

NEWSLETTER

Nr. 46 April 2007

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
Vorwort.....	1
Kölner Tage des IT-Rechts	2
Neuregelungen der Telekommunikationsüberwachung	4
Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern und deren Gesellschaften	5
Aufhebungsvertrag oder nachträgliche Befristung.....	7
Antrag von Telekom Austria auf Erstattung von Universaldienstkosten	7
TAL-Entgelte 2007-2009	9
IRG-Veröffentlichung zur Best-Practice bei der Ermittlung der Kapitalkosten.....	10
“Wechselspiel der Höchstgerichte” – Entscheidung des BVerwG zu BuGG	11
Stand, Entwicklung und europäische Politik zu transeuropäischen Netzen	12
Kann Bayern den europäischen Handy-TV-Standard blockieren?.....	13
Termine	15
Impressum.....	15

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass der bereits in der letzten Ausgabe unseres Newsletters angekündigte Umzug von JUCONOMY Rechtsanwälte und JUCONOMY Consulting AG reibungslos vonstatten gegangen ist. Laufende Arbeitsprojekte wurden durch den Umzug so gut wie nicht betroffen – ein großes Lob an die beteiligten Fachfirmen sowie an unser Mitarbeiterteam. Durch die Zusammenführung unserer bisher 3 Bürostandorte in Düsseldorf an einen gemeinsamen Standort erhoffen wir uns weitere Synergien. Wir würden uns sehr freuen, Sie demnächst in unserem neuen Büro in der Graf-Recke-Straße 82 begrüßen zu dürfen!

Wir hoffen, mit unserem aktuellen Newsletter eine interessante Auswahl an Beiträgen und Informationen für Sie zusammengestellt zu haben, und wünschen viel Vergnügen bei deren Lektüre sowie frohe Osterfeiertage!



Sie erreichen uns mit Anfragen, Kritik und Anregungen gerne unter newsletter@juconomy.com

Dieses Jahr fanden die Kölner Tage des IT-Rechts zu dem Thema „Geschäfte mit Netzinhalten rechts-sicher gestalten“ unter dem Vorsitz von Herrn Professor Dr. Thomas Dreier und dem Verfasser dieser Zeilen statt. Die Tagung befasste sich mit zwei großen Themenschwerpunkten, zum einen der Organisation und der sicheren Nutzung der Netze, zum anderen mit der Verwaltung von Inhalten und Haftung. Die Themen spiegeln die weiterhin gewachsene Bedeutung der Geschäfte über das Netz wohl angemessen wider. Im Folgenden soll eine kurze Zusammenfassung der unterschiedlichen Referate gegeben werden:

- Das Einleitungsreferat hielt der Verfasser über das Thema der **Bedeutung der Netze** für die Inhalte und deren Vertrieb. Bei vielen IT-Dienstleistungen und Mehrwertdiensten wird regelmäßig übersehen, dass die Dienstleistung über Telekommunikationsnetze erbracht wird (nicht nur bei telekommunikationsgestützten Mehrwertdiensten, sondern auch bei inhaltlichen Angeboten wie Google oder Amazon, aber eben auch bei IT-Diensten wie ASP oder Remote Computing). Der Vortrag ging zum einen auf das aktuelle Stichwort der Netzneutralität ein, unter dem die Diskussion abläuft, inwieweit Telekommunikationsnetzbetreiber entweder den Transport bestimmter Daten (bzw. Anwendungen) gänzlich unterbinden (etwa für Skype oder VPN-Anwendungen) oder aber unterschiedliche Inhalte mit unterschiedlicher Priorität behandeln (Quality of Service). Daneben wurden Kooperationen und Konvergenz am Beispiel der Zusammenarbeit zwischen Inhalteanbietern und Netzbetreibern diskutiert (z.B. Triple oder Quadruple Play).
- Daran anschließend referierte Herr Rechtsanwalt Dr. Bräutigam über das **Application Service Providing** (Outsourcing über das Netz), das in 2001/02 heftig diskutiert wurde und jetzt wieder belebt zu werden scheint. Er beschrieb (ausgehend von dem Inhalt von ASP-Leistungen) zunächst ausführliche die schwierige rechtliche Einordnung des ASP-Vertrags und diskutierte ausgewählte Sonderprobleme zum Datenschutz und § 203 StGB, gab aber auch konkrete Tipps zur Vertragsgestaltung.
- Daran anschließend wendete sich Rechtsanwalt Dr. Geis dem Bereich **Authentifizierung und Anonymität** im Netz zu. In einem durch trockenen Humor geprägten Vortrag stellte er das Desaster der qualifizierten elektronischen Signatur vor, bevor er sich dem Recht auf Anonymität als Bestandteil des Persönlichkeitsrechtes zuwendete. Ausgehend vom informationellen Selbstbestimmungsrecht in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes diskutierte er anschließend Überwachung und Datenabruf im Internet.
- Einen Streifzug durch die Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle leitete dann das Referat von Rechtsanwalt Härting zum Thema **Kundenschutz im Internet** ein. Er diskutierte die aktuelle Rechtsprechung zu der Frage, ob die Widerrufsfrist im Rahmen des Fernabsatzrechtes erst nach einem Monat abläuft. Anwesende Mitarbeiter der Firma ebay teilten ihre Einschätzung mit, dass diese neuere Rechtsprechung, die zu einer Verlängerung der Widerrufsfrist von zwei Wochen auf einen Monat führen würde, offensichtlich nicht zu einer großen Beunruhigung bei den Powersellern geführt habe. Anschließend zog der Referent eine Zwischenbilanz zu § 312i BGB und zur Impressumspflicht.
- Das anschließende Referat unseres Kollegen Jens Eckhardt befasste sich mit dem Thema **Online-Marketing** - von der einfachen E-Mail zum personalisierten und profilgestützten Marketing. Einleitend beschrieb er die rechtlichen Eckpunkte des E-Mail-Marketings als einer tragenden Säule des Online-Marketings. Er betonte, dass sowohl Wettbewerbs- als auch Datenschutzrecht eine wesentliche Rolle bei dieser Marketingform spielen und setzte sich mit dem Spannungsfeld von UWG, TKG sowie Telemediengesetz auseinander. Anschließend erörterte er die Frage, was mit

Blick auf Personalisierung und Profilierung der Unternehmer überhaupt vom Betroffenen wissen dürfe.

- Mit einem weiteren sehr aktuellen Thema wurde dann die Tagung durch Rechtsanwalt Dr. Grütz-macher fortgesetzt, der sich mit der **Software als Handelsgut** und der Reichweite der urheber-rechtlichen Erschöpfung befasste. Ausgehend von der Definition der Erschöpfungslehre und des Verbreitungsrechts diskutierte er die Übertragbarkeit von Lizenzen nach allgemeinen Grundsätzen sowie die aktuelle Problematik des Online-Kaufes von Software mit anschließendem Handel von Gebrauchtssoftware, insbesondere bei Volumen- und Konzernlizenzen.
- Der zweite Tag der Tagung begann mit einem Referat von Rechtsanwalt Dr. Wuermeling zum Thema **Digital Rights Management in Lizenzverträgen**. Der Anwaltskollege beschrieb zunächst typische Lizenzverträge im Massengeschäft und die Rolle der Verwertungsgesellschaften in die-sem Zusammenhang. Ausführlich setzte er sich mit den Anforderungen an die Abrechnung und die Prüfbarkeit sowie die Gestaltung von Auditklauseln in Lizenzverträgen auseinander. Anschlie-ßend diskutierte er die praktische Durchführung von Audits und mögliche Verfahren zur Verbesse-rung der Prüfbarkeit.
- Daran anschließend befasste sich Professor Dr. Dreier mit den **Persönlichkeitsrechten**. Sein Vortrag konzentrierte sich in einer außerordentlich unterhaltsamen und fundierten Art ausgehend von dem Bild am Totenbett von Bismarck bis heute mit den Begriffen von Persönlichkeit und Öff-entlichkeit im Wandel. Ausgehend von der Erscheinung der Paparazzi, die er unter dem Stichwort „Fotojournalismus als Volkssport“ behandelte, ging er über zum Aspekt des Webposting im Span-nungsfeld zwischen Exhibitionismus und Mobbing. Er schloss sein Referat mit dem Problem ab, dass die Rechtsverfolgung von Verstößen gegen das Persönlichkeitsrecht im Netz zunehmend schwerer würde und daher Persönlichkeitsrechtsverletzungen nur außerordentlich schwer zu ahn-den sind.
- Anschließend diskutierte Privatdozent Dr. Leistner über ein weiteres Schwerpunktgebiet der letz-ten Jahre, nämlich die **Verantwortung und Störerhaftung**. In einem wissenschaftlich außeror-dentlich gut aufbereiteten und fundierten Beitrag beschrieb er die Ursprünge der Störerhaftung in der Rechtsprechung des BGH seit Mitte der fünfziger Jahre, bevor er sich der Haftungsprivilegie-rung nach TDG und MDStV bzw. deren Nichtanwendbarkeit zuwendete. Dabei beschrieb er auch einzelne Anwendungsfälle der Störerhaftung im Internet in jüngerer Rechtsprechung, z.B. bei der Domain-Vergabe, bei bestimmten Linking-Formen sowie im Zusammenhang mit Versteigerungs-plattformen und P2P-Systemen.
- Der abschließende Vortrag von Herrn Professor Dr. Hoeren befasste sich mit den **Rechtsfragen des Web 2.0**. In dem wie üblich ohne Powerpointfolien in freier Rede vorgetragenen lebhaften Re-ferat diskutierte er kurz verschiedene Probleme des Web 2.0 wie Konvergenz (mit den Themen Access, Video on Demand, Webradio), am Beispiel des Verkaufs von YouTube die Fragen Urhe-bergesetz, Datenschutz und Persönlichkeitsrecht, sowie Lokalisierung, Targeting und die Haftung von Intermediären.

Die Tagung zeigte insgesamt, dass noch viele Fragestellungen offen sind. Das Geschäft über das Netz bietet kaufmännisch viele Chancen, für die Beteiligten oder auch Betroffenen aber mindestens genau so viele Risiken. Bei beiden Aspekten sind nicht nur die Kaufleute, sondern auch die Juristen gefragt, um adäquate Regelungen und Lösungen zu finden, die die beteiligten Interessen möglichst angemessen berücksichtigen.

Weitere Informationen: RA Dr. Fabian Schuster, Tel.: +49 (211) 68 78 88-28
Email: schuster@juconomy.com

Neuregelungen der Telekommunikationsüberwachung

Der Referentenentwurf des „Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ liegt aktuell vor. Durch das Gesetz soll der Bereich der Telekommunikationsüberwachung novelliert werden.

Im Kern geht es darum, die bisherigen Regelungen über die Telekommunikationsüberwachung in der StPO neu zu gestalten. Insbesondere betrifft das den Zugriff auf die Inhalte und die Verkehrsdaten nach § 100a StPO und den Zugriff auf die Verkehrsdaten nach § 100g StPO. Darüber hinaus sollen in den §§ 110a, 110b TKG die Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten eingeführt und die bestehenden Bestimmungen über die Beauskunftung von Bestandsdaten geändert werden.

Nachfolgend möchten wir auf die besonders relevanten Punkte der Änderungen kurz eingehen:

- **Änderungen in der StPO**

Der Entwurf sieht vor, die bisher als Auskunftregelungen ausgestalteten Bestimmungen über die Telekommunikationsüberwachung in **Erhebungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden betreffend die Telekommunikation** umzugestalten. Das bedeutet, dass die Strafverfolgungsbehörden zukünftig insbesondere die Verkehrsdaten grundsätzlich eigenständig ohne die Mitwirkung der Telekommunikationsunternehmen erheben könnten. Sie haben zwar auch weiterhin die Möglichkeit, die Telekommunikationsunternehmen zur Auskunftserteilung zu verpflichten, sind darauf indes nicht mehr angewiesen, um die erforderlichen Daten zu erhalten.

Der Adressatenkreis der Verpflichtungen soll neu bestimmt werden. Während bisher „geschäftsmäßige Erbringer von Telekommunikationsdiensten“ verpflichtet sind, sollen zukünftig die „Erbringer von Telekommunikationsdiensten“ verpflichtet sein. Damit dürfte es als Neuerung vor allem zu **einer Erweiterung des Adressatenkreises auf die Binnenverhältnisse von Unternehmen kommen**. Denn während bisher Unternehmen, die eine private Nutzung der Kommunikationseinrichtungen ausschließen, von den Überwachungspflichten nicht betroffen sind, würde der Ausschluss der Privatnutzung zukünftig keine Ausnahmen mehr bewirken. Aus der Begründung des Referentenentwurfs ergibt sich, dass insbesondere diese Binnenverhältnisse auch das Ziel der Änderung sind.

Die bisher bestehende Auskunftspflicht über Verkehrsdaten nach § 100g StPO soll zu einer **Ausleitung von Verkehrsdaten in Echtzeit** umgestaltet werden. Es ist zu erwarten, dass die entsprechenden technischen Vorgaben über die Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) eingeführt werden. Aufgrund der geringeren Voraussetzungen an eine Anordnung nach § 100g StPO muss nach der Einführung mit einer hohen Anzahl solcher Maßnahmen gerechnet werden. Eine Entschädigung für die Vorhaltungskosten ist nicht zu erwarten, sondern nur für die Ausleitung im konkreten Einzelfall.

Die StPO soll in einem weiteren aus IT-Sicht relevanten Punkt ergänzt werden: Es soll zukünftig zulässig sein, im Rahmen von Durchsuchungsmaßnahmen nicht nur auf die vor Ort befindlichen Speichersysteme, sondern auch auf die anderenorts stehenden Speichersysteme zuzugreifen, sofern der Zugriff vor Ort initiiert wird. Relevant wird dies im Kontext von Application Service Providing und Outsourcing.

- **Einführung der Vorratsdatenspeicherung für Verkehrsdaten im TKG**

Die Pflicht zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten soll in die §§ 110a, 110b TKG eingeführt werden. Während – vereinfacht dargestellt – durch § 110a TKG festgelegt werden soll, welche Daten durch wen für sechs Monate zu speichern sind, soll § 110b TKG die Art der Beauskunftung regeln. Nach dem bisherigen Stand des Entwurfs soll nur eine Speicherung erfolgen, sofern die Daten ohne-

hin erhoben werden. Eine gesonderte Erhebungspflicht zum Zwecke der Vorratsdatenspeicherung soll nicht geschaffen werden. Die eigentliche Rechtsgrundlage für die Auskunftspflicht bleibt § 100g StPO. Nach der Systematik der Regelung sind die Verpflichteten nicht nur zur Speicherung der Daten, sondern auch zur konkreten, der Anfrage entsprechenden Auskunftserteilung verpflichtet. Das bedeutet, dass sie geeignete Systeme zur Auswertung der gespeicherten Datensätze vorzuhalten und diese im Übrigen gegen Zugriffe zu schützen haben. Eine Entschädigung wird nur für die Auskünfte in Einzelfall, nicht aber für die Vorhaltung der Systeme gewährt.

Die Pflicht trifft alle **Unternehmen, die „Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit“ erbringen**. Entscheidend ist damit, ob das Merkmal „für die Öffentlichkeit“ wie unter dem TKG 1996 Anbieter für geschlossene Benutzergruppen ausnimmt oder, wie jüngst vor allem im Rahmen des TKG 2004 unter Bezugnahme auf das europarechtliche Verständnis von Öffentlichkeit vertreten, sog. geschlossene Benutzergruppen nicht *per se* ausnimmt. Vereinfacht gesagt könnte jeder betroffen sein, der „Distanzkommunikation“ nicht nur einem privaten geschlossenen Kreis anbietet.

Problematisch wird die Kombination aus entschädigungsloser Vorhaltung und weitem Anwendungsbereich vor allem für kleinere Telekommunikationsunternehmen. Denn anders als in der TKÜV sind hier **keine Ausnahmen für kleine Unternehmen mit Blick auf die Sockelkosten solcher Einrichtungen** vorgesehen. Eine Übergangszeit bis zum 15.03.2009 ist nur für die Anbieter von Internet-Zugangsdiensten, Diensten der elektronischen Post und Internet-Telefondiensten geplant. Alle anderen sind mit Inkrafttreten des Gesetzes in der Pflicht.

- **Weitere Änderungen im TKG**

Die bereits mit der TKG-Novelle eingeführte Vorratsdatenspeicherung über Bestandsdaten soll in zwei Punkten erweitert werden: Die IMEI soll beim Mobilfunk zukünftig als Bestandsdatum zwangsweise erhoben und zur Auskunft bereitgehalten werden. Des Weiteren sollen zukünftig geschäftsmäßige Erbringer von öffentlich zugänglichen Diensten der elektronischen Post in die Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung von Bestandsdaten aufgenommen werden. Abgesehen davon, dass die Beschreibung des Anwendungsbereichs als misslungen betrachtet werden muss, dürfte damit allenfalls noch der E-Mail-Account, der vom Arbeitgeber für die rein dienstliche Nutzung bereitgestellt wird, ausgenommen sein.

- **Ausblick**

Mit Blick auf die Novellierung sind zwei Reaktionen sinnvoll: Die Möglichkeit zur politischen Einflussnahme sollte genutzt werden. Hierfür bestehen gegenwärtig noch Chancen. Denn bisher liegt nur ein Referentenentwurf vor. Des Weiteren sollte mit Überlegungen zur Umsetzung der Bestimmungen begonnen werden. Denn – obgleich bisher nur ein Referentenentwurf vorliegt – scheint es der politische Wille zu sein, die Änderungen möglichst schnell in Kraft zu setzen. Übergangszeiten sind aber nur in dem oben genannten Fall vorgesehen.

Weitere Informationen: RA Jens Eckhardt, Tel.: +49 (211) 68 78 88-98
Email: eckhardt@juconomy.com

Gesellschaftsrecht

Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern und deren Gesellschaften

Mit Urteil vom 20.11.2006, Az.: II ZR 279/05, hat der BGH entschieden, dass die §§ 113, 114 AktG auch den Fall betreffen, dass eine Aktiengesellschaft mit einer Gesellschaft einen Beratungsvertrag schließt, an der ein Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist. Damit gilt insbesondere, dass auch Vergütungen

aufgrund von Beratungsverträgen, die mit einer Gesellschaft geschlossen worden sind, an der ein Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, der Zustimmung bzw. der Genehmigungspflicht des Aufsichtsrates unterliegen.

In dem zugrunde liegenden Fall hatte eine AG mit einer GmbH einen Beratervertrag geschlossen. Diese erbrachte für die AG Unternehmensberatungsleistungen, für die sie Honorare in Höhe von ca. 126.000,00 Euro erhielt. Ein Aufsichtsratsmitglied der AG war an der beratenden GmbH zu 50 % beteiligt. Nachdem die AG in Insolvenz gefallen war, verlangte der Insolvenzverwalter von der GmbH die gezahlten Honorare zurück. Alle beteiligten Gerichte, zuletzt der BGH, haben den Anspruch bejaht.

Der BGH hat bereits mit einem früheren Urteil aus dem Jahr 2006 entschieden, dass die §§ 113, 114 AktG über ihren zu engen Wortlaut hinaus auch dann anzuwenden sind, wenn die AG einen Beratervertrag nicht mit einem Mitglied ihres Aufsichtsrates selbst, sondern mit einer Gesellschaft schließt, deren alleiniger Gesellschafter dieses Aufsichtsratsmitglied ist. Allerdings beschränkt sich, wie der BGH nunmehr betont, die zum Schutz vor Umgehungen der gesetzlichen Regelung erforderliche erweiterte Auslegung der §§ 113, 114 AktG nicht auf den seinerzeit entschiedenen Fall, in dem das Aufsichtsratsmitglied der alleinige Gesellschafter des beratenden Unternehmens war. Vielmehr sei die Heranziehung dieser Vorschrift schon dann geboten, wenn die AG mit einem Unternehmen, an welchem das Mitglied des Aufsichtsrats - nicht notwendig beherrschend - beteiligt ist, einen Beratervertrag schließt und dem Aufsichtsratsmitglied auf diesem Weg mittelbar Leistungen der AG zufließen. Dies könne allenfalls dann verneint werden, wenn es sich bei den Honorarzahungen um - abstrakt betrachtet - ganz geringfügige Leistungen handelt oder wenn diese im Vergleich zu der Aufsichtsratsvergütung einen vernachlässigenswerten Umfang haben.

Der BGH weist weiterhin darauf hin, dass der Regelungszweck des § 114 AktG im Zusammenhang mit demjenigen des § 113 AktG zu sehen ist. Diese Vorschrift will sicherstellen, dass die Hauptversammlung über die Höhe der Aufsichtsratsvergütung befindet und weder die Aufsichtsratsmitglieder selbst ihre Vergütung festsetzen können, noch dass der Vorstand mit dieser Aufgabe befasst wird und so in der Lage ist, über die Vergütung derjenigen zu entscheiden, die ihn kontrollieren sollen.

Im Hinblick auf diesen Schutzzweck ist es nach Ansicht des BGH unerheblich, ob eine ungerechtfertigte Sonderleistung unmittelbar oder nur mittelbar über die Beteiligung an einem Beratungsunternehmen an das Aufsichtsratsmitglied fließt, weil aus der Sicht der Gesellschaft die Gefahrenlage die selbe sei. Auf die Fragen, in welcher Höhe das Aufsichtsratsmitglied an der Beratungsgesellschaft beteiligt ist oder ob es die geschuldeten Vertragsleistungen selbst zu erbringen hat, komme es in diesem Zusammenhang nicht an, weil es allein um die Sicherstellung der von - auch mittelbaren - Einflussnahme des Vorstands unabhängigen Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gehe.

Gemessen an diesen Grundsätzen besteht nach Ansicht des Gerichts im vorliegenden Fall kein Zweifel, dass die zwischen der Beratungs-GmbH und der AG geschlossenen Beraterverträge dem Anwendungsbereich des § 113, 114 AktG unterworfen sind. Bei einer Beteiligung des Aufsichtsratsvorsitzenden an der Beratungs-GmbH in Höhe von 50 % und Honoraren in einer Gesamthöhe von mehr als 125.000,00 Euro könne von einem vernachlässigenswerten Vermögensvorteil nicht gesprochen werden.

Mit dem vorliegenden Urteil stellt der BGH klar, dass die §§ 113, 114 AktG nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern nach Sinn und Zweck, insbesondere dem beabsichtigten Schutzzweck der Vorschriften, auszulegen sind, woraus sich ein deutlich erweiterter Anwendungsbereich ergibt. Dies erscheint angesichts einer ansonsten gar zu einfachen Umgehungsmöglichkeit angemessen und gerechtfertigt.

Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88
Email: kemper@juconomy.com

Arbeitsrecht

Aufhebungsvertrag oder nachträgliche Befristung

Mit seiner Entscheidung vom 15.02.2007, Az.: 6 AZR 286/06 hatte das BAG über die Rechtsnatur einer Klausel zu befinden, die nach Zugang einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung vor Ablauf der Klagefrist eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer Verzögerung von 12 Monaten vorsah, wobei auch Abwicklungsmodalitäten wie Abfindung, Zeugniserteilung und Rückgabe von Firmeneigentum in dieser geregelt wurden. Das BAG entschied hierzu, dass es sich bei einer solchen Klausel in aller Regel nicht um eine nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses, sondern um einen Aufhebungsvertrag handelt.

In dem zugrunde liegenden Fall war die klagende Arbeitnehmerin seit 1995 bei dem beklagten Arbeitgeber beschäftigt. Am 23.10.2002 schlossen die Beklagte und der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über einen Personalabbau, der möglichst durch Aufhebungsvereinbarung oder freiwilligen Wechsel in eine sogenannte „betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (beE)“ vorgenommen werden sollte. Die Beklagte bot der Klägerin den Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder den Wechsel in die beE an und kündigte für den Fall, dass die Klägerin bis zu einer bestimmten Frist von diesem Angebot keinen Gebrauch mache, eine betriebsbedingte Kündigung an. Nachdem die Klägerin die Frist hatte verstreichen lassen, erklärte die Beklagte die Kündigung mit Wirkung auf den 28.02.2003. Vor Ablauf der Kündigungsfrist vereinbarten die Parteien in einer „Ergänzung zum Arbeitsvertrag“, dass die Klägerin gemäß der Betriebsvereinbarung vom 23.10.2002 mit Wirkung zum 01.02.2003 in die beE eintrete. Laut Vereinbarung sollte das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 29.02.2004 enden.

Die Klägerin machte geltend, dass es sich bei dieser Klausel um eine nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses handele und begehrte die Feststellung, dass aufgrund deren Unwirksamkeit das Arbeitsverhältnis über den 29.02.2004 unbefristet fortbestehe, sowie Weiterbeschäftigung. Während die Vorinstanzen der Klage statt gegeben haben, hat das BAG das Berufungsurteil aufgegeben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurück verwiesen.

Der Ansicht der Klägerin, es handele sich bei der Klausel um eine nachträgliche Befristung, hat das BAG jedoch eine Absage erteilt. Sollte die Klausel als nachträgliche Befristung anzusehen sein, wäre diese unwirksam, da § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG die nachträgliche kalendermäßige Befristung eines Arbeitsverhältnisses verbietet, wenn mit dem entsprechenden Arbeitnehmer zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das BAG ist jedoch davon ausgegangen, dass es sich bei der vorliegenden Klausel nicht um eine solche nachträgliche Befristung, sondern um einen Aufhebungsvertrag handelt. Diese stellte nach Ansicht des BAG jedoch eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar und könnte nach den konkreten Umständen des Einzelfalls für die Klägerin überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB und damit unwirksam sein. Da die Feststellungen zu dieser Frage dem BAG nicht ausreichend erschienen, ist insoweit eine Zurückverweisung erfolgt.

Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88

Email: kemper@juconomy.com

Telekommunikation (Recht, Ökonomie, Technik)

Antrag von Telekom Austria auf Erstattung von Universaldienstkosten

Telekom Austria (TA) wurde auf Grund der Übergangsbestimmung in § 133 (9) TKG bis zum 31.12.2004 bzw. über diesen Zeitraum hinaus zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet, bis ein Verfahren nach § 30 TKG abgeschlossen ist. Ein derartiges Verfahren wurde lediglich für den

betreiberübergreifenden Auskunftsdienst abgeschlossen. Daher erbringt TA weiterhin die restlichen Teilbereiche des Universaldienstes. Dieser umfasst gem. § 26 (2) jedenfalls folgende Dienste:

1. den Zugang zum öffentlichen Telefondienst über einen an einem festen Standort realisierten Anschluss, über den auch ein Fax und ein Modem betrieben werden können, einschließlich der fernmeldetechnischen Übertragung von Daten mit Datenraten, die für einen funktionalen Internetzugang ausreichen,
2. die Erstellung eines betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnisses von Teilnehmern an öffentlichen Telefondiensten sowie den Zugang zu diesem Verzeichnis,
3. die flächendeckende Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen an allgemein und jederzeit zugänglichen Standorten.

Telekom Austria hat nun einen Ausgleichsantrag auf Erstattung der Universaldienstkosten für einen Teilbereich, nämlich die Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen, eingebracht. Gem. § 32 Abs. 2 TKG haben Betreiber von Telekommunikationsdiensten, die einen Jahresumsatz von mehr als 5 Mio. EUR aus dieser Tätigkeit haben, nach dem Verhältnis ihres Marktanteiles zur Finanzierung des Universaldienstfonds und dessen Verwaltung beizutragen.

Die interessanten Fragestellungen bei diesem Ausgleichsantrag sind folgende:

- Ist es gerechtfertigt, lediglich einen Ausgleichsantrag für einen Teilbereich des TA überlassenen Universaldienstes zu stellen, wo doch die Vorteile aus der Erbringung des Universaldienstes in anderen Bereichen mögliche negative Auswirkungen im Bereich der Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen kompensieren könnten?
- Kann es auf Grund der Verpflichtung von TA zur Beantragung von kostendeckenden Tarifen eine Unterdeckung der Kosten bei öffentlichen Sprechstellen geben, da die Tarifgestaltung der TA durch Regulierungsbehörde zu genehmigen ist?
- Wie definiert sich der Umsatz auf dem "(sachlich) relevante Markt" in § 31 (2) bzw. § 32 (2) TKG, welcher für die Berechnung des Anteiles zur Finanzierung des Universaldienstfonds herangezogen wird?

Wie schon in der Schriftenreihe „Regulierungsrecht und Regulierungsökonomie“, Band 7, veröffentlichten Studie "Kostenrechnung und Entgeltregulierung auf den Österreichischen Telekommunikationsmärkten" (EUL Verlag) beschrieben, sollte eine Notwendigkeit zum Ausgleich von Universaldienstkosten nicht bestehen. Einerseits ist es fraglich, ob ein Teilantrag lediglich für den Universaldienstkostensatz für öffentliche Sprechzellen gerechtfertigt ist. Telekom Austria schöpft gerade durch den kombinierten Ansatz der Universaldienstverpflichtung enorme Vorteile betreffend der Ubiquität. Daher ist ein differenzierter Antrag nicht gerechtfertigt. Falls dieser jedoch akzeptiert würde, wären jedenfalls die pekuniär positiven Synergieeffekte aus den anderen Geschäftsfeldern mit einzubeziehen bzw. von den Kosten abzuziehen.

Andererseits muss man sich die Frage stellen, inwieweit die Endkumentarife der TA für öffentliche Sprechstellen dem Erschwinglichkeitsprinzip von § 26 (3) TKG nicht genügen und daher von der Regulierungsbehörde als Kosten unterdeckend eingestuft worden sind und daher ein negativer Saldo überhaupt entstehen konnte. Dieses Verfahren hat den Anschein, als ob die Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs in Bezug auf die PAC nun ein Nachspiel auf anderer Ebene findet.

Vor allem für jene Unternehmen, die nicht mit Sprachtelefonie sondern mit anderen Diensten die besagte Umsatzgrenze überschreiten, ist die letzte Frage von entscheidender Bedeutung. Da die Regulierungsbehörde sich vorläufig auf eine breite Einbeziehung aller Telekommunikationsbetreiber festgelegt hat, wird diese Entscheidung auch für jene Unternehmen relevant, welche mit dem Geschäftsfeld Telefonie bisher nichts oder nur sehr wenig zu tun hatten, jedoch Kommunikationsdienste im Internet anbieten. Die Regulierungsbehörde interpretiert die besagten gesetzlichen Stellen dergestalt,

dass einerseits der relevante Markt in § 31 (2) TKG die Märkte M3 bis M6 (jedoch nicht auch M1 und M2) umfasst. Eine Interpretation, dass der relevante Markt nur jener Markt für Sprechstellen sein könnte, wird ausgeschlossen. Andererseits wird argumentiert, dass der sachlich relevante Markt in § 32 (2) eine möglichst breite Basis von Unternehmen umfassen und somit die Last der Finanzierung auf möglichst viele Unternehmen verteilt werden soll.

Das Gesetz lässt einigen Interpretationsspielraum offen, den die Regulierungsbehörde ausschöpfen möchte. Inwieweit dieser Interpretationsspielraum notwendig sein wird, wird das wirtschaftliche Gutachten zeigen, welches sich mit den Verlusten der TA aus dem Angebot von öffentlichen Sprechstellen und den geldwerten Ubiquitätsvorteilen dieser Leistungen beschäftigt.

Weitere Informationen: Mag. Jörg Kittl, Tel.: +43 (1) 513 5140-50
E-Mail: kittl@juconomy.com

TAL-Entgelte 2007-2009

Die TAL-Monatsentgelte bleiben auf fast identischem Niveau wie bisher. Dies ist die Quintessenz der aktuellen Entscheidung der BNetzA im Verfahren BK 4b-07-001, veröffentlicht am 30.03.2007. Die vom 1.4.2007 bis zum 31.03.2009 genehmigten Entgelte wurden um 0,15 € auf 10,50 € für die CuDA 2Dr abgesenkt, was einer Absenkung um 1,4% gegenüber dem bisherigen Entgeltniveau entspricht. Damit zerstreuen sich sowohl Hoffnungen auf mutige Entgeltabsenkung der TAL-Entgelte insbesondere zur Herstellung der Konsistenz mit anderen Vorleistungsprodukten wie etwa Resale-Angeboten aber ebenso die Befürchtungen auf Entgelterhöhungen aufgrund von Veränderungen von Investitionswerten.

Die aktuelle Entscheidung der BNetzA reiht sich nicht nur im Ergebnis, sondern auch in den Begründungsmustern in die früheren Entgeltentscheidungen ein. Wichtigste Neuerung ist, dass erstmals der Gemeinkostenanteil nicht durch einen pauschalen Zuschlagssatz von 11,11% berücksichtigt wurde, sondern die Ermittlung der Gemeinkosten nach dem Branchenprozessmodell des „International Performance Research Institute“ (IPRI) erfolgte. Hieraus ergab sich ein Wert von 4,9% Gemeinkostenzuschlag in Bezug auf die Einzelkosten. Von den genehmigten 10,50 € entfallen 0,49 € auf den Gemeinkostenzuschlag.

Wie in der früheren Genehmigung auch, liegen die der Genehmigung zu Grunde liegenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) über den Ist-Kosten der Deutschen Telekom AG. Die BNetzA schreibt hierzu: „Speziell in Bezug auf die Teilnehmeranschlussleitung liegen die von der Beschlusskammer ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung jedoch über den von Antragstellerin ausgewiesenen Ist-Kosten“ mit der Folge, dass der von der Beschlusskammer ermittelte Wert der Kosten effizienten Leistungsbereitstellung ausreichend ist, um die Ist-Kosten mitsamt Aufwendungen für Abfindungszahlungen und Vivento abzudecken! Damit finanzieren sogar die Nachfrager nach TAL die Kosten des sozialverträglichen Personalumbaus bei der Deutschen Telekom AG mit.

Den KeL-Wert senkenden Faktoren wie die Berücksichtigung eines abgesenkten Gemeinkostenzuschlag, geringere Ansätze für Nachfragerreserven sowie eine Erhöhung des Beilauffaktors aufgrund des VDSL-Netzausbaus stehen eine Mehrzahl von KeL-Wert steigernden Faktoren gegenüber, die jedoch in Summe nicht zu einer Erhöhung der KeL gegenüber der bisherigen Genehmigungssituation führten. Höhere Ansätze erfolgten bei der Berechnung des Investitionswerts in Bezug auf Kabelpreise sowie Stundensätze. Bei der Umrechnung des Investitionswertes in Kapitalkosten wurden von der BNetzA Erhöhungen der Zinssätze akzeptiert. Im Rahmen des gewogenen Kapitalkostenansatzes (WACC) aus Eigenkapital und Fremdkapitalverzinsung hat die BNetzA eine Eigenkapitalrendite von 19,81% vor Steuern angesetzt (bisher 18,45%). In Bezug auf die Fremdkapitalverzinsung setzt die BNetzA nun einen Wert von 5,37% (bisher 4,63%) an. Aus den von der Beschlusskammer vorge-

nommenen Gewichtungen zwischen Eigen- und Fremdkapitalverzinsung folgt eine nominale Verzinsung von 9,47% (bisher 8,35%). Gekürzt um die Inflationsrate liegt der von der BNetzA zugrundegelegte reale Zinssatz somit bei 8,07% (bisher 7,15%).

Bei der Berechnung der Kapitalkosten hat die BNetzA wie in der früheren Genehmigung Abschreibungsdauern von 20 Jahren für Kupferkabel zugrundegelegt. Den Hinweis mancher Beigeladener zu deutlich höheren Abschreibungsdauern im Energiebereich (Anlage 1 zu § 6 StromNEV) hat die Beschlusskammer mit dem Argument der ökonomischen Nichtvergleichbarkeit aufgrund unterschiedlicher Marktdynamik verworfen.

Die aktuelle Entscheidung zu den TAL-Monatsentgelten ist die erste einer Reihe von in 2007 zu treffenden Entgeltentscheidungen wie TAL-Einmalentgelte, Entgelte für LineSharing und Bitstream-Access sowie Entgeltprüfungen für Wholesale DSL. Erst in Summe aller dieser Entscheidungen wird zu beurteilen sein, ob die BNetzA das Konsistenzgebot nach § 27 Abs. 2 TKG wirklich beachtet hat und die entsprechenden Ausführungen in der Beschlussbegründung zutreffen oder eine Leerformel waren.

Weitere Informationen: RA Dr. Martin Geppert, Tel.: +49 (211) 68 78 88-38

Email: geppert@juconomy.com

IRG-Veröffentlichung zur Best-Practice bei der Ermittlung der Kapitalkosten

Die Gruppe der unabhängigen Regulierungsbehörden in der EU (IRG) hat ein Dokument mit den Prinzipien zur Best-Practice für die Ermittlung der Kapitalverzinsung veröffentlicht (IRG-WG RA (07) WACC Master Doc“, <http://www.erg.eu.int>). Die Kapitalverzinsung spielt eine wichtige Rolle in der Entgeltregulierung, insbesondere bei den regulierten Produkten mit hohen Investitionsvolumina (z.B. der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung). Bei diesen Produkten führen kleinere Änderungen der Kapitalverzinsung zu merklichen Änderungen bei den regulierten Entgelten.

Insgesamt werden in dem Dokument der IRG zwölf verschiedene „Principles of Implementation and Best Practice“ (kurz: PIB) festgelegt. Zusammengefasst spricht sich die IRG für die Verwendung der WACC-Formel aus. Diese Methode ist weit verbreitet und kommt auch in Deutschland und Österreich zum Einsatz. Die WACC-Formel beruht auf dem gewichteten Mittel der Fremdkapitalverzinsung und der Eigenkapitalverzinsung sowie zusätzlich auf einer Korrektur für Steuern. Sowohl in Bezug auf die Gewichtung als auch in Bezug auf die Ermittlung der Fremdkapitalkosten bleibt die IRG dabei, Alternativen aufzuzählen, ohne sich für einen bestimmten Ansatz auszusprechen. Interessant ist allerdings, dass die IRG feststellt, dass die effektiven Steuersätze und nicht die nominalen in den Berechnungen zur Anwendung kommen müssen. In Deutschland wird derzeit mit nominalen Sätzen gerechnet, so dass das IRG-Dokument auf einen Korrekturbedarf der deutschen Ermittlungsmethode implizit hinweist.

In Bezug auf die Ermittlung der Eigenkapitalkosten schreibt die IRG, sie *“acknowledges that the use of CAPM as a method to estimate the cost of equity is supported by its relatively simple implementation and by its wide use among regulators and practitioners”*. Mit anderen Worten legt die IRG sich nicht zu 100 % fest, gibt aber implizit den Hinweis, dass die CAPM als Methode der Best-Practice entspricht. Obwohl die CAPM-Methode mehrheitlich verwendet wird und große Akzeptanz seitens der IRG hat, bleibt eine große Unsicherheit in Bezug auf die einzelnen Inputparameter. Einer der wichtigsten Inputfaktoren neben dem risikofreien Zinssatz ist der Beta-Wert des zu regulierenden Unternehmens. Dieser Inputparameter berücksichtigt die spezifischen Risiken eines Unternehmens im Verhältnis zu den durchschnittlichen Risiken auf den Aktienmärkten. Auch in diesem Punkt legt sich die IRG im Detail nicht fest, sondern stellt nur die möglichen Ermittlungsmethoden dar.

Ein Thema, welches in der Vergangenheit große Diskussionen aufgeworfen hat, ist die Frage, ob die Kapitalverzinsung für das gesamte regulierte Unternehmen oder für bestimmte Produkt- oder Geschäftsbereiche (d.h. differenzierte Verzinsung) festgelegt werden soll. Bisher ermitteln alle Regulierungsbehörden der IRG eine unternehmensweite Verzinsung mit Ausnahme der Behörde in UK. Die IRG räumt zu dieser Frage ein, dass eine differenzierte Ermittlung theoretisch überlegen ist, dass aber die Implementierung in der Praxis zu erheblichen Problemen führt.

Bezüglich des Dokuments der IRG kann zusammenfassend gesagt werden, dass es zwar alle wichtigen Aspekte in Bezug auf die Ermittlung der Kapitalverzinsung anspricht, doch leider ohne klare Aussagen und Empfehlungen bleibt. Stattdessen richtet es sich nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner der großen Anzahl an Regulierungsbehörden, die an dem Dokument mitgearbeitet haben. Damit bringt das Dokument der IRG keine bedeutenden neuen Erkenntnisse zu Implementierung und Best-Practice der Kapitalkostenermittlung. Die einzige Ausnahme ist der Hinweis auf die effektiven Steuersätze. Da in Deutschland die nominalen Steuersätze zur Anwendung kommen, besteht in diesem Punkt Korrekturbedarf bei der Methode der Regulierungsbehörde. Eine entsprechende Korrektur würde zu niedrigeren regulierten Entgelten der DTAG führen.

Weitere Informationen: Martin Lundborg, Tel.: +49 (211) 68 78 88-31
Email: lundborg@juconomy.com

“Wechselspiel der Höchstgerichte” – Entscheidung des BVerwG zu BuGG

Das „*Wechselspiel der Höchstgerichte*“ (vgl. dazu den gleichnamigen Aufsatz in CR 2006, 665 und den Beitrag in unserem Newsletter 11/2006 – unter www.juconomy.com herunterladbar) zum Umgang mit den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (kurz: BuGG) hat eine neue Dimension erreicht. Das BVerwG hat am 09.01.2007 den Umsetzungsbeschluss in Anschluss an das Urteil des BVerfG (Az.: 1 BvR 2087/03) erlassen. Dieser könnte eine wegweisende Weichenstellung für die Klagemöglichkeiten gegen Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur bedeuten:

Anders als das BVerfG in seiner „Entweder-oder“-Entscheidung vorgeschrieben hat, nach der die Unterlagen „entweder“ offen zu legen „oder“ aber dem Verfahren nicht zuzuführen seien, jedoch kein „In-camera“-Verfahren erlaubt sei, hat sich das BVerwG ausdrücklich gegen das BVerfG und für eine europarechtskonforme Auslegung von § 99 VwGO ausgesprochen (so bereits *Schütze*, in CR 2006, 665). Danach sei die „*Vorenthaltung von Aktenbestandteilen und die Vorlage geschwärzter Seiten der behördlichen Akten*“ nach dem Prozessrecht „*unzulässig*“. Einer Bindungswirkung des Beschlusses des BVerfG stehe das Gemeinschaftsrecht entgegen. Daher sei zumindest immer ein „In-camera“-Verfahren durchzuführen. Für die Klagen der Wettbewerber gegen Entgeltentscheidungen der BNetzA eröffnen sich hierdurch neue Möglichkeiten. Klagen werden nicht mehr nach Beweislastgrundsätzen zu entscheiden sein – bei denen die Wettbewerber ohne Einsicht in die Unterlagen meist das Nachsehen haben.

Das BVerwG hat das Verfahren nun an die erste Instanz zurückgegeben. Spannend bleibt, ob das BVerfG in nächster Zeit Gelegenheit bekommt, sich zu diesem Verfahren noch mal zu äußern. Möchte es derartige Entscheidungen vermeiden, wird es jedenfalls nicht mehr daran vorbei kommen, sich näher mit dem Gemeinschaftsrecht zu befassen (vgl. *Schütze*, CR 2006, 665).

Bereits in einem Parallelverfahren – sozusagen im Vorgriff auf diese Entscheidung – hat das VG Köln einen ähnlichen Weg eingeschlagen. Dreh- und Angelpunkt ist dort die Frage, welche Unterlagen die Kammer „in camera“ prüft. Wenn die Kläger trotz „in camera“ die volle Substantiierungslast tragen, bleiben bspw. (rechtswidrige) Zahlendreher ungeprüft und demnach auch unerkannt. Leider hat das BVerwG hierzu nichts gesagt. „In camera“ kann nur

dann wirksam geprüft werden, wenn gleichzeitig die – in Anlehnung an die Zivilgerichtsbarkeit – in letzter Zeit stark verkürzte Prüfungspflicht der Gerichte wieder ausgeweitet wird.

Weitere Informationen: Dr. Marc Schütze, Tel.: +49 (211) 68 78 88-80

Email: schütze@juconomy.com

Post und Liberalisierung weiterer Märkte

Stand, Entwicklung und europäische Politik zu transeuropäischen Netzen

Das Stichwort transeuropäische Netze (TEN) „geistert“ schon seit mehreren Jahren durch den Blätterwald und wird von der EU-Kommission bearbeitet. Viele werden damit aber wenig anfangen können und es möglicherweise für ein akademisches Projekt der Brüsseler-EU-Bürokratie halten. Bei genauerer Betrachtung lässt sich jedoch feststellen, wie zentral die Erkenntnisse aus dem Bereich der Telekommunikationsnetze auch für andere netzgebundene Industrien sind und wie wichtig dabei die Rollen grenzüberschreitender Netze für das Funktionieren des gesamten EU-Raumes im Allgemeinen und das Funktionieren der Wirtschaft(en) im Besonderen ist. Dies betrifft sowohl die originären Verkehrsnetze wie Straße und Bahn aber auch Transportnetze z.B. für Öl und Gas.

Die EU-Kommission hat im März 2007 einen Bericht vorgelegt, in dem sie einen integrierten Ansatz für die transeuropäischen Netze für die Bereiche des Verkehrs, der Energie und der Telekommunikation anstrebt. Der Bericht ist in einer Arbeitsgruppe unter Mitwirkung von sieben EU-Kommissaren und Kommissarinnen erstellt worden; er beinhaltet Handlungsempfehlungen, wie die Gestaltung transeuropäischer Netze effizient vorangetrieben werden kann. Wichtig sind dabei die erzielbaren Synergien zwischen den Netzen, um darauf aufbauend wirtschaftliche Potentiale zu realisieren und damit dem Ziel der Lissabon-Strategie der EU, zur wettbewerbsfähigsten Region zu werden, zu entsprechen. Insofern ist das Projekt auch im Zusammenhang mit der Initiative „i2010“ zu sehen. Daher hat auch die Generaldirektion für Informationsgesellschaft und Medien an zentraler Stelle mitgearbeitet.

Erstaunlich ist, welche Mittel bisher für grenzüberschreitende „Netzprojekte“ bereit gestellt worden sind. Allein im Verkehrsbereich geht es bis zum Jahr 2020 um Investitionsvolumina von über 600 Mrd. Euro. Ein nicht unerheblicher Teil davon wird auch durch Mittel der EU oder von der Europäischen Investitionsbank beigesteuert. Ähnlich sieht es im Energiebereich aus, auch wenn dort die Investitionsvolumina geringer sind. Dennoch ist es bedeutsam festzustellen, dass vorgesehen ist, dass die EU bis zum Jahr 2013 zumindest 30 Mrd. Euro in Infrastruktur investiert (davon 6 Mrd. für Elektrizitätsübertragung, 19 Mrd. für Gaspipelines und 5 Mrd. für Flüssiggasterminals), und wie wichtig die Bedeutung des Sektors Energie für die Länder der EU geworden ist. Hier ist zu beachten, dass in diesem Sektor die privaten Investitionen die öffentlichen Investitionen noch deutlich übersteigen.

Auch die Telekommunikationsnetze und die dort durchgeführten Projekte brauchen sich nicht zu verstecken. Hier sind vor allem die Investitionen von ca. 45 Mrd. Euro allein im Jahr 2005, die im gesamten Sektor getätigt worden sind, beeindruckend (auch wenn sie weitestgehend privater Natur waren). Die EU-Kommission stellt dabei fest, dass insbesondere der Ausbau der glasfaserbasierten Netze kostenintensiv ist, vor allem dort, wo einerseits Bauarbeiten, andererseits aber auch In-House-Verkabelungen erforderlich sind, die nach Angaben der EU-Kommission bis zu 70 % der Verlegekosten in Anspruch nehmen können.

Im Rahmen ihrer Untersuchungen hat die EU-Kommission eine Studie durchführen lassen, die sich mit den Synergien zwischen den transeuropäischen Netzen beschäftigt und das Potential für diese Synergien analysiert. Als solche Synergien muss man zum einen die Verfahrenssynergien einordnen, wie z.B. die Verwendung gemeinsamer „Korridore/Achsen“ bei der Planung und bei dem Management

des Netzausbaus. Weitere Verfahrenssynergien liegen im Bereich der Akquisition der entsprechenden Grundstücke, einer parallel durchführbaren öffentlichen Konsultation über entsprechende Bauprojekte, sowie weiteren zeitgleich durchführbaren Analysen im Hinblick auf die Auswirkungen derartiger Bauprojekte. Neben den Verfahrenssynergien sind auch physische Synergien zu beachten. Diese sind vor allem im Bereich des Baus/der Errichtung, bei Wartung und Betrieb sowie bei der Umweltverträglichkeit und Sicherheit erheblich. Ebenso zu beachten sind wirtschaftliche/finanzielle Synergien. Diese Synergien helfen den verschiedenen Betreibern, die Kosten zu senken und damit einen Beitrag zum Wachstum der Wirtschaft in Europa (auch grenzüberschreitend) zu leisten.

Als besonders groß werden die Synergien zwischen Telekommunikations- und Verkehrsnetzen angesehen. Die Kommunikation der EU-Kommission sagt hierzu:

„Every transport network can be optimised by having its own communication network which is used to manage the network. In most cases, rail and motorway networks already have such communication networks. In some cases, the supply capacity of this networks is used for other purposes, e.g. for data communication. On the other hand, it is still rare for systematic synergies to be sought between an infrastructure management network and telecommunications network from the start of construction of the infrastructure.“

Zielsetzung der Kommission ist es, Anreize für die gemeinsame Verlegung und Errichtung von Infrastrukturen zu geben, um die wirtschaftlichen Potentiale zu realisieren. Dabei sind aber natürlich eine Reihe von Problemen wie die zeitgleiche Planung und die gleiche strategische Ausrichtung der Investoren zu berücksichtigen.

Die Aktualität des Themas im Telekommunikationsbereich ergibt sich einerseits vor allem aus der Tendenz des Wettbewerbs, eines stärker auf alternative Infrastrukturen abzustellenden, und dem Ausbau breitbandiger Infrastrukturen für große Teile des EU-Raums andererseits. Zahlreiche Länder haben im Rahmen von IKT-Strategien den Ausbau und die Förderung von breitbandigen Infrastrukturen in ihren Ländern befürwortet und sind dabei, dies zu implementieren. Dies wird zu nicht unerheblichen Aktivitäten beim Netzausbau führen. Daher ist damit zu rechnen (der Ausbau der DTAG für VDSL in einigen Städten hat dies im Jahr 2006 in Deutschland bereits gezeigt), dass es vermehrt zu Bauvorhaben in den Städten, aber auch regional kommt. In diesem Zusammenhang sind in Kombination mit anderen Projekten von transeuropäischen Netzen im Bereich des Verkehrs sicherlich Synergien realisierbar, die zum Nutzen der Verbraucher eingesetzt werden können. Insofern ist die Thematik der transeuropäischen Netze am Beispiel der bisherigen Projekte im Bereich der Telekommunikation nachvollziehbar, telekommunikative Fragen derartiger Netzausbauaktivitäten werden sich aber auch in Zukunft wieder vermehrt stellen.

Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48

Email: ruhle@juconomy.com

Informationsgesellschaft (Medien, Content, Digitalisierung)

Kann Bayern den europäischen Handy-TV-Standard blockieren?

Jüngst auf der CeBIT vernommene politische Signale zum Übertragungsstandard für Handy-TV waren auffällig konträr – geht es doch um die entscheidende Weichenstellung für einen schon offiziell auserkorenen Zukunftsmarkt. So wollte denn EU-Kommissarin Reding dessen Wachstumspotential zum Anlass für eine europaweite Übertragungsnorm nehmen und forderte von den Marktteilnehmern eine freiwillige Einigung auf DVB-H, die rechtzeitig zu Fußball-EM und den Olympischen Spielen im Sommer 2008 umgesetzt werden müsse. Sonst könne sie sich zu einer hoheitlichen Anordnung dieses Übertragungsstandards gezwungen sehen, der bereits in 17 von 27 EU-Mitgliedstaaten auf dem Markt

sei. Ganz anders klang insofern Wirtschaftsminister Glos, der zwar ähnlich große wirtschaftliche Erwartungen an Handy-TV knüpfte, aber die Entscheidung zwischen den derzeit konkurrierenden Standards DVB-H und DMB dem Markt überlassen wollte.

Wird nun also das insbesondere von T-Mobile, Vodafone und O2 favorisierte DVB-H angeordnet, so dass beispielsweise Mobiles Fernsehen Deutschland seine DMB-Lizenzen für das gesamte Bundesgebiet nicht mehr nutzen kann? Oder kann Bayern als derzeit letztes Bundesland weiterhin auf DMB setzen und damit sowohl eine einheitliche deutsche wie auch europäische Handy-TV-Norm unterlaufen?

Diese Frage verlangt juristisch nach einem Blick auf die nationale und europäische Kompetenzordnung zwischen den involvierten Regulierungsinstanzen, da Handy-TV gleich in doppelter Weise Rundfunkbelange tangiert. Zum einen handelt es sich nämlich um einen multimedialen Dienst, dessen Verwandtheit mit dem klassischen Rundfunk im übergreifenden TKG-Begriff der *Rundfunkdienste* Ausdruck gefunden hat. Zum anderen sollen für Handy-TV Frequenzspektren genutzt werden, die bislang dem klassischen Rundfunk zugewiesen sind.

Unübersehbar sind indes die besonderen Vorbehalte, die bei Tangierung von Rundfunkbelangen für die Frequenzregulierung auch nach dem europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation bestehen. So heißt es im 5. Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie: *„Dieser Rahmen betrifft [...] nicht die Inhalte von Diensten, die über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden, wie Rundfunkinhalte [...]; er lässt folglich alle Maßnahmen unberührt, die auf Gemeinschaftsebene oder im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auf der Ebene der Mitgliedstaaten in Bezug auf diese Dienste getroffen werden, um die kulturelle und sprachliche Vielfalt zu fördern und die Wahrung des Pluralismus der Medien sicherzustellen. [...] Bei der Trennung der Regulierung von Übertragung und Inhalten sind dennoch die Verbindungen zwischen beiden zu berücksichtigen, insbesondere zur Gewährleistung des Pluralismus der Medien, der kulturellen Vielfalt und des Verbraucherschutzes.“*

Diese ohnehin diffizile Regimeaufspaltung zwischen Übertragung und wird in Deutschland komplexer durch die lange Tradition einer föderalen und dualen Rundfunkordnung. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinen berühmten Rundfunkurteilen eine ganze Reihe medienregulatorischer Vorgaben entwickelt – etwa aus der Kulturhoheit der Länder gegenüber der technikbezogenen Bundeskompetenz nach Art. 73 Nr. 7 GG sowie aus der Bestands-/Entwicklungsgarantie und Staatsfreiheit des Rundfunks gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Danach darf der Staat nicht einmal mittelbar die Programmgestaltung von Rundfunkveranstaltern beeinflussen, weil der Frequenzregulierung nur eine dienende Funktion gegenüber der demokratisch essentiellen Meinungsrelevanz des Fernsehens zukommt.

Das TKG misst Rundfunkbelangen ebenfalls eine besondere Bedeutung zu. So postuliert § 2 Abs. 2 Nr. 7 das Regulierungsziel einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung nicht ohne ausdrückliche *Berücksichtigung der Belange des Rundfunks*. Wegen Unvereinbarkeit mit dieser Zielsetzung kann gemäß § 55 Abs. 10 eine Frequenzzuteilung versagt werden. Für die Zuteilung von Frequenzen zur Übertragung von Rundfunk oder anderweitige Nutzung von für Rundfunkdienste ausgewiesenen Frequenzen ist gemäß § 57 Abs. 1 TKG ohnehin das Benehmen mit der zuständigen Landesbehörde erforderlich. Bei rundfunkrelevanter Frequenzregulierung sind die Länder zudem nach der Frequenznutzungsplanaufstellungsverordnung (FreqNPAV) frühzeitig zu beteiligen, damit sie den Versorgungsbedarf für Rundfunk anmelden können.

Während die BNetzA grundsätzlich auch mit ihrem jüngsten *Eckpunktepapier für die bedarfsgerechte Bereitstellung von Übertragungskapazitäten für Rundfunk und für multimediale Dienste auf Frequenzen, die dem Rundfunkdienst zugewiesen sind*, ausdrücklich einen einheitlichen telekommunikationsrechtlichen Rahmen für die Frequenzzuteilung anstrebt, muss sie den Widerstand der Länder feststellen: *„Das Verhalten der Länder ist in der bisherigen Praxis grundsätzlich dadurch gekennzeichnet, das Vorbelegungsrecht der Kapazitäten für die Übertragung von Rundfunk in jedem Fall auszuüben, auch*

wenn die praktische Belegung nicht sichergestellt werden kann oder zumindest die Aufrechterhaltung höchst zweifelhaft ist. Auf diesem Wege er- bzw. behalten die Länder Einfluss auf die inhaltliche Belegung der Kapazitäten.“

Es bahnt sich also über dem Handy-TV-Standard ein Kompetenzstreit zwischen EU, Bund und Ländern an, der sich letztlich um die Frage drehen wird, inwieweit die Festlegung von DVB-H Auswirkungen auf das inhaltliche Rundfunkangebot in Deutschland hätte und ob diese gegebenenfalls durch etwaige Verbraucherinteressen an einem einheitlichen Übertragungsstandard gerechtfertigt wären. Eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit der dahinter stehenden Kompetenzordnung wird dann unerlässlich sein, da der primär technische Bezug der Übertragungsnormierung ebenso auf der Hand liegt, wie zwingende technische und wirtschaftliche Auswirkungen auf Handy-TV-Veranstalter.

Weitere Informationen: Marc Salevic, Tel.: +49 (211) 68 78 88-18

Email: salevic@juconomy.com

Termine

24.04.2007	Mündliche Verhandlung zum Entgeltantrag ICP-O.6, ICP-O.11 (BK4b-07-003)
Ort:	Bundesnetzagentur, Bonn
Internet:	BNetzA: www.bnetza.de → Beschlusskammern → Termine der Beschlusskammern
25.04.2007	Mündliche Verhandlung zur Regulierungsverfügung im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (Markt Nr. 11 der Kommissionsempfehlung), (BK4a-07/002/R)
Ort:	Bundesnetzagentur, Bonn
Internet:	BNetzA: www.bnetza.de → Beschlusskammern → Termine der Beschlusskammern
26.04.2007	Mündliche Verhandlung BGH, 3. Senat, in den Verfahren zur Überprüfung der TAL-Kündigungsentgelte
Ort:	Karlsruhe, Internet: www.bundesgerichtshof.de
04.05.2007	Fristende für Kommentierungen zum Entscheidungsentwurf der BNetzA-Präsidentenkammer zur Vergabe weiteren Spektrums für den digitalen zellularen Mobilfunk zur Anhörung
Ort:	Bundesnetzagentur, Bonn
Internet:	BNetzA: www.bnetza.de → Öffentlicher Mobilfunk → Vergabeverfahren Mobilfunkfrequenzen
08.05.2007	Mündliche Verhandlung BGH, Kartellsenat, im Rechtsbeschwerdeverfahren von Betreibern von Gasversorgungsnetzen wg. Auskunftsverlangen zu Anreizregulierung
Ort:	Karlsruhe, Internet: www.bundesgerichtshof.de
21.05.2007	Fristende für Einreichung von Stellungnahmen zur Vergabe der restlichen BWA-Frequenzen
Internet:	BNetzA: www.bnetza.de → Regulierung Telekommunikation → Frequenzordnung → Broadband Wireless Access
08.-11.10.2007	ICIN 2007
Ort:	Bordeaux, France

Impressum

JUCONOMY

JUCONOMY Rechtsanwälte
Graf-Recke-Straße 82, 40239 Düsseldorf
Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-68

und

JUCONOMY Consulting AG
Graf-Recke-Straße 82, 40239 Düsseldorf
Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-33
Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf
Vorstand: Dr. Ernst-Olav Ruhle
Aufsichtsratsvorsitzender: Dr. Fabian Schuster
Amtsgericht Düsseldorf HRB: 49559

eMail: newsletter@juconomy.com, URL: <http://www.juconomy.com>

Die Rechtsanwälte der Sozietät JUCONOMY sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u.a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Vergütungsgesetz für Rechtsanwälte (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung, deren Texte u.a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.