Besprechungen

Markus Berliner

Informationsbefugnisse der Bundesnetzagentur im Telekommunikationsrecht

Baden-Baden: Nomos, 2012. – 289 S.

(Materialien zur interdisziplinären Medienforschung; 66)

ISBN 978-3-8329-7491-6

Zugl.: Gießen, Univ., Diss., 2011

Zentrale Voraussetzung für rationale Regulierungsentscheidungen ist der Aufbau eines spezifischen Regulierungswissens bei der Fachbehörde, so beginnt die zu besprechende Gießener Dissertation von *Markus Berliner*. Die Bundesnetzagentur kann ihren Entscheidungen nicht einfach ein Erfahrungswissen zugrunde legen, sondern muss das entscheidungsnotwendige Wissen vielfach erst situativ erzeugen. Im Telekommunikationsrecht geht es nicht bloß um die reaktive Sicherung vorhandenen Wettbewerbs, sondern um die proaktive Herstellung und Gestaltung sozialpflichtigen Wettbewerbs. Dieses Regulierungsziel ist legislativ nur schwach vorprogrammiert und verlangt von der Verwaltung die Herausbildung von eigenen Handlungsmaßstäben durch „konzeptionelle Eigensteuerungen" mit hohem administrativem Informationsaufwand. Dafür sind die Befugnisse der Bundesnetzagentur zur informationellen Inanspruchnahme der Marktteilnehmer von entscheidender Bedeutung. Die Arbeit zielt auf eine Systematisierung der gesetzlichen Informationstatbestände, die mit der jüngsten Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) – insbesondere durch §§ 15a III, 77a III 1, 123b und § 127 II TKG – eine Aufwertung erfahren haben.

Was die Informationsbefugnisse betrifft, enthalte das TKG kein geschlossenes System, sondern eine Mixtur aus allgemeinem Kartellrecht, Gewerberecht und Umsetzungen des reformierten Richtlinienpakets. *Berliner* ordnet seinen Stoff zunächst nach der groben Einteilung in spezielle und – durch diese nicht verdrängte – allgemeine Informationsbefugnisse. Die speziellen Informationsbefugnisse werden unterschieden in nicht-ökonomische Regulierung und ökonomische Regulierung mit erheblichen Überschneidungsbereichen zum allgemeinen Auskunftsrecht nach § 127 I 2 bzw. § 127 II 1 TKG. Zu den nicht-ökonomischen Informationsbefugnissen werden etwa die Ermächtigungen in den §§ 115 I 2, 109 IV 3, 67 I 2, 64 I 2 TKG gerechnet, zur ökonomischen Regulierung insbesondere die Befugnis nach § 29 I 1 TKG zur Informationserhebung im Rahmen der Entgeltregulierung, aber auch die besonderen Informationsbefugnisse nach §§ 24 I 1, 77a III 1, 87 I 1 TKG in anderen Zusammenhängen. *Berliner* zeigt auf, dass hierdurch die allgemeinen Auskunftsregelungen nach § 127 TKG nicht in toto verdrängt werden. So gehe die auf die Offenlegung der tatsächlichen Kostensituation durch Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zugeschnittene Regelung des § 29 TKG nicht als lex specialis dem allgemeinen Auskunftsrecht der Bundesnetzagentur nach § 127 TKG vor. Kostennachweise können – vorbehaltlich der Erforderlichkeit – nach § 127 TKG auch von Konkurrenten des marktmächtigen Unternehmens verlangt werden, etwa um unter Rückgriff auf Daten leistungsbeziehender Unternehmen konkrete Positionen gegenzurechnen oder Modellannahmen zu prüfen (S. 211).

Was die allgemeinen Informationsbefugnisse betrifft, so erweise sich die systematische Trennung von § 4 TKG für die Erfüllung internationaler Berichtspflichten und § 127 TKG als wenig überzeugend. Finde sich keine spezielle Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht, dann komme über § 140 I TKG eine Informationserhebung nach § 127 I TKG in Betracht, was für die Kooperation im europäischen Regulierungsverbund durch § 123a TKG bestätigt wird. Auch § 123b TKG gehe davon aus, dass die Erhebung von Marktinformationen zur Informationsbereitstellung im Verbund gegenüber der Kommission und dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) nicht auf der Grundlage des § 4 TKG, sondern des § 127 TKG erfolge (S. 162). Zwar mögen die §§ 4, 123a, 140 TKG als Kompetenz zur allgemeinen Informationshilfe verstanden werden können. Soweit damit ein Eingriff in Grundrechte verbunden ist, bedürfe die Weitergabe von Informationen an über- oder zwischenstaatliche Stellen jedoch einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage, die mit § 123b TKG jetzt auch vorhanden ist. § 4 TKG werde dadurch obsolet (S. 173).

