

dem Gesetzgeber in einer komplexen Gemengelage ein interessengerechtes und zukunftsorientiertes Gesamtpaket gelungen, das geeignet ist, den Glasfaserausbau insgesamt zu beschleunigen. Die Vereinbarung eines Glasfaserbereitstellungsentgeltes bietet den FTTH-ausbauenden Unternehmen eine größere Sicherheit bei der Kalkulation der Einnahmeseite ihrer Business-Cases. Gleichzeitig wird durch den Wegfall der Umlagefähigkeit von Breitbandanschlüssen im Übrigen der Wettbewerb um die Wohnungswirtschaft und die Gebäude endlich geöffnet. Hiervon wiederum profitieren die Mieterinnen und Mieter, die für einen überschaubaren monatlichen Beitrag eine dauerhaft zukunftsfähige Kommunikationsinfrastruktur nutzen können, was nicht nur im privaten Bereich mehr Möglichkeiten bietet, sondern auch die technische Voraussetzung für die Nutzung flexibler Arbeitszeitmodelle ist. Durch die Entkopplung von Netz und Dienst und die Open-Access-Regelungen können die Mieterinnen und Mieter zudem zukünftig aus einem vielfältigen Dienstangebot auswäh-

len und sind nicht an das Programm bouquet eines Netzbetreibers gebunden.

Schließlich bietet das Konzept mit dem Glasfaserbereitstellungsentgelt und der Klarstellung bzgl. der Einbeziehung des Glasfaserausbaus in die Modernisierungsmiete auch der Wohnungswirtschaft interessante Alternativen zur Finanzierung einer modernen und dauerhaft zukunfts-fähigen Kommunikationsinfrastruktur in den Gebäuden, was zur Wertsteigerung und guten Vermittelbarkeit ihrer Objekte beiträgt.

Kritisch bleibt indes die lange – und möglicherweise EU-rechtswidrige – Übergangsfrist für die Abrechenbarkeit von Breitbandanschlüssen nach der Betriebskostenverordnung, wodurch sich die genannten positiven Effekte wohl überwiegend erst nach dem 30. 6. 2024 einstellen werden. Auch wenn man einen gewissen Umstellungsaufwand in Rechnung stellt, wäre hier ein ehrgeizigeres zeitliches Ziel wünschenswert gewesen.

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE)*

Überschreitung der EU-Universaldienstvorgaben durch den Versorgungsumfang nach § 157 TKG 2021?

Kurz und Knapp

Gegenstand der Abhandlung ist die Universaldienstvorgabe eines „schnellen“ Internetzugangsdienstes in § 157 Abs. 2 des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TKG 2021), die vor dem Hintergrund der in Art. 84 Abs. 3 des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kodex) hinsichtlich der Festlegung des Mindestumfangs von Universaldiensten vorgesehenen empirischen Methode, insbesondere im Lichte der Gesetzesbegründung zu § 157 TKG 2021 problematisch erscheint.

I. Rechtlicher Rahmen

Der Bundestag hat am 22. 4. 2021 das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2018/1992 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation beschlossen.

Nach § 157 Abs. 2 TKG 2021 müssen als Universaldienst-Mindestumfang „Sprachkommunikationsdienste sowie ein schneller Internetzugangsdienst für eine angemessene soziale und wirtschaftliche Teilhabe im Sinne des Absatzes 3, einschließlich des hierfür notwendigen Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz an einem festen Standort“ verfügbar sein. § 157 Abs. 3 bis Abs. 5 TKG 2021 sehen zur Regelung des Mindestumfangs von Universaldiensten Ermächtigungen zum Verordnungserlass durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur bzw. durch die Bundesnetzagentur (BNetzA)

im „Einvernehmen mit dem Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur des Deutschen Bundestages“ vor.

Zunächst fällt auf, dass die Vorgabe eines „schnellen“ Internetzugangsdienstes in § 157 Abs. 2 TKG 2021 über die Richtlinienvorgabe eines „angemessenen Breitbandinternetzugangsdienstes“ nach Art. 84 Abs. 3 Kodex hinausgeht. Vor allem betont Art. 84 Abs. 3 Kodex das Erfordernis, die Grundlage einer jeden mitgliedstaatlichen Regelung des Mindestumfangs von Universaldiensten empirisch zu konsolidieren, nämlich anhand der „nationalen Gegebenheiten und in Anbetracht der von der Mehrheit der Verbraucher in seinem Hoheitsgebiet genutzten Mindestbandbreite unter Berücksichtigung des GEREK-Berichts über bewährte Verfahren“.

Vor diesem Hintergrund des unionsrechtlichen Gebotes, vor jeder mitgliedstaatlichen Regelung des Mindestumfangs von Universaldiensten die „nationalen Gegebenheiten“ empirisch zu ermitteln und zu evaluieren, erscheinen die gesetzlichen Vorfestlegungen insbesondere im Lichte der Gesetzesbegründung zum Abs. 3 des § 157 TKG 2021 problematisch.

So hat der Gesetzgeber im § 157 Abs. 3 TKG 2021 den Dienstekatalog um Teleheimarbeit einschließlich Verschlüsselungsverfahren im üblichen Umfang und eine für Verbraucher marktübliche Nutzung von Online-Inhalten erweitert und insofern gerade keine reine Konkretisierung der bereits im Anhang V Kodex genannten Dienste (Telefonie, Videotelefonie in Standardqualität)

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 7. 5. 2021. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XVI.

vorgenommen. Gerade die Erweiterung des Dienstekatalogs um diese beiden Dienste geht über die Anforderungen hinaus, die der Unionsgesetzgeber begrenzt hat, indem er beispielweise für die Videotelefonie klargestellt hat, dass diese nur in Standardqualität zu gewährleisten ist.

II. Universaldienstrechtliche Vorgaben des Kodex, insbesondere nach dessen Art. 84

1. Voraussetzungen der Festlegung des Universaldienstes auf nationaler Ebene

Der Art. 84 Kodex gibt vor, nach welchen Kriterien der Universaldienst auf nationaler Ebene von den Mitgliedstaaten festzulegen ist. In diesem Zusammenhang definiert der Art. 84 Abs. 1 Kodex zunächst den Universaldienst. Demnach sollen alle Verbraucher im Mitgliedstaat zu einem erschwinglichen Preis „Zugang zu einem verfügbaren angemessenen Breitbandinternetzugangsdienst und zu Sprachkommunikationsdiensten haben, die mit der in ihrem Gebiet angegebenen Qualität, einschließlich des zugrunde liegenden Anschlusses, an einem festen Standort verfügbar sind“.

Ausschlaggebendes Kriterium des Universaldienstes ist nach Art. 84 Abs. 1 Kodex stets ein angemessener Zugang, der angesichts der tatsächlich bereits verfügbaren Breitbandinternetdienste die soziale und wirtschaftliche Teilhabe gewährleisten soll. Der Wortlaut des Art. 84 Abs. 1 Kodex betont das Merkmal der tatsächlich bereits vorliegenden Verfügbarkeit gleich zweimal.

Vor diesem Hintergrund enthält der Art. 84 Abs. 3 Kodex die konkreten Vorgaben mit Blick auf das Verfahren der Festlegung des angemessenen Breitbandinternetzugangsdienstes im Sinne des Art. 84 Abs. 1 Kodex. Dabei schreibt der Art. 84 Abs. 3 Kodex zwei einschlägige Parameter vor, anhand derer der Mitgliedstaat den Universaldienstumfang bestimmt.

Zunächst sieht der Art. 84 Abs. 3 S. 1 Kodex eine empirische Methode im Hinblick auf die Festlegung des Umfangs der erforderlichen Bandbreiten vor.

„Jeder Mitgliedstaat bestimmt angesichts der nationalen Gegebenheiten und in Anbetracht der von der Mehrheit der Verbraucher in seinem Hoheitsgebiet genutzten Mindestbandbreite unter Berücksichtigung des GEREK-Berichts über bewährte Verfahren den angemessenen Breitbandinternetzugangsdienst für die Zwecke des Absatzes 1, um die zur Gewährleistung der sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe in der Gesellschaft unerlässliche Bandbreite bereitzustellen.“

Danach ist die mitgliedstaatliche Festlegung an die Gewährleistung der sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe geknüpft, die auch anhand der Nutzungen der im Anhang V Kodex genannten Dienste abgebildet wird. Dagegen soll diejenige Bandbreite, die die Mehrheit der Verbraucher in einem Mitgliedstaat tatsächlich nutzt, lediglich in Anbetracht genommen werden und hat daher nicht dieselbe Verbindlichkeit wie die zuvor genannten Kriterien der Zugangsteilhabe. Die zentrale Bedeutung der empirischen Methode bei der Festlegung des angemessenen Breitbandinternetzugangs wird auch bei einer Betrachtung der Erwägungsgründe zum Kodex deutlich. So konkretisiert der Erwägungsgrund (215) zum Kodex die Methode zur Bandbreitenfestlegung wie folgt:

„Die Geschwindigkeit des Internetzugangs für den jeweiligen Nutzer hängt von zahlreichen Faktoren, unter anderem

von der Internet-Verbundfähigkeit des Anbieters bzw. der Anbieter sowie von der jeweiligen Anwendung, für die eine Verbindung genutzt wird, ab. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung des GEREK-Berichts über bewährte Verfahren einen in Anbetracht der nationalen Gegebenheiten und der Mindestbandbreite, die von der Mehrheit der Verbraucher im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats genutzt werden, festzulegen, welcher Breitbandinternetzugang angemessen ist, damit ein geeignetes Maß an sozialer Inklusion und Teilhabe an der digitalen Wirtschaft und Gesellschaft in ihrem Hoheitsgebiet möglich ist. Erschwingliche angemessene Breitbandinternetzugangsdienste sollten eine ausreichende Bandbreite haben, um den Zugang zu und die Nutzung von mindestens grundlegenden Mindestdiensten zu unterstützen, die die von der Mehrheit der Endnutzer verwendeten Dienste widerspiegeln.“

Das Gebot, die Bandbreitenfestlegung empirisch zu gründen, folgt damit aus dem Sinn und Zweck des in Art. 84 Kodex und in dem Erwägungsgrund (215) legal definierten Universaldienstes. Dieser besteht in der Zurverfügungstellung einer Grundversorgung,¹ die jedem Verbraucher im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates ein geeignetes Maß an sozialer Teilhabe an der zunehmend digitalisierten Wirtschaft, Kultur und Gesellschaft ermöglicht. In welchem Umfang ein Breitbandinternetzugang zur Gewährleistung einer solchen sozialen Teilhabe vorliegen muss, bestimmt sich darüber hinaus angesichts der tatsächlichen Nutzung der im Anhang V Kodex genannten Mindestdienste („take up rate“) durch den Großteil der Verbraucher, der den sozialen Inklusionsmaßstab bildet. Durch ein Abstellen auf diese tatsächliche, „take up rate“ als Maßstab für den Umfang der sozialen Teilhabe wird die typische Prägung des Alltagslebens durch das Internet² und dessen Inklusionsaggregate erfasst. Damit ist im Begriff des Universaldienstes stets auch ein vom status quo ausgehendes dynamisches, von Entwicklungen der Technik, Gesellschaft, Kultur und Wirtschaft und den sich in den Nachfragedaten niederschlagenden Erwartungen der Nutzer abhängiges Element angelegt, das sich nur durch empirisch zu ermittelnde Bedürfnisstandards festlegen lässt.³ Eben diese nachgewiesenen Bedürfnisstandards stellen dann die Grundlage des angemessenen Breitbandinternetzugangs dar, der durch den Mitgliedstaat unter Berücksichtigung des GEREK-Berichts über bewährte Universaldienst-Verfahren zu bestimmen ist. Die Tatsache, dass die Festlegung des Universaldienstes nur „in Anbetracht der Mindestbandbreite, die von der Mehrheit der Verbraucher im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats genutzt wird“, erfolgen soll, erscheint folgerichtig, da nicht jede Nutzung des Internets für die wirtschaftliche und soziale Teilhabe erforderlich ist.

Der Rechtsbegriff des Universaldienstes ist vor dem Hintergrund dieser Zwecksetzung funktional und nicht statisch geprägt, also tatbestandlich nicht durch gesetzliche – politisch induzierte – Vorfestlegungen, wie insbesondere nach der Gesetzesbegründung zu § 157 TKG 2021 (u. a. 30-Mbit-Produkt, Homeoffice, Inheldienste, kryptografische VPN-Standards), zu erfüllen.

Insbesondere die Erweiterung des Dienstekatalogs um die „marktübliche Nutzung von Online-Inheldiensten“ erfolgt nicht nur ohne vorherige nationale Marktbetrachtung

1 Cornils, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 78 Rn. 18.

2 Gerpott, CR 2011, 568, 570.

3 Cornils, in: Geppert/Schütz (Fn. 1), § 78 Rn. 19.

und der darauf basierenden Feststellung einer nationalen Besonderheit, sondern erscheint auch inhaltlich nicht mit dem Grundgedanken einer Grundversorgung des Universaldienstes vereinbar. Im Kern darf es nur um den Zugang zu sozialer Teilhabe gehen. Inhaltliche Dienste jenseits der Rundfunkgrundversorgung sind dagegen omnipräsent und werfen keine universaldienstrelevanten Zugangsprobleme auf. Denn solche Dienste dienen ausschließlich dazu, zusätzlich zu den ohnehin bundesweit verfügbaren TV-Diensten, Verbrauchern die Inhalte von sogenannten „over-the-top-Unternehmen“ der Unterhaltungsindustrie zugänglich zu machen, die insbesondere von einigen wenigen global dominierenden Unternehmen „on demand“ angeboten werden.

Solche Vorfestlegungen determinieren dann entgegen den Vorgaben des Art. 84 Kodex imperativ – als Verordnungsermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 GG (Inhalt, Zweck und Ausmaß)⁴ – gerade auch den Erlass der in den Absätzen 3 bis 5 des § 157 TKG 2021 vorgesehenen Rechtsverordnung zur Regelung des Mindestumfangs von Universaldiensten, statt auf den abzufragenden und zu evaluierenden tatsächlichen Bedürfnisstandards der Endnutzermehrheit aufzubauen.

Demzufolge muss auch der durch die Festlegungen des Mitgliedstaates gewährleistete Breitbandinternetzugangsdienst ein funktionaler sein,⁵ also die soziale Teilhabe aufgrund der abgefragten und evaluierten tatsächlichen Bedürfnisstandards der Endnutzermehrheit im Ergebnis gewährleisten, ohne dabei etwa die Wege und (andere) Ziele des Netzausbaus oder der kryptografischen Standards normativ zu determinieren. Letzteres kommt einem mitgliedstaatlichen „détournement de pouvoir“ im Rahmen des EU-Universaldienstregimes gleich.

Diese funktionale Prägung des Universaldienstes, der einer sozialen Ausgrenzung vorbeugen soll, verdeutlicht auch der Erwägungsgrund (212) zum Kodex:

„Der Universaldienst stellt ein Sicherheitsnetz dar, durch das zumindest ein gewisses Mindestmaß an Diensten für alle Endnutzer und zu erschwinglichen Preisen für Verbraucher in Fällen gewährleistet werden soll, in denen ansonsten die Gefahr einer sozialen Ausgrenzung bestehen würde, da unzureichende Zugangsmöglichkeiten die Bürger an einer uneingeschränkten sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe an der Gesellschaft hindern würden.“

Eine praktisch wirksame Umsetzung setzt also voraus, dass die Festlegung des angemessenen Breitbandinternetzugangs auf einem empirisch ermittelten Bedürfnisstandard beruht, der die Mindestbandbreiten widerspiegelt, die für die typische Prägung des Alltagslebens durch die Internetnutzung im Rahmen des notwendigen sozialen Teilhabeumfangs maßgeblich sind.

Auch wenn den Mitgliedstaaten bei der Festlegung ein gewisser Spielraum einzuräumen ist, muss der festzulegende Universaldienstumfang stets eine funktionale Grundversorgungsgewährleistung bleiben. Von diesem Grundverständnis des Universaldienstes als digital-sozialer Mindeststandard⁶ darf nicht abgewichen werden. Denn der Universaldienstumfang ist immer an die mehrheitliche tatsächliche Nutzung von Breitbanddiensten geknüpft und muss (dynamisch) die tatsächliche Verfügbarkeit von Bandbreiten abbilden.

Die zukünftige tatsächliche Nutzung und Verfügbarkeit ist gegenwärtig nur anhand von konkreten, tatsächlichen bzw. messbar unterlegten Bedarfsmarkterhebungen und Evaluierungen zu schätzen. Einen Universaldienstumfang

festzulegen, der sich von der tatsächlichen Verfügbarkeit entfernt und ein politisch getriebenes Bandbreitenziel abbildet, ist unzulässig. Bandbreitenziele jenseits tatsächlicher Bandbreitenverfügbarkeit können mithin nicht den universaldienstrechtlichen Anforderungen genügen. Dies verdeutlicht auch der Art. 84 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 Kodex, der den Umfang des Universaldienstes an das Mindestangebot an Diensten in Anhang V des Kodex knüpft:

„Der angemessene Breitbandinternetzugangsdienst muss die Bandbreite bereitstellen können, die erforderlich ist, um mindestens das Mindestangebot an Diensten gemäß Anhang V unterstützen zu können.“

Das Mindestangebot an Diensten gemäß Anhang V des Kodex muss also stets von dem Universaldienst abgedeckt sein. Diese Konkretisierung des Mindestumfangs der Universaldienste verdeutlicht die typische Prägung als Grundversorgungsgewährleistung. Das Instrument des Universaldienstes darf nicht zweckentfremdet werden, um politisch getriebene Bandbreitenziele des Mitgliedstaates zu verfolgen.

Maßnahmen jenseits der tatsächlichen Bandbreitenverfügbarkeit fallen unter die „zusätzlichen Pflichtdienste“ im Sinne des Art. 92 Kodex, auf die insbesondere die Verfahren zur Kostenberechnung von Universaldienstverpflichtungen (Art. 89 Kodex) sowie der Universaldienstentschädigung und Umlagefinanzierung (Art. 90 Kodex) keine Anwendung finden.

2. Richtlinienkonforme Umsetzung der universaldienstrechtlichen Vorgaben des Kodex in § 157 TKG 2021?

Hinsichtlich der „nationalen Gegebenheiten“ und der „von der Mehrheit der Verbraucher in seinem Hoheitsgebiet genutzten Mindestbandbreite“ i. S. v. Art. 84 Abs. 3 Kodex ist der Mitgliedstaat Deutschland, mithin die als dessen Organ handelnde BNetzA, vor der Festlegung der Bandbreite darauf angewiesen, den aktuellen Bedarf anhand gebuchter Tarife, also auf einer empirisch belastbaren Grundlage und deren ganzheitlicher Beurteilung, festzustellen.

Art. 84 Abs. 3 Kodex soll insbesondere mit § 157 Abs. 3 S. 2 TKG 2021 umgesetzt werden:

„Bei der Festlegung der Anforderungen an den Internetzugangsdienst nach S. 1 werden insbesondere die von mindestens 80 Prozent der Verbraucher im Bundesgebiet genutzte Mindestbandbreite, Uploadrate und Latenz sowie weitere nationale Gegebenheiten, wie die Auswirkungen der festgelegten Qualität auf Anreize zum privatwirtschaftlichen Breitbandausbau und zu Breitbandfördermaßnahmen, berücksichtigt.“

Damit soll sich die Bedarfsfeststellung nach § 157 Abs. 3 S. 2 TKG 2021 an den vertraglich vereinbarten Mindestbandbreiten orientieren.

§ 157 TKG 2021 ist insofern in sich widersprüchlich gefasst, als dessen Vorfestlegungen nach der Gesetzesbegründung (u. a. 30-Mbit-Produkt, Homeoffice, Inhaltliche Dienste, kryptografische VPN-Standards) dem in § 157 Abs. 3 S. 2 aufgegebenen Ansatz widersprechen, den aktuellen Bedarf anhand gebuchter Tarife, also der tatsächlich vertraglich vereinbarten Mindestbandbreiten festzu-

4 Vgl. *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 80 Rn. 76 ff.

5 *Gerpott*, CR 2011, 568, 570.

6 *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Fn. 1), § 78 Rn. 20.

stellen („Bei der Festlegung der Anforderungen an den Internetzugangsdienst nach S. 1 werden insbesondere die von mindestens 80 Prozent der Verbraucher im Bundesgebiet genutzte Mindestbandbreite (...) berücksichtigt“). Der Widerspruch wird sogar im selben Abs. 3 S. 2 kodifiziert, wenn dort die Berücksichtigung der „Anreize zum privatwirtschaftlichen Breitbandausbau und zu Breitbandfördermaßnahmen“ aufgegeben wird. Die Verfolgung letztgenannter Ziele und Gegenstände wird aber in strikter Abgrenzung zum Universaldienstregime den „zusätzlichen Pflichtdiensten“ nach Art. 92 Kodex vorbehalten, die nur nach Art. 106 Abs. 2 AEUV als DAWI – mit deren eigenen beihilferechtlichen Finanzierungsregeln – auferlegt werden können.

Die dem unionsrechtlich vorgegebenen Universaldienst-Verfahren widersprechenden politisch induzierten Vorfestlegungen nach § 157 TKG 2021 werden in den Absätzen 3 bis 5 des § 157 TKG 2021 noch weiter verstärkt, indem auch der Erlass der dort vorgesehenen Rechtsverordnung zur Regelung des Mindestumfangs von Universaldiensten jeweils des Einvernehmens mit dem Bundestag bedarf. Die politische Induktion des deutschen Universaldienst-Verfahrens wird also über die politische Verantwortung des ressortzuständigen Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur hinaus einer parlamentarischen Willensprärogative unterstellt und droht sich damit noch weiter von dem Gebot des Kodex zu entfernen, die Bandbreitenfestlegung als Universaldienst empirisch zu grundieren.

Auf die Spitze getrieben wird das politische Momentum in § 157 Abs. 5 TKG 2021, wenn das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Ermächtigung nach Abs. 3 sowie die Pflichten nach Abs. 4 durch Rechtsverordnung auf die BNetzA überträgt und dann die Rechtsverordnung der BNetzA sowie deren Prüfbericht wieder des Einvernehmens mit dem zuständigen Ausschuss des Bundestages bedürfen.

Damit entfernt sich das deutsche Universaldienst-Verfahren nicht nur von den Leitvorgaben des Kodex selbst, vielmehr auch von dem im am 11.6.2020 vorgelegten Bericht von BEREC nach Art. 84 Abs. 3 Kodex betonten Konsistenzprimat des Universaldienstregimes:

„When [member states] consider whether to define the network connection permitting ‚functional internet access‘ at broadband speeds at national level, a set of coherent criteria, reflecting the criteria for changing the scope of universal service at EU level, could help to ensure consistency and minimise market distortion, while meeting the objective of preventing social exclusion.“⁷

Sowohl der Unionsgesetzgeber (insbesondere durch die Festlegungen in Anhang V des Kodex) als auch BEREC gehen also davon aus, dass die Festlegung von Universaldiensten von den mit regulatorischen wie fachlich-technischen Kompetenzen ausgestatteten Stellen durchgeführt wird, welche die Versorgungs-, Markt- und Wettbewerbsdaten empirisch ermittelt, bewertet und letztlich verstanden haben.

Selbst wenn Art. 84 Abs. 3 Kodex die „Mitgliedstaaten“ in Bezug nimmt, hat der Unionsgesetzgeber u. a. in Erwägungsgrund (35) des Kodex zu regulierungsspezifischen Aufgaben den Grundsatz betont, dass diese „nur von den nationalen Regulierungsbehörden wahrgenommen werden sollten, d. h. von Stellen, die sowohl von der Branche unabhängig sind als auch unabhängig von jeglicher äußeren Einflussnahme oder politischem Druck agieren.“

Aber auch in praktischer Hinsicht zeigen die gegenwärtig unzureichenden, verspäteten Vorkehrungen im deutschen Universaldienst-Verfahren zur empirischen Grundierung die unionsrechtlichen Defizite auf. Es liegen gegenwärtig keine Analysen vor, die aber einer Bedarfsfeststellung nach Art. 84 Abs. 3 Kodex und § 157 Abs. 3 S. 2 TKG 2021 rechtlich und logisch zugrunde liegen müssen. Denn allein für ein Inbetrachtnehmen der von der Mehrheit der Verbraucher genutzten Mindestbandbreite ist es erforderlich, sämtliche Marktdaten für die Internetnutzung aller Verbraucher zu erheben und zu analysieren. Hierzu zählen wenigstens die vertraglichen Angaben zu den minimalen Bandbreiten für die Internetnutzung in allen Tarifen, die über das Festnetz und drahtlose Netze (insbesondere Mobilfunknetze und Satellitennetze) angeboten werden. Frühestens nach Abschluss der Datenabfragen und anschließender Analyse, insbesondere der (gegenwärtig noch ausstehenden) Ergebnisse der ausgeschriebenen Gutachten zum Universaldienstbedarf,⁸ und ihrer komplexen Auswertung wird der Mitgliedstaat Deutschland und mit ihm die BNetzA in die Lage versetzt, auf einer empirisch belastbaren Grundlage einer ganzheitlichen Beurteilung über die notwendigen Qualitätsparameter, insbesondere die Bandbreite, zu entscheiden.

Festzuhalten ist damit hinsichtlich der in der Gesetzesbegründung näher beschriebenen Vorfestlegungen des Gesetzgebers in § 157 TKG 2021 (30-Mbit-Produkt, Homeoffice, Inholdedienste, kryptografische VPN-Standards), dass im Gesetzgebungsprozess keine „nationalen Gegebenheiten“ i. S. v. Art. 84 Abs. 3 Kodex analysiert wurden, auf deren Basis eine solche Vorfestlegung zu begründen wäre. Nach Art. 84 Abs. 3 Kodex darf der „Mitgliedstaat“ solche Festlegungen erst auf der empirisch belastbaren Grundlage abgeschlossener Datenabfragen, deren Analyse und Evaluierung treffen und zwar „unter Berücksichtigung des GEREK-Berichts über bewährte Verfahren“ für Universaldienste.

Hier ist es insbesondere versäumt worden, so hinreichend früh Datenabfragen durchzuführen und Gutachten zum Universaldienstbedarf auszuschreiben, dass deren Ergebnisse und ihre Auswertungen als empirisch belastbare Grundlagen die Vorfestlegungen des deutschen Gesetzgebers in § 157 TKG 2021 zu Qualitätsparametern, insbesondere zur Bandbreite, hätten tragen können.

Dieser Negativbefund zu den gesetzlichen Vorfestlegungen ohne empirisch belastbare Grundlagen wird durch den Umstand verstärkt, dass der zuständigen Behörde derzeit eine gesetzliche Ermächtigung fehlt, alle erforderlichen Informationen systematisch und methodisch kohärent – unter den gleichmäßigen Bedingungen eines ggf. eingreifenden Verwaltungsvollzuges – einzuholen, die für eine Festlegung der Bandbreite erforderlich sind.

Gerade aufgrund der funktionalen Bedeutung der empirischen Ermittlung der tatsächlichen Bedürfnisstandards als Grundlage der zu gewährleistenden Mindestbandbreiten kann eine praktisch wirksame Umsetzung der Vorgaben

7 BEREC, „Report on Member States‘ best practices to support the defining of adequate broadband internet access service vom 11. 6. 2020, BoR (20) 99, S. 30.

8 Am 8. 3. 2021 erfolgte die Bekanntmachung der BNetzA zur Ausschreibung der Gutachten zum Universaldienst unter den Referenznummern 2021/003 a/Z25-7 und 2021/003 b/Z25-7 mit einer Angebotsfrist bis zum 7. 4. 2021 (abrufbar unter: <https://www.evergabe-online.de/tenderdetails.html?2&id=380088> und <https://www.evergabe-online.de/tenderdetails.html?3&id=380109>) und https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/BeschaffungAusschreibung/DE/20210407_Universaldienst.html.

des Art. 84 Abs. 3 Kodex ohne eine Anwendung der empirischen Methode nicht erfolgen. So stellt die tatsächliche Nutzung durch den Großteil der Verbraucher im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaates den entscheidenden unionsrechtlichen Maßstab dar.

Die Vorfestlegungen des Gesetzgebers in § 157 TKG 2021 ohne empirisch belastbare Grundlage gehen über das Konzept des Universaldienstes als Grundversorgungsgewährleistung hinaus und sind nicht mit den unionsrechtlichen Festlegungsparametern, die der Art. 84 Abs. 3 Kodex an die Mitgliedstaaten richtet, vereinbar.

III. „Zusätzliche Pflichtdienste“ nach Art. 92 Kodex jenseits des Universaldienstregimes

1. Auferlegung „zusätzlicher Pflichtdienste“ als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) nach Art. 106 Abs. 2 AEUV

Gegenüber dem – nach Maßgabe der tatsächlich von der nationalen Verbrauchermehrheit genutzten Mindestbandbreiten empirisch zu konsolidierenden – Umfang von Universaldiensten trifft Art. 92 Kodex für „zusätzliche Pflichtdienste“, die nur nach Art. 106 Abs. 2 AEUV als DAWI auferlegt werden können, die folgende Abgrenzungsregelung mit einer Sperrwirkung für die Universaldienst-Finanzierung von Breitbanddiensten oberhalb von den konsolidierten Universaldienst-Übertragungsraten:

„Die Mitgliedstaaten können – zusätzlich zu den Diensten im Rahmen der Universaldienstverpflichtungen nach den Artikeln 84 bis 87 – weitere Dienste in ihren Hoheitsgebieten öffentlich zugänglich machen. In einem solchen Fall wird jedoch kein Entschädigungsverfahren mit Beteiligung bestimmter Unternehmen vorgeschrieben.“

Weitergehend als im Universaldienstregime, das an den empirisch zu konsolidierenden sozialen Dienstteilhabeumfang aufgrund der abgefragten und evaluierten tatsächlichen Bedürfnisstandards der Endnutzermehrheit gebunden ist, können die Mitgliedstaaten – weniger empirisch, nämlich aufgrund einer prognostischen Einschätzung über künftige Nachfrageentwicklungen – „zusätzliche Pflichtdienste“ als DAWI (Art. 106 Abs. 2 AEUV) auferlegen. Diese mitgliedstaatliche Option bietet sich an, wenn die technischen Möglichkeiten über der tatsächlichen Nachfrage liegen und die – von demokratisch legitimierten Organen festgelegten – industrie- und verbraucherpolitischen Maßstäbe den Umstand überwinden sollen, dass die Marktteilnehmer den Nutzen (noch) nicht vollständig internalisiert haben. Diese Internalisierungsdefizite im Hinblick auf die Einschätzung des (nachhaltigen) Nutzens hat die Digitale Agenda⁹ aufgegriffen, indem sie betont, dass eine flächendeckende, erschwingliche Breitbandversorgung das Wachstum und die Innovation in allen Wirtschaftszweigen beschleunigen kann und mithin zu positiven externen Effekten führt. Auch die EU-Breitbandleitlinien greifen den DAWI-spezifischen Zweck der Überwindung von Internalisierungsdefiziten in Rn. 37 auf,

„wenn das freie Spiel der Marktkräfte ohne Eingreifen kein für die Gesellschaft zufriedenstellendes Ergebnis hervorbringt. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn bestimmte Investitionen nicht vorgenommen werden, obwohl der wirtschaftliche Nutzen für die Gesellschaft die Kosten übersteigt. [...] So kann die Verfügbarkeit von Breitbandnetzen den Weg für zusätzliche Dienstleistungen und Innovationen ebnen, die wahrscheinlich neben ande-

ren Investoren und unmittelbaren Kunden des Netzes auch anderen Menschen zugutekommen.“

Damit erkennt Art. 92 Kodex den Nutzen gesamtwirtschaftlich angezeigter Bedarfe im Rahmen „zusätzlicher Pflichtdienste“ an, welche die – im Universaldienstregime zugrunde gelegte – messbare Nachfrage übersteigen. Ein Marktversagen ist mithin auch dann anzunehmen, wenn erhebliche Internalisierungsdefizite im Hinblick auf die Einschätzung des (nachhaltigen) Nutzens vorliegen, wenn also die tatsächliche Nutzung und die messbare Nachfrage deutlich unter dem erkannten gesamtwirtschaftlichen Nutzen liegen. Für die Finanzierung des Breitbandausbaus als „zusätzliche Pflichtdienste“ nach Art. 92 Kodex gilt das EU-beihilferechtliche Regelwerk zu DAWI-Kompensationen nach Maßgabe des in den EU-Breitbandleitlinien vorgesehenen Verfahrens.¹⁰

Der EuGH führt in der Rechtssache C-327/15 (TDC A/S) aus, dass „die Bereitstellung eines zusätzlichen Pflichtdienstes (...) ebenso wie der Universaldienst eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV dar[stellt]“.¹¹ Damit erkennt der Gerichtshof an, dass neben der aufgrund des sekundären Richtlinienrechts erfolgten Vollharmonisierung der Universaldienste als (kleiner) sektorspezifischer Ausschnitt der DAWI die primärrechtlich garantierte DAWI-Kompetenzprärogative der Mitgliedstaaten für einen größeren Diensteausschnitt erhalten bleiben muss, also über Universaldienste hinaus weitere „Pflichtdienste“ als DAWI zu betrauen und zu kompensieren (wobei jede DAWI notwendig einen „Pflichtdienst“ begründet, da im Betrauungsakt stets eine Verpflichtung des betrauten Unternehmens enthalten sein muss).

2. Sperrwirkung nach Art. 92 Kodex für eine Universaldienstfinanzierung

Die Vollharmonisierung durch den Kodex entfaltet eine Sperrwirkung für eine Finanzierung „zusätzlicher Pflichtdienste“ nach den im Kodex nur für Universaldienste vorgesehenen Kostentragungs- und Finanzierungsregeln sowie Umlageverfahren (Art. 89 und Art. 90 Kodex). „Zusätzliche Pflichtdienste“ nach Art. 92 Kodex jenseits des Universaldienstregimes – also über einen funktionalen Universal-Internetzugangsdienst hinausgehend – unterstehen daher im Rahmen der mitgliedstaatlichen DAWI-Regelungszuständigkeit dem eigenständigen EU-beihilferechtlichen Regelwerk zu DAWI-Kompensationen.

Der EuGH beantwortet die Frage, ob den Mitgliedstaaten neben rein steuerfinanzierten Kompensationen „zusätzlicher Pflichtdienste“ weitere Finanzierungsoptionen offen-

⁹ Digitale Agenda, KOM (2010) 245 endg.

¹⁰ Zur Beantwortung der Frage, ob unterversorgte Gebiete im Sinne eines Marktversagens vorliegen, ist vor allem auf den Breitbandatlas des Bundes sowie die regulatorisch-technisch dokumentierten Erfahrungen und Marktkenntnisse der BNetzA zurückzugreifen (Rn. 42 EU-Breitbandleitlinien). Im Rahmen der Konsultationen mit den Telekommunikationsunternehmen (Rn. 78b) EU-Breitbandleitlinien) sind zudem detaillierte und (im Vergleich zum Breitbandatlas sowie zu den BNetzA-Dokumentationen) aktualisierte Informationen und Daten, unter anderem zu aktuellen Upload- und Downloadgeschwindigkeiten, abzufragen. Aus beiden vorgenannten – und sowohl empirisch als auch wertend abzugleichenden – Erkenntnisquellen ist sodann der qualitative Nachweis eines Marktversagens zu führen: Detailliert zu begründen sind die erheblichen Internalisierungsdefizite im Hinblick auf die Einschätzung des (nachhaltigen) Nutzens, insbesondere dass die tatsächliche Nutzung und die messbare Nachfrage aktuell sowie (prognostisch) über den in Rn. 67 ff. der EU-Breitbandleitlinien in Bezug genommenen Zeitraum der kommenden drei Jahren („in naher Zukunft“) deutlich unter dem erkannten gesamtwirtschaftlichen Nutzen liegen.

¹¹ EuGH, 21. 12. 2016 – C-327/15 – TDC A/S, Rn. 50.

stehen, in seinem Urteil vom 11. 6. 2015 in der Rechtsache C-1/14 (Base Company NV und Mobistar NV) zwar nicht direkt, stellt hierfür aber durchaus einschlägige unionsrechtliche Leitlinien auf:

„41 Jedoch kann – wenn die Mitgliedstaaten nach eigenem Ermessen weitere Pflichtdienste in ihrem Hoheitsgebiet öffentlich zugänglich machen – nach dieser Vorschrift kein Finanzierungsmechanismus mit Beteiligung bestimmter Unternehmen vorgeschrieben werden. Daher kann der in Art. 13 Abs. 1 lit. b der Universaldienstrichtlinie vorgesehene Finanzierungsmechanismus auf solche Dienste nicht ausgeweitet werden.“

42 Wie es im 25. Erwägungsgrund der Universaldienstrichtlinie heißt, ist es den Mitgliedstaaten nämlich nicht erlaubt, den marktteiligen Finanzbeiträge für Maßnahmen aufzuerlegen, die nicht Teil der Universaldienstverpflichtungen sind. Dem einzelnen Mitgliedstaat steht daher zwar weiterhin frei, besondere Maßnahmen unter Beachtung des Unionsrechts zu finanzieren, doch kann dies nicht durch Beiträge der marktteiligen geschehen.“

Danach entfaltet Art. 92 Kodex nicht nur eine Sperrwirkung für eine Finanzierung „zusätzlicher Pflichtdienste“ nach den im Kodex für Universaldienste vorgesehenen Kostentrags- und Umlageverfahren. Darüber hinaus dürfen „zusätzliche Pflichtdienste“ jenseits des Universaldienstregimes – also über einen funktionalen Universal-Internetzugangsdienst hinausgehend – auch nicht durch andere – etwa parafiskalische – Mechanismen des nationalen Rechts unter einer Lastenbeteiligung bestimmter Unternehmen finanziert werden. Vielmehr muss eine Finanzierung im Rahmen von DAWI-Kompensationen über den allgemeinen staatlichen Haushalt erfolgen.¹²

3. Kostenanlastungsverbot nach Art. 92 Kodex in Bezug auf die für die Bereitstellung eines „zusätzlichen Pflichtdienstes“ herangezogenen Unternehmen

In seinem Urteil vom 21. 12. 2016 in der Rechtssache C-327/15 (TDC A/S) legt der EuGH das Verbot eines brancheninternen „Finanzierungsmechanismus mit Beteiligung bestimmter Unternehmen“ noch weiter im Sinne eines Kostenanlastungsverbot in Bezug auf „das für die Bereitstellung eines zusätzlichen Pflichtdienstes benannte [einzelne] Unternehmen“ aus und erklärt dieses Verbot nach Art. 32 Universaldienstrichtlinie¹³ (UDRL, jetzt Art. 92 Kodex) mit unmittelbarer Wirkung zum effektiven Rechtsschutz des betrauten Unternehmens für anwendbar:

„43 Aus Art. 32 der Universaldienstrichtlinie ergibt sich aber, dass das für die Bereitstellung eines zusätzlichen Pflichtdienstes benannte Unternehmen nicht gezwungen werden darf, die mit der Erbringung dieses Dienstes verbundenen Kosten zu tragen. Nach dieser Bestimmung ist nämlich ein Entschädigungsverfahren mit Beteiligung bestimmter Unternehmen nicht zulässig. (...)“

61 Wie in Rn. 43 des vorliegenden Urteils erwähnt, geht aus Art. 32 der Universaldienstrichtlinie hervor, dass dem für die Bereitstellung eines zusätzlichen Pflichtdienstes benannten Unternehmen nicht die mit der Erbringung dieses Dienstes verbundenen Kosten auferlegt werden dürfen.

62 Eine nationale Regelung, nach der ein für die Bereitstellung zusätzlicher Pflichtdienste benanntes Unternehmen nur dann Anspruch darauf hat, vom Mitgliedstaat für die Nettokosten der Erbringung dieser Dienste entschädigt zu werden, wenn diese Kosten eine unzumutbare Belastung für das Unternehmen darstellen, schließt nicht aus,

dass das betroffene Unternehmen die Kosten dieser Dienste ganz oder teilweise selbst tragen muss.

63 Daher verstößt es gegen Art. 32 der Universaldienstrichtlinie, die Zahlung einer Entschädigung durch den Mitgliedstaat von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass die Nettokosten der Erbringung der zusätzlichen Pflichtdienste eine unzumutbare Belastung für das benannte Unternehmen darstellen.

64 Wenn die Zahlung einer Entschädigung für die Erbringung zusätzlicher Pflichtdienste von der Erfüllung der Anforderungen nach Kapitel II der Universaldienstrichtlinie abhängig gemacht werden dürfte, würde zudem den Mitgliedstaaten entsprechend dem Vorbringen der Kommission im Ergebnis gestattet, einseitig den Anwendungsbereich der Regeln über die Universaldienstverpflichtung auf die zusätzlichen Pflichtdienste auszudehnen, was dem in Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie festgelegten Ziel zuwiderliefe, das Mindestangebot an Diensten mit definierter Qualität festzulegen, zu denen alle Endnutzer der Union Zugang haben müssen. (...)

85 Art. 32 der Universaldienstrichtlinie verbietet den Mitgliedstaaten, die mit der Erbringung zusätzlicher Pflichtdienste verbundenen Kosten ganz oder teilweise den Unternehmen des Sektors, zu denen das benannte Unternehmen gehört, aufzuerlegen.

86 Der Wortlaut dieser Bestimmung ist hinreichend genau und bestimmt, um in Bezug auf dieses Verbot unmittelbare Wirkung zu entfalten.“

Gegen die vom Gerichtshof begründete weite Auslegung des Art. 32 UDRL, welche das Verbot auch auf eine Kostenauflegung zu Lasten des mit dem zusätzlichen Pflichtdienst betrauten Unternehmens erstreckt,¹⁴ insbesondere gegen dessen Freistellung auch unterhalb der Schwelle einer unzumutbaren Belastung von den Kosten des Pflichtdienstes,¹⁵ wird in der Literatur eingewandt, dass diese Verbotsausdehnung über den Wortlaut des Art. 32 UDRL hinausgehe.¹⁶

Demgegenüber spricht der Telos („effet utile“) des Art. 92 Kodex als gleichlautende Nachfolgebestimmung des Art. 32 UDRL entscheidend für die vom Gerichtshof in der Rechtssache C-327/15 (TDC A/S) getroffene weite Auslegung im Sinne eines Kostenanlastungsverbot. Die Erwägungsgründe des Kodex bekräftigen wiederholt das allgemeine unionsrechtliche Regulierungsgebot, Wettbewerbsverzerrungen durch eine Pflichtdienstauferlegung – gleich ob als Universaldienst oder als zusätzlicher Pflichtdienst – bestmöglich zu vermeiden.

Dies entspricht der wettbewerbsökonomischen Erkenntnis, dass wettbewerbsverzerrende Effekte in dem Maße verringert werden können, in dem die Lasten für öffentlich auferlegte Pflichtdienste statt auf einen kleineren Unternehmenskreis oder gar einzelne Unternehmen auf einen größeren Kreis von Kostenträgern verteilt werden. Dagegen verschärfen sich die Wettbewerbsverzerrungen bei einer Anlastung der Nettokosten für Pflichtdienste an das betraute Unternehmen, während Wettbewerbsverzerrungen in dem Maße umgekehrt proportional abnehmen, je

12 EuGH, 11. 6. 2015 – C-1/14 – Base Company NV und Mobistar NV, Rn. 40 ff.

13 RL 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten.

14 So auch *Sörries*, K&R 2011, 380, 381.

15 EuGH, 21. 12. 2016 – C-327/15 – TDC A/S, Rn. 62 f.

16 *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Fn. 1), § 78 Rn. 7, 16 f.

größer der Kreis von Kostenträgern gezogen wird. Am geringsten fallen die Wettbewerbsverzerrungen bei einer steuerfinanzierten Lösung über den allgemeinen Staatshaushalt aus. Damit erweist sich das vom Gerichtshof ausgesprochene Kostenanlastungsverbot als mit dem „effet utile“ (der praktischen Wirksamkeit) des Unionsrechts am besten vereinbar.

IV. Fazit

§ 157 TKG 2021 nimmt im Lichte der Gesetzesbegründung über die Richtlinienvorgaben des Kodex, insbesondere dessen Art. 84 Abs. 3, hinaus gesetzliche Vorfestlegungen ohne empirisch belastbare Grundlagen bzw. eine unzulässige Ausweitung des Universaldienstes vor.

Der in der Gesetzesbegründung beschriebene Versorgungsumfang nach § 157 TKG 2021 liegt i. V. m. der Ver-

ordnungsermächtigung in den Absätzen 3 bis 5 jenseits der Universaldienstvorgaben des Kodex und unterfällt damit den restriktiven Regelungen zu „zusätzlichen Pflichtdiensten“ i. S. v. Art. 92 Kodex, die nur nach Art. 106 Abs. 2 AEUV als DAWI – mit deren eigenen beihilferechtlichen Finanzierungsregeln – auferlegt werden können.

Die unionsrechtliche Folge der unzulässigen Ausweitung des Universaldienstes nach § 157 TKG 2021 ist nach der Rechtsprechung des EuGH insoweit deren Unanwendbarkeit insbesondere im Hinblick auf die Universaldienst-Finanzierungsregeln nach § 159 (Beitrag von Unternehmen zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten), § 161 (Verpflichtungen zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten), § 162 (Ausgleich für die Versorgung mit Telekommunikationsdiensten) und § 163 TKG 2021 (Um-lageverfahren).

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU)*

Länderreport Österreich

Kurz und Knapp

Im Berichtszeitraum hat der OGH seine zivile Rechtsprechung zur eingeschränkten Domainlöschung gefestigt, Opfern des Nationalsozialismus eine späte (medienrechtliche) Genugtuung gewährt, zur Auslegung von Werknutzungsverträgen im Urheberrecht Stellung genommen, die Veröffentlichung von mitgefilmten Amtshandlungen in Social Media untersagt und den EuGH zur datenschutzrechtlichen Qualifikation des Schadenersatzanspruchs nach Art. 82 DSGVO angerufen. Darüber hinaus hat die DSB den unbeschwertten Sommer im Freibad gerettet, indem sie eine Zutrittskontrolle durch Handvenenscans untersagt hat.

I. E-Commerce-Recht – keine Domainlöschung

Der Hersteller von ABSOLUT® Wodka verklagte die in den Salzburger Bergen beheimatete Betreiberin des in der Wintersportszene durchaus etablierten Schneeparks für Ski- und Snowboardfahrer mit der Bezeichnung „Absolute Park“ und der zugehörigen Skischule mit dem Namen „Absolute School“. Die Beklagte unterhielt auch entsprechende Werbepresenzen u. a. unter absolutepark.com und auf facebook.com/absolutepark. Über den eigenen Online-Shop verkaufte die Beklagte auch Winterkleidungsstücke, andere Textilien oder Schlüsselanhänger mit dem Aufdruck „Absolute Park“. Die Schrift besteht dabei aus reinen Großbuchstaben in einer Art Westernoptik.

Die Klägerin vertreibt nicht nur hochprozentige alkoholische Getränke, sondern hat ihre ebenfalls in Großbuchstaben gehaltene Marke „Absolute“ auch für andere Bereiche sowie ähnliche Marken registrieren lassen, neben „Absolute Wodka“ für Spirituosen auch „Absolute Bar“ für Kleidungsstücke und generell „Absolute“ für Bars oder Veranstaltungen. Der Skibetrieb wiederum hatte zu einem

späteren Zeitpunkt seine Marke „Absolute Park“ für sportliche Aktivitäten, Unterhaltung oder als Dienstleistung zur Verpflegung von Gästen registrieren lassen. Damit bestanden durchaus branchenmäßige Überschneidungen.

Das HG Wien entschied zunächst, dass die Kleidung mit dem ähnlichen Schriftzug beseitigt werden müsste. Überhaupt wäre es der Beklagten verboten, in der dem Wodka ähnelnden Schrift den Skipark oder Gegenstände zu bewerben. Und der Parkbetreiber müsse dem Wodkahrsteller auch Rechnung darüberlegen, welchen Gewinn er durch die unrechtmäßige Markennachahmung erzielt hatte. Im Gang durch die Instanzen bröckelte, oder besser verunstete der Absolute-Erfolg ein wenig. Der OGH¹ stellte – aus e-commerce-rechtlicher Sicht bemerkenswert – klar, dass die Domains der Beklagten (z. B. absolutepark.com) und die Facebook-Adressen infolge der markenrechtlichen Klage nicht gelöscht werden müssen. Weder das bloße Halten einer Domain noch ihre Benützung unterliegen dem der Beklagten auferlegten Verbot, den Begriff „absolute“ in der grafischen Gestaltung zu verwenden, betonten die Höchstrichter:innen. Das Verbot von „absolute“ wurde also relativiert.

II. Medienrecht – KZ-Überlebende sind keine Landplage

Der im Juni 2021 entschiedene Fall² hat die österreichischen Mediengerichte sowie die Straßburger Instanzen schon mehrere Jahre beschäftigt. Im Februar 2016 veröffentlichte das rechtsextreme Medium „Die Aula“ einen Artikel über die Einstellung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens der StA Graz gegen den Autor eines in derselben Zeitschrift im Jahr 2015 unter der Überschrift „Mauthausen – Befreite als Massenmörder“ erschienenen

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XVI.

1 OGH, 20. 4. 2021 – 4 Ob 19/21 d – ABSOLUT/Absolute Park.

2 OGH, 11. 6. 2021 – 15 Os 13/21 g – Kriminelle Lagerinsassen II.