

Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!

Weil auch eine Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 265a Abs. 1 StGB ausscheidet, war der Angeklagte aus rechtlichen Gründen freizusprechen. (...)

Eingesandt von RA und FA für IT-Recht Benedikt Klas, LL.M., Karlsruhe.



Telekommunikationsrecht

Christian Koenig/Matti Meyer

Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!

In dem vorliegenden Beitrag wird der zweite Entwurf der Verordnung zur Gewährleistung der Netzneutralität (NNVO-E2) vom 31.7.2013 einer kritischen rechtlichen Würdigung unterzogen. Zwar räumt dieser Entwurf die rechtlichen Bedenken im Rahmen des inzwischen fallen gelassenen ersten Entwurfs im Hinblick auf Managed Services weitestgehend aus; dennoch macht auch seine rechtliche Würdigung deutlich, dass – sollte die neue Bundesregierung in Sachen Netzneutralität einem vergleichbaren Normierungselan erliegen – weiterhin dringend vor normativen Schnellschüssen gewarnt werden muss.

I. Einleitung

Am 17.6.2013 legte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) seinen ersten Entwurf einer Verordnung zur Gewährleistung der Netzneutralität (NNVO-E1) vor.¹ Über die NNVO-E1 brach eine massive Kritikwelle ein,² der am 31.7.2013 – nur sechs Wochen später – bereits der zweite Entwurf (NNVO-E2) nachfolgte.³ Parallel hierzu kursiert gegenwärtig ebenfalls ein EU-Verordnungsvorschlag, der die Netzneutralität in der Europäischen Union absichern soll.⁴ Dieser Beitrag stellt sich dem zu beobachtenden nationalen Normierungselan der alten Bundesregierung in Sachen Netzneutralität entgegen und zeigt am Beispiel der NNVO-E2 auf, dass vor normativen Schnellschüssen unbedingt und mit Nachdruck gewarnt werden muss.

II. Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (§ 41a Abs. 1 TKG)

1. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 GG

Gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG müssen in einer zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigenden Gesetzesnorm Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmt sein.⁵ In der gesetzlichen Ermächtigungsnorm ist zunächst der Inhalt so detailliert zu bestimmen, dass die Frage, welcher Sachbereich auf welche Weise durch die Exekutive geregelt werden kann, eindeutig beantwortet ist.⁶ Im Rahmen der Bestimmtheit des Zwecks ist dem Ermächtigungsadressaten ein zielorientiertes Regelungsprogramm vorzugeben, das ermächtigungsgesetzlich hinreichend klar festgelegt wird.⁷ Im Rahmen der Bestimmtheit des Ausmaßes ist der Gesetzgeber verpflichtet, den Ermächtigungsumfang festzulegen und somit die Grenzen der verordnungsgeberischen Regelungsbefugnis zu fixieren.⁸ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es für die Bestimmtheit des Ausmaßes ausreichend, dass sich das Ausmaß der Ermächtigung mit hinreichender Deutlichkeit aus dem begrenzten Zweck der Ermächtigung oder aus ihrem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergibt.⁹

2. Die grundsätzlichen Anforderungen, § 41a Abs. 1 TKG

§ 41a Abs. 1 TKG ermächtigt die Bundesregierung, in einer Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates gegenüber Unternehmen, die Telekommunikationsnetze betreiben, die grundsätzlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen festzulegen (Inhalt), um eine willkürliche Verschlechterung von Diensten und eine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern (Zweck).

▷ Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, Matti Meyer ist wissenschaftlicher Referent am ZEI. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

1 Dieser erste Entwurf ist abrufbar im Internet unter: <http://www.cr-online.de/32730.htm>; http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/07/2013-07-17-verordnungsentwurf-netzneutralitaet.pdf?blob=publicationFile&v=1.

2 Vgl. z.B. die Stellungnahme des BITKOM, Pressemitteilung vom 28.6.2013, S. 2. Abrufbar im Internet unter: http://www.bitkom.org/file/documents/BITKOM_Presseinfo_Netzneutralitaet_28_06_2013.pdf.

3 Dieser zweite Entwurf ist abrufbar im Internet unter: <http://www.cr-online.de/32730.htm>; <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/netzneutralitaet-zweiter-entwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

4 EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012. Abrufbar im Internet unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/DE/1-2013-627-DE-F1-1.Pdf#page=58>.

5 So auch Maunz in Maunz/Dürig, GG, 68. Aufl., Art. 80 Rz. 27.

6 So auch Uhle in Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 80 Rz. 21.

7 Vgl. BVerfGE 5, 71 (77); BVerfGE 8, 274, 307, 313, 323; BVerfGE 19, 354 (362); BVerfG v. 25.4.1979 – 1 BvR 1012/76, BVerfGE 51, 166 (174); v. 12.12.1984 – 1 BvR 1249/83, BVerfGE 68, 319 (333); v. 14.3.1989 – 1 BvR 1033/82, 1 BvR 174/84, BVerfGE 80, 1, 20.

8 Vgl. BVerfGE 5, 71 (77); BVerfGE 35, 179, 183.

9 So auch Maunz in Maunz/Dürig, GG, 68. Aufl., Art. 80 Rz. 27 ff. m.w.N.

Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!

3. Umsetzung in der NNVO-E2

Die NNVO-E2 muss sich im Rahmen dieses, in § 41a Abs. 1 TKG bestimmten, *Inhalts* und *Zwecks* sowie innerhalb des *Ermächtigungsausmaßes* bewegen, denn fehlerhafte Rechtsverordnungen sind grundsätzlich *nichtig*.¹⁰ Nur innerhalb dieses Rahmens ist die *Bundesregierung* befugt, wie der parlamentarische Gesetzgeber normsetzend tätig zu werden.¹¹

Fraglich ist, ob der in der NNVO-E2 definierte *Zweck* noch vom ermächtigungsgesetzlichen Zweckrahmen des § 41a Abs. 1 TKG gedeckt ist. Des Weiteren ist zu klären, ob der *Ermächtigungsinhalt* überschritten und das aus dem begrenzten *Zweck* der Ermächtigung zu entnehmende *Ausmaß* überdehnt ist, soweit das *Abwägungspostulat* des § 41a Abs. 1 TKG nicht durchgehend in der NNVO-E2 umgesetzt worden ist.

a) Überschreitung des Ermächtigungszwecks

§ 41a Abs. 1 TKG ermächtigt den Ordnungsgeber zum Erlass einer Rechtsverordnung, deren *Ziweck* in der Verhinderung einer *willkürlichen* Verschlechterung von Diensten und einer *ungerechtfertigten* Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen besteht. Demgegenüber bestimmt § 1 Abs. 1 NNVO-E2 „(...) die Gewährleistung eines freien und offen zugänglichen Internets“ zu den Zielen der NNVO-E2 und ist im normativen Zusammenspiel mit dem an die (Netz)Betreiber adressierten *Vereinbarungsverbot* mit Inhalteanbietern über einen bevorzugten Endnutzerzugang nach § 2 Abs. 2 NNVO-E2 erheblich kategorischer gefasst als § 41a Abs. 1 TKG. Damit kann § 1 Abs. 1 NNVO-E2 im Zusammenspiel mit § 2 Abs. 2 NNVO-E2 jeder Priorisierung als kommerziell veranlasster Ungleichbehandlung von Diensten oder Verlangsamungen des Datenverkehrs in den Netzen entgegeng gehalten werden. Dann wären auch funktional und kommerziell *ungleiche Datenpakete* grundsätzlich gleich zu behandeln. Denn wie der Ordnungsgeber auf S. 5 im allgemeinen Teil der Verordnungsbegründung formuliert, ist „[d]ie Gleichbehandlung aller Datenpakete unabhängig von Inhalt, Dienst, Anwendung, Herkunft oder Ziel (...) ein elementares Prinzip eines freien offenen Internets.“¹² Während jede kommerziell veranlasste Priorisierung des Datenverkehrs nach der NNVO-E2 bereits zu verhindern wäre, ist der *Ermächtigungszweck* des § 41a Abs. 1 TKG nur auf die Verhinderung *willkürlicher* und *ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen* – und somit nicht bereits auf die *Verhinderung jeglicher* Priorisierung – gerichtet. Mithin überschreitet die NNVO-E2 den *Ermächtigungszweck* des § 41a Abs. 1 TKG und ist somit rechtswidrig und damit unwirksam.

b) Überschreitung des Ermächtigungsinhalts und des Ermächtigungsausmaßes

Zu prüfen ist, ob die NNVO-E2 zum einen den *Ermächtigungsinhalt* sowie zum anderen die Reichweite der Ermächtigung und damit das *Ermächtigungsausmaß* überschreitet, indem die NNVO-E2 das legislativ in § 41a Abs. 1 TKG vorgesteuerte *Abwägungspostulat* inner-

halb der NNVO-E2 nicht durchgängig umsetzt. Ferner könnte sich eine Überschreitung des *Ausmaßes der Ermächtigung* dann ergeben, wenn den Netzbetreibern das Angebot entgeltlicher Vereinbarungen mit Inhalteanbietern über die Behandlung ihrer Inhalte und Anwendungen (z.B. über *Managed-Services*) untersagt ist.

aa) Keine durchgehende Umsetzung des Abwägungspostulates innerhalb der NNVO-E2

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Ungleichbehandlung von Diensten und eine Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen mittels einer Verordnung nicht pauschal verhindert werden, sondern lediglich, soweit dies *willkürlich* und *ungerechtfertigt* geschieht.¹³

§ 41a Abs. 1 TKG beschränkt den *Ermächtigungsinhalt* darauf, die *grundsätzlichen Anforderungen* an eine *diskriminierungsfreie* Datenübermittlung und den *diskriminierungsfreien* Zugang zu Inhalten und Anwendungen festzulegen. Wie der Gesetzesbegründung zu § 41a TKG entnommen werden kann, soll die Festlegung der grundsätzlichen Anforderungen im Bereich der Netzneutralität „eine *diskriminierungsfreie Datenübermittlung* und den *diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen* (...)“ sicherstellen.¹⁴

Rechtsmethodisch handelt es sich bei den im Tatbestand des § 41a Abs. 1 TKG verwendeten Begriffen „*willkürlich*“, „*diskriminierungsfrei*“ und „*ungerechtfertigt*“ um *Wertungsbegriffe*, die eine *Abwägung aller relevanten Umstände im jeweiligen Einzelfall* postulieren.¹⁵ Mithin ist in § 41a Abs. 1 TKG für die Ungleichbehandlung von Diensten und die Verlangsamung des Datenverkehrs ein *Abwägungspostulat* installiert, das innerhalb der NNVO-E2 ebenfalls beibehalten werden muss und nicht mittels *per se-Verboten* übergangen werden darf.

Zwar eröffnet einerseits § 1 Abs. 1 Nr. 2 NNVO-E2 dem Ordnungsanwender die in § 41a Abs. 1 TKG postulierten Abwägungsspielräume, indem zur Gewährleistung eines freien und offen zugänglichen Internets „(...) [d]er Zugang zum offenen Internet, seinen Inhalten, Diensten und Anwendungen sowie zu Diensten in vom offenen Internet logisch getrennten Netzen mit Ende-zu-Ende-Kontrolle, die dem Endnutzer als separates Angebot zum Internetzugang gegen gesondertes Entgelt angeboten werden (*Managed Services*) für alle Endnutzer und Inhalteanbieter *diskriminierungsfrei, transparent und offen* auszugestalten [ist].“

Auf der anderen Seite enthält die NNVO-E2 jedoch mit § 2 Abs. 2 eine Bestimmung, die für eine Überschreitung des *Ermächtigungsinhalts* und des *Ermächtigungsrahmens* des § 41a Abs. 1 TKG durch den Ordnungsgeber und somit für die Nichtigkeit dieser Bestimmungen spricht, da dieser das *Abwägungspostulat* nicht immanent ist. § 2 Abs. 2 NNVO-E2 bestimmt kategorisch, dass Betreiber *keine Vereinbarungen* im offenen Internet mit Inhalteanbietern abschließen dürfen, die darauf abzielen, Endnutzern einen bevorzugten Zugang zu bestimmten Inhalten und Anwendungen zu ermöglichen. Zwar stellt der Ordnungsgeber im allgemeinen Teil der Verordnungsbegründung auf S. 5 klar, dass „[e]ine *Priorisierung unterschiedlicher Dienste oder Inhalteklassen zur Sicherstellung der Netzintegrität, der Sicherheit und Effizienzsteigerung von Diensten und Netzen*“

10 Ossenbühl in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 2007, Band 5, S. 299.

11 Maunz in Maunz/Dürig, GG, 68. Aufl., Art. 80 Rz. 19.

12 Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/netzneutralitaet-zweiter-entwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

13 BT-Drucks. 17/7521, 112.

14 BT-Drucks. 17/7521, 112.

15 Vgl. hierzu statt vieler Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl., S. 28 ff.

Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!

sowie für zeitkritische Dienste zulässig sein (...)“¹⁶ soll und hält somit grundsätzlich eine Priorisierung für möglich. In Anbetracht des eindeutigen, kategorisch und abschließend gefassten Wortlautes des § 2 Abs. 2 NNVO-E2 („keine Vereinbarungen“) ist eine – vom Verordnungsgeber im allgemeinen Teil der Verordnungsgründung durchaus noch gewollte – Implementierung des *Abwägungspostulates* in diese Bestimmungen und somit eine *gesetzeskonforme Auslegung* im Lichte des § 41a Abs. 1 TKG nach den Grenzen der Wortlautfassung nicht mehr möglich.¹⁷

Indem die Verordnung das legislativ in § 41a Abs. 1 TKG vorgesteuerte *Abwägungspostulat* innerhalb der NNVO-E2 nicht durchgängig umsetzt, überschreitet die NNVO-E2 zum einen den *Ermächtigungsinhalt* sowie die Reichweite der Ermächtigung und damit das *Ermächtigungsausmaß*. Somit ist § 2 Abs. 2 NNVO-E2 mangels Umsetzung des in § 41a Abs. 1 TKG installierten *Abwägungspostulates* rechtswidrig und damit unwirksam.

bb) Kein Ausschluss von „Managed Services“ nach der NNVO-E2

Bei *Managed Services* handelt es sich um qualitätsgesicherte Dienste, die nach den Tarifplanungen des Diensteanbieters aus der Bandbreitenbegrenzung herausgenommen werden können.¹⁸ Derzeit sind von den Produkten eines großen, integrierten Diensteanbieters, bei denen eine besondere netzseitige Sicherung der Qualität durchgeführt wird, lediglich IP-Sprachtelefonie sowie bestimmte Teile des Entertain-Angebots (lineares Live TV sowie Zugang zum fernsehnahen TV-Archiv) in die Kategorie der *Managed Services* einzuordnen.

Während es nach der NNVO-E1 noch zweifelhaft war, ob den Netzbetreibern im Lichte des Totalverbotes des § 2 Abs. 2 NNVO-E1 das Anbieten von *Managed Services* möglich war („keine entgeltlichen Vereinbarungen“),¹⁹ stellt der Verordnungsgeber in seinem zweiten Entwurf nunmehr auf S. 6 der Verordnungsgründung klar, dass *Managed Services* nicht vom Totalverbot des § 2 Abs. 2 NNVO-E2 erfasst werden.²⁰ Dass der Verordnungsgeber – anders als im ersten Entwurf – die Unklarheit über die Möglichkeit des Anbietens von *Managed Services* im Zuge seines zweiten Entwurfes beseitigt hat, ist uneingeschränkt zu begrüßen.

Denn für die Tatsache, dass nach Inkrafttreten einer Verordnung zur Gewährleistung der Netzneutralität den Netzbetreibern – im Hinblick auf die Einhaltung des *Ermächtigungsausmaßes* – das Anbieten von *Managed Services* grundsätzlich möglich sein muss, sprechen insbesondere folgende *systematisch-teleologische* Erwägungen:

(1) Die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation

§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG ist im Jahr 2012 neu ins TKG aufgenommen worden. Diese Bestimmung hebt die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation in den Rang eines Regulierungsziels. Hintergrund dieses Regulierungsziels ist die Breitbandstrategie der *Bundesregierung*, nach der möglichst bis 2015, spätestens jedoch im Jahr 2018, eine flächendeckende Verfügbarkeit von Breitbandanschlüssen mit einer Bandbreite von 50 MBit/s erreicht werden soll.²¹ Dieses Regulierungsziel korrespondiert mit der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen und somit mit dem neuen Regulierungsgrundsatz des § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG.²² Unter der Prämisse, dass die NNVO-E1 in der Fassung vom 17.6.2013 insbesondere entgeltliche *Managed-Services-Angebote* der Netzbetreiber gegenüber Inhalteanbietern ausgeschlossen hat, hätte dies die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG und des § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG konterkariert.

Denn insbesondere die *Bundesregierung* selbst und das für die Verordnung zur Gewährleistung der Netzneutralität federführende *BMWi* postulieren im Rahmen ihrer Breitbandstrategie, dass es für eine wachstums- und innovationsorientierte Regulierung wichtig ist, „(...) dass Unternehmen ausreichend Anreize haben, in den Ausbau und Aufbau fester und mobiler Telekommunikationsnetze zu investieren.“²³ Während sich auf der einen Seite die Telekommunikationsbranche im Netzausbau inmitten einer Hochinvestitionsphase befindet, sehen sich die Netzbetreiber – anders als die weltweit agierenden, unabhängigen Inhalteanbieter – einer zunehmend intensiven Regulierung gegenüber, die den Spielraum für Investitionen in den eigenen Netzausbau verengt. Deutlich wird dieser zunehmende Regulierungsdruck z.B. im Mobilfunkbereich an der Forderung der *EU-Kommission*, die Terminierungsentgelte gem. Nr. 6 der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG auf Basis des „pure LRIC“-Kostenmaßstabes festzulegen.²⁴ Auf der anderen Seite sind Inhalteanbieter im Vergleich zu den Telekommunikationsnetzbetreibern weltweit unabhängig tätig und werden, obwohl sie stark von einer hochleistungsfähigen Infrastruktur profitieren, kaum an den Infrastrukturausbaukosten beteiligt. Mehreinnahmen aus entgeltlichen *Managed-Services-Angeboten* gegenüber Inhalteanbietern würden den Netzbetreibern folglich *Netzinvestitionsanreize* verschaffen und somit dazu beitragen, dass die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG und des § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG zur besseren Entfaltung gelangen.

16 Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/netzneutralitaet-zweiter-entwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

17 Vgl. aus der Rechtsprechung: BVerfG v. 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135 (157); v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89, 1 BvR 719/89, 1 BvR 722/89, 1 BvR 723/89, BVerfGE 92, 1 (12); v. 3.4.1990 – 1 BvR 1186/89, BVerfGE 82, 6 (12); BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 (34).

18 *BNetzA*, Bericht vom 14.6.2013 zur Tarifänderung der Deutschen Telekom AG für Internetzugänge vom 2.5.2013, S. 6.

19 So auch *BITKOM*, Pressemitteilung vom 28.6.2013, S. 2. Abrufbar im Internet unter: http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Pressinfo_Netzneutralitaet_28_06_2013.pdf.

20 Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/netzneutralitaet-zweiter-entwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

21 BT-Drucks. 17/5707, 48. Vgl. zur Breitbandstrategie auch *BMWi*, Breitbandstrategie der Bundesregierung, 2009, passim. Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

22 So auch *Oster* in *Hoeren/Sieber*, Multimedia-Recht, 34. Erg.-Lfg., Teil 4, A. Rz. 17.

23 *BMWi*, Breitbandstrategie der Bundesregierung, 2009, S. 18. Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

24 Am 27.6.2013 richtete die *EU-Kommission* eine entsprechende Empfehlung an die *BNetzA*. Die Pressemitteilung ist abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-612_de.htm. Vgl. zu dieser Thematik ausführlich *Koenig/Meyer*, K&R 2013, 236 ff. und *Koenig/Meyer*, N&R 2012, 250 ff. Zur Problematik der (Nicht-)Berücksichtigung von Gemeinkosten bei der Entgeltregulierung für Mobilfunk-Terminierungsleistungen vgl. *Kühling/Schall*, CR 2012, 82 ff.

Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!

(2) Die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation

Die Wahrung der Interessen der Nutzer nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist der zentrale Zweck des Telekommunikationsgesetzes, dem die anderen Zwecke als Mittel untergeordnet sind.²⁵ Diesem Zweck dient ebenfalls das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG aufgenommene Regulierungsziel der „Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs“.²⁶ Denn wie die EU-Kommission bspw. in Tz. 8 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse²⁷ ausführt, schafft ein wirksamer Wettbewerb „(...) den Verbrauchern Vorteile, z.B. in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte, einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovation.“ Unter der Prämisse, dass die NNVO-E1 in der Fassung vom 17.6.2013 insbesondere entgeltliche Managed-Services-Angebote der Netzbetreiber gegenüber Inhalteanbieter ausgeschlossen hat, hätte dies das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG konterkariert.

Denn durch Managed Services sind bestimmte Produkt- und Dienstleistungsinnovationen überhaupt erst vorstellbar²⁸; zu denken ist dabei insbesondere an die Bereiche: Telemedizin, Smart Home Anwendungen, Industrie 4.0, Videokonferenz und intelligente Energie.

(3) Managed Services nach dem EU-Reformpaket für einen TK-Binnenmarkt

Ferner hätte sich die NNVO-E1 in der Fassung vom 17.6.2013 – unter der Prämisse, dass diese entgeltliche Managed-Services-Angebote der Netzbetreiber gegenüber Inhalteanbietern ausgeschlossen hat –, zum jüngsten EU-Verordnungsvorschlag im Rahmen des zweiteiligen Gesetzespaketes zur Reform des europäischen Telekommunikationsmarktes diametral gegenübergestellt. Dieser sieht nämlich in Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 1 ausdrücklich die Möglichkeit der Netzbetreiber zum Angebot von Managed-Services vor:

„Um die Erbringung von Spezialdiensten für Endnutzer zu ermöglichen, steht es Anbietern von Inhalten, Anwendungen und Diensten sowie Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikation frei, miteinander Vereinbarungen über die Übertragung des diesbezüglichen Datenvolumens oder -verkehrs als Spezialdienste mit bestimmter Dienstqualität oder eigener Kapazität zu schließen.“²⁹

4. Managed Services nach NNVO-E2 kein Teil des „offenen Internets“

Die Bezugnahme des Anwendungsbereichs der NNVO-E1 in § 1 Abs. 1 S. 1 auf das „offene Internet“ definierte

ferner nicht, welche der vielfältigen technischen Anwendungen des Internet-Protokolls und welche der ebenso vielfältigen Anwendungen auf Diensteebene von der NNVO-E1 erfasst werden sollen. Demgegenüber erläutert das BEREC in den Leitlinien vom 26.11.2012 (sog. „Guidelines for quality of service in the context of net neutrality“³⁰ – BoR (12) 131) das Verständnis der europäischen Regulierungsbehörden von sog. „specialised services“, die den in der Begründung der NNVO-E1 genannten „Managed Services“ entsprechen. Darin findet sich folgende Definition (S. 27):

„Specialised services are electronic communications services that are provided and operated within closed electronic communications networks using the Internet Protocol. These networks rely on strict admission control and they are often optimised for specific applications based on extensive use of traffic management in order to ensure adequate service characteristics. Specialised services may interwork with electronic communication on the Internet through gateways executing the admission control function. When the performance of specialised services provided as vertically integrated services is compared with Internet access service offers, only the underlying electronic communications service component of the specialised services will be considered, and not the application layer.“

In der Folge (S. 28) führt das BEREC in diesen Leitlinien nicht nur aus, dass Internet Access Service (IAS) und Managed Services zwar auf derselben physischen Infrastruktur produziert werden können, aber logisch getrennt voneinander geführt werden, sondern ferner, dass ausschließlich IAS unter den Terminus des „offenen Internets“ fallen:

„BEREC's definitions above explain that specialised services and IASs are provided over distinct networks. These networks will, however, in many cases be operated over the same underlying physical infrastructure. IASs are operated over IP networks constituting autonomous systems of the Internet – often referred to as, the open Internet – while specialised services are operated over closed IP networks (without implying any negative sense of the word ‚closed‘).“

Diesen Unterschied zwischen dem „offenen Internet“ auf der einen und „Managed Services“ auf der anderen Seite stellt die NNVO-E2 – anders als die NNVO-E1 – deutlich heraus. So unterscheidet § 1 Abs. 1 Nr. 3 NNVO-E2 Transportklassen im offenen Internet von Managed Services. Deutlich wird diese Unterscheidung auf S. 6 der Verordnungsbegründung: „Als vom offenen Internet zu unterscheidender Managed Service kann ein Dienst jedoch nur dann eingestuft werden, wenn für den Endnutzer erkennbar ist, dass die spezifische Leistung als Managed Service und nicht über das offene Internet angeboten wird.“³¹ Diese Klarstellung im zweiten Entwurf ist uneingeschränkt zu begrüßen.

Denn wäre der Ordnungsgeber, unter der Prämisse, dass er Managed Services innerhalb der NNVO-E1 Regelungen unterworfen hat, davon ausgegangen, dass diese Dienste unter den Begriff des „offenen Internets“ fal-

25 Vgl. ausdrücklich noch BT-Drucks. 13/3609, 36.

26 So auch Schuster, in Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl., § 2 Rz. 5.

27 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 v. 5.2.2004, 5–18.

28 A.A. Brüggemann, CR 2013, 565 (568), der durch Managed Services den außergewöhnlich hohen Innovationsgrad des Internets gefährdet sehen will.

29 EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012. Abrufbar im Internet unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/DE/1-2013-627-DE-F1-1.Pdf#page=58>.

30 Diese sind lediglich in englischer Sprache verfügbar. Abrufbar im Internet unter: http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/1101-berec-guidelines-for-quality-of-service_0.pdf.

31 Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/netzneutralitaet-zweiter-entwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!

len, hätte er sich zum Verständnis dieses Begriffs, dass das BEREC in seinen Leitlinien vom 26.11.2012 zum Ausdruck bringt, in Widerspruch gesetzt. Ein solches – *Managed Services* inkludierendes – Verständnis des in § 1 Abs. 1 S. 1 NNVO-E1 verwendeten Begriffs des „*offenen Internets*“ hätte Art. 3 Abs. 3 S. 1 der Verordnung 1211/2009 vom 25.11.2009³², nach dem „[d]ie nationalen Regulierungsbehörden und die Kommission (...) allen vom GEREK verabschiedeten Stellungnahmen, Empfehlungen, Leitlinien und Ratschlägen oder bewährten Regulierungspraktiken weitestgehend Rechnung [tragen müssen]“ konterkariert.

Die Erfüllung der Pflicht der *BNetzA* – als für den Vollzug der NNVO-E1 nach § 5 (nunmehr: § 4 NNVO-E2) zuständige Behörde – dieser Leitlinie des BEREC *weitestgehend Rechnung* zu tragen, wäre durch den deutschen Verordnungsgeber ausgeschlossen worden. Denn der deutsche Verordnungsgeber hätte der *BNetzA* durch eine Einbeziehung von *Managed Services* in den Anwendungsbereich der NNVO-E1 die Auslegung des Begriffs des „*offenen Internets*“, unter Abweichung vom Verständnis des BEREC, unionsrechtswidrig bereits selbst konkret vorgeben. Damit hätte die NNVO-E1, soweit sie *Managed Services* Regelungen unterwirft, gegen unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltendes Unionssekundärrecht verstoßen. Zugleich hätte die NNVO-E1 aufgrund dieses Unionsrechtsverstößes den Ermächtigungsrahmen des § 41a Abs. 1 TKG, da das Ermächtigungsgesetz *Ausmaß, Zweck und Inhalt* (Art. 80 Abs. 1 GG) stets unionsrechtskonform eingrenzt (Anwendungsvorrang des Unionsrechts), überschritten.

5. Ergebnis

Zwar stellt der Verordnungsgeber in seinem zweiten Entwurf nun ausdrücklich klar, dass *Managed Services* nicht Teil des offenen Internets sind, so dass den Netzbetreibern – anders als im Rahmen der NNVO-E1 – das Anbieten von *Managed Services* eindeutig möglich ist. Insofern befindet sich die NNVO-E2 im normativen Einklang mit Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 1 des – im Rahmen des Reformpaketes für einen TK-Binnenmarkt vom 11.9.2013 enthaltenen – EU-Verordnungsvorschlages.

Dennoch überschreitet § 1 Abs. 1 NNVO-E2 im Zusammenspiel mit § 2 Abs. 2 NNVO-E2 den *Ermächtigungszweck* des § 41a Abs. 1 TKG und ist somit rechtswidrig und unwirksam. Denn während bereits jede Priorisierung im offenen Internet als kommerziell veranlasste Ungleichbehandlung von Diensten nach § 2 Abs. 2 NNVO-E2 zu verhindern wäre, ist der *Ermächtigungszweck* des § 41a Abs. 1 TKG nur auf die Verhinderung *willkürlicher und ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen* gerichtet.

Indem die NNVO-E2 das legislativ in § 41a Abs. 1 TKG vorgesteuerte *Abwägungspostulat* innerhalb der NNVO-E2 nicht durchgängig umsetzt, überschreitet die NNVO-E2 den *Ermächtigungsinhalt* und überdehnt die Reichweite der Ermächtigung (*Überschreitung des Ermächtigungsausmaßes*). Somit ist § 2 Abs. 2 NNVO-E2 mangels Umsetzung des in § 41a Abs. 1 TKG installierten *Abwägungspostulates* rechtswidrig und damit unwirksam.

Folglich sind § 1 Abs. 1 NNVO-E2 und § 2 Abs. 2 NNVO-E2 rechtswidrig und damit unwirksam.

III. NNVO-E2 und das Marktdefinitions- und -analyseverfahren (§§ 10, 11 TKG)

Das Marktdefinitionsverfahren und die Marktanalyse sind in den Art. 15, 16 der Rahmenrichtlinie 2009³³ (RRL) unionsrechtlich verankert. Art. 15 RRL regelt das Verfahren für die Festlegung und Definition von Märkten. Der *EU-Kommission* obliegt nach Art. 15 Abs. 2 RRL u.a. die Pflicht, diesbezüglich eine Empfehlung zu verabschieden.³⁴ Hierin sind die relevanten Produktmärkte festgelegt, die von den nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 15 Abs. 3 S. 1 RRL weitestgehend zu berücksichtigen sind. Art. 16 RRL normiert das Marktanalyseverfahren. Dieses dient der Untersuchung der, auf einem relevanten Produktmarkt bestehenden, Marktstruktur. Die nationalen Regulierungsbehörden haben nach Art. 16 Abs. 4 RRL zu ermitteln, ob auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht und welche Unternehmen auf diesem allein oder gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen. Denn wie sich dem 5. Erwägungsgrund der RRL entnehmen lässt, „(...) *ist es von entscheidender Bedeutung, dass regulatorische Vorabverpflichtungen nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb besteht.*“ Von dem allgemeinen Regulierungskonzept der Art. 15, 16 RRL sind die Regulierungsverfügungen – und somit die Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von regulatorischen Verpflichtungen i.S.d. Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie³⁵ (ZRL) – der nationalen Regulierungsbehörden zu unterscheiden.³⁶ Für den Bereich der Zugangsregulierung hält die ZRL in den Art. 9–13a regulatorische Vorabverpflichtungen (sog. „*Abhilfemaßnahmen*“) unterschiedlichen Inhalts bereit – den sog. „*Instrumentenkasten*“ oder „*remedies toolbox*“. Gemäß Art. 8 Abs. 1 ZRL haben die Mitgliedstaaten sicher zu stellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Art. 9–13a ZRL genannten Verpflichtungen aufzuerlegen.

Im geltenden TKG werden diese nachgelagerten Verpflichtungsbefugnisse der *BNetzA* im zweiten und dritten Abschnitt des zweiten Teils des TKG (§§ 16 ff.) normiert. § 9 Abs. 1 TKG sieht für die Auferlegung von Ver-

33 Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU Nr. L 337 v. 18.12.2009, 37–69.

34 Empfehlung der *EU-Kommission* vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. L 344 v. 24.4.2002, 65–69.

35 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, 7–20, zuletzt geändert durch Art. 2 der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU Nr. L 337 v. 18.12.2009, 37–69.

36 Vgl. *Koenig/Meyer*, N&R 2012, 250 ff.

32 Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABl. EU Nr. L 337 v. 18.12.2009, 1–10.

Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!

pflchtigungsmaßnahmen (§§ 16 ff. TKG) vorab die zwingende Durchführung des Marktdefinitionsverfahrens und der Marktanalyse, deren legislative Vorsteuerung in den Art. 15, 16 RRL angesiedelt ist, vor:

„Der Marktregulierung nach den Vorschriften dieses Teils unterliegen Märkte, auf denen die Voraussetzungen des § 10 vorliegen und für die eine Marktanalyse nach § 11 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt.“

Mithin existieren im elektronischen Kommunikationssektor Märkte, die sich dem Anwendungsbereich der sektorspezifischen Marktregulierung entziehen und somit unmittelbar an den Vorschriften des AEUV (Art. 102) bzw. des GWB (§§ 19, 20) zu messen sind.³⁷ Lediglich gegenüber Unternehmen, die nach Durchführung des Marktdefinitionsverfahrens und der Marktanalyse über beträchtliche Marktmacht verfügen, können gem. § 10 Abs. 2 TKG Maßnahmen nach dem zweiten Teil des TKG (§§ 9–43 TKG) auferlegt werden.

Die Ermächtigungsnorm zum Erlass der NNVO-E2 – namentlich § 41a Abs. 1 TKG – ist systematisch in diesem zweiten Teil des TKG und somit innerhalb der Marktregulierungsvorschriften verortet. Folglich erstreckt sich die legislative Befugnis der Bundesregierung im Rahmen der NNVO-E2 vor dem systematischen Postulat der Widerspruchsfreiheit auch nur auf solche Märkte, die nach den §§ 10, 11 TKG regulierungsbedürftig sind. Ein die Beziehung zwischen Netzbetreiber und Inhaltenanbieter betreffender Markt ist jedoch nicht Gegenstand der EU-Märkteempfehlung.

§ 4 Abs. 2 NNVO-E2 ermöglicht es der BNetzA, Netzbetreibern Verpflichtungen nach Teil 2 Abschnitt 2 des TKG aufzuerlegen, soweit dies zur Gewährleistung des End-zu-End Verbunds von Diensten erforderlich ist:

„Die Bundesnetzagentur kann darüber hinaus Betreibern Verpflichtungen nach Teil 2 Abschnitt 2 des TKG auferlegen, soweit dies zur Gewährleistung des End-zu-End Verbunds von Diensten erforderlich ist.“

Nach dieser Vorschrift ist es der BNetzA somit unmittelbar möglich – am Marktdefinitions- und -analyseverfahren der §§ 10, 11 TKG vorbei – auf den Verpflichtungskatalog der §§ 16 ff. TKG zu rekurrieren. Mithin widerspricht § 4 Abs. 2 NNVO-E2 dem Regulierungskanon des TKG, indem das Marktdefinitions- und das Marktanalyseverfahren (§§ 10, 11 TKG) umgangen werden und keine hierauf basierten Regulierungsverfügungen ermöglicht werden. Ferner konterkariert die Möglichkeit der Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen ohne vorherige Durchführung des Marktdefinitionsverfahrens und der Marktanalyse den 5. Erwägungsgrund der RRL, nach dem „regulatorische Vorabverpflichtungen nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb besteht.“ Denn die Frage, ob auf einem Markt wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb besteht, ist gem. Art. 16 Abs. 4 RRL eine Frage der Marktanalyse.

Die Ermächtigungsnorm des § 41a Abs. 1 TKG ist im Teil der Marktregulierungsvorschriften des TKG eingebettet; die Negierung des dort statuierten Regulierungsverfahrens in § 4 Abs. 2 NNVO-E2 überschreitet danach den gesetzlichen Ermächtigungsrahmen. Somit erweist sich § 4 Abs. 2 NNVO-E2 bereits aus diesem Grund als rechtswidrig und damit unwirksam.

³⁷ Nicht unter die Marktregulierungsvorschriften des TKG fallen z.B. Leistungen zur Realisierung von MABEZ-Diensten, vgl. BKartA v. 6.8.2009 – B7-11/09 – MABEZ-Dienste.

Eine Umgehung des Marktdefinitionsverfahrens und der Marktanalyse ließe sich auch nicht unter der Prämisse rechtmäßig verfolgen, dass der Gesetzgeber solche Bestimmungen rechtstechnisch nicht auf dem Verordnungswege, sondern unmittelbar im Wege eines formellen Parlamentsgesetzes im TKG selbst normierte. Nach Art. 1 Abs. 1 RRL wird mit der RRL „ein harmonisierter Rahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste“ errichtet. Ein formelles Parlamentsgesetz, nach dem Netzbetreibern auf den – in den Anwendungsbereich der RRL fallenden – Märkten elektronischer Kommunikationsdienste unmittelbar Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden könnten, wäre somit ebenfalls an den sekundärrechtlichen Vorgaben der RRL zu messen.

Die nationalen Regulierungsbehörden haben im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens nach Art. 15 RRL und der Marktanalyse nach Art. 16 RRL „eine weitreichende Befugnis, um die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes in jedem Einzelfall zu beurteilen“.³⁸

Wenn § 2 Abs. 2 NNVO-E2 bestimmt, dass (Netz)Betreiber im offenen Internet keine Vereinbarungen mit Inhaltenanbietern über einen bevorzugten Endnutzerzugang abschließen dürfen, so entfaltet diese als Verbot und damit *ex ante* auf dem Verordnungsweg auferlegte standardisierte Rechtsfolge eine den Vorabverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen, insbesondere nach der Zugangsrichtlinie, gleiche Wirkung. Eine solche „Maßnahme gleicher Wirkung“ zu Lasten der Netzbetreiber ist nach dem unionsrechtlichen Grundsatz des „*effet utile*“ den gleichen unionsrechtlichen Verfahrensschranken nach Art. 15 und Art. 16 RRL unterworfen wie die in der Zugangsrichtlinie definierten Vorabverpflichtungen. Der Gesetzgeber, der im Wege eines formellen Parlamentsgesetzes der BNetzA die unmittelbare Befugnis zur Auferlegung regulatorischer Vorabverpflichtungen oder „Maßnahmen gleicher Wirkung“ (mit dem Regelungsinhalt des bisherigen § 2 Abs. 2 NNVO-E2) – ohne vorherige Durchführung des Marktdefinitionsverfahrens und der Marktanalyse – vorschreibt, trifft die, europarechtlich den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesene, Entscheidung des „Ob“ der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes jedoch bereits selbst.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 3.12.2009 „Deutschland/Kommission“ (EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07, CR 2010, 24 m. Anm. Klotz), den alten § 9a TKG betreffend, und in seinem Urteil vom 24.4.2008 „Arcor“ (EuGH, Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06, CR 2008, 433) festgestellt, dass es dem nationalen Gesetzgeber untersagt ist, abwägungsintensive Regulierungsermessensentscheidungen, die unionsrechtlich den Regulierungsbehörden zugewiesen sind, legislativ vorzusteuern oder selbst zu treffen.³⁹ Der Gesetzgeber, der im Wege eines formellen Parlamentsgesetzes ohne vorherige Durchführung des Marktdefinitionsverfahrens und der Marktanalyse, wie in § 4 Abs. 2 NNVO-E2, der BNetzA die unmittelbare Befugnis zur Auferlegung regulatorischer Vorabverpflichtungen vorschreibt oder, wie in § 2 Abs. 2 NNVO-E2, Netzbetreibern ein *ex ante* Verbot entgeltlicher Vereinbarungen über einen bevorzugten Endnutzerzugang auferlegt, trifft die, unions-

³⁸ EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07 – Deutschland/Kommission, CR 2010, 24 m. Anm. Klotz – Rz. 62 ff.; Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06 – Arcor, CR 2008, 433 = MMR 2008, 523 (528) – Rz. 153 ff..

³⁹ EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07 – Deutschland/Kommission, CR 2010, 24 m. Anm. Klotz – Rz. 78 ff.; Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06 – Arcor, CR 2008, 453.

Telekommunikationsrecht

rechtlich den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesene, Entscheidung des „Ob“ der *Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes* jedoch bereits selbst. Folglich wäre auch ein solches formelles Parlamentsgesetz im Lichte der Urteile „Deutschland/Kommission“ und „Arcor“ des EuGH unionrechtswidrig, da die – der regulatorischen Auferlegung von Vorabverpflichtungen vorgelagerte – unionsrechtlich zwingend vorgesehene abwägungsintensive Ermessensausübung der *BNetzA* im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens und der Marktanalyse bezüglich der Frage des *Ob der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes* präkludiert wäre.⁴⁰

IV. Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung des TKG

Nach § 116 TKG nimmt die *BNetzA* die ihr nach dem TKG zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse wahr. Indem § 4 Abs. 2 NNVO-E2 die Kompetenz der *BNetzA* vorsieht, zur Durchsetzung der Pflichten aus der NNVO-E2 – am Marktdefinitions- und -analyseverfahren der §§ 10, 11 TKG vorbei – Verpflichtungen nach Teil 2 Abschnitt 2 des TKG aufzuerlegen, wird der sachliche Zuständigkeitsrahmen des § 116 TKG erweitert. Denn während die Instrumente der §§ 16 TKG nur für Telekommunikationsmärkte vorgesehen sind, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken (sog. „Drei-Kriterien-Test“⁴¹), schafft die Ermächtigung des § 4 Abs. 2 NNVO-E2 der *BNetzA* die Befugnis zur Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen auch für solche Telekommunikationsmärkte, auf denen die Voraussetzungen der §§ 10, 11 TKG gerade nicht vorliegen. Folglich

begründet § 4 Abs. 2 NNVO-E2 insbesondere für Telekommunikationsmärkte, die zumindest längerfristig zu wirksamem Wettbewerb tendieren können, eine zusätzliche Befugnis der *BNetzA* zur Anwendung sektorspezifischer Regulierungsinstrumente, obwohl diese Märkte dem Regelungsregime des GWB und somit grundsätzlich gemäß den §§ 48 ff. GWB dem Zuständigkeitsbereich des BKartA unterfallen. Diese Befugnis der *BNetzA* setzt sich zum 5. Erwägungsgrund der RRL in Widerspruch, nach dem „regulatorische Vorabverpflichtungen nur aufzuerlegen sind, wenn kein wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb besteht.“

Insbesondere im Hinblick auf die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen würde auf Telekommunikationsmärkten, die zu wirksamem Wettbewerb tendieren, die Anwendung der für diese Märkte vorgesehenen allgemeinen Wettbewerbsregeln (§ 19, 20 GWB) im Zuge der Anwendung sektorspezifischer Zugangsregulierungsinstrumente nach dem TKG verschärft. Dies hat eine weiterreichende Einschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit sowie der selbständigen Steuerungs- und Ordnungsfunktion der Marktprozesse⁴² zur Folge.

Somit verstößt § 4 Abs. 2 NNVO-E2 gegen die normhierarchy höherrangige gesetzliche Zuständigkeitsordnung nach dem TKG infolge der Überschreitung des Ermächtigungsrahmens des § 41a Abs. 1 TKG durch den Verordnungsgeber.

V. Fazit

Zwar werden durch die NNVO-E2 die rechtlichen Bedenken im Hinblick auf Managed Services im Rahmen des inzwischen fallen gelassenen ersten Entwurfs weitestgehend beseitigt. Indem die NNVO-E2 in § 4 Abs. 2 jedoch wortgleich die Vorschrift des § 5 Abs. 2 NNVO-E1 aufnimmt, kann vor nationalen normativen Schnellschüssen in Sachen Netzneutralität auch in der in zwischen neu angebrochenen Legislaturperiode weiterhin nur eindringlich gewarnt werden.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07 – Deutschland/Kommission, CR 2010, 24 m. Anm. Klotz – Rz. 62 ff.; Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06 – Arcor, CR 2008, 433 = MMR 2008, 523 (528) – Rz. 153 ff.

⁴¹ Vgl. hierzu Möschel, MMR 2007, 343 ff.

⁴² Vgl. hierzu auch Wiedemann in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 1 Rz. 1 und Bunte, WuW 1997, 302 (309).