Den Auskunftsgeneralklauseln des § 127 I 2 und § 127 II 1 TKG komme eine zentrale Stellung „im System der telekommunikationsrechtlichen Informationsbefugnisse" zu. Die Systematik wird jedoch für verfehlt gehalten. Wegen der offen gehaltenen Formulierung des § 127 I TKG gehe § 127 II TKG „einerseits vollständig in diesem auf, ist aber andererseits we-

https://doi.org/10.5771/1615-634x-2013-2-253 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen der dort geregelten und teilweise auf gleichgelagerte Zwecke gerichteten Erhebungsmodi nicht einmal unbedingt spezieller und damit letztlich als eigenständiges Auskunftsrecht überflüssig" (S. 175). Mit der Ergänzung des § 127 II TKG durch die jüngste Novelle werde die bisherige Umsetzungspraxis in § 127 I TKG durchbrochen, aber auch die Systematik zwischen Anordnungsbefugnissen gegenüber marktmächtigen Unternehmen und allgemeinen Informationsberechtigungen verlassen. Mit der Fokussierung auf die „wirtschaftlichen Verhältnisse" in § 127 II 1 Nr. 1 TKG werde ein zu stark auf die Kartellaufsicht zugeschnittener Begriff verwendet, womit eine sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung einhergehe. *Berliner* bezeichnet die Umgestaltung des kartellrechtlichen Informationserhebungsrechts zur regulierungsbehördlichen Auskunftsgeneralklausel als tatbestandliche Fehlkonstruktion (S. 211).

Die Bundesnetzagentur sei komplexen Entscheidungssituationen ausgesetzt, die, wie die Verfahren der Marktregulierung verdeutlichen, durch das Entscheiden unter Ungewissheit (S. 193), durch „Entmaterialisierung" und Flexiblisierung (S. 198) sowie durch Stabilisierung und Folgenbeobachtung (S. 202) geprägt sind, wofür der Gesetzgeber in § 15a TKG nunmehr ausdrücklich den Erlass von Regulierungskonzepten vorsieht. Das legt ein weites Verständnis der allgemeinen Auskunftsrechte der Bundesnetzagentur nahe (S. 207f.), was auch in der zweckneutralen Generalkausel des § 127 I TKG zum Ausdruck kommt. Allerdings sei die Integration der Regelbeispiele, betreffend die Überwachung (§ 127 I 2 Nr. 1), die Konsumenteninformation (§ 127 I 2 Nr. 3), die Beobachtung und Analysierung von Markt- und Wettbewerbsentwicklung (§ 127 I 2 Nr. 4) und die Erteilung von Nutzungsrechten (§ 127 I 2 Nr. 6), rechtstechnisch missglückt (S. 214). Insbesondere die als „Herzstück des regulierungsbehördlichen Informationsverwaltungsrechts" (S. 219) ausgewiesene Aggregation ausreichender Informationen für Regulierungsverfügungen werde in § 127 I 2 Nr. 4 TKG zu unbestimmt gefasst und den Bestimmtheitsanforderungen des Bundesstatistikgesetzes nicht gerecht (S. 221). Die Vereinbarkeit der Regelungstechnik mit den Vorgaben des Unionsrechts wird bezweifelt, eine unionsrechtskonforme Auslegung aber noch für möglich gehalten (S. 226).

Berliner sieht in der Notwendigkeit der Wissensgenerierung eine Rechtfertigung kontinuierlicher Informationserhebung. Anders als im Kartellrecht dienen im Regulierungsrecht die Instrumente der Informationsgenerierung „in ihrer Vielzahl, in ihrem Zusammenspiel und in ihrer Reichweite dem Aufbau einer Kompetenz zur sachverständigen und zukunftsgerichteten Problemlösung (...). Anders als in überwachungsrechtlichen Zusammenhängen erfolgt die Einbeziehung der Informationen aus dem Kreise der Marktteilnehmer (...) nicht nur zur Überprüfung des gesetzeskonformen Verhaltens, sondern auch zur Generierung des notwendigen Entscheidungswissens" (S. 230f.). Hierdurch gerate, wie an der Erfüllung und Durchsetzung des Informationsanspruchs deutlich gemacht wird, das traditionelle Vollzugsmodell unter Druck (S. 260).

Die gut lesbare Arbeit behandelt ein regulierungsrechtliches Zentralthema. Erfreulich ist, dass bereits die Neuregelungen durch das TKG 2012 berücksichtigt sind. Immer stärker verschieben sich die Fragestellungen des Regulierungsrechts – und das wird am Telekommunikationsrecht besonders deutlich – zum behördlichen Informationsbedarf, um die Erreichung der Regulierungsziele durch private Akteure ermöglichen und kontrollieren zu können. Das Entscheidungswissen kann nicht einfach abgerufen werden, sondern muss in transnationalen Konsultations- und Konsolidierungsverfahren unter Einbindung öffentlicher und privater Akteure von der Behörde situativ erzeugt werden. „Klassische" Figuren wie der behördliche Beurteilungsspielraum lassen sich durch die Akzentuierung dieser Wissensverarbeitungsdimension neu begründen. Um ihrer Rolle zur Wissensgenerierung gerecht zu werden, benötigt die Bundesnetzagentur „passende" Informationsbefugnisse. Zu ihrem Verständnis und ihrer Verbesserungsbedürftigkeit leistet *Berliner* einen wichtigen Beitrag.

Claudio Franzius

Robert Elixmann
Datenschutz und Suchmaschinen

Neue Impulse für einen Datenschutz im Internet
Berlin: Duncker & Humblot, 2012. – 259 S.
(Beiträge zum Informationsrecht; 29)
ISBN 978-3-428-13757-2

Suchmaschinen sind aus dem wissenschaftlichen, wirtschaftlichen sowie dem alltäglichen Leben insgesamt nicht mehr wegzudenken. Viele Datenschutzfragen rund um die automatisierten „Datensammeldienste" sind aber noch unklar, etwa die Frage nach der Widerspruchsmöglichkeit bei eklatanten Persönlichkeitsver-

https://doi.org/10.5771/1615-634x-2013-2-253 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY