

Simon Assion

Must Carry:

Übertragungspflichten auf digitalen Rundfunkplattformen

Impressum:

Simon Assion, 2015

Verlag: epubli GmbH, Berlin

www.epubli.de

ISBN 978-3-7375-0533-8

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons
Namensnennung - Nicht-kommerziell - Weitergabe unter gleichen
Bedingungen 3.0 Deutschland“ (CC BY-NC-SA 3.0 DE).

Eine vollständige Version des Lizenztextes ist abrufbar unter
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/de/>.

Must Carry:
Übertragungspflichten auf digitalen Rundfunkplattformen

Dissertation
zur Erlangung der Würde des Doktors der Rechtswissenschaft
der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von Simon Assion
aus Arnstadt

Hamburg, 2015

Hamburg, 2015

Hauptgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Schulz

Nebengutachter: Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute

Datum der Disputation: 07.04.2015

Meiner Frau, meinen Eltern und meiner Tochter

Inhalt

1.	Einleitung.....	1
2.	Geschichte der Plattformregulierung.....	3
2.1	Ab 1897: Frühe Rundfunkgeschichte	3
2.2	Ab 1975: Neue Verbreitungswege.....	5
2.2.1	Fernsehsatelliten	5
2.2.2	Breitbandkabelnetze.....	6
2.3	Ab 1983: Erste Regulierungsversuche bei Kabelnetzen	8
2.4	Ab 1984: Landesrundfunkgesetze und Weiterverbreitung.....	9
2.5	1987: Der erste Rundfunkstaatsvertrag	11
2.6	Ab 1993: Digitalisierung des Rundfunks	12
2.6.1	Digitalisierung im Satellit	12
2.6.2	Digitalisierung in der Terrestrik.....	13
2.6.3	Digitalisierung im Kabel	13
2.7	Ab 1995: TV-Normenrichtlinie, FÜG und 3. RÄStV	17
2.8	Ab 2000: Privatisierung und Ausbau der Kabelnetze	19
2.9	2000: 4. RÄStV und Must Carry-Regeln.....	21
2.10	2002: Entscheidung des BKartA zu KDG/Liberty Media	24
2.11	2002: TK-Paket und Universaldienst-RL	26
2.11.1	Kommunikation vom 10. November 1999.....	26
2.11.2	Working Document vom 27. April 2000	26
2.11.3	Erster Vorschlag einer Richtlinie 2000	27
2.11.4	Version der Universaldienstrichtlinie 2002	29
2.11.5	Abwandlung mit dem Richtlinienpaket 2009	30
2.12	2005: Achter RÄStV.....	31
2.13	2008: Zehnter RÄStV: Einführung der Plattformregulierung	32
2.13.1	Genese des Begriffs „Plattform“	33

2.13.2	Verhandlungen zum Plattformregime ab 2005	34
2.14	Zusammenfassung als Zeitstrahl	40
3.	Die Technik der Rundfunkverbreitung.....	43
3.1	Grundbegriffe	43
3.1.1	Broadcast	44
3.1.2	Unicast.....	45
3.1.3	Multicast.....	47
3.2	Die einzelnen Verbreitungswege.....	49
3.2.1	Terrestrik	49
3.2.2	Kabelnetze	50
3.2.3	Fernsehsatelliten	53
3.2.4	Internet	55
3.3	Digitales Fernsehen	61
3.3.1	Videokompression	61
3.3.2	Multiplex-Verfahren.....	63
3.3.3	Verschlüsselungs- und Adressierungstechnik.....	65
4.	Plattformbetreiber als Wirtschaftsunternehmen	68
4.1	Marktsituation der Programmveranstalter	68
4.1.1	Der öffentlich-rechtliche Rundfunk.....	71
4.1.2	Werbefinanziertes Fernsehen	72
4.1.3	Zahlungsfinanziertes Fernsehen	74
4.2	Marktsituation bei der Verbreitung von Rundfunk	77
4.2.1	„Technische Reichweite“ als Produkt.....	80
4.2.2	Terrestrik	81
4.2.3	Fernsehkabelnetze.....	82
4.2.4	Fernsehsatelliten	96
4.2.5	IPTV	98
4.2.6	Anbieter ohne Netz-Infrastruktur / Programmplattformen.....	99

4.3	Ein Markt im Umbruch.....	100
4.3.1	Fernsehen wird mobil	101
4.3.2	Verbreitungswege mit neuen Eigenschaften	102
4.3.3	Hybride Endgeräte.....	102
4.3.4	Video on Demand als neue Nutzungsform	104
4.3.5	Neue und alte Plattformen im Wettbewerb	104
4.4	Von der Rundfunkverbreitung zur Rundfunkplattform	105
5.	Wirtschaftswissenschaftlicher Hintergrund	109
5.1	Einführung in das Konzept der mehrseitigen Märkte.....	109
5.1.1	Begriff der Netzwerkeffekte	110
5.1.2	Begriff des mehrseitigen Marktes	110
5.1.3	Wechselwirkungen zwischen den Marktseiten	113
5.1.4	Preisbildung in mehrseitigen Märkten	115
5.1.5	Anwendung auf Rundfunkplattformen.....	117
5.2	Regulierung von mehrseitigen Märkten	120
5.2.1	Etablierung von Plattformen durch Subventionen	120
5.2.2	Missbrauch von Marktmacht.....	120
5.2.3	Preisregulierung	124
5.3	Zusammenfassung und Einordnung	126
6.	Politische Rahmensituation	129
6.1	Politische Gründe der Plattformregulierung	130
6.2	Plattformregulierung als Teil der Intermediärsregulierung.....	133
6.3	(Netz-)Neutralität als Ziel der Plattformregulierung?	134
6.4	Plattformregulierung als Inhalts- und Offenheitsregulierung	136
7.	Rechtlicher Rahmen	139
7.1	Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	139
7.1.1	Gesetzgebungskompetenz.....	139
7.1.2	Plattformregeln als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit	146

7.1.3	Grundrechte der Plattformbetreiber	159
7.1.4	Grundrechte der Veranstalter und Rezipienten	195
7.2	Europarechtlicher Rahmen	198
7.2.1	EMRK und Grundrechtecharta	198
7.2.2	Grundfreiheiten	203
7.2.3	Sekundärrecht	207
8.	Der Begriff des Plattformanbieters	232
8.1	Vorüberlegungen	232
8.1.1	Plattformanbieter als Informationsvermittler	232
8.1.2	Abgrenzung zum reinen TK-Diensteanbieter	237
8.1.3	Entstehungsgeschichte	238
8.1.4	Verwendung des Plattformbegriffs im RStV	240
8.2	Legaldefinition des Plattformbegriffs	241
8.2.1	Plattform	242
8.2.2	Anbieter einer Plattform	262
9.	Die Plattformregulierung	264
9.1	Räumlicher Anwendungsbereich	264
9.1.1	Satellitenplattformen	265
9.1.2	Web TV-Plattformen	268
9.2	Sachlicher Anwendungsbereich	269
9.2.1	Allgemeiner Grundsatz	271
9.2.2	Privilegierungen nach § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV	272
9.2.3	Privilegierungen nach § 52b Abs. 3 RStV	283
9.3	Rechte und Pflichten des Plattformbetreibers	290
9.3.1	Materielle allgemeine Pflichten	290
9.3.2	Anzeige- und Auskunftspflichten	292
9.3.3	Verantwortlichkeit für Inhalte Dritter	294
9.3.4	Veränderungs- und Vermarktungsverbot	297

9.3.5	Technische Zugangsfreiheit.....	301
9.3.6	Zuständigkeit für die Plattformaufsicht	311
9.3.7	Zugangs- und Plattformsatzung.....	311
9.3.8	Übertragungspflichten (Überblick).....	316
9.3.9	Entgeltregulierung (Überblick).....	317
10.	Übertragungspflichten nach § 52b RStV	318
10.1	Verhältnis der Must Carry-Regeln zu anderen Rechtsgebieten.....	318
10.1.1	Must Carry-Pflichten und Privatrecht	318
10.1.2	Bezüge zum Urheberrecht.....	323
10.1.3	Bezüge zum Telekommunikationsrecht.....	330
10.1.4	Bezüge zum Wettbewerbsrecht.....	341
10.2	Must Carry	349
10.2.1	Anwendungsbereich	350
10.2.2	„Must Carry“ oder „Must Provide“?	351
10.2.3	Programme mit Must Carry-Status.....	353
10.2.4	Räumliche Reichweite der Must Carry-Pflichten	360
10.2.5	Übertragungsqualität	364
10.2.6	Kapazitätsbeschränkung auf ein Drittel	365
10.2.7	Umgang mit Kapazitätsengpässen.....	367
10.3	Can Carry.....	368
10.4	Hörfunkplattformen und gemischte Plattformen	370
10.5	Verfahren und Durchsetzung.....	371
11.	Entgeltregulierung.....	373
11.1	Erste Vorüberlegung: Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	374
11.2	Zweite Vorüberlegung: „Must Carry for free“?.....	376
11.3	Überblick über die potentiell einschlägigen Vorschriften	383
11.3.1	Ehemalige TK-rechtliche Entgeltregulierung	383
11.3.2	Urheberrechtliche Entgeltregulierung	386

11.3.3	Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	391
11.3.4	Entgeltregulierung nach § 52d RStV	398
11.4	Problematik der verschiedenen Behördenzuständigkeiten	410
11.5	Gemeinsamer Angemessenheitsmaßstab	412
11.6	Allgemeines Zivilrecht	415
12.	Must Offer	423
12.1	Rundfunkrecht	423
12.1.1	Must Offer als Annexpflicht zu Must-Carry	423
12.1.2	Must Offer als Teil des Rundfunkauftrags	426
12.2	Urheberrecht	432
12.3	Kartellrecht	433
12.3.1	Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen	434
12.3.2	Missbrauchsverbot	435
12.4	Konflikt zur Dispositionsfreiheit der Veranstalter	438
13.	Anhang	441
13.1	Handlungsempfehlungen an die Gesetzgeber	441
13.1.1	Leitlinien und Prinzipien	441
13.1.2	Konkrete Handlungsempfehlungen	450
13.2	Kurzfassungen der Ergebnisse	467
13.2.1	Kurzfassung auf Deutsch	467
13.2.2	Kurzfassung auf Englisch	468
13.3	Verzeichnisse	470
13.3.1	Literaturverzeichnis	470
13.3.2	Abbildungsverzeichnis	503
14.	Danksagung	504

1. Einleitung

Bei dem Begriff des Plattformanbieters handelt sich – jedenfalls in juristischer Hinsicht – um einen Kunstbegriff. Die Landesgesetzgeber hoben ihn mit Einführung des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrags aus der Taufe, um einem Phänomen zu begegnen, das sich in den Jahren zuvor immer deutlicher gezeigt hatte: Der Gesamtbereich „Rundfunk“ geriet immer mehr in den Einfluss von Dritten, die als Intermediäre zwischen Sender und Empfänger traten. Diese agierten weniger als neutrale Vermittler, sondern nahmen vermehrt Einfluss auf Zusammenstellung und Inhalt der Programme, nutzten technische Flaschenhälse aus (oder kreierten neue) und wurden so zu *Gatekeepern*.

Um diese neuen Akteure in das Rundfunkrecht zu einzubeziehen, entwarfen die Länder die *Plattformregulierung* – und kombinierten sie mit Regelungsinstrumenten, die zu den ältesten des Medienrechts gehören: den Kabelbelegungsregeln. Eingerahmt in die §§ 52 ff. RStV trifft nun alt auf neu, jahrelang etablierte Rechtspraxis auf offen formulierte, dynamisch interpretierbare Tatbestände. Die Ergebnisse sind häufig eher Fragen als Antworten. Auch 2014, mehr als sechs Jahre nach Einführung der Plattformregulierung, sind wesentliche Grundfragen ungeklärt. Diesen Fragen nachzugehen, ist Ziel dieser Arbeit.

Dazu werden zunächst die Hintergründe erklärt: Die Plattformregulierung ist nicht nur in vielerlei Hinsicht *historisch* vorgeprägt (dazu Kapitel 2); sie erklärt sich vielfach auch erst vor dem Hintergrund der *technischen* und *wirtschaftlichen* Rahmenbedingungen, in denen Plattformbetreiber und Programmveranstalter operieren. Kapitel 3 enthält deshalb eine Beschreibung der technischen, Kapitel 4 der wirtschaftlichen Zusammenhänge des Plattformbetriebs. Kapitel 5 erläutert aus *wirtschaftswissenschaftlicher* Perspektive die Rolle des Plattformbetreibers in einem zweiseitigen Markt – und erklärt damit, wieso Plattformanbieter als „Gatekeeper“ so regulierungsbedürftig sind. In mancherlei Hinsicht ist die Plattformregulierung allerdings auch ein *politisches* Phänomen, das vorgeprägt ist durch Besonderheiten der deutschen Rundfunkpolitik – dies erläutert Kapitel 6.

Einleitung

Der Fokus dieser Arbeit liegt auf einer kritischen Untersuchung der Übertragungspflichten für digitale Plattformen, die derzeit in § 52b RStV geregelt sind. Kapitel 7 erläutert zunächst den *rechtlichen Rahmen* der Plattformregulierung, der sich aus Verfassungs- und Europarecht ergibt. Kapitel 8 beschreibt detailliert den *Begriff des Plattformanbieters*, Kapitel 9 die *Plattformregulierung* im Zusammenhang.

In den Kapiteln 10, 11 und 12 geht es um die Kernfragen im Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern: Die Frage, welche Programme die Plattformveranstalter in welcher Weise *einspeisen müssen* (Kapitel 10), welche Vorschriften für die *Preisbildung* im gegenseitigen Verhältnis gelten (Kapitel 11) und ob die Plattformbetreiber einen Anspruch haben, auch gegen den Willen der Programmveranstalter auf deren Programme *zuzugreifen* (Must Offer; dazu Kapitel 12).

Der Gang der Untersuchung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

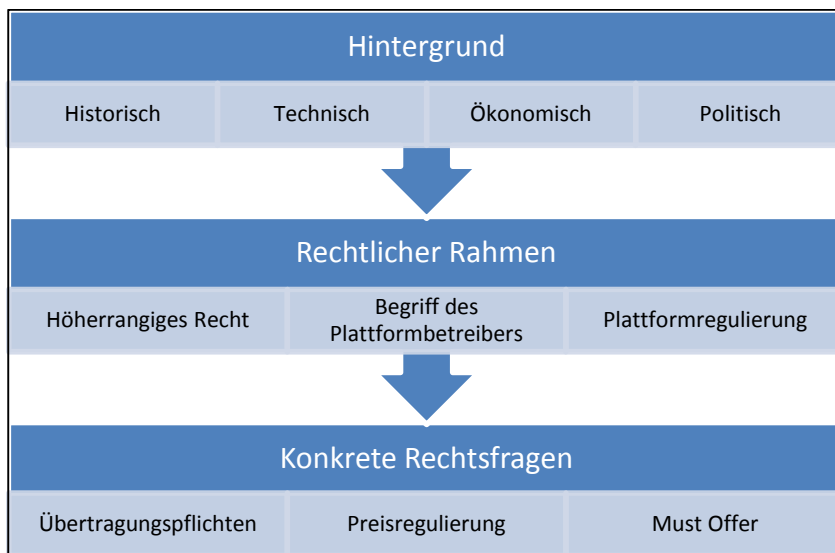


Abbildung 1: Gang der Untersuchung

2. Geschichte der Plattformregulierung

Die Plattformregulierung als solche existiert erst seit 2008. Die §§ 52 ff. RStV beruhen aber auf mehreren unterschiedlichen Gedanken und Rechtsfiguren, die in verschiedenen Epochen der Rundfunkregulierung eingeführt wurden. Die wichtigsten „Vorläufer“ der Plattformregeln sind:

- Die Regeln zur *Weiterverbreitung* bzw. *Kabelbelegung unter Knappheitsgesichtspunkten*, die seit Einführung des Privatfernsehens in den Rundfunkgesetzen der Länder enthalten sind;
- die Regeln zur *technischen Zugangsfreiheit*, die als Reaktion auf die Digitalisierung des Rundfunks entstanden; und
- das *europäische Richtlinienpaket* zu elektronischen Kommunikationsnetzen.

Im Folgenden wird die Entwicklung der Plattformregulierung in ihren historischen Zusammenhängen beschrieben. Die Darstellung konzentriert sich auf die geschichtlichen Entwicklungen, die in unmittelbarem Bezug zur Entwicklung von Plattformen und deren Regulierung stehen.¹ Dabei geht die Beschreibung nicht immer streng linear vor, sondern fasst die Geschehnisse in ihren jeweiligen Handlungszusammenhängen zusammen. Eine linear geordnete Darstellung als Zeitstrahl findet sich abschließend ab S. 40.

2.1 Ab 1897: Frühe Rundfunkgeschichte

Die Rundfunkgeschichte beginnt mit der Entwicklung der drahtlosen Telegrafie durch Guglielmo Marconi Ende des 19. Jahrhunderts.² In der Folge etablierte sich zunächst der Hörfunk, das erste „drahtlose“ Massenmedium. Auch wenn Fernsehen technologisch ebenfalls bereits Ende des 19. Jahrhunderts möglich war, blieb es in den folgenden Jahrzehnten nur Gegenstand technischer Experimente und räumlich begrenzter Pilotversuche.³

¹ Zum geschichtlichen Hintergrund siehe auch *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 26 ff.; *Kempf*, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 144 ff.; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 3 ff.; *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 7 ff.

² *Dussel*, Deutsche Rundfunkgeschichte, 20 ff.

³ *Dussel* ebd., 113 ff.

Zwar hatten schon im Jahr 1929 die ersten terrestrischen TV-Rundfunksender testweise ihren Betrieb aufgenommen: In Deutschland begann der „Rundfunksender Witzleben“ mit regelmäßigen Testsendungen, in Großbritannien der schottische Tüftler John Logie Baird. Der Ausbruch des zweiten Weltkriegs sorgte aber einstweilen dafür, dass Fernsehrundfunk keine größere Bedeutung erlangte. Auch während des Krieges⁴ und in den ersten Nachkriegsjahren blieb der Hörfunk die bestimmende Mediengattung in Deutschland.⁵ Die Rolle des Fernsehens als Massenmedium begann in Deutschland erst einige Zeit nach Kriegsende.⁶ Die Besatzungsmächte schufen föderale öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, um einer politischen Instrumentalisierung der Sender, wie sie während der nationalsozialistischen Herrschaft stattgefunden hatte, vorzubeugen.⁷ Am 1. Januar 1948 wurde mit dem Nordwestdeutschen Rundfunk die erste öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt errichtet,⁸ am 25. Dezember 1952 ging dessen Fernsehprogramm offiziell auf Sendung.⁹ Es folgten öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten in allen westdeutschen Bundesländern.¹⁰

„Fernsehen“ gehörte zu den bestimmenden Motiven des deutschen Wirtschaftswunders. Ähnlich wie die Waschmaschine oder das Automobil wurde das Fernsehgerät zu einem Statussymbol, das mit der Erlangung persönlichen Wohlstands verknüpft war.¹¹ Wohlhabende Bürger stellten sich das Gerät präsentabel in ihr Wohnzimmer, nicht selten traf man sich mit Bekannten zum gemeinsamen Fernsehschauen. Ab etwa 1959 verbreitete sich das Fernsehen dann mit wachsendem Tempo.¹² Mit dem 1. Rundfunkurteil vom 28. Februar 1961¹³ legte das BVerfG die rechtlichen Grundlagen des Rundfunkrechts. Von da an wuchs die soziale und ökonomische Bedeutung des Mediums „Fernsehen“ schnell und stetig an.

⁴ Dussel ebd., 92 ff.

⁵ Kiefer, in: Wilke, Mediengeschichte, 429.

⁶ Schwartmann, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, 3. Kapitel, Rn. 2.

⁷ Diller, in: Wilke, Mediengeschichte, 146 ff.

⁸ Diller, in: Wilke, Mediengeschichte, 146.

⁹ Ludes, in: Wilke, Mediengeschichte, 255.

¹⁰ Diller, in: Wilke, Mediengeschichte, 146 f.

¹¹ Kiefer, in: Wilke, Mediengeschichte, 431.

¹² Kiefer, in: Wilke, Mediengeschichte, 431.

¹³ BVerfGE 12, 205 - *Deutschland-Fernsehen*.

2.2 Ab 1975: Neue Verbreitungswege

Fernsehen war zunächst ausschließlich über terrestrischen Funk verbreitet worden. Im terrestrischen Frequenzspektrum konkurrierte der Fernsehfunk schon damals mit dem Hörfunk, mit dem Sprechfunk und diversen anderen Nutzern und Anwendungen. Dies führte dazu, dass die terrestrischen Funkfrequenzen von Anfang an ein äußerst knappes Gut waren. Diese Knappheit führte zu einer Suche nach alternativen Verbreitungstechnologien, die etwa ab 1975 die Diversifikation der Verbreitungswege einleitete.¹⁴

2.2.1 Fernsehsatelliten

Zunächst richtete sich das Interesse auf den Satellitenfunk. Das hoheitlich organisierte Projekt „TV-Sat“ sollte für Westeuropa ein Satellitennetz für Fernsehen errichten.¹⁵ Das Projekt begann im Jahr 1980 mit dem Abschluss eines Abkommens zwischen Deutschland und Frankreich.¹⁶ Aufgrund politischer Verzögerungen und Missmanagement startete der erste TV-Satellit aus diesem Projekt („TV-Sat 1“) aber erst knapp 10 Jahre später am 21. November 1987. Ebenso wie sein Nachfolger „TV-Sat 2“, der im Jahr 1989 die Umlaufbahn erreichte, war TV-Sat 1 aber bereits beim Erreichen des Orbits technisch veraltet. Ein technischer Defekt führte zudem noch dazu, dass TV-Sat 1 gar nicht erst den Betrieb aufnehmen konnte und ungenutzt im Weltraum verblieb.

Die enorme Verzögerung des staatlichen Projekts „TV-Sat“ führte dazu, dass der privat organisierte Konkurrenzanbieter SES Astra noch rechtzeitig¹⁷ eigene Satelliten in der Umlaufbahn über Europa platzieren konnte. Der erste private Satellit, der Fernsehsignale an Endkunden abstrahlte, war „Astra 1A“, der die Umlaufbahn am 11. Dezember 1988 erreichte.¹⁸ Das hoheitlich getragene Projekt „TV-Sat“ wurde daraufhin aufgegeben.¹⁹ SES Astra ist

¹⁴ Zur Entstehung des Rundfunksystems generell siehe *Kops*, Das deutsche duale Rundfunksystem, 6 ff.

¹⁵ *HRKDSC*, RStV, Teil B1 Rn. 14.

¹⁶ *HRKDSC*, RStV, Teil B1 Rn. 14.

¹⁷ Im Markt für Satellitenfernsehen greifen Netzwerkeffekte, so dass der erste Marktteilnehmer starke Wettbewerbsvorteile genießt („Winner takes All“); siehe dazu ab S. 110.

¹⁸ *Forrester*, High Above, 60.

¹⁹ *Dussel*, Deutsche Rundfunkgeschichte, 265 f.; zu Abwehrversuchen der deutschen Rundfunkpolitik *HRKDSC*, RStV, Teil B1, Rn. 22.

seitdem im Bereich des Satellitenfernsehens in Deutschland klarer Marktführer.

2.2.2 Breitbandkabelnetze

Ab den siebziger Jahren wurden in Deutschland auch Fernsehkabelnetze ausgebaut. Die ersten Kabelnetze waren nichts anderes als Gemeinschaftsantennenanlagen:²⁰ Schon in den Zeiten der Terrestrik gab es Bereiche, wo es unpraktikabel oder unmöglich war, Rundfunksignale über Antennen zu empfangen. Dies war z.B. in großen Wohnblöcken oder in Gebieten der Fall, in denen die terrestrischen Radiosignale abgeschattet (d.h. blockiert) waren, z.B. in Tälern.²¹ In diesen Fällen wurden die terrestrischen Signale durch leistungsstarke Antennen aufgefangen und dann in Kupferkabel eingespeist, die bis zu den Haushalten führten. Die Signale blieben dabei (von einer Verstärkung abgesehen) unverändert, sie reisten nur in elektromagnetischen Leitern statt im terrestrischen drahtlosen Feld. Aus solchen Installationen bestanden die ersten Kabelnetze.²²

In Westdeutschland begann die Deutsche Bundespost 1972 in Hamburg und Nürnberg damit, solche „Gemeinschaftsantennenanlagen“ auch in größerem Umfang zu verlegen.²³ Ab etwa 1982 begann die Deutsche Bundespost mit dem Ausbau des Breitbandkabelnetzes in Regionen, in denen auch terrestrischer Funk bereits empfangen werden konnte.²⁴ In Ostdeutschland wurden ab 1977 viele Kabelnetze in Privatinitiative errichtet, als die Weiterverbreitung von „Westfernsehen“ in Gemeinschaftsanlagen legalisiert wurde.²⁵

In Westdeutschland wurde mit der Zeit die Schließung von „Funklöchern“ weniger wichtig. Stattdessen rückte nun ein anderes Ziel in den Vordergrund: Die Erschließung zusätzlicher Kapazitäten für Fernsehprogramme. 1974 berief zunächst das Bundesministerium für Post- und Fernmeldewesen eine „Kommission für den Ausbau des technischen Kommunikationssystems

²⁰ Weißleder et al. Analoger und Digitaler Rundfunk im Kabelnetz, 9.

²¹ Weißleder et al. Analoger und Digitaler Rundfunk im Kabelnetz, 9.

²² Weißleder et al. Analoger und Digitaler Rundfunk im Kabelnetz, 9 f.

²³ HRKDSC, RStV, Teil B1 Rn. 17.

²⁴ Dazu BVerfGE 73, 118, 121 f. – *Niedersachsen; Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 7 f.

²⁵ Weißleder et al. Analoger und Digitaler Rundfunk im Kabelnetz, 9; HRKDSC, RStV, Teil B1 Rn. 90.

(KtK)“ ein.²⁶ Diese veröffentlichte 1976 den sog. KtK-Bericht, in dem sie *keinen* flächendeckenden Ausbau des Breitbandkabelnetzes empfahl, sondern zunächst den Start von regional begrenzten Pilotprojekten.²⁷ Diese sollten erst die Inhalte entwickeln, die Bedarf nach einem Breitband-Kabelnetz hätten. Die Ministerpräsidentenkonferenz schloss sich diesem Vorschlag an.²⁸ Die im Bund zunächst noch regierende sozialliberale Koalition behandelte den Kabelausbau entsprechend zögerlich und weigerte sich, durch einen zügigen Ausbau der Netze „medienpolitische Grundentscheidungen“ vorwegzunehmen.²⁹ 1982 wechselte jedoch die Bundesregierung zu einer schwarz-gelben Koalition. Der neue Postminister Schwarz-Schilling trieb den Kabelnetzausbau mit großem Einsatz voran.³⁰

Ab 1984 wurde der Aufbau von Kabelnetzen im Rahmen von sogenannten „Pilotprojekten“ organisiert.³¹ Teilweise wurden diese aus der Rundfunkgebühr bezahlt.³² Am 1. Januar 1984 nahm in Ludwigshafen im Rahmen eines Pilotprojektes das private Fernsehprogramm PKS (später Sat.1) seinen Betrieb auf, einen Tag später ging das Programm RTLplus auf Sendung.³³ Dies markierte den Beginn der Ära des Privatfernsehens in Westdeutschland. Mit dem dritten Rundfunkurteil³⁴ 1981 und dem vierten Rundfunkurteil³⁵ 1986 begründete das BVerfG die Grundlagen des dualen Systems und ebnete einer wachsenden Zahl von Privatfernsehveranstaltern den Weg.³⁶

Finanziert wurde der Aufbau der Kabelnetze aus verschiedenen Quellen.³⁷ Unter anderem wurden dazu auch Rundfunkgebühren verwendet. Ein bestimmter Anteil der Rundfunkgebühr – der sog. „Kabelgroschen“ wurde

²⁶ Dussel, Deutsche Rundfunkgeschichte, 238.

²⁷ Stock, Koordinationsrundfunk im Modellversuch, 15; Dussel, Deutsche Rundfunkgeschichte, 238; Steinmetz, in: Wilke, Mediengeschichte, 177.

²⁸ Stock, Koordinationsrundfunk im Modellversuch, 16; Steinmetz, in: Wilke, Mediengeschichte, 178 f.

²⁹ Steinmetz, in: Wilke, Mediengeschichte, 177 f.

³⁰ Steinmetz, in: Wilke, Mediengeschichte, 179.

³¹ Allgemein hierzu Stock, Koordinationsrundfunk im Modellversuch.

³² Hesse, Rundfunkrecht, 26; Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 4; BVerfGE 90, 60, 65 ff. – Kabelgroschen.

³³ Steinmetz, in: Wilke, Mediengeschichte, 182; Gehring, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 29.

³⁴ BVerfGE 57, 295 – FRAG.

³⁵ BVerfGE 73, 118 – Niedersachsen.

³⁶ Papier/J. Möller, in: Wilke, Mediengeschichte, 462 ff.

³⁷ Ausführlich Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 8.

dem Ausbau der Kabelnetze zugewiesen.³⁸ Diese Umverteilung der Rundfunkgebühr ging auf politischen Druck seitens der neu gewählten Bundesregierung, insb. des Bundespostministers Schwarz-Schilling zurück. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die bis dahin die einzigen Institutionen waren, die aus der Rundfunkgebühr finanziert wurden, folgten nur widerwillig.

Das Breitbandkabelnetz wurde bei seiner Errichtung in verschiedene Netzebenen aufgeteilt.³⁹ Die Netzebenen 1 bis 3 wurden von der Deutschen Bundespost errichtet, was durch ein gesetzliches Monopolrecht abgesichert wurde.⁴⁰ Die Netze der Netzebene 4, d.h. die Kabelanlagen innerhalb der Häuser und Wohnblöcke, wurden demgegenüber von privaten Elektrohandwerksbetrieben eingebaut.⁴¹ Grund dafür war, dass die damalige schwarz-gelbe Koalition die lokalen mittelständischen Unternehmen fördern wollte.⁴² Die Trennung von „Netzebenen“ ist weitgehend ein deutsches Unikum, prägt die Marktusancen aber bis heute.⁴³

Nachdem der Aufbau der Kabelnetze zunächst nur schleppend begonnen hatte, nahm er immer weiter an Fahrt auf. Im Jahr 1985 verfügten 18 % der Haushalte der Bundesrepublik Deutschland über einen Kabelanschluss.⁴⁴ Die Verbreitungsdichte stieg in den folgenden Jahren sukzessive an. Heute nutzen ca. 46 % der deutschen Haushalte einen Kabelanschluss.⁴⁵

2.3 Ab 1983: Erste Regulierungsversuche bei Kabelnetzen

Die Bundespost hatte im Jahr 1983 begonnen, Fernsehkabelnetze zu errichten und speiste in diese die bereits vorhandenen Programme aus dem terrestrischen Spektrum ein.⁴⁶ Welche Programme dies sein sollten,

³⁸ Diller, in: Wilke, Mediengeschichte, 161; BVerfGE 90, 60, 66 - *Kabelgroschen*.

³⁹ Zum Begriff noch unten ab S. 50.

⁴⁰ Steinert, Die Offenhaltung der Medienordnung, 17 f.

⁴¹ Steinert, Die Offenhaltung der Medienordnung, 18; Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 8.

⁴² Der Spiegel v. 8.11.1982, 124; Woldt MP 2002, 34, 34; v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 12 f.

⁴³ Siehe zu den Netzebenen noch ausführlich ab S. 50.

⁴⁴ BVerfGE 73, 118, 122 - *Niedersachsen*.

⁴⁵ Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2014, 34, 39.

⁴⁶ Hesse, Rundfunkrecht, 273.

entschied sie selbst.⁴⁷ Die Bundesländer sahen durch diese Belegungsentscheidung ihre „Rundfunkhoheit“ bedroht;⁴⁸ die Ministerpräsidenten der Länder beschlossen deshalb am 4. Februar 1983, es handle sich bei der Weiterverbreitung von Rundfunk um einen „rundfunkrechtlich relevanten Vorgang“.⁴⁹ Die etwas später gestarteten „Pilotprojekte“ standen dann unter Länderhoheit, die Deutsche Bundespost war lediglich Eigentümerin der Netze und technisch verantwortlich.

Mit dem Start des ersten Kabelpilotprojekts entstand, wie bereits angesprochen, auch der private Rundfunk in Deutschland. Um diesen zu regulieren, ergingen die ersten Mediengesetze der Länder. Ein erster Vorläufer war das Rundfunkversuchsgesetz, das 1980 in Rheinland-Pfalz, begleitend zum dortigen „Modellversuch“, erlassen wurde.⁵⁰ Dieses enthielt noch keine Übertragungspflichten im engeren Sinne.⁵¹ Allerdings sah das Rundfunkversuchsgesetz Rheinland-Pfalz bereits Auswahlkriterien bei Kapazitätsknappheit vor. Hier finden die Must Carry-Regeln ihre ersten gesetzlichen Vorläufer im deutschen Rechtssystem.

2.4 Ab 1984: Landesrundfunkgesetze und Weiterverbreitung

Das erste „fertige“ Landesrundfunkgesetz war das Niedersächsische Landesrundfunkgesetz,⁵² das am 23. Mai 1984 in Kraft trat.⁵³ Das niedersächsische Landesrundfunkgesetz enthielt bereits Regeln zur „Weiterverbreitung“, die Übertragungspflichten entsprachen: Nach § 44 Abs. 1 und 2 waren mit Priorität die „ortsüblichen“, d.h. terrestrisch empfangbaren Programme in das Kabelnetz einzuspeisen. Erst „solange und soweit“ noch Kapazitäten verblieben, durften diese auch für Programme von außerhalb eingesetzt werden. Im Ergebnis lief dies auf eine Einspeisepflicht für die lokalen Programme hinaus. Die Systematik des niedersächsischen

⁴⁷ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 26.

⁴⁸ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 26 ff.; zum Hintergrund Gersdorf, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 14.

⁴⁹ Ricker, Die Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen aus verfassungsrechtlicher Sicht, 39 ff.; HRKDSC, RStV, Teil B1 Rn. 32.

⁵⁰ HRKDSC, RStV, Teil B1 Rn. 30.

⁵¹ Siehe Stock, Koordinationsrundfunk im Modellversuch, 196; v. Holtzbrinck, Definitions- und Rangfolgeprobleme bei der Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen, 98.

⁵² Zur Reihenfolge des Inkrafttretens der Landesrundfunkgesetze Hesse, Rundfunkrecht, 28.

⁵³ GVbl. Nds. 1980, 229.

Landesrundfunkgesetzes wurde zum Vorbild für viele der übrigen Landesrundfunkgesetze, die in den westdeutschen Bundesländern größtenteils noch 1984 oder 1985 in Kraft traten.⁵⁴

Alle der neu verabschiedeten Rundfunkgesetze enthielten bereits Vorgaben zu Übertragungspflichten.⁵⁵ Viele davon orientierten sich direkt am Landesrundfunkgesetz Niedersachsen und privilegierten Rundfunksender, die innerhalb des jeweiligen Bundeslands zugelassen waren oder terrestrisch verbreitet wurden (sog. „Landeskinderklauseln“).⁵⁶ Ebenso waren regelmäßig diejenigen Programme vorrangig einzuspeisen, die für das jeweilige Bundesland „gesetzlich bestimmt“ waren.⁵⁷ Dies waren diejenigen öffentlich-rechtlichen Programme, die auf Grundlage des jeweils einschlägigen Landesrechts veranstaltet wurden.⁵⁸ Einige Länder trennten zwischen „ortsüblichen Programmen“, „ortsmöglichen Programmen“ und solchen, die noch herangeführt werden mussten.⁵⁹ In einigen Ländern war die Belegung der Kabelkanäle gesetzlich bis ins Detail vorgeschrieben.⁶⁰ In anderen Bundesländern blieb die Auswahl weitgehend der zuständigen Landesmedienanstalt überlassen.⁶¹

Die unterschiedlichen Spielräume, die die Landesgesetzgeber den Aufsichtsbehörden ließen, teilte die juristische Literatur später in ein „Vorrangmodell“ und ein „Auswahlmodell“ ein.⁶² Fast alle Länder kombinierten verschiedene der beschriebenen Methoden, so dass sich im Ergebnis eine nur schwer überschau- und systematisierbare Vielfalt von Regulierungsansätzen ergab.⁶³

⁵⁴ Zusammenfassend v. *Holtzbrinck*, Definitions- und Rangfolgeprobleme bei der Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen, 99 ff.; zum genauen Zeitpunkt des Inkrafttretens *Hesse*, Rundfunkrecht, 28.

⁵⁵ Zusammenfassende und rechtsvergleichende Darstellung bei v. *Holtzbrinck*: Definitions- und Rangfolgeprobleme bei der Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen, 99 ff.; vgl. auch *Dörr* ZUM 1997, 337, 340 ff.

⁵⁶ *Dörr* ZUM 1997, 337, 351.

⁵⁷ *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 30.

⁵⁸ *Charissé* K&R 2002, 164, 166; *Thomaschki/Krakies* ZUM 1995, 368, 370 ff.; *Dörr* ZUM 1997, 337, 351.

⁵⁹ *Dörr* ZUM 1997, 337, 351; *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 30.

⁶⁰ Dies erfolgte entweder durch eine Entscheidung im Rundfunkgesetz selbst oder konkretisierend durch eine Satzung aufgrund des Gesetzes, vgl. *Charissé* K&R 2002, 164, 166.

⁶¹ *Charissé* K&R 2002, 164, 166.

⁶² *Dörr* ZUM 1997, 337, 350; *Thomaschki/Krakies* ZUM 1995, 368, 370 ff.; *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehtz, 104 ff.

⁶³ Ein Überblick findet sich bei *HRKDSC*, RStV, § 51b Rn. 31 ff.

Das niedersächsische Landesrundfunkgesetz wurde zum Gegenstand des 4. Rundfunkurteils des BVerfG, das am 4. November 1986 erging. In diesem Urteil erklärte das BVerfG die Regeln zur „Weiterverbreitung“ im LRG Nds für verfassungsgemäß.⁶⁴ Das BVerfG entschied wörtlich:

„Verfassungsrechtlich unbedenklich ist ferner die in § 46 Abs. 2 und 3 LRG getroffene Regelung, nach der für weiterzuverbreitende Programme im Falle nicht ausreichender Kapazitäten eine Auswahl vorgesehen ist, bei welcher den mehrheitlichen Wünschen der Teilnehmer Rechnung zu tragen ist. Damit hat der Gesetzgeber dem Erfordernis von Auswahlgrundsätzen (BVerfGE 57, 295 [327]) entsprochen und die Kriterien der Auswahl in hinreichender Weise bestimmt.“

Damit war zunächst klargestellt, dass Belegungsvorgaben für Kabelnetze in Landesrundfunkgesetzen notwendig sind, wobei der Landesgesetzgeber gewisse Auswahlgrundsätze festzulegen hat.⁶⁵

2.5 1987: Der erste Rundfunkstaatsvertrag

Die Startphase des dualen Systems war geprägt von intensiv geführten politischen Auseinandersetzungen zwischen den Ländern. Nicht nur die Durchführung des Projektes „TV-SAT“ war zwischen den Ländern stark umkämpft.⁶⁶ Umstritten war auch das Recht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Werbung zeigen zu dürfen oder die Zulässigkeit des privaten Rundfunks an sich.⁶⁷ Das vierte Rundfunkurteil des BVerfG konnte zwar einige der umstrittenen Fragen klären, führte aber nicht unmittelbar zu einer Entspannung. Die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz kündigten zwischenzeitlich sogar den

⁶⁴ BVerfGE 73, 118, 197 – *Niedersachsen*.

⁶⁵ Zur verfassungsrechtlichen Rahmensituation siehe noch ab S. 139.

⁶⁶ Es bildeten sich innerhalb der Länder zwei Fraktionen, die die Belegung der Satellitenkanäle jeweils über eigene Staatsverträge zu regeln versuchten; vgl. *Hesse, Rundfunkrecht*, 30; kritisches obiter dictum hierzu in BVerfGE 73, 118, 196 f. – *Niedersachsen*.

⁶⁷ Ausführlich *HRKDSC*, RStV, Teil B1 Rn. 40 ff.

Rundfunkgebührenstaatsvertrag und drohten, aus dem ARD-Finanzausgleich auszutreten.⁶⁸ Letztlich kam es aber dann zu einer Einigung – in Form des ersten Rundfunkstaatsvertrags.⁶⁹

Die Ministerpräsidenten unterzeichneten diesen ersten RStV am 3. April 1987. Er wurde in der Folge von allen Landesparlamenten ratifiziert und trat am 1. Dezember 1987 in Kraft. Der Staatsvertrag enthielt in Art. 11 bereits eine Regelung über die Weiterverbreitung von Rundfunk. Die Ausgestaltung der Kanalbelegung überließ er in Art. 11 Abs. 3 jedoch den Ländern.

In den folgenden Jahren wurde der RStV mehrmals novelliert. Die Novellen betrafen die Weiterverbreitungs- oder Kanalbelegungsvorschriften nicht; mit dem zunehmenden Umfang des RStV wurden diese Vorschriften lediglich nach hinten verschoben. Die Vorschrift zur Weiterverbreitung rückte schließlich auf § 52, ohne sich dabei inhaltlich zu ändern.⁷⁰

2.6 Ab 1993: Digitalisierung des Rundfunks

Die technischen Grundlagen für digitalen Fernseh Rundfunk wurden bereits seit 1993 gelegt. In diesem Jahr präsentierte ein Zusammenschluss von europäischen Medienunternehmen, das sog. Digital Video Broadcasting Project, den gleichnamigen Übertragungsstandard DVB.⁷¹ Es folgten Spezifikationen für Satellit (DVB-S), für Breitbandkabel (DVB-C) und terrestrischen Rundfunk (DVB-T).⁷² DVB wurde schnell zum bestimmenden Standard für die digitale Rundfunkübertragung im europäischen Raum.⁷³

2.6.1 Digitalisierung im Satellit

Die Digitalisierung bei den Fernsehsatelliten begann bereits 1996 mit der Ausstrahlung erster digitaler DVB-S-Signale. Da es auf den Satellitenbändern wenig Kapazitätsknappheit gab, konnte dies parallel zur analogen

⁶⁸ Hesse, Rundfunkrecht, 32.

⁶⁹ HRKDSC, RStV, Teil B1 Rn. 75.

⁷⁰ Die gesamte Entwicklungsgeschichte des RStV ist dokumentiert auf der Webseite des Instituts für Urheber- und Medienrecht, <http://www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/>.

⁷¹ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 37 ff.

⁷² Merkel et al. ebd., 37 ff.

⁷³ Siehe hierzu allgemein *Deutsche TV-Plattform* (Hrsg.), *Chronik 20 Jahre Deutsche TV-Plattform*; aus juristischer Sicht auch die Reihe *DocuWatch Digitales Fernsehen*. Abrufbar unter: <http://www.hans-bredow-institut.de/de/docuwatch-digitales-fernsehen/docuwatch-digitales-fernsehen>.

Ausstrahlung geschehen. Auf Empfängerseite führte dies zu einem langsamen, aber stetigen Wechsel: Im Jahr 2005 empfingen 16,7 % aller TV-Haushalte digitales Satellitenfernsehen, noch 26,4 % aber analog.⁷⁴ Im Jahr 2010 empfingen 33,9 % aller TV-Haushalte digitales Satellitenfernsehen, nur noch 8,9 % noch analog. Am 30. April 2012 wurden die analogen Satellitenkanäle letztlich komplett abgeschaltet.⁷⁵ Die Satellitenverbreitung ist daher mittlerweile komplett digitalisiert.

2.6.2 Digitalisierung in der Terrestrik

Im Bereich der Terrestrik war die Situation anders, denn das zur Verfügung stehende Frequenzband war extrem knapp. Dies erschwerte den Digitalisierungsvorgang, denn im terrestrischen Spektrum konnte nicht parallel analog und digital gesendet werden. Andererseits bestand hier ein besonderer Druck, durch die Digitalisierung neue nutzbare Freiräume im Frequenzband (die sog. „digitale Dividende“) zu erschließen. Der Umstieg von analoger Übertragung auf DVB-T wurde daher zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, den Sendernetzbetreibern und den Landesmedienanstalten eng abgestimmt und in Formen von sog. „Switch-Overs“ umgesetzt.⁷⁶ Das heißt, es wurden die Sendekapazitäten koordiniert gemeinsam abgeschaltet, um eine gleichzeitige Ausstrahlung von analogen und digitalen Sendungen zu vermeiden. Der sog. „analoge Switch-Off“ in der Terrestrik wurde 2010 abgeschlossen.

2.6.3 Digitalisierung im Kabel

Die technischen Voraussetzungen für die Digitalisierung des Kabels wurden in den frühen 90er Jahren geschaffen.⁷⁷ Für die Themen „Digitalisierung“ und „Multimedia“ herrschte zu dieser Zeit eine große Begeisterung, bei Medien- und Telekommunikationsunternehmen entstand eine regelrechte Goldgräberstimmung.⁷⁸ Die Erwartungen fokussierten sich auf das Medium

⁷⁴ GSDZ/ALM, Digitalisierungsbericht 2005, 60.

⁷⁵ Hamann, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 48, 50 f.

⁷⁶ Überblick bei Grünwald, Analoges Switch-Off.

⁷⁷ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 15.

⁷⁸ Der Spiegel vom 14.11.1994, 126 und vom 9.12.1994, 144. Siehe auch in der Rückschau Woldt: „Die Geschichte des Pay-TV in Deutschland ist daher bislang von einer enormen Diskrepanz zwischen hohen Ambitionen und enttäuschenden Ergebnissen geprägt.“, vgl. MP 2002, 534, 539.

„Fernsehen“ – das WWW war noch nicht verbreitet, Computer wurden noch eher als Arbeitsgeräte empfunden.

Der Digitalisierungsprozess im Kabel war deshalb wirtschaftlich umkämpft und politisch umstritten. Die Hoffnungen vieler Akteure richteten sich darauf, im Kabelnetz ein geschlossenes, monopolartiges Geschäftsmodell zu etablieren. Der Übergang zum digitalen Fernsehen sollte genutzt werden, die Fernsehsignale zu verschlüsseln und den Konsumenten nur gegen Bezahlung zugänglich zu machen – mit anderen Worten, die deutsche Rundfunklandschaft sollte von „Free-TV“ auf „Pay-TV“ umgestellt werden. Dieser Umstieg sollte den Kunden mit neuartigen Angeboten und Dienstleistungen im digitalen Fernsehen schmackhaft gemacht werden.

Den ersten großangelegten Versuch zur Einführung eines entsprechenden Angebots machten 1994 die Nachfolgerin der Deutschen Bundespost, die Deutsche Telekom,⁷⁹ sowie Bertelsmann und die Kirch-Gruppe. Die Unternehmen gaben bekannt, gemeinsam die „Media Service GmbH“ (MSG) zu gründen. Aufgabe der MSG sollte sein, den Rundfunk zu digitalisieren und ihn im oben beschriebenen Sinn als Pay-TV zu vermarkten.⁸⁰ Die MSG sollte als „Vollfunktionsunternehmen“ sowohl technischer Dienstleister für vorhandene Pay-TV-Programmanbieter sein als auch Produktion und Transport, Betrieb des Verschlüsselungssystems und Endkundenkontakte übernehmen.⁸¹ Dieses Ansinnen hätte nicht nur ein konzertiertes Vorgehen quasi *aller* wichtigen Unternehmen im deutschen TV-Markt bedeutet; es baute auch auf einer vollständigen vertikalen Integration über alle Wertschöpfungsstufen auf.⁸² Für die Endkunden hätte es höhere Preise bei einer schlechteren Verfügbarkeit von Rundfunkinhalten bedeutet. Wenig überraschend wurde es am 9. November 1994 durch die EU-Kommission untersagt.⁸³

⁷⁹ Zur Privatisierung der Deutschen Post noch ab S. 19.

⁸⁰ *Gehring*, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 44 ff.; *Der Spiegel* vom 13.6.1994, 115 ff.

⁸¹ Europäische Kommission, Entsch. v. 9.11.1994, Az. IV/M.469 (Abl. EG 1994 L 364, 1), Rn. 10 ff. - *MSG Media Service*.

⁸² Europäische Kommission ebd., Rn. 56 ff

⁸³ Europäische Kommission, Entsch. v. 9.11.1994, Az. IV/M.469 (Abl. EG 1994 L 364, 1) - *MSG Media Service*; siehe auch *Der Spiegel* v. 17.10.1994, 124.

In der Folge kam es zu einer Reihe von hektisch geführten Auseinandersetzungen.⁸⁴ Zunächst bildete sich eine Front zwischen einerseits einer Allianz um Bertelsmann und der Deutschen Telekom⁸⁵, der MMBG („Multimedia Betriebsgesellschaft“) und andererseits der Kirch-Gruppe.⁸⁶ Die Kirch-Gruppe hatte ein Decodersystem namens d-box entwickelt, das sie nun verwenden wollte, um ihre Sender DF1 bzw. Premiere⁸⁷ zum Marktführer für digitales TV auszubauen. Die MMBG verfolgte ähnliche Ziele. Die MMBG zerfiel schon im September 1996, weil die Deutsche Telekom aus ihr austrat.⁸⁸ Der damalige Bundeskanzler Kohl hatte zugunsten von Kirch bei der Telekom interveniert.⁸⁹

Die Telekom, die zu dieser Zeit zwar noch im vollen Eigentum des Bundes stand, aber privatisiert werden sollte, unternahm nun eine eigene Initiative: Die Telekom wollte, wie schon andere Kabelnetzbetreiber im Ausland, selbst zu einem Anbieter von Pay-TV werden. Bei diesem Projekt, das sie als „Transcontrol“ bezeichnete, wollte sie selbst die Verschlüsselung der Rundfunkangebote übernehmen, Set-Top-Boxen mit Decoderfunktion an die Endkunden vermarkten und unmittelbar mit diesen Vertragsbeziehungen eingehen.⁹⁰ Die Initiative der Telekom AG stieß aber bei Programmveranstaltern und Regulierern auf starken Widerstand. Das Bundeskartellamt intervenierte und erreichte, dass die Telekom mit den Inhaltenanbietern Gespräche zu führen begann.⁹¹ Bertelsmann nahm die Gespräche mit der Kirch-Gruppe wieder auf.⁹² Die Telekom verfolgte ihr „Transcontrol“-Projekt dann in dieser Form einstweilen nicht weiter, sondern setzte stattdessen auf Kooperation mit den etablierten Medienkonzernen.

⁸⁴ Levy, *Broadcasting Regulation, the EU and the Nation State*, 86 f.

⁸⁵ Der Spiegel v. 11.9.1997, 103.

⁸⁶ Woldt MP 2002, 534, 539.

⁸⁷ Die Kirch-Gruppe war bei Premiere anfangs nur Minderheitsgesellschafterin, kämpfte aber mit harten Methoden um die Kontrolle des Pay-TV-Unternehmens. Im Verlauf der Auseinandersetzungen gründete Kirch sogar einen eigenen Pay-TV-Sender namens DF-1, um Premiere Konkurrenz zu machen. Nachdem die Kirch-Gruppe 1997 schließlich die Mehrheitsanteile an Premiere erwerben konnte, wurden DF-1 und Premiere fusioniert; vgl. Levy, *Broadcasting Regulation, the EU and the Nation State*, 87.

⁸⁸ Die Welt v. 19.09.1996, Online-Faksimile abrufbar unter http://www.welt.de/print-welt/article655391/MMBG_steht_vor_dem_endgueltigen_Aus.html

⁸⁹ Gehring, *Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe*, 68.

⁹⁰ Der Spiegel v. 13.05.1996, 109.

⁹¹ Der Spiegel vom 24.6.1996, 92.

⁹² Der Spiegel vom 16.6.1997, 100 f.

In der Folge kam es 1997 zu einer erneuten Annäherung von Bertelsmann, Kirch und der Deutschen Telekom AG. Die drei Unternehmen hatten vor, sich gemeinsam an den Kirch-Tochterunternehmen „Beta Digital“ und „Beta Research“ zu beteiligen und diese zum Betreiber einer integrierten Vermarktungsplattform für digitales Pay-TV auszubauen. Dabei sollte als Set-Top-Box wieder das proprietäre Format der d-Box zum Einsatz kommen. Das Zusammenschlussvorhaben wurde teils auch als „MSG II“ bezeichnet, weil es sich inhaltlich schon fast um eine Neuauflage der Media Service GmbH von 1994 handelte.⁹³ Die EU-Kommission (die durch Einflussnahme deutscher Politiker selbst unter Druck geraten war)⁹⁴ untersagte schließlich das Vorhaben mit zwei zeitgleich veröffentlichten Entscheidungen am 27. Mai 1998.⁹⁵ In diesen beiden Entscheidungen tauchten zum ersten Mal prominent die Begrifflichkeiten auf, die später die Plattformregulierung beherrschen sollten: Die EU-Kommission bezeichnete das Kirch-Unternehmen Premiere als „digitale Pay-TV-Programm- und Vermarktungsplattform“,⁹⁶ die Telekom als „Kabelplattform“ bzw. „technische Plattform“.⁹⁷

Ab Mitte 1998 zeichnete sich ab, dass die Deutsche Telekom ihr Breitbandkabelnetz abstoßen würde. Dies führte dazu, dass das Engagement dieses Unternehmens bei der Entwicklung von Geschäftsmodellen deutlich nachließ.⁹⁸ In den Jahren 1998 und 1999 kam es zwar noch zu einer Reihe weiterer Versuche, Plattformen für Digital-TV im deutschen Markt zu platzieren.⁹⁹ Diese wurden jedoch – mit Ausnahme der Kirch-Gruppe, die die Expansion von Premiere weiter mit allen Mitteln forcierte¹⁰⁰ – zunehmend halbherziger geführt. Mittlerweile war den meisten Akteuren auch klar geworden, dass im deutschen Pay-TV-Markt keine kurzfristigen Gewinne erzielbar waren.¹⁰¹ Ziel der Expansionsversuche der Medien- und

⁹³ Levy, Broadcasting Regulation, the EU and the Nation State, 86 f.

⁹⁴ Gehring, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 68.

⁹⁵ Europäische Kommission, Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.1027 (Abl. EG 1999 L 53, 31) - *Deutsche Telekom/BetaResearch*, Europäische Kommission, Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.993 (Abl. EG 1999 L 53, 1) - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.

⁹⁶ Europäische Kommission, Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.993 (Abl. EG 1999 L 53, 1), Rn. 8 und 26 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.

⁹⁷ Europäische Kommission, Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.1027 (Abl. EG 1999 L 53, 31), Rn. 11 und 27 - *Deutsche Telekom/BetaResearch*.

⁹⁸ BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 18 f.

⁹⁹ Zu einem Pilotprojekt von Bertelsmann siehe Spiegel Online v. 19.10.1999, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,48137,00.html>; zu einer Kooperation zwischen Kirch und der Telekom siehe Spiegel Online v. 22.07.1999, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,32548,00.html>.

¹⁰⁰ Der Spiegel v. 1.6.1998, 110.

¹⁰¹ Exemplarisch *Rhein* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 3.

Telekommunikationskonzerne wurde zu dieser Zeit auch immer stärker das Internet und der dort beginnende Dotcom-Boom.

Die Bemühungen der Kartellbehörden, eine Monopolisierung des Marktes für Kabelfernsehen zu verhindern, hatten damit Erfolg gehabt. Dies gelang aber nur um den Preis, dass auch die Digitalisierung des Kabels stark gebremst wurde.¹⁰² Abgesehen von Pay-TV, das einstweilen keine größeren Marktanteile erringen konnte, blieb eine digitale Nutzung des Kabels zunächst fast vollständig aus.¹⁰³ Im Jahr 2005 empfangen gerade erst 5 % aller Haushalte digitales Kabelfernsehen, während das analoge Kabelangebot mit 46,7 % der wichtigste Bezugsweg der Rundfunknutzer war.¹⁰⁴ Erst mit dem Jahr 2008 überschritt die Reichweite des digitalen Kabels die Schwelle von 10 %.¹⁰⁵ Im Jahr 2013 empfangen 55,9 % aller Kabelhaushalte ihre Programme digital.¹⁰⁶ Bis zu einem „analogen Switch-Off“ im Kabel werden voraussichtlich noch einige weitere Jahre vergehen.¹⁰⁷

2.7 Ab 1995: TV-Normenrichtlinie, FÜG und 3. RÄStV

Der Digitalisierungsprozess war – nicht nur in Deutschland – von vielen Versuchen begleitet worden, die entsprechenden Märkte zu monopolisieren. Der gemeinsame Nenner all dieser Versuche war, die Übertragung des digitalen Rundfunks zu verschlüsseln und dadurch die Kontrolle über die verschlüsselten Inhalte zu gewinnen. Oftmals waren es die Kartellbehörden, die entsprechende Initiativen stoppten. Mit der Zeit wurden aber auch die Gesetzgeber auf EU-Ebene aktiv und legten die Grundlagen für eine sektorspezifische Regulierung der Rundfunkverbreitung.¹⁰⁸

Mit dem Ziel, den Pay TV-Markt offen zu halten, erließ die Europäische Gemeinschaft 1995 die Richtlinie über die Anwendung von Normen für die

¹⁰² Hege, in: Alm GbR, Digitalisierungsbericht 2011, 15, 16.

¹⁰³ Noch 2003 waren 8 von 10 Haushalten mit Digitalrezipienten Pay-TV-Kunden; vgl. Woldt MP 2002, 534, 535 f.

¹⁰⁴ GSDZ/ALM, Digitalisierungsbericht 2005, 60.

¹⁰⁵ Hamann, in: GSDZ (Hrsg.), Digitalisierungsbericht 2008, 44.

¹⁰⁶ Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2014, 34, 36.

¹⁰⁷ Woldt MP 2013, 339, 339.

¹⁰⁸ Übersicht über die gesamte Legislatur der EU im Mediensektor bei Harcourt, The European Union and the regulation of media markets, 214 ff.

Übertragung von Fernsehsignalen (TV-Normenrichtlinie).¹⁰⁹ Der Bund erließ in Umsetzung der Richtlinie am 14. November 1997 das Fernsehsignalübertragungsgesetz (FÜG). Dieses Gesetz sollte „fortgeschrittene Fernsehdienste“ fördern sowie den „chancengleichen Zugang zu fortgeschrittener Fernsehtechnologie“ sichern. Das Gesetz ging später im TKG auf.¹¹⁰ Die Länder reagierten auf die TV-Normenrichtlinie mit dem 3. RÄStV, der am 1. Januar 1997 in Kraft trat.¹¹¹ Die Landesgesetzgeber verfolgten aber Absichten, die über die der TV-Normenrichtlinie hinausreichten, es ging um das Ziel der *Vielfalt* im Rundfunk. Den Kunden sollte eine möglichst große Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Programmen erhalten bleiben. Unmittelbarer Anlass der Regulierung war die Markteinführung der d-box, die erst wenige Monate vor Abschluss des Staatsvertrags¹¹² stattgefunden hatte: Die Länder vermuteten bei den Netzbetreibern eine „Gatekeeper“-Stellung,¹¹³ sie wollten verhindern, dass die Betreiber von Netzen und Verschlüsselungs-Systemen ihre Machtposition zu Lasten der Rundfunkveranstalter missbrauchten.¹¹⁴

Mit diesem Ziel erging § 53 RStV. Die Norm etablierte *Zugangsverpflichtungen* für zwei spezifische Dienstleistungen: Für die „Decoder“ der verschlüsselten Programme und die „Navigatoren“ (die man heute als „Electronic Programme Guides“ oder schlicht als „elektronische Programmzeitschrift“ kennt). § 53 RStV 1997 wurde zu einem Vorläufer der Plattformregulierung: Die Bestimmungen zur „technischen Zugangsfreiheit“ finden sich heute im Wesentlichen in § 52c RStV.¹¹⁵

Mit § 53 RStV a.F. hatten die Landesgesetzgeber zum ersten Mal darauf reagiert, dass auch im Bereich der Rundfunk*verbreitung* neue Akteure aktiv geworden waren. Übertragungspflichten für Rundfunkprogramme führte der 3. RÄStV allerdings nicht ein; hier blieb es bei den einzelnen Rundfunkgesetzen der Länder.

¹⁰⁹ RL 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995; zur früheren Vorgeschichte *Harcourt*, *The European Union and the regulation of media markets*, 11.

¹¹⁰ *Holznagel et al.*, Telekommunikationsrecht, Rn. 438; *Kurth*, in: Gerth/Scheuer, *Digitale Satellitenplattformen*, 56, 57.

¹¹¹ *Schulz*, in: Hahn/Vesting, *Rundfunkrecht*, § 52c Rn. 6.

¹¹² Der Staatsvertrag wurde von den Ministerpräsidenten im August und September 1996 unterzeichnet. Die Markteinführung der d-box erfolgte im August 1996.

¹¹³ *Steinert*, *Die Offenhaltung der Medienordnung*, 32 ff.

¹¹⁴ *Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013*, 1, 35.

¹¹⁵ Siehe hierzu ab S. 301.

2.8 Ab 2000: Privatisierung und Ausbau der Kabelnetze

Die Kabelnetze waren in Deutschland– wie auch im Rest von Europa – in staatlicher Regie errichtet und betrieben worden. Betreiberin der Fernsehkabelnetze war anfangs die Deutsche Bundespost. Aufgrund wachsenden Drucks, vor allem durch die Europäische Kommission, wurde beschlossen, diese zu privatisieren.¹¹⁶ Dies erfolgte in den Jahren 1989 bis 1996 in drei Postreformen.¹¹⁷

Nach ihrer Privatisierung kontrollierte die nunmehr umbenannte Deutsche Telekom noch sowohl das Telefon-Kabelnetz als auch das zur Rundfunkübertragung gedachte Breitbandkabelnetz. Unter anderem aufgrund der verschiedenen Versuche der Telekom, proprietäre Verbreitungsplattformen für den Rundfunk aufzubauen, verfestigte sich die Ansicht, die Telekom habe zu viel Marktmacht im Kabelmarkt.¹¹⁸ In der Europäischen Gemeinschaft wurden schon in den Jahren 1995 und 1996 zwei Liberalisierungsrichtlinien erlassen,¹¹⁹ die eine Untersuchung der Frage verlangten, welche wettbewerblichen Auswirkungen es habe, wenn Fernseh- und Telekommunikationsnetze in einer Hand verblieben. Auf die Telekom wuchs der politische Druck, eines der beiden Kabelnetze zu verkaufen.¹²⁰

Im Sommer 1998 kündigte die Telekom an, eine strukturelle Trennung ihrer Netze vorzunehmen. Dies setzte sie bis Mitte 1999 um, indem sie die Verwaltung ihrer Fernsehkabelnetze zunächst organisatorisch in mehrere

¹¹⁶ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 9; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 4; BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 18

¹¹⁷ In der Postreform I wurde die Deutsche Bundespost zunächst in drei selbstständige Sondervermögen aufgespalten. Zuständig für die Fernsehkabelnetze war nach der Aufspaltung die Deutsche Bundespost Telekom. Im Rahmen der Postreform II 1994 wurde die Bundespost Telekom dann (organisations-) privatisiert und in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, die Deutsche Telekom AG. Damit einher gingen Veränderungen des TKG und des GG, insbesondere die Einführung von Art. 87f GG. Mit der Postreform III im Jahr 1996 wurde dann schließlich der Weg hin zur aktuellen Telekommunikations-Regulierung beschritten, die maßgeblich auf Einzelverpflichtungen für die ehemaligen Staatsmonopolisten setzt (sog. SMP-Regulierung); ausführlich zu den Postreformen *Holznagel* et al., Telekommunikationsrecht, 13 ff.

¹¹⁸ *Der Spiegel* v. 1.6.1998, 110; *Woldt* MP 2002, 34, 35 f.

¹¹⁹ Richtlinien 95/51/EG, 96/19/EG und 99/64/EG; ausführlich dazu *Bartosch*, K&R 1998, 339; *Bartosch*, NJW 1999, 3750.

¹²⁰ *Schubert*, Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit, 98; vgl. auch *Der Spiegel* v. 8.3.1999, 100 ff.

sog. „Regionalgesellschaften“ ausgliederte.¹²¹ Kurzzeitig versuchte sie, die Vermarktung der Übertragungsleistungen im digitalen Bereich noch in einer eigenen Tochtergesellschaft, der Media Services GmbH (MSG) zu bündeln.¹²² Später gab sie dieses Vorhaben auf und überließ die Vermarktung den Regionalgesellschaften. Als schließlich auch eine EU-Richtlinie eine Trennung der Netze forderte, hatte diese auf die Situation in Deutschland deshalb keine unmittelbaren Auswirkungen mehr.¹²³

Bei der organisatorischen Ausgliederung der Kabelnetze entstand die Kabel Deutschland AG, die in regionale Untergliederungen aufgeteilt wurde. Diese regionalen Netze verkaufte die Telekom an Investoren.¹²⁴ Im Jahr 2000 erwarb das US-Investorenunternehmen Callahan Associates in zwei unterschiedlichen Verkaufsverfahren Mehrheitsanteile an den Kabelnetzen in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg.¹²⁵ Eine internationale Investorengruppe um den britischen Konzern NTL erwarb einen Mehrheitsanteil an dem Kabelnetz in Hessen.¹²⁶ Die Kabelnetze in den restlichen Bundesländern blieben in der Hand der Kabel Deutschland AG, die einstweilen noch ein Tochterunternehmen der Deutschen Telekom blieb.¹²⁷

Im Jahr 2002 sollte ein Verkauf der restlichen Kabelnetze an den internationalen Kabelnetzbetreiber und Medienkonzern Liberty Media stattfinden. Dieser wurde jedoch durch das Bundeskartellamt verhindert;¹²⁸ auf diese Entscheidung, die auf die rechtliche Entwicklung der Plattformregulierung großen Einfluss hatte, wird in Abschnitt 2.10 gesondert eingegangen.¹²⁹ Die Kabelnetze wurden schließlich 2003 für einen geringeren Preis als erwartet an eine Gruppe von Finanzinvestoren um die Investmentbank Goldman Sachs verkauft.¹³⁰ Damit waren die Breitband-Kabelnetze in Deutschland alle privatisiert und in der Hand von verschiedenen Marktteilnehmern.

¹²¹ Eine umfassende Analyse des Verkaufsvorgangs findet sich bei *Kempf*, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 151 ff.

¹²² *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 31; RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 4.

¹²³ Zu der Richtlinie *Bartosch*, NJW 1999, 3750.

¹²⁴ Zum Hintergrund *Woldt* MP 2002, 34, 34 ff.

¹²⁵ *Woldt* MP 2002, 34, 36.

¹²⁶ *Hachmeister/Rager*, Wer beherrscht die Medien, 241 f.

¹²⁷ *Rhein* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 3, 3.

¹²⁸ BKartA, Entsch. v. 22.2.2002, Az. B 7 - 168/01 - *Liberty/KDG*.

¹²⁹ Siehe dazu noch ab S. 24.

¹³⁰ Spiegel Online v. 28.01.2003, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,232618,00.html>.

Die privaten Investoren begannen nach Erwerb der Netze, diese rückkanalfähig zu machen, indem sie neue Verstärker und Kopfstationen einbauten.¹³¹ So wurden die Fernseekabelnetze fähig, auch Internet- und Telefonsignale zu übertragen. Umgekehrt begann aber auch die Deutsche Telekom, ihr Telekommunikationskabelnetz so auszustatten, dass sie ein eigenes (IP-)TV-Angebot machen konnte.¹³² Das sog. IPTV vermarktete sie unter dem Namen „T-Home“ (heute „Entertain“).¹³³ Später folgten andere Internetprovider dem Beispiel der Deutschen Telekom.¹³⁴ Die Grundlage für einen „Wettbewerb der Netze“ war gelegt.

2.9 2000: 4. RÄStV und Must Carry-Regeln

Bis zum Jahr 1999 war die Kabelbelegung alleinige Domäne der Landesrundfunkgesetze. Dies änderte sich mit dem 4. RÄStV, der zum 1. April 2000 in Kraft trat.¹³⁵ Der RStV enthielt nun in § 52 erstmalig Vorgaben auf Staatsvertragsebene, die dezidiert eigene Übertragungspflichten aufstellten. § 53 RStV wurde erheblich erweitert und ergänzte Vorgaben zur „Zugangsfreiheit“.¹³⁶

Ziel der Novelle war, die Regeln zur Weiterverbreitung für die digitale Übertragung bundesweit zu vereinheitlichen. Dabei sollten laut Begründung des 4. RÄStV einerseits die „Gestaltungsspielräume der Netzbetreiber“ erhöht werden, andererseits sollte das Gesetz aber auch „für den Rundfunk Übertragungskapazitäten [...] definieren, in denen verfassungsrechtlich gebotene Vielfalt gewährleistet ist und die Weiterverbreitung bestimmter Programme für verpflichtend [...] erklären (must-carry-rule).“ Der Anwendungsbereich beschränkte sich auf die digitale Rundfunkübertragung, während die analoge Übertragung in der Domäne der einzelnen Landesmediengesetze verblieb.¹³⁷

§ 52 Abs. 2 RStV a.F. adressierte von vornherein nur „Kabelanlagen, die ganz oder teilweise digitalen Rundfunk oder sog. Mediendienste“ übertrugen. Der neu eingeführte, mit „Zugangsfreiheit“ betitelte § 53 RStV a.F. betraf

¹³¹ *Woldt* MP 2002, 34, 43 ff.; *Rhein* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 3, 6 ff.

¹³² Allgemein *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 105.

¹³³ *Breunig* MP 2007, 478, 482.

¹³⁴ *Breunig* MP 2007, 478, 481.

¹³⁵ Ausführlich zum Entstehungsprozess *HRKDSC*, RStV, Teil B1 Rn. 120 ff.

¹³⁶ Gesamtbesprechung der Novelle bei *Ladeur* K&R 2001, 496.

¹³⁷ *Weisser/Lübbert* K&R 2000, 274, 276.

demgegenüber sowohl „Anbieter von Diensten mit Zugangsberechtigung“ (Abs. 1) als auch „Anbieter von [...] Navigatoren“ (Abs. 2), als auch „Anbieter, [die] bei der Bündelung und Vermarktung von Programmen eine marktbeherrschende Stellung innehaben“. Mit diesem bunten Strauß an Normadressaten versuchten die Gesetzgeber erstmals, die vielfaltsrelevanten „Flaschenhälse“ auch jenseits der Kabelnetze zu identifizieren.¹³⁸ Im Einzelnen:

- § 52 Abs. 3 RStV a.F. regelte die neu eingeführten Übertragungspflichten. Nr. 1 und Nr. 2 definierten Must Carry-Pflichten einerseits für die „für das jeweilige Land gesetzlich bestimmten“ öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme, andererseits die regionalen und lokalen Fernsehprogramme und offenen Kanäle.¹³⁹ Für überregionale private Programme sah § 52 RStV a.F. noch keinen Must Carry-Status vor.
- In § 52 Abs. 4 RStV a.F. war außerdem erstmals ein Can-Carry-Bereich definiert.¹⁴⁰ Die Vorschrift trennte bereits zwischen zwei grundsätzlichen Vielfaltskategorien: Der „Vielzahl von Programmveranstaltern“ einerseits und dem „vielfältigen Programmangebot“ andererseits.
- In § 52 Abs. 3 Nr. 4 enthielt der RStV erstmalig auch Vorgaben zu einer rundfunkrechtlichen Entgeltregulierung. Nach der Begründung des 4. RStV gestand diese den Landesmedienanstalten aber keine eigenständige Befugnis einer Entgelt- oder Tarifregulierung zu. Die Landesmedienanstalt habe „lediglich zu prüfen, ob die dem Netzbetreiber durch das Telekommunikationsgesetz eröffneten Gestaltungsräume [...] ausgefüllt wurden.“ Ob eine eigene Prüfungsbefugnis bestand, war demnach zweifelhaft.¹⁴¹
- Der neue § 53 RStV ergänzte die Übertragungspflichten um Pflichten zur Offenhaltung bestimmter technischer Flaschenhälse. § 53 Abs. 1 und 2 RStV verpflichteten Betreiber von Conditional Access-Systemen und „Navigatoren“ dazu, zu „chancengleichen,

¹³⁸ Schulz K&R 2000, 9, 11.

¹³⁹ Weisser/Lübbert K&R 2000, 274, 276.

¹⁴⁰ Die Bezeichnung „Can Carry“ ist nicht ganz unumstritten. In dieser Arbeit wird sie als Beschreibung von abstrakten Vielfaltsvorgaben gebraucht, die aber nicht hinsichtlich bestimmter Programme konkretisiert sind. Siehe zu „Can Carry“ im aktuellen Recht ab S. 368.

¹⁴¹ Weisser/Lübbert K&R 2000, 274, 279.

angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen technische Dienste“ anzubieten. Abs. 3 sprach ein ähnliches Verbot für Anbieter aus, die „bei der Bündelung und Vermarktung von Programmen eine marktbeherrschende Stellung“ innehatten.¹⁴²

Der neue RStV wählte den Weg einer „repressiven Missbrauchskontrolle“: Die Aufsichtsbehörden sollten nur eingreifen, wenn die Kabelnetzbetreiber nicht von selbst eine ausreichende Belegungsentscheidung trafen.¹⁴³ Diese regulatorische Zurückhaltung sollte die Netzbetreiber zum Umstieg auf die digitale Technik motivieren.¹⁴⁴ Dies diente auch der Verhältnismäßigkeit: Im digitalen Kabel stand mehr Kapazität zur Verfügung, so dass es möglich, aber auch nötig wurde, dem Kabelnetzbetreiber Freiräume zu belassen.¹⁴⁵

Die Novelle des 4. RÄStV weist in vielen Bereichen bereits starke Parallelen zu ihren heutigen Pendanten in den §§ 52 ff. RStV auf. Es ist jedoch auf zwei deutliche Unterschiede hinzuweisen. Zum einen waren die *Adressaten* der Regelung noch andere: Im Unterschied zur heutigen Regelung adressierte der damalige § 52 RStV a.F. nur die „Betreiber von Kabelanlagen“. Zum anderen verfolgte die Vorschrift noch eine andere Strategie bezüglich der *Kapazitäten*, die dem Must- oder Can-Carry-Regime unterworfen wurden. Ähnlich wie die heutige Regelung in § 52b Abs. 1 Nr. 2 RStV war der *Can-Carry*-Bereich schon auf ein Drittel der digitalen Gesamtkapazität begrenzt.¹⁴⁶ Eine solche an der *Kapazität* orientierte Deckelung war jedoch im *Must-Carry*-Bereich in dieser Form noch nicht vorhanden. Lediglich für die nach § 52 Abs. 3 Nr. 2 RStV a.F. privilegierten *privaten* Must-Carry-privilegierten Programme galt eine Begrenzung auf die „Übertragungskapazität eines analogen Fernsehkanals“; für die *öffentlich-rechtlichen* Programme ergab sich eine ähnliche Deckelung nur aus § 19 Abs. 5 RStVa.F., der die „Programme oder Programmbouquets“ für das ZDF auf die Kapazität von einem, für die ARD-Sender auf die Kapazität von zwei analogen Fernsehkanälen beschränkte.¹⁴⁷

¹⁴² Dazu Schulz K&R 2000, 9, 11 ff.

¹⁴³ Charissé K&R 2002, 164, 167.

¹⁴⁴ Dörr ZUM 2013, 81, 95; Irion/Schirnbacher CR 2002, 61, 64 f.

¹⁴⁵ Irion/Schirnbacher CR 2002, 61, 65; Roßnagel et al., Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung, 14

¹⁴⁶ Der Umfang des Can Carry-Bereichs entspricht heute dem des Kapazitätbereichs, der mit Must Carry-Programmen belegt ist – das ist nicht zwangsläufig das volle Kapazitätsdrittel. Siehe dazu ab S. 368.

¹⁴⁷ Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 906 ff.; kritisch Weisser/Lübbert K&R 2000, 274, 278.

Am 26.6.2000 erließ die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, aufbauend auf § 53 Abs. 7 RStV a.F., die erste „Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten“.¹⁴⁸ Diese wurde später zur heutigen Zugangs- und Plattformsatzung.

2.10 2002: Entscheidung des BKartA zu KDG/Liberty Media

Bereits vor der Jahrtausendwende hatten deutsche Unternehmen des Medien- und Telekommunikationssektors erfolglos versucht, mittels der Breitbandkabelnetze monopolartige „Gatekeeper“-Geschäftsmodelle zu etablieren. Im Jahr 2001 unternahm nun, wie bereits erwähnt, ein weiterer ausländischer Investor namens Liberty Media einen neuen Versuch.

Die Deutsche Telekom hatte zu dieser Zeit bereits ihre Kabelnetze in Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen abgestoßen und an Finanzinvestoren verkauft. In den anderen Bundesländern befand sich das Kabelnetz aber noch in den Händen der Kabel Deutschland AG – damals eine Telekom-Tochter. Diese weiteren Netze wollte die Deutsche Telekom an den US-Konzern Liberty Media verkaufen. Zusätzlich wollte Liberty Media einige Service-Gesellschaften und das Unternehmen Tele Columbus übernehmen, das zu dieser Zeit hauptsächlich Kabelnetze der Netzebene 4 unterhielt. Liberty verfolgte dabei die Strategie, die Netzebenen 3 und 4 zu verbinden. Auf diese Weise hätte es die gesamten Fernsehkabelnetze bis hin zum Endkunden kontrolliert.¹⁴⁹

Liberty Media war im Jahr 2000 ein integrierter Medienkonzern, mit einer starken Minderheitsbeteiligung an der News Corporation von Rupert Murdoch, dem Teleshoppingsender QVC und dem Discovery Channel.¹⁵⁰ Liberty Media stand unter Kontrolle des US-Magnaten John Malone, der in Politiker- und Medienreguliererkreisen einen schlechten Ruf hatte.¹⁵¹

¹⁴⁸ Breunig MP 2000, 378, 391.

¹⁴⁹ BKartA, Entsch. v. 22.2.2002, Az. B 7 - 168/01, Rn. 102 ff. - *Liberty/KDG*.

¹⁵⁰ Woldt MP 2002, 34, 40.

¹⁵¹ Al Gore, damals US-Vizepräsident, hatte ihn z.B. als „Darth Vader“ bezeichnet – eine Beschreibung, die die Medien aufgriffen, vgl. z.B. The Independent v. 1.10.2000, abrufbar unter <http://www.independent.co.uk/news/business/news/darth-vader-and-the-sun-king-700114.html>.

Es kam zu einer regelrechten Alarmstimmung: Die einheimischen Medienunternehmen fürchteten eine Gängelung durch Liberty und sprachen sich gegen die Übernahme aus.¹⁵²

Nach einigen Verhandlungen untersagte das Bundeskartellamt letztlich den Erwerb der Kabelnetze.¹⁵³ In der Begründung seiner Entscheidung hob das Amt die besondere Gefahr hervor, die sich aus einer vertikalen Integration zwischen Inhalte-Angebot und Betrieb eines Verbreitungsnetzes ergeben: Die Behörde war der Auffassung, Liberty hätte dem Markt einen Wechsel vom damals herrschenden sog. „Transportmodell“, bei dem die Kabelnetzbetreiber nur technisch-unterstützende Funktion haben, auf das sog. „Vermarktungsmodell“ aufzwingen können.¹⁵⁴ Dies hätte eine Beschränkung der Rundfunkvielfalt bedeutet.¹⁵⁵ Das BKartA verwies zudem auf die Gefahr der Instrumentalisierung von Endgeräten und elektronischen Programmführern: Liberty Media habe eine „Schlüsselfunktion“.¹⁵⁶ Auch hob das Amt auf die speziellen Gefahren einer vertikalen Integration zwischen Inhalteproduktion und Inhalteverbreitung ab.¹⁵⁷

Die Entscheidung des Bundeskartellamts in Sachen *Liberty/KDG* wurde von vielen politischen Entscheidungsträgern als eine Art Weckruf empfunden.¹⁵⁸ Mit der Entscheidung des BKartA setzte eine Debatte ein: Es ging um die Gefahren von vertikaler Integration zwischen Inhalteherstellung und -vertrieb, der Marktmonopolisierung durch Kabelnetzbetreiber und der zwangsweisen Einführung von Verschlüsselungs-Systemen und proprietären Schnittstellen.¹⁵⁹ Diese Debatte sollte sechs Jahre später in die Einführung der Plattformregulierung einmünden.¹⁶⁰

¹⁵² Schubert, Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit, 99; Woldt MP 2002, 34, 45.

¹⁵³ BKartA, Entsch. v. 22.2.2002, Az. B 7 - 168/01 - *Liberty/KDG*.

¹⁵⁴ BKartA ebd., 70.

¹⁵⁵ BKartA ebd., 69 f.

¹⁵⁶ BKartA ebd., 68 f.

¹⁵⁷ BKartA ebd., 58.

¹⁵⁸ *Irion/Schirmbacher* CR 2002, 61, 62.

¹⁵⁹ Vgl. nur *Irion/Schirmbacher* CR 2002, 61.

¹⁶⁰ Siehe dazu ab S. 32.

2.11 2002: TK-Paket und Universaldienst-RL

Telekommunikationsrechtliche Regeln hatte es sowohl in der EU als auch in Deutschland schon länger gegeben. Zur sog. *sektorspezifischen Regulierung* kam es aber, als die Telekommunikationsnetze nach der Jahrtausendwende privatisiert wurden. Die Grundlagen auf EU-Ebene wurden hierfür 2002 mit dem ersten TK-Richtlinienpaket gelegt.¹⁶¹ Dieses Paket bestand aus einer Reihe von Richtlinien, die die gesamte Regulierung von elektronischen Kommunikationsnetzen erfassen sollten, darunter auch die Rundfunkübertragung.¹⁶² Im Kontext dieser Novelle wurden auch die Must Carry-Pflichten geregelt.

2.11.1 Kommunikation vom 10. November 1999

Die Kommission war auf die Must Carry-Pflichten aufmerksam geworden, weil sich einige Kabelnetzbetreiber bei ihr beschwert hatten.¹⁶³ Im Rahmen einer Kommunikation vom 10.11.1999 befasste sich die Kommission daraufhin erstmals mit Übertragungspflichten in Breitbandkabelnetzen.¹⁶⁴ Federführend war dabei die Generaldirektion Informationsgesellschaft. Diese nahm gegenüber der Auferlegung von Must-Carry-Pflichten von Beginn an einen kritischen Standpunkt ein.¹⁶⁵

2.11.2 Working Document vom 27. April 2000

Einen ersten Formulierungsvorschlag für die Universaldienstrichtlinie veröffentlichte die Generaldirektion am 27. April 2000 in einem „Working Document“¹⁶⁶ Dieser erste Entwurf enthielt in Art. 26 bereits einen Vorschlag zu einer Regelung der Must-Carry-Pflichten.

Der Vorschlag beschränkte die Auferlegung von Must-Carry-Pflichten auf die Verbreitung „eindeutig festgelegter Rundfunkprogramme, die nach dem einschlägigen nationalen Recht auf Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Rundfunkversorgung eindeutig verpflichtet sind“. Damit war nichts anderes gemeint als die öffentlich-rechtlichen Rundfunksender, die in fast allen

¹⁶¹ Überblick bei *Castendyk*, in: Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 3 Rn. 151 ff.

¹⁶² Überblick zu diesem Teil der Regulierungsgeschichte auch bei *Fink* et al. ZUM 2011, 292, 9.

¹⁶³ *Roukens*, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 203.

¹⁶⁴ Europäische Kommission, COM (99) 539.

¹⁶⁵ Europäische Kommission, COM (99) 539, 32.

¹⁶⁶ DG INFSO, Working Document v. 27.4.2000: Universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services.

Mitgliedsstaaten der EU existierten. Für alle anderen (d.h. die privaten) Rundfunkprogramme sollte die Verleihung eines Must-Carry-Status explizit ausgeschlossen werden. Die Generaldirektion Informationsgesellschaft führte außerdem die Idee eines „angemessenen Ausgleichs“ ein: Die Kabelnetzbetreiber sollten für die Nutzung der Übertragungskapazität, die sie zur Verfügung stellten, entschädigt werden.

Der Vorschlag zielte des Weiteren darauf, die Auferlegung von Übertragungspflichten an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu binden, hierfür Transparenzvorgaben zu machen und allgemein an die Bedingung zu knüpfen, dass der Wettbewerb nicht gestört werde.¹⁶⁷ Im Vorfeld war sogar diskutiert worden, die Auferlegung von Must-Carry-Pflichten davon abhängig zu machen, dass zuvor ein Marktanalyseverfahren durchgeführt worden war. Diese Vorgabe wurde jedoch wieder fallen gelassen.¹⁶⁸

Der Vorschlag aus diesem ersten *Working Document* diene offensichtlich relativ einseitig den Interessen der Kabelnetzbetreiber.¹⁶⁹ Während sich die Mitgliedstaaten, gerade auch die deutschen Bundesländer, bisher bemüht hatten, die *Rundfunkveranstalter* gegenüber den *Kabelnetzbetreibern* in Schutz zu nehmen, schlug die Kommission nun einen genau entgegengesetzten Kurs ein: Die Kabelnetzbetreiber sollten vor unverhältnismäßig teuren und angeblich wettbewerbsschädlichen Must-Carry-Verpflichtungen geschützt werden.

Wäre dieser Vorschlag in Form einer Richtlinie umgesetzt worden, hätte dies weitgehend das Ende der Must-Carry-Pflichten in den Mitgliedsstaaten bedeutet. Wenig überraschend kam es nach der Veröffentlichung des Vorschlags zu Widerstand.

2.11.3 Erster Vorschlag einer Richtlinie 2000

Aufbauend auf den Vorschlägen der Generaldirektion legte am 19.12.2000 die Kommission (als übergeordnete Behördenebene) einen eigenen ersten Entwurf einer Universaldienstrichtlinie vor.¹⁷⁰ Der Vorschlag der

¹⁶⁷ Fink et al. ZUM 2011, 292, 9 f.

¹⁶⁸ Roukens, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 214.

¹⁶⁹ Roukens, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 217 f.

¹⁷⁰ KOM 2000/0392, Amtsblatt Nr. C 365 E vom 19/12/2000 S. 0238 – 0255.

Generaldirektion wurde in den konsolidierten Vorschlag nur stark abgeändert übernommen. Der Text von Art. 26 des Entwurfs lautete:

„1. Die Mitgliedstaaten können zur Ausstrahlung bestimmter Ton- und Fernsehrundfunksendungen den unter ihre Gerichtsbarkeit fallenden Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze für die öffentliche Verbreitung von Fernseh- und Tonrundfunkdiensten betreiben, Übertragungspflichten auferlegen. Solche Verpflichtungen dürfen jedoch nur auferlegt werden, soweit sie zur Erreichung klar umrissener Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sind; sie müssen verhältnismäßig, transparent und zeitlich befristet sein.

2. Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Unternehmen, denen Übertragungspflichten auferlegt werden, unter Berücksichtigung der erforderlichen Netzkapazität in geeigneter Weise nach angemessenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien entschädigt werden.“

Statt die Verleihung von Must-Carry-Privilegien auf öffentlich-rechtliche Rundfunksender zu beschränken, wurde diese Schranke umformuliert, hin zu einer Beschränkung auf „klar umrissene Ziele von allgemeinem Interesse“.¹⁷¹ Es blieb aber bei den Verpflichtungen auf Verhältnismäßigkeit und Transparenz.

Neu hinzugekommen war in dieser Version, dass die Auferlegung von Must-Carry-Pflichten nur zeitlich begrenzt erfolgen sollte (Abs. 1 Satz 2): Die Kommission ging davon aus, dass aufgrund der Digitalisierung der

¹⁷¹ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 10.

Übertragungstechniken auch die Kapazitätsknappheit wegfallen würde. Folglich gebe es dann auch keinen Anlass für Must-Carry-Pflichten mehr.¹⁷²

In der Folge wurde die Richtlinie im EU-Parlament verhandelt, wo eine Reihe von Änderungsanträgen eingebracht wurde.¹⁷³ Auf diese Anträge reagierte der Rat der EU und brachte die Version des Art. 31 UDRL auf den Weg, die dann später verabschiedet wurde.¹⁷⁴

2.11.4 Version der Universaldienstrichtlinie 2002

Am 24. März 2002 trat die Universaldienstrichtlinie schließlich in Kraft.¹⁷⁵ Die Richtlinie enthielt (nunmehr in Art. 31) auch die Vorgabe zu Übertragungspflichten. Der damals verabschiedete Art. 31 entspricht im Wortlaut weitgehend der heutigen Version.

Die deutliche *Erschwerung* der Auferlegung von Must-Carry-Pflichten, die von der Generaldirektion beabsichtigt gewesen war, war in der endgültigen Fassung der Richtlinie kaum noch erkennbar. Als wesentliche Aussage des Abs. 1 verblieb, dass die Staaten bei der Auferlegung von Übertragungspflichten an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und an Transparenzpflichten gebunden waren. Es blieb auch bei der Verpflichtung auf „klar umrissene Ziele von allgemeinem Interesse“. Neu in dieser Fassung war eine Ausnahme für Kleinstnetze. Die zeitliche Begrenzung der Übertragungspflichten wurde in dieser endgültigen Version durch eine unscharf formulierte Pflicht der Mitgliedsstaaten ersetzt, die Auferlegung von Must-Carry-Pflichten zu „überprüfen“. ¹⁷⁶

Als letztes Überbleibsel des Versuchs der Generaldirektion Informationsgesellschaft, den Kabelnetzbetreibern einen „angemessenen Ausgleich“ zuzusichern, verblieb Art. 31 Abs. 2. Die Vorschