminierungsfreie Zugang zu allen Kommunikationswegen und Kommunikationsplattformen sollte – auch im Bereich des Rundfunks – primär über das Telekommunikations- bzw. Kartellrecht gewährleistet werden.
4. Soweit weiterhin eine ergänzende Zugangsregelung unter publizistischen Gesichtspunkten durch die Länder erforderlich ist (z. B. Must-Carry-Regelungen, Regelungen für öffentlich-rechtliche Digital-Bouquets) sollte diese Regulierung mit den Vorgaben des Telekommunikations- bzw. Kartellrechts prozedural einfach und transparent verzahnt werden.

24 Die Kabelnetze, die ca. 60% der deutschen Haushalte erreichen, sind der wichtigste Verbreitungsweg für den Rundfunk, vgl. *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Komm. zum RStV, Stand: 8. Lieferung, 2001, § 52 Rdnr. 50 mit Fn. 69.

25 Zur unterschiedlichen Regulierung von analogen und digitalen Programmangeboten gemäß § 52 Abs. 1 und § 52 Abs. 3–5 *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 24), § 52 Rdnr. 43.

26 *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 36, 42.

27 Siehe hierzu die Kritik bei *Ladeur*, K&R 2001, 496, 499 ff.; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 36, 42.

28 *Hoffmann-Riem/Schulz/Held* (Fn. 22), S. 62. Zu weiteren Kritikpunkten, insb. zur Frage, inwieweit das geltende Recht einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Rundfunkfreiheit und der Netzbetreiberfreiheit nach der Privatisierung der Kabelnetze herbeiführt, *Schütz*, MMR-Beilage 2/2001, 20, 21 ff.

29 Das VG Berlin, K&R 1998, 122, 126, verneint dies mit der Begründung, den Ländern fehlt insoweit die Gesetzgebungskompetenz. Dagegen überzeugend *Trafkowski*, Medienkartellrecht, 2002, S. 238; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 36, 42. Vgl. auch *Engels/Schulz*, K&R 1998, 127, 128.

30 Nach *Schütz*, MMR-Beilage 2/2001, 20, 26 f., erfasst die „Rundfunkwidmung“ stets zugleich Mediendienste.

31 Die künftigen Streitfragen werden angesichts steigender Kapazitäten infolge der Digitalisierung weniger das „Ob“ der Einspeisung, als vielmehr das „Wie“ betreffen. Im Gegensatz zum „Ob“ enthält der RStV insoweit jedoch keine konkreten Vorgaben, sondern operiert nur mit den Generalklauseln des Diskriminierungsverbots gemäß § 53 Abs. 3 RStV. Ein wesentliches Problem stellt etwa das Bilden und Aufschneiden von Programmpaketen dar, sog. (Un-)Bundeling. So ist fraglich, inwieweit ein Kabelanbieter überhaupt bestimmte Programme zu einem Bouquet bündeln und dabei fremde Pakete aufschneiden darf und inwieweit öffentlich-rechtliche Programme zum Basisangebot zählen müssen, vgl. hierzu *Schütz/Seufert/Holzner* (Fn. 7), 1999, S. 114 ff.; *Gersdorf*, Kabeleinspeisung von Programmbouquets, 2000, S. 208; *Ladeur*, K&R 2001, 496, 503 ff.

32 Siehe dazu *Ladeur*, K&R 2001, 496, 505, der i. E. überzeugend unmittelbar aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Rundfunkfreiheit ein Gebot zur verfahrensrechtlichen Abstimmung von RegTP und LMA ableitet.

33 Ähnlich auch die Beschlüsse III.19–21 der medienrechtlichen Abteilung des 64. Deutschen Juristentages, vgl. *NJW* 2002, 3073, 3075.

34 Zu dem in den meisten Bundesländern bei der Vergabe der Übertragungsplätze für analoge Programme noch heute geltenden Vorrangmodell siehe *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* (Fn. 24), § 52 Rdnr. 26 ff.