

Tagungsbericht zum 3. Symposium der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht*

Dr. Carsten König

I. Einleitung

Als Gastgeber der Tagung begrüßte Professor Torsten Körber (Göttingen) die Anwesenden¹ herzlich im Adam-von-Trott-Saal der Alten Mensa der Georg-August-Universität. Sodann erläuterte er das Programm der hiesigen Tagung unter dem Titel „Regulierung – Wettbewerb – Innovation“. Geplant sei, die Herausforderungen der Digitalisierung für das Regulierungsrecht in fünf Themenblöcken mit jeweils zwei Referaten zu diskutieren. Die Themenblöcke bezögen sich teilweise auf „klassische“ Regulierungsfelder, würden aber stets auch zu übergeordneten, systemorientierten Betrachtungen einladen. Im Zentrum stehe die Frage, welche Rollen dem Regulierungs- und dem Wettbewerbsrecht in der digitalen Wirtschaft zu-

* Eine kürzere Fassung des Tagungsberichts ist im Deutschen Verwaltungsblatt (DVBl.) 2017, S. 299 erschienen.

1 Prof. Dr. Christian Alexander (Jena), Prof. Dr. Florian Bien (Würzburg), Prof. Dr. Martin Burgi (München), Prof. Dr. Andreas Fuchs (Osnabrück), Prof. Dr. Claas Friedrich Germelmann (Hannover), Prof. Dr. Hubertus Gersdorf (Leipzig), Dr. Stefan Grote (Nomos-Verlag), Prof. Dr. Jörg Gundel (Bayreuth), Prof. Dr. Steffen Hindelang (Berlin), Prof. Dr. Bernd Holznagel (Münster), Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Immenga (Göttingen), Prof. Dr. Martin Kment (Augsburg), Prof. Dr. Matthias Knauff (Jena), Prof. Dr. Torsten Körber (Göttingen), Prof. Dr. Stefan Korte (Berlin), Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof (Düsseldorf), Prof. Dr. Jürgen Kühling (Regensburg), Prof. Dr. Knut Werner Lange (Bayreuth), Prof. Dr. Markus Ludwigs (Würzburg), Prof. Dr. Gerrit Manssen (Regensburg), Prof. Dr. Jochen Mohr (Dresden), Prof. Dr. Karsten Otte (Mannheim), Prof. Dr. Boris P. Paal (Freiburg), Prof. Dr. Christian Pielow (Bochum), Prof. Dr. Matthias Ruffert (Berlin), Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker (Berlin), Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß (Bonn), Prof. Dr. Jens Peter Schneider (Freiburg), Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms (Hamburg), Prof. Dr. Heike Schweitzer (Berlin), Prof. Dr. Stefan Thomas (Tübingen), Prof. Dr. Hartmut Weyer (Clausthal-Zellerfeld), Prof. Dr. Maik Wolf (Berlin). Eine Liste aller Mitglieder der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht und weitere Informationen können auf der Internetseite der Vereinigung unter www.regulierungsrecht.eu abgerufen werden.

Carsten König

kämen, insbesondere hinsichtlich der Verwirklichung von Gemeinwohlzielen (Wettbewerb, Innovation) und dem Schutz von Individualrechtsgütern (Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Datenschutz, „Dateneigentum“).

II. Themenblock 1: Energie 4.0 – Smart Grids und Smart Markets in Zeiten voranschreitender Digitalisierung²

1. Referate

Im Eröffnungsreferat analysierte Professor Knut Werner Lange (Bayreuth) das neue Messstellenbetriebsgesetz (MsbG), mit dem die „Digitalisierung der Energiewende“ vorangetrieben werden soll. Hierfür gab er zunächst einen Überblick über dieses ambitionierte Projekt und führte dann in den technischen Hintergrund von „Smart Grids“ und „Smart Markets“ ein. Anschließend untersuchte Professor Lange die gesetzliche Pflicht zum Einbau intelligenter Messsysteme gemäß § 29 Abs. 1 MSbG. Es sei nicht überzeugend, dass der Gesetzgeber den wirtschaftlichen Nutzen dieser Systeme in § 31 MsbG schlicht fingiere, obwohl er im Einzelfall durchaus zweifelhaft sein könne. Die Monopolkommission habe in ihrem 71. Sondergutachten zu Recht darauf hingewiesen, dass ein flächendeckender „Roll-out“ von digitalen Stromzählern „mit erheblichen Kosten verbunden [sei], die möglicherweise in einem Missverhältnis zu den zu erwartenden Effizienzgewinnen [stünden]“.³ Allein durch den Einbau neuer Geräte würden noch keine Einsparpotentiale realisiert. Vielmehr müssten die Verbraucher in neue Haushaltsgeräte investieren und vor allem ihr Nutzungsverhalten ändern. Die dafür bestehenden finanziellen Anreize seien aber unzureichend. Insbesondere habe der Marktpreis für Strom nur einen geringen Einfluss auf den Endkundenpreis, der vor allem durch Steuern, Abgaben, Umlagen und reduzierte Netzentgelte geprägt sei. Die Spielräume für marktseitige Preisreduzierungen seien deshalb gering. Statt auf Zwangsmaßnahmen zu setzen, hätte der Gesetzgeber wirtschaftliche Anreize für effizientes Verhalten schaffen und die Handlungsautonomie der Verbraucher stärken sollen. Sodann ging Professor Lange auf die verän-

2 Referenten: Prof. Dr. Knut Werner Lange, Universität Bayreuth; Prof. Dr. Christian Pielow, Ruhr-Universität Bochum; Moderation: Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

3 *Monopolkommission*, 71. Sondergutachten, „Energie 2015“, Rn. 343.

dernten Rollen der Marktakteure ein. Hierdurch greife der Gesetzgeber teilweise in die wirtschaftliche Autonomie der Unternehmen ein. Es sei ineffizient, dass für einen Übergangszeitraum die Verteilernetzbetreiber für die alten Systeme und die Übertragungsnetzbetreiber für die neuen Systeme zuständig sein sollten, da es hierdurch teilweise zu einer Dopplung des Aufwands komme. Durch die Zentralisierung der Daten bei den vier Übertragungsnetzbetreibern könne es außerdem zu einer Oligopolbildung kommen und die Verletzlichkeit des Systems werde gesteigert. Eine abschließende Bewertung der neuen Zuständigkeitsverteilung sei gegenwärtig noch nicht möglich. Das neu eingeführte Recht des Anschlussnehmers (i.d.R. der Hauseigentümer), unter bestimmten Voraussetzungen den Messstellenbetreiber auszuwählen (vgl. § 6 MsbG), halte er nicht für überzeugend. Ein solches Wahlrecht habe es bereits früher einmal gegeben, es sei aber zu Recht abgeschafft worden. Richtig sei es, das Wahlrecht dem Anschlussnutzer (z.B. auch einem Mieter) zu übertragen, wie dies in § 5 MsbG für einen Übergangszeitraum auch noch vorgesehen sei. Nur der Anschlussnutzer könne tatsächlich einen unmittelbaren Nutzen aus der Wahl ziehen. Als Fazit lasse sich feststellen, dass der Gesetzgeber es leider versäumt habe, ein wettbewerbliches Marktdesign zu entwickeln und stattdessen auf eine „zwangsweise Digitalisierung“ der Stromwirtschaft durch regulatorische Maßnahmen setze. Diese seien aber ungeeignet, um die letztlich gewünschten Verhaltensänderungen herbeizuführen, sodass zu befürchten sei, dass das eigentliche Ziel des Messstellenbetriebsgesetzes verfehlt werde.

In seinem direkt anschließenden Referat knüpfte Professor Christian Pielow (Bochum) an das auch von seinem Vorredner beschriebene Problem der Verantwortungsteilung an und ging außerdem auf europarechtliche Vorgaben ein. In einer Vorbemerkung hob er zunächst die überragende Bedeutung der Energieversorgungssicherheit hervor, die vom Bundesverfassungsgericht als „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“ anerkannt worden sei. Angesichts der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG sei davon auszugehen, dass die Versorgungssicherheit unter den in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zielen des Energiewirtschaftsrechts den höchsten Rang einnehme. Der Gesetzgeber verfolge mit dem Messstellenbetriebsgesetz, das ja gerade auch dem Ausgleich von Leistungsungleichgewichten und damit der Abwehr von Gefahren für die Versorgungssicherheit diene, also einen legitimen Zweck. Das Grundkonzept des Messstellenbetriebsgesetzes bewertete Professor Pielow positiver als vor ihm Professor Lange. Er habe zwar Zweifel, ob es wirklich ratsam sei, den Betrieb der

Messstellen und deren Einbindung in Kommunikationssysteme vom eigentlichen Netzbetrieb zu trennen. Die zentralisierte Datenaufbereitung und -übermittlung durch die neu geschaffenen „Smart-Meter-Gateway-Administratoren“ könne angesichts der Kleinteiligkeit der ca. 880 Verteilernetze aber Effizienzgewinne mit sich bringen. Die automatische Übermittlung aller Daten an die Übertragungsnetzbetreiber sei sinnvoll, da diese die Daten für die Erfüllung ihrer Systemverantwortung (vgl. § 13 EnWG) benötigten. Die obligatorische Weitergabe der Daten an alle Verteilernetzbetreiber mit mehr als 100.000 Kunden sei demgegenüber ein politischer Kompromiss. Das Ergebnis sei eine Verantwortungsteilung zwischen den Übertragungsnetzbetreibern, den Smart-Meter-Gateway-Administratoren und den Verteilernetzbetreibern. Die Neujustierung der Marktrollen entspreche auch europäischen Vorgaben. Die Nutzung von Smart-Meter-Gateways erleichtere die grenzüberschreitende Kooperation und trage den Entflechtungsvorschriften Rechnung, die insbesondere einer Übertragung neuer Koordinationsfunktionen auf die Verteilernetzbetreiber entgegenstünden. Zu praktischen Problemen könne führen, dass der Gesetzgeber für den Ausfall eines Smart-Meter-Gateway-Administrators (anders als für den Ausfall eines Messstellenbetreibers, vgl. § 18 MsbG) keine Regelung getroffen habe. Wiederum positiv zu bewerten sei, dass das „regulierte“ Konzept der Smart-Meter-Gateways alternativen Geschäftsmodellen nicht entgegenstehe, da es mehrwertfähig sei und deshalb künftige Smart Market-Modelle zulasse. Auch die oft kritisierte Herausnahme des „Smarten Messsystems“ aus der Anreizregulierung sei letztlich folgerichtig, da sich der „intelligente“ Messstellenbetreiber bzw. Smart-Meter-Gateway-Administrator gerade selbst oder mit Hilfe Dritter finanzieren solle. Eine Finanzierung über die Netzentgelte würde dieses Ziel unterlaufen. Die Schaffung des Messstellenbetriebsgesetzes als „Stammgesetz“ der digitalen Energiewirtschaft neben dem Energiewirtschaftsgesetz als „Grundgesetz“ erleichtere künftige Änderungen und sei letztlich auch übersichtlicher. Allerdings könne es notwendig werden, dass beide Gesetze noch besser miteinander verzahnt würden, z.B. im Bereich der Systemverantwortung. Die Zukunft werde auch zeigen, ob es eines „Brückenschlags“ vom Messstellenbetriebsgesetz zum Telekommunikationsgesetz (TKG) oder zum Telemediengesetzes (TMG) bedürfe und ob die umfangreichen Vorgaben des Gesetzes zum Datenschutz und zur IT-Sicherheit ausreichend seien.

2. Diskussion

In der Diskussion forderte Professor Franz Jürgen Säcker (Berlin), die Anzahl der Verteilernetzbetreiber müsse drastisch reduziert werden. Es gebe fast 900 Elektrizitätsverteilernetze, was nicht effizient sein könne. Er habe die Hoffnung, dass das Messstellenbetriebsgesetz Kooperationen und Zusammenschlüsse erzwingen werde, da insbesondere die kleineren Netzbetreiber das große Investitionsvolumen nicht bewältigen könnten. Außerdem seien viele dieser Netzbetreiber nicht in der Lage, die Datenflut aus dem „intelligenten Netz“ effizient zu erfassen und zu verarbeiten. Die Zusammenarbeit sei auch europarechtlich geboten. Professor Martin Burgi (München) warf die Frage auf, was genau der Zweck der von Professor Lange beschriebenen „Zwangsdigitalisierung“ sei. Die Versorgungssicherheit sei ja durch analoge Stromzähler nicht gefährdet. Für eine Rechtfertigung müsse der Zweck deshalb präziser herausgearbeitet werden. Professor Pielow entgegnete, dass eine Flexibilisierung des Stromverbrauchs, die durch intelligente Messsysteme ermöglicht werde, angesichts der zunehmend dezentralen und volatilen Stromerzeugung in Deutschland durchaus erforderlich sein könne, um ein hohes Niveau der Versorgungssicherheit zu erhalten. Professor Hartmut Weyer (Clausthal-Zellerfeld) ergänzte, dass Hauptzweck des neuen Messstellenbetriebsgesetzes nach seiner Einschätzung die Erhöhung ökonomischer Effizienz sei. Es gehe vor allem darum, die Kosten des Gesamtsystems zu reduzieren, z.B. durch den Verzicht auf Reservekraftwerke, die Verringerung von Netzausbaukosten usw. Angesichts der von Professor Lange angezweifelten Kosteneffizienz intelligenter Messsysteme warf Professor Charlotte Kreuter-Kirchhof (Düsseldorf) die Frage auf, ob das Messstellenbetriebsgesetz dann überhaupt ein geeignetes Mittel sein, um die Ziele des Gesetzgebers zu erreichen. Professor Säcker bezeichnete es als „unehrlich“, dass den Verbrauchern suggeriert werde, sie würden von einem flächendeckenden „Roll-out“ digitaler Stromzähler wirtschaftlich profitieren. Letztlich sei eine Flexibilisierung des Stromverbrauchs notwendig, um die klimapolitisch gewollte Umstellung der Stromerzeugung auf erneuerbaren Energien umzusetzen. Dadurch fielen erhebliche Kosten an, welche die Verteilernetzbetreiber allein schlicht nicht tragen könnten. Die jetzt zu installierende Technik könne aber erst in zehn bis 15 Jahren sinnvoll genutzt werden. Die Teilnehmer der Diskussion sind sich einig, dass das neue Messstellenbetriebsgesetz nur der erste Schritt auf dem Weg zur Digitalisierung der Energiewende sei. Es komme nun vor allem darauf an, welche weiteren Maßnahmen um-

Carsten König

gesetzt würden. Insbesondere bleibe abzuwarten, wie Stromspeicher und Elektrofahrzeuge in das neue System integriert würden. Entscheidend sei auch, welche Geschäftsmodelle im Rahmen der „Smart Markets“ entwickelt würden und ob ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet werde.

III. Themenblock 2: Rundfunkregulierung in Zeiten des Internet⁴

1. Referate

Professor Margarete Schuler-Harms (Hamburg) eröffnete den zweiten Themenblock mit einer Analyse der vielfältigen Herausforderungen, die sich aus der Digitalisierung für das Rundfunkrecht ergeben. Dazu gehörten z.B. das Aufkommen nichtlinearer Angebote, die wachsende Bedeutung von Internetplattformen, veränderte Nutzungsgewohnheiten und das Phänomen der sog. „Echo Chambers“, also sich durch ständige Wiederholung selbst verstärkender Meinungstrends innerhalb von gleichgesinnten Gruppen. Vor dem Hintergrund dieser Situationsbeschreibung diskutierte Professor Schuler-Harms zunächst den Anwendungsbereich der Rundfunkregulierung und sprach sich für ein offenes, funktionelles Verständnis des Rundfunkbegriffs aus. Der neue Rundfunkbegriff müsse an den Zielen der Meinungsvielfalt und der kulturellen Bildung ausgerichtet werden. In der Folge könne es zu einer weiteren Überschneidung von Rundfunkregulierung und Presserecht kommen. Von entscheidender Bedeutung müssten künftig die Regulierungsziele sein und nicht formale Aspekte. Auch Aktivitäten im Internet müssten der Rundfunkregulierung unterfallen, wenn sie in gleichem Maße wie der klassische Rundfunk für die Meinungsvielfalt oder die kommunikative Chancengleichheit relevant seien. Gleichzeitig müsse der öffentliche Rundfunk im Internet tätig werden dürfen, wenn dies notwendig sei, um die publizistische Informationsvorsorge und den publizistischen Wettbewerb zu gewährleisten. Auch die Instrumente der Rundfunkregulierung müssten einer Überprüfung unterzogen werden. Eine Marktzutrittsregulierung sei nur dort geboten, wo es knappe Kapazitäten gebe. Im Übrigen könne die Genehmigungspflicht durch eine Anzei-

⁴ Referenten: Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg; Prof. Dr. Bernd Holznagel, Westfälische Wilhelms-Universität Münster; Moderation: Prof. Dr. Matthias Ruffert, Humboldt-Universität zu Berlin.

gepflicht ersetzt werden. Die Zugangsregulierung bleibe wichtig. § 52 RStV über Plattformen werde in Zukunft an Bedeutung gewinnen. Die Abgrenzung von offenen und geschlossenen Plattformen sei teilweise schwierig. Für eine Regulierung von Internetplattformen fehle bisher das notwendige Erfahrungswissen. Die Nutzungsformen, Nutzungsstrukturen, Gefahren und Chancen dieser Dienste müssten näher untersucht werden. Zur Entgeltregulierung lasse sich zunächst feststellen, dass die Umstellung von einer Rundfunkgebühr auf einen Rundfunkbeitrag bereits der Digitalisierung Rechnung trage und „sicher richtig“ sei. Streitig bleibe die Entgeltlichkeit sog. „Must Carry“-Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, da einige Verwaltungsgerichte anders entschieden hätten als der Bundesgerichtshof. Dessen Ausführungen zum Regulierungsrahmen ähnelten in ihrer Detailschärfe teilweise den Vorgaben einer Regulierungsbehörde, seien für die praktische Umsetzung aber hilfreich. Zur Konzentrationskontrolle führte Professor Schuler-Harms aus, dass die Rolle der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) angesichts der Entwicklungen und der Rolle des Bundeskartellamts überprüft werden müsse. Auch im Übrigen stelle sich auf der institutionellen Ebene die Frage, welche Aufgaben bei einzelnen Landesbehörden insbesondere den Landesmedienanstalten noch richtig verortet seien. Die Digitalisierung ermögliche größere Reichweiten und stehe einer Reterritorialisierung des Rundfunks entgegen. Benötigt werde deshalb eine Regulierungsorganisation, die über die Grenze einzelner Bundesländer hinausreiche, oder ein Regulierungsverbund aller beteiligten Behörden. Da der Rundfunk einer ständigen Dynamik ausgesetzt sei, müsse auch das Rundfunkrecht stets für technische Entwicklungen und Innovationen offen bleiben.

Im zweiten Referat des Themenblocks setzte sich Professor Bernd Holznagel (Münster) vertieft mit den Herausforderungen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auseinander. Mit dem Cloud-TV sei die vierte Generation des Fernsehens etabliert worden. Insbesondere die jüngeren Altersklassen nutzten Medien heute ganz anders als frühere Generationen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk müsse darauf reagieren. Es sei verfassungsrechtlich geboten, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entsprechend zu erweitern. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk müsse auch im Internet einen „Glaubwürdigkeitsanker“ darstellen und den Defiziten der stark auf Entertainment setzenden Internetöffentlichkeit entgegenwirken. Außerdem müsse der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch im Internet Kommunikationsräume schaffen, in denen unterschiedliche Sichtweisen präsentiert und fair moderiert werden. Hierfür müssten die

bestehenden gesetzlichen Schranken für eine Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet gelockert werden. Diese hätten ihren ursprünglichen Schutzzweck ohnehin verloren. Konkret müsse dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ermöglicht werden, die eigenen Online-Plattformen zu stärken. Die zeitliche Beschränkung des Abrufs von Online-Angeboten (vgl. § 11d Abs. 2 RStV) müsse gelockert und stärker vom Zweck des jeweiligen Angebots abhängig gemacht werden. Soweit dies publizistisch geboten sei, müssten auch angekaufte Inhalte online angeboten werden dürfen. Produktionen des europäischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks müssten inländischen Produktionen gleichgestellt werden, um die europäische Öffentlichkeit zu fördern. Festzuhalten sei hingegen am Werbeverbot für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote. Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk müsse außerdem ermöglicht werden, die eigenen Plattformen mit den Angeboten von Museen, Wissenschaft und Kultureinrichtungen zu vernetzen. Ferner müsse der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf Drittplattformen wie Facebook oder YouTube Präsenz zeigen. Wie beim neuen Jugendprogramm „funk“ könne dafür zunächst auf Verhandlungen mit den Plattformbetreibern gesetzt werden. Alternativ könne der Gesetzgeber einen gesetzlichen Zugangsanspruch mit entsprechender Entgeltregel schaffen. Auch partizipative und interaktive Elemente sollten gestärkt werden. In Zukunft werde außerdem zu diskutieren sein, ob sog. Intermediäre wie Google und Facebook verpflichtet werden sollten, für eine privilegierte Auffindbarkeit der Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet zu sorgen. Eine vergleichbare Pflicht bestehe beim digitalen Kabelfernsehen, wo die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks an den ersten Stellen zu listen seien. Die Schwierigkeit bestehe insoweit darin, eine praktikable und durchsetzbare Regelung zu finden. Überdies sei der Grundsatz der staatsfreien Kommunikation zu beachten. Letztlich werde man aber nicht umhinkommen, die Auffindbarkeit des öffentlichen Rundfunks im offenen Internet zu verbessern. Der Rundfunkgesetzgeber müsse hierfür geeignete Instrumente entwickeln. Natürlich könne man niemanden zum Konsum öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote zwingen. Angesichts der überragenden Bedeutung der Meinungsvielfalt für die demokratische Gesellschaft müsse der öffentlich-rechtliche Rundfunk aber auch im Internet ein attraktives Angebot machen dürfen und ein Gegengewicht zu den bisher dominierenden Online-Plattformen wie Google und Facebook bilden.

2. Diskussion

In der Diskussion warf Professor Christian Alexander (Jena) die Frage auf, ob es einer Rundfunkregulierung im herkömmlichen Sinne überhaupt noch bedürfe. Die Diskussion bewege sich immer noch in den Fesseln der alten Strukturen. Stattdessen müsse man sich fragen, was heute zweckmäßig und angemessen sei. Das könne z.B. bedeuten, die Rundfunkregulierung durch eine Plattformregulierung zu ersetzen oder verstärkt auf Medienbildung zu setzen. Professor Jürgen Kühling (Regensburg) stimmte der Analyse von Professor Holznagel zu, zeigte sich aber skeptisch, ob eine Funktionserweiterung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks das richtige Mittel sei, um die schwindende Meinungsvielfalt im Internet zu bekämpfen. Wichtig seien vielmehr klare Mindeststandards für den Betrieb von Online-Plattformen. Hierfür könne z.B. auf die Maßstäbe des Presserechts zurückgegriffen werden. Professor Körber schloss sich der Auffassung an, dass die starren Kategorien des Rundfunkrechts nicht mehr zeitgemäß seien. Nötig sei eine funktionelle Betrachtung, die sich an den Zielen des Rundfunkrechts orientiere. Professor Holznagel verwies auf den „erschreckenden“ Rückgang der Presse und betonte nochmals eindringlich die Bedeutung, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk angesichts dieser Entwicklung für die Erhaltung offener Kommunikationsräume habe. Professor Andreas Fuchs (Osnabrück) warf die Frage auf, ob nicht gerade die Ausdehnungstendenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Probleme der Presse mitverursacht habe. Außerdem schloss er sich der Forderung von Professor Schuler-Harms an, die gesonderte Medienkonzentrationskontrolle durch die KEK abzuschaffen. Auch Professor Matthias Ruffert (Berlin) zeigte sich skeptisch, ob eine Ausdehnung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die richtige Antwort auf das „Zeitungssterben“ sei. Hierzu wies Professor Holznagel darauf hin, dass die behaupteten negativen Effekte des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zulasten der Presse nicht ökonomisch untermauert seien. Die Werbebudgets verschöben sich nicht in Richtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sondern in Richtung der großen Online-Plattformen. Außerdem habe die Presse ihre eigenen Vertriebswege geschwächt und sich in eine Abhängigkeit von den großen Internetunternehmen gebracht. Professor Steffen Hindelang (Berlin) hob den Grundsatz der Staatsfreiheit hervor und warf die Frage auf, ob eine Erweiterung des Rundfunks in die digitale Welt nicht die individuelle Kommunikationsfreiheit des Bürgers gefährde, die im Internet in bisher einzigartiger Weise gewährleistet sei.

IV. Themenblock 3: Datenschutz, Regulierung, Wettbewerb⁵

1. Referate

Professor Jens-Peter Schneider (Freiburg) stellte in seinem Referat grundsätzliche Überlegungen zum Schutz von Daten an. Einleitend differenzierte er verschiedene Geschäftsmodelle, die der „Datenökonomie“ zugrunde liegen. Ein echter Datenhandel seitens der ganz großen Internetunternehmen sei, soweit ersichtlich, eher unüblich. Diese Unternehmen würden Daten vielmehr selbst auswerten, um anderen Unternehmen personalisierte Werbemöglichkeiten zu offerieren oder um auf den Kunden zugeschnittene eigene Angebote zu entwickeln. Der Datenumgang werde bisher vor allem durch das Datenschutzrecht geregelt, das aber erhebliche Schwächen aufweise. Die normative Struktur des Datenschutzrechts sei kompliziert und die Datenschutzbehörden seien oft überfordert. International bestünden teils sehr unterschiedliche Datenschutzstandards, woraus sich Spielräume für die betroffenen Unternehmen ergäben. Diese würde außerdem stark auf private Lösungen wie z.B. Datenschutzrichtlinien setzen, in welche die Nutzer oft unbedarft oder mangels echter Alternativen resigniert einwilligten. Wegen seiner Verankerung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht sei der Datenschutz bisher nicht daten- sondern personenorientiert. Dieses werde den Herausforderungen der digitalen Wirtschaft jedoch nicht gerecht und müsse um ein multifinales Datenverkehrsrecht ergänzt werden. In diesem Kontext werde gegenwärtig über ein Dateneigentumsrecht diskutiert. Dessen Ausgestaltung sei aber problematisch. Vertragsrechtliche Lösungen seien schwierig, weil der vertragsrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* mit der jederzeitigen Widerruflichkeit der Einwilligung kollidiere, die aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folge. Um die Monetarisierung von Daten zu ermöglichen, werde auch über ein „eigentumsanaloges Herrschaftsrecht“ nachgedacht. Unklar sei aber bereits, wie ein solches Recht zivilrechtlich qualifiziert werden könne. Die Anerkennung als absolutes Recht würde zahlreiche praktische Fragen aufwerfen. Außerdem würde die Kommerzialisierung von Daten hierdurch weiter legitimiert. Diese werde der gesellschaftlichen Bedeutung von Daten nicht gerecht. Unklar sei ferner, bei wem das Dateneigentumsrecht ur-

5 Referenten: Prof. Dr. Jens-Peter Schneider, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Prof. Dr. Boris P. Paal, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Moderation: Prof. Dr. Jürgen Kühling, Universität Regensburg.

sprünglich entstehen solle – bei dem „Datenurheber“ oder bei demjenigen, der die Daten erstmalig erhebe. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, welchen Beitrag das Regulierungsrecht leisten könne. Mit den „Datenschätzen“ der digitalen Wirtschaft entstünden bedeutende Ressourcen, an deren geordneter Nutzung ein öffentliches Interesse bestehen könne. Es stelle sich die Frage, ob nicht in bestimmtem Umfang ein öffentlicher Datenstamm geschaffen werden müsse. Hierfür sei zu prüfen, welche Daten für welche Anwendungsmöglichkeiten notwendig seien und wie diese (gesellschaftlich) verfügbar gemacht werden könnten, ohne zugleich Innovationsanreize zu gefährden. Ob die bestehenden Datenbestände der großen Online-Plattformen private Ressourcen bleiben müssten, sei derzeit primär eine Frage des Kartellrechts. Trotz der Dynamik der digitalen Märkte habe er erhebliche Zweifel daran, dass sich die auf Daten gestützten Machtpositionen der Online-Plattformen von allein wieder auflösen würden. Die Netzwerkeffekte seien schlicht zu stark. Die traditionellen Schutzmechanismen des Kartellrechts seien offenbar nicht hinreichend wirksam. Dies spreche dafür, stärker auf regulatorische Eingriffe zu setzen, deren genaue Zielsetzung jedoch noch weiter konkretisiert werden müsse.

Im zweiten Referat des dritten Themenblocks lotete Professor Boris P. Paal (Freiburg) das Verhältnis von Datenschutz und Wettbewerbs- und Regulierungsrecht am Referenzgebiet der Online-Plattformen näher aus. In diesem Bereich sei oft nicht nur der Anwendungsbereich des Datenschutz- und Verbraucherschutzrechts eröffnet, sondern wegen der anzutreffenden Marktmachtpositionen auch derjenige des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts. Deshalb seien die unterschiedlichen Schutzzwecke auszubalancieren. Daten würden oft mit Rohstoffen verglichen, wiesen aber einige Besonderheiten auf. Sie könnten beliebig vervielfältigt und von beliebig vielen Nutzern genutzt werden, ohne sich zu verbrauchen. Ferner seien Daten im Ausgangspunkt unter dem geltenden Recht mit guten Gründen nicht eigentumsfähig. Die Verankerung des Datenschutzrechts im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfordere komplexe Abwägungen, welche die effektive Rechtsdurchsetzung erschwerten. Deshalb erfolge häufig ein Rekurs auf das Wettbewerbs- und Regulierungsrecht. Nach anfänglichen Zweifeln sei mittlerweile zu Recht anerkannt, dass Datenschutz eine Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein könne. Die im Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle vorgeschlagenen Änderungen zur besseren Erfassung der wettbewerblichen Effekte von Online-Plattformen seien zu begrüßen. „Datenmacht“ könne durch Netzwerkbeziehungen, Lock-in-Effekte und Pfadabhängigkeiten eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. Kartellrechts

begründen. Datenschutzverstöße könnten einen Ausbeutungsmisbrauch darstellen. Es sei ferner zu erwägen, Online-Plattformen als wesentliche Einrichtungen der digitalen Infrastruktur einzustufen. Zwar fehle es in der Regel an der Voraussetzung der Nicht-Duplizierbarkeit im Sinne der klassischen Essential Facility Doktrin. Insoweit müsse aber über eine „aktualisierte und modernisierende Rechtsanwendung“ nachgedacht werden, um dem faktischen Fehlen von Ausweichmöglichkeiten besser Rechnung zu tragen. Die hohen Bußgelder im Kartellrecht seien geeignet, um das notwendige Abschreckungspotential aufzubauen. Die neue Datenschutzgrundverordnung sehe nunmehr sehr hohe Bußgelder auch für reine Datenschutzverstöße vor. Neben dem Kartellrecht könne auch das Lauterkeitsrecht einen Beitrag leisten. Es sei zwar umstritten, ob Datenschutznormen Marktverhaltensregeln i.S.v. § 3a UWG seien. Richtigerweise müsse dies aber bejaht werden, wenn Daten als wirtschaftliches Gut gespeichert und verwendet werden sollten, also aufgrund der Kommerzialisierbarkeit ein Marktbezug bestehe. Zudem kämen Verstöße gegen das Belästigungsverbot und das Irreführungsverbot in Betracht. Wichtige Impulse auch für das Wettbewerbsrecht gingen von der Datenschutzgrundverordnung aus. Das in Art. 20 der Verordnung verankerte Recht auf Datenübertragbarkeit ermögliche den Nutzern eine bessere Kontrolle über ihre Daten und minimiere Lock-in-Effekte. Dadurch würden die Marktmacht der dominierenden Online-Plattformen begrenzt und wettbewerbliche Zielsetzungen gefördert. Im Ergebnis komme dem Wettbewerbs- und Regulierungsrecht beim Schutz von Daten also eine wichtige Rolle zu. Letztlich sei ein Zusammenspiel aller relevanten Rechtsmaterien, einschließlich des Datenschutz- und Verbraucherschutzrechts erforderlich, um auch in Zeiten des digitalen Wandels ein hohes Datenschutzniveau zu gewährleisten.

2. Diskussion

In der Diskussion sprach sich Professor Maik Wolf (Berlin) gegen die Anerkennung eines eigentumsähnlichen Rechts an Daten aus. Es würden sich unüberwindbare Abgrenzungsprobleme stellen. Außerdem sei unklar, wie über ein solches Recht verfügt werden solle. Im Kartellrecht könne es sehr schwierig sein, Daten bestimmten Märkten zuzuordnen, was aber für deren Heranziehung bei der Bestimmung marktbeherrschender Stellungen erforderlich sei. Fast alle Unternehmen sammelten heute Daten. Deren

wettbewerbliche Relevanz sei aber oft nicht leicht zu bestimmen. Professor Körber wies darauf hin, dass das Recht auf Datenübertragbarkeit im Ergebnis kleine Unternehmen sogar behindern könne, weil es für diese schwerer sei als z.B. für Google oder Facebook, die technischen Voraussetzungen der Datenübertragbarkeit zu erfüllen. Er teile die Einschätzung von Professor Paal, das Daten nicht mit Rohstoffen oder Geld gleichgesetzt werden könnten und kritisierte vor diesem Hintergrund die Beschlüsse der Zivilrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, die teils – etwa in Bezug auf das geforderte Widerrufsrecht – die Besonderheiten der Datenökonomie verkannt hätten. Auch Datenschutz über das Kartellrecht zu gewährleisten, halte er für gefährlich. Wenn Datenschutzverstöße als Kartellverstöße anerkannt würden, könnte dies auch für andere Gesetzesverstöße gefordert werden. Es sei dann eine uferlose Ausdehnung des Kartellrechts zu befürchten. Professor Heike Schweitzer (Berlin) warf die Frage auf, ob es im Bereich der digitalen Märkte tatsächlich Fallgruppen gäbe, die mit der Essential-Facility-Doktrin erfasst werden sollten. Außerdem frage sie sich, ob Marktmacht auch im Datenschutzrecht berücksichtigt werden könne bzw. sollte. Dann könnten kleinere Unternehmen weniger strengen Anforderungen unterworfen werden. Außerdem wies sie darauf hin, dass zwischen Datenübertragbarkeit und der Interoperabilität von Daten unterschieden werden müsse. Letztere sei nur durch eine Standardisierung der Angebote zu erreichen, die aber niemand wolle. Professor Alexander hob hervor, dass bei der Suche nach geeigneten Instrumenten immer darauf geachtet werden müsse, um welche Funktion des Datenschutzes es gehe. Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts werde man mit dem Kartellrecht z.B. nicht beikommen können, der missbräuchlichen Kommerzialisierung von Daten aber schon. Professor Burgi warf die Frage auf, welche Rolle dem Regulierungsrecht zukommen solle. Wenn man schon die Essential-Facility-Doktrin anwenden wolle, liege doch nicht fern, dass es sich bei Online-Plattformen um die „fünfte Netzwirtschaft“ handeln könnte. Er stelle sich deshalb die Frage, ob insoweit ein Regulierungsbedarf bestehe. Professor Paal verneinte dies und erläuterte, dass die aktuellen datenökonomischen Probleme seiner Ansicht nach mit den Instrumenten des Kartellrechts und des Lauterkeitsrechts gelöst werden könnten. Eine Regulierung könne aber beispielsweise erforderlich werden, um außerökonomische Schutzgüter, so insbesondere die Meinungsvielfalt, im Internet zu sichern.

V. Themenblock 4: Telekommunikation im Wandel – What to do with OTT? Die Regulierung von Gmail, WhatsApp & Co. *de lege ferenda*⁶

1. Referate

Im vierten Themenblock wurde die Frage diskutiert, ob und ggf. wie sog. OTT-Dienste⁷ reguliert werden sollten. Professor Kühling unterschied dabei zwischen Internet-Kommunikationsdiensten (auch OTT-I-Dienste) und Internet-Inhaltsdiensten (auch OTT-II-Dienste), beschränkte seine Ausführungen auf Erstere und differenzierte sodann drei Unterarten von OTT-I-Diensten weiter aus: (1) Webmail-Dienste (z.B. Gmail), (2) Internet-Telefonie (z.B. Skype) und (3) Instant-Messaging (z.B. WhatsApp). Fraglich sei zunächst, ob diese Dienste bisher schon dem Telekommunikationsrecht unterfielen. Erst im Juli 2012 sei die Bundesnetzagentur das Thema angegangen und habe im Teilbereich der Webmail-Dienste Google aufgefordert, in Hinblick auf Gmail der Meldepflicht nach § 6 Abs. 1 TKG nachzukommen. Das VG Köln habe sich der Einschätzung der Bundesnetzagentur angeschlossen, dass es sich bei Gmail um einen Telekommunikationsdienst handle. Mittlerweile liege der Fall beim OVG Münster. Es sei beklagenswert, dass die Gerichte die Frage dem EuGH bislang nicht vorgelegt haben. Materiell gehe es um die Auslegung von § 3 Nr. 24 TKG sowie Art. 2 lit. c der sog. Rahmenrichtlinie.⁸ Er selbst sei der Meinung, dass OTT-I-Dienste regelmäßig als Telekommunikationsdienste einzustufen seien. Die Dienste seien entgeltlich, da ihnen ein mehrseitiges Geschäftsmodell zugrunde liege. Auch eine „Übertragung von Signalen“ könne angenommen werden, da es bei einer am Zweck des Gesetzes ausgerichteten, funktionalen Betrachtung primär auf die Empfängersicht ankomme und die OTT-I-Anbieter maßgeblichen Anteil daran hätten, dass die Kommunikation des Senders auch tatsächlich beim Empfänger ankomme. Die Meldepflicht gemäß § 6 Abs. 1 TKG gelte also auch für Anbieter von

6 Referenten: Prof. Dr. Jürgen Kühling, Universität Regensburg; Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Universität Leipzig; Moderation: Prof. Dr. Torsten Körber, Georg-August-Universität Göttingen.

7 „OTT“ steht für „*over-the-top*“. Gemeint ist die Übermittlung von Audio-, Video- und anderen Medieninhalten über das Internet, ohne Kontrolle und Einflussnahme eines Internet-Service-Providers (z.B. T-Online).

8 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. 2002 L 108/33.

OTT-I-Diensten. Im Übrigen sei das „Wie“ der telekommunikationsrechtlichen Regulierung von OTT-I-Diensten noch weiter auszuloten. Klassische Kundenschutzvorschriften, die den Preishöhenmissbrauch o.ä. bekämpfen, seien in der Regel nicht erforderlich, da OTT-I-Dienste für den Kunden meist kostenlos seien. Auch Fragen der klassischen Marktregulierung stellten sich nicht. Oft werde allerdings die fehlende Interoperabilität der Dienste als Regulierungsproblem benannt. Anders als z.B. Sprachtelefonie und SMS seien OTT-I-Dienste (v.a. Instant-Messaging und Internet-Telefonie) oft geschlossene Systeme. Einige Ökonomen hielten dies jedoch für unkritisch, da die Dienste verschiedener Anbieter parallel genutzt werden könnten und keine Wechselkosten entstünden. Eine solche Sichtweise lasse aber außer Betracht, dass bei der Nutzung eines OTT-I-Diensts (etwa WhatsApp) in der Regel umfangreiche Daten zur Verfügung gestellt werden müssten. Dennoch sei er skeptisch, ob eine Interoperabilität von OTT-I-Diensten notwendig sei. Den Schwerpunkt der Regulierung sehe er vielmehr im Datenschutzrecht. Dafür müsse das Datenschutzsystem aber optimiert werden. Auch der institutionelle Rahmen der Telekommunikationsregulierung sei verbesserungswürdig. Abschließend ging Professor Kühling noch kurz auf den Entwurf eines Europäischen Kodexes für die elektronische Kommunikation (EKEK) ein, mit dem u.a. eine neue Subkategorie der „interpersonellen Kommunikationsdienste“ geschaffen werden solle und damit künftig klar sei, dass OTT-I-Dienste dem Telekommunikationsrecht unterliegen.⁹

Professor Hubertus Gersdorf (Leipzig) ging ebenfalls zunächst auf die rechtliche Qualifizierung von OTT-I-Diensten ein. Anders als Professor Kühling sei er der Meinung, dass OTT-I-Dienste bisher nicht der Telekommunikationsregulierung unterfielen. Es fehle an einer „Übertragung von Signalen“ i.S.v. § 3 Nr. 24 TKG. Dafür sei eine tatsächliche oder rechtliche Kontrolle über den Vorgang der Signalübertragung erforderlich, die Anbieter von OTT-I-Diensten jedoch nicht hätten. Die Adressierung von Signalen könne entgegen der Ansicht des VG Köln nicht genügen, da jeder Telekommunikationsvorgang eine solche Adressierung voraussetze. Zur Beantwortung der Frage, ob OTT-I-Dienste in Zukunft reguliert werden sollten, müsse der (vermeintliche) Regulierungsbedarf genau analysiert werden. Nur in strukturell vermachteten Märkten ergebe sich ein ho-

⁹ *Europäische Kommission*, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code, COM(2016) 590 final.

her Regulierungsbedarf. Die universelle und ubiquitäre Vernetzung erschwere eine klare Abgrenzung des Regulierungsgegenstands, die aber notwendig sei, wenn die Regulierung nicht uferlos ausgeweitet werden solle. Eine Marktregulierung halte er im Bereich der OTT-I-Dienste nicht für erforderlich. Auch die Vorgabe einer Zusammenschaltung/Interoperabilität dieser Dienste sei nicht notwendig, da beliebig viele Dienste parallel genutzt werden könnten (sog. *Multihoming*). Eines klassischen Kundenschutzes bedürfe es ebenfalls nicht, da ein Anbieterwechsel problemlos möglich sei, insbesondere angesichts des in Art. 20 der Datenschutzgrundverordnung verankerten Grundsatzes der Datenübertragbarkeit. Außerdem bestehe keine monetäre Entgeltbeziehung zwischen Anbieter und Nutzer. Im Mittelpunkt stehe stattdessen die Nutzung von Daten, weshalb dem Datenschutz entscheidende Bedeutung zukomme. Dieser sei als „Datensouveränitätsschutz“ zu verstehen, der nicht nur ein Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten umfasse, sondern auch ein Recht auf deren freiwillige Preisgabe. Auch die Preisgabe von Daten sei eine Grundrechtsbetätigung, die der Staat zu respektieren habe. Wichtig sei es, ein „*level playing field*“ für die Anbieter klassischer Telekommunikationsdienste und die Anbieter von OTT-I-Diensten zu schaffen. Dasselbe gelte für die Anbieter (linearen) Rundfunks und die Anbieter von OTT-II-Diensten. Bisher sei der klassische Rundfunk privilegiert, z.B. durch das sog. Medienprivileg, das journalistische Tätigkeit von zahlreichen Datenschutzbestimmungen ausnehme. Zur Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen sei zu erwägen, das Medienprivileg auch auf Online-Plattformen und Intermediäre (sog. „Fünfte Gewalt“) zu erstrecken. Auch andere rechtliche und faktische Schlechterstellungen von OTT-II-Diensten müssten beseitigt werden. Insgesamt dürfe von regulatorischen Maßnahmen erst Gebrauch gemacht werden, wenn ein konkreter Regulierungsbedarf feststehe. Zuvor müsse der Wettbewerb eine Chance erhalten.

2. Diskussion

Professor Markus Ludwigs (Würzburg) warf die Frage auf, ob man nicht auch die Entgeltlichkeit von OTT-Diensten bei der Prüfung von § 3 Nr. 24 TKG stärker problematisieren müsse. Aus der Entstehungsgeschichte der Rahmenrichtlinie gehe hervor, dass der enge Begriff der Entgeltlichkeit dem Begriff der Kommerzialität ausdrücklich vorgezogen worden sei. Auch der Entwurf eines Europäischen Kodexes für die elektronische

Kommunikation setze weiter einen entgeltlichen Dienst voraus. Professor Kühling verwies darauf, dass die weite Auslegung des Merkmals der Entgeltlichkeit auf die Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit zurückgehe, die ebenfalls keine pekuniäre Entgeltlichkeit verlange. Professor Gersdorf ergänzte, dass nach der Rechtsprechung zum Rundfunkrecht kein Synallagma erforderlich sei, sodass es für die Entgeltlichkeit genüge, dass „irgendjemand“ den Dienst vergüte. Professor Schuler-Harms stellte zur Diskussion, ob sich eine „Datenregulierung“ nicht in Analogie zur Entgeltregulierung begründen lasse. Wegen der starken Netzwerkeffekte fühlten sich viele Nutzer „gezwungen“, bestimmte OTT-Dienste zu nutzen. Für den Zugang zu den Diensten müssen sie jedoch Daten preisgeben, die letztlich als „Entgelt“ anzusehen seien. Professor Matthias Knauff (Jena) wies darauf hin, dass ein Regulierungsgrund darin gesehen werden könne, dass Nutzer typischerweise die Folgen der Preisgabe ihrer Daten nicht beurteilen könnten. Insbesondere seien sie nicht in der Lage, den Wert ihrer Daten einzuschätzen. Professor Wolf unterstützte die Forderung nach einem funktionalen Verständnis der Telekommunikationsregulierung, gab aber zu bedenken, dass auch die Zwecke des Telekommunikationsgesetzes in Hinblick auf einen bestimmten Technikstand formuliert wurden. Professor Körber warnte davor, die Preisgabe von Daten mit der Zahlung eines Entgelts gleichzusetzen. Dies sei nicht sachgerecht und könne zu Folgeproblemen führen. Professor Gersdorf betonte nochmals, dass in der Verfügbarkeit von Daten auch große Chancen lägen. Solange nicht klar sei, dass die negativen Effekte einer Preisgabe die positiven Effekte deutlich überwögen, müsse sich der Staat mit einer Regulierung zurückhalten. Professor Kühling erklärte, dass die teilweise geforderte Transparenz allein nicht weiterhelfe, da die Nutzer von OTT-Diensten kein Gefühl für den Wert ihrer Daten hätten. Dies lasse sich auch nicht beheben, weil es für Daten keinen objektiven Wert gebe. Es werde deshalb zwangsläufig ein Vertrag mit unbestimmtem Preis geschlossen. Die Nutzer würden dies oft hinnehmen, weil es an Alternativen fehle. Professor Schneider unterstützte diese Einschätzung und erklärte, dass er das Problem vor allem darin sehe, dass wegen starker Netzwerkeffekte oft keine Ausweichmöglichkeiten bestünden. Die Nutzer würden sich schon für den Schutz ihrer Daten interessieren, wollten aber von der Nutzung für sie wichtiger Dienste nicht ausgeschlossen bleiben. Auch Professor Lange kritisierte, dass ungleiche Verhandlungspositionen auf vielen digitalen Märkten der Ausübung von Privatautonomie entgegenstünden.

VI. Themenblock 5: Grundsatzfragen¹⁰

1. Referate

Professor Jochen Mohr (Dresden) eröffnete den abschließenden Themenblock über Grundsatzfragen des Regulierungsrechts mit einem Vortrag über das Verhältnis von wirtschaftlicher Macht und Innovationen am Beispiel der novellierten Anreizregulierungsverordnung (ARegV). Nach einer kurzen Einführung in die Idee und Funktionsweise der Anreizregulierung sowie in die im September 2016 beschlossenen Neuerungen erläuterte Professor Mohr zunächst den ökonomischen Begriff der Innovation. Zur Strukturierung der Diskussion unterschied er mit *Joseph Schumpeter* vereinfachend drei Hauptphasen des technischen Fortschritts, nämlich die Invention, die Innovation und die Diffusion. In der Innovationstheorie sei anerkannt, dass der Staat Innovationen kaum unmittelbar anreizen könne, weil ihm hierfür in der Regel das notwendige „Lenkungs- und Regulierungswissen“ fehle. Vor diesem Hintergrund stehe die Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen im Vordergrund, insbesondere durch einen wirksamen Wettbewerbsprozess. Die Bedeutung wirtschaftlicher Macht für Innovationen sei ambivalent: Machtstellungen könnten die Innovationskraft von Unternehmen sowohl befördern als auch behindern, weshalb sich der Staat grundsätzlich auf eine allgemeine Funktionssicherung der Märkte beschränken solle. In den Netzwirtschaften sei die Situation allerdings komplizierter, da diese von natürlichen Monopolen geprägt seien. Auch hier könne jedoch durch eine sektorspezifische Zugangs-, Entgelt- und Entflechtungsregulierung eine Situation wie bei wirksamem Wettbewerb simuliert werden. Zur Gewährleistung wettbewerbsanaloger Netzentgelte sei die Anreizregulierung das beste verfügbare Instrument. Sie setze die Netzbetreiber für die Dauer der fünfjährigen Regulierungsperiode einem Effizienzdruck aus, durch den diese einen endogenen Anreiz zu kosteneffizientem und innovativem Verhalten erhielten. Durch die Anreizregulierung werde sichergestellt, dass Produktivitätssteigerungen durch Innovationen während des Laufes der Regulierungsperiode den Netzbetreibern unmittelbar zugutekämen. Zudem erhielten sie eine angemessene, risikoangepasste Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals. Die Anreizregulie-

10 Referenten: Prof. Dr. Jochen Mohr (Technische Universität Dresden); Prof. Dr. Heike Schweitzer (Freie Universität Berlin); Moderation: Prof. Dr. Andreas Fuchs (Universität Osnabrück).

zung als solche sei deshalb das beste Instrument, um Innovationen in den Netzwirtschaften zu stimulieren. Vermeintlich zielgerichtetere Maßnahmen seien hingegen in der Regel nicht erfolgversprechend. § 25a ARegV, mit dem der Verordnungsgeber bestimmte Forschungs- und Entwicklungskosten von den Effizienzvorgaben der Anreizregulierung ausnehme, setze einen ökonomischen Fehlanreiz, der bei ökonomisch rationalem Verhalten der Normadressaten zu einer nicht beabsichtigten Verschiebung der Innovationstätigkeit auf das Basisjahr der nächsten Regulierungsperiode führen könne. Unter dem Aspekt der Innovationsförderung sei es zudem kritisch zu sehen, wenn der Verordnungsgeber mit der ARegV-Novelle 2016 die Anreize für effizientes Verhalten reduziere, indem er eine Cost-plus-Regulierung implementiere; denn Monopolisten agierten nicht nur kostenineffizient, sondern auch innovationsavers. In diese Richtung gehe insbesondere der neu eingeführte Kapitalkostenabgleich für Verteilernetzbetreiber. Auch im Rahmen der ARegV könnten die Innovationsanreize weiter präzisiert werden. So setze eine Regulierungsperiode von fünf Jahren eher kurzfristige Innovationsanreize. Auch der neu eingeführte Effizienzbonus schaffe insoweit nur begrenzt Abhilfe. Problematisch sei zudem, dass bislang Kapitalkosten bevorzugt würden, obwohl Innovationen in intelligente Netztechnik häufig mit einer Reduzierung der Kapitalkosten bei gleichzeitiger Steigerung der Betriebskosten einhergingen.

Im abschließenden Referat analysierte Professor Schweitzer neue Vermachtungs- und Missbrauchsgefahren in der digitalen Welt und untersuchte, welcher Handlungsbedarf insoweit für die Wettbewerbsbehörden besteht. In ihrer Einleitung wies Professor Schweitzer zunächst darauf hin, dass die Digitalisierung bisher eine bedeutende Quelle von Innovation und Wettbewerb sei. Gleichzeitig gebe es jedoch eine verbreitete Sorge vor neuen Machtlagen und Missbrauchsgefahren. Eine neue bilaterale Gefährdungslage werde oft in der massenweisen Erhebung personenbezogener Daten gesehen. Die Europäische Kommission habe hierauf mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Dienste reagiert,¹¹ in dem „Daten als Entgelt“ anerkannt würden. Es sei aber zweifelhaft, ob mit dem Vertragsrecht das richtige Instrument gewählt worden sei, um bilateralen Gefährdungslagen zu begegnen. Die Übermittlung von Daten ähnele eher einem Dauerschuldverhält-

11 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM(2015) 634 endg.

nis als einem Austauschvertrag. Außerdem sei der Wert von Daten oft ungewiss, sodass *de facto* ein Vertrag mit unbekanntem Preis geschlossen werde. Die Richtlinie führe möglicherweise sogar zu einer Schlechterstellung des Verbrauchers. Im Ergebnis würden weder die Privatautonomie noch der Wettbewerb gestärkt. Ein wirksamer Schutz sei demgegenüber eher vom Datenschutzrecht zu erwarten. Die neue Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) könne zu einer „Materialisierung“ der Anforderungen an die Freiwilligkeit der Einwilligung führen. Insbesondere das neue Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DSGVO lege dies nahe. Für die Befugnis zur Datennutzung werde es dann in Zukunft primär auf eine Interessenabwägung ankommen. Diese müsse konkretisiert und für wichtige Anwendungsfälle standardisiert werden. Mit neuen Marktmachtlagen sei das Wettbewerbsrecht konfrontiert. Insoweit enthalte der unlängst veröffentlichte Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle einige hilfreiche Klarstellungen. Die Erfassung unentgeltlicher Leistungen als relevante Marktbeziehungen gemäß § 18 Abs. 2a GWB n.F. sei insbesondere dann sinnvoll, wenn von Verhaltensweisen im Kontext solcher Leistungsbeziehungen Verdrängungswirkung auf Drittmärkten ausgehen. Die Konkretisierung relevanter Faktoren zur Bestimmung der Marktmacht bei „mehreseitigen Märkten und Netzwerken“ gemäß § 18 Abs. 3a GWB n.F. sei ebenfalls eine nützliche Klarstellung. Weitergehender Änderungsbedarf bestehe hinsichtlich der Dauer von Missbrauchsverfahren, die oft zu lang sei, um auf wettbewerbswidriges Verhalten auf dynamischen Märkten schnell zu reagieren. Hierfür komme eine Änderung der Prüfungsmethodik in Betracht. Statt erst aufwändig den relevanten Markt zu definieren und Marktmacht festzustellen, könnten die Wettbewerbsbehörden zunächst die Verdrängungswirkung des fraglichen Verhaltens untersuchen und sodann prüfen, ob diese durch ein durch Wettbewerb nicht kontrolliertes Verhalten verursacht sei. Schließlich sprach sich Professor Schweitzer noch gegen eine Regulierung digitaler Märkte aus. Bisher gebe es keine Probleme, die sich nicht mit dem Wettbewerbsrecht lösen ließen. Regulierung sei ein schwerwiegender Eingriff, der in der Regel mit hohen Irrtumskosten verbunden sei. Dafür brauche es eine starke Rechtfertigung, an der es gegenwärtig fehle. Die Herausforderungen digitaler Märkte ließen sich mit Marktverhaltensregeln und Datenschutzbestimmungen erfolgreich bewältigen.

2. Diskussion

In der Diskussion vertiefte Professor Wolf zunächst das Verhältnis von wirtschaftlicher Macht und Innovation. Erfahrungen mit dem Kartellrecht hätten gezeigt, dass wirtschaftliche Macht nicht erforderlich sei, um Innovationen zu erzeugen. Deshalb könnten z.B. Zusammenschlüsse nicht allein mit dynamischen Effizienzen gerechtfertigt werden. Maßgeblicher Treiber von Innovationen sei allein der Wettbewerb. Professor Pielow stimmte mit Professor Mohr überein, dass der regulatorische Grundsatz der Kosteneffizienz auch bei der Förderung von Innovationen nicht aus den Augen verloren werden sollte. Professor Schmidt-Preuß beklagte, dass die Regelungen der Anreizregulierungsverordnung nicht kohärent seien, da die Effizienzvorgaben für die Netzbetreiber an einigen Stellen verschärft, an anderen Stellen aber gelockert würden. Auch eine Abstimmung mit der geplanten Novelle der Stromnetzentgeltverordnung habe der Verordnungsgeber versäumt. Professor Ludwigs wies darauf hin, dass eine allzu strenge Fokussierung auf Kosteneffizienz die Entwicklung dynamischer Effizienz erschweren würde. Innovationen setzten einen gewissen Spielraum der Unternehmen voraus. Professor Säcker stimmt der Kritik von Professor Mohr an § 25a ARegV zu. Viel zu viele Kosten seien mittlerweile den Effizienzvorgaben der Anreizregulierungsverordnung entzogen. Dadurch sei deren Funktionsfähigkeit zunehmend bedroht.

Professor Kühling schloss sich der Einschätzung von Professor Schweitzer an, dass eine Regulierung der digitalen Märkte nicht erforderlich sei. Eine klassische *ex ante* Regulierung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil unklar sei, worauf sie sich beziehen solle. Hinsichtlich der Datenschutzgrundverordnung sei er skeptisch, mit welchem Ergebnis der Europäische Gerichtshof die teils gegenläufigen Interessen abwägen werde. Professor Schneider begrüßte Professor Schweitzers Ansatz, zur Bewältigung bilateraler Machtlagen vor allem auf die Datenschutzgrundverordnung zu setzen. Allerdings seien Daten auch für öffentliche Zwecke sehr bedeutsam. Daher stelle er sich die Frage, ob nicht insoweit eine Regulierung der Datennutzung erforderlich sein könne. Professor Säcker stimmte Professor Schweitzer zu, dass es sinnvoll wäre, auf digitalen Märkten zunächst die Verdrängungswirkung möglicherweise wettbewerbswidrigen Verhaltens zu untersuchen, um die Prüfung zu beschleunigen. Werde eine Verdrängungswirkung festgestellt, könnte eine marktbeherrschende Stellung widerleglich vermutet werden. Wie bei der Oligopolvermutung obläge es dann den betroffenen Unternehmen, die Vermutung zu

Carsten König

entkräften. Professor Weyer betonte die unterschiedlichen Schutzzwecke des Datenschutzrechts einerseits und des Kartellrechts andererseits. Diese ließen ihn zweifeln, ob es in Zukunft tatsächlich zu einer engeren Verzahnung der beiden Rechtsgebiete und ihrer Instrumente kommen könne.

VII. Mitgliederversammlung

In der anschließenden, von Professor Körber geleiteten Mitgliederversammlung der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht wurde Professor Ludwigs einstimmig in den Vorstand der Vereinigung gewählt.¹² Außerdem bestimmten die Mitglieder der Vereinigung Professor Kühling zum zweiten geschäftsführenden Vorstandsmitglied neben Professor Körber. Die Mitglieder verständigten sich darauf, dass künftige Tagungen und Mitgliederversammlungen im Abstand von ungefähr 18 Monaten abgehalten werden sollen. Die nächste Tagung der Vereinigung wird in Regensburg stattfinden.

12 Der Vorstand der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht besteht somit derzeit aus den folgenden sechs Mitgliedern: Prof. Dr. Andreas Fuchs (Osnabrück), Prof. Dr. Torsten Körber (Göttingen, geschäftsführend), Prof. Dr. Jürgen Kühling (Regensburg, geschäftsführend), Prof. Dr. Markus Ludwigs (Würzburg), Prof. Dr. Matthias Ruffert (Berlin) und Prof. Dr. Daniel Zimmer (Bonn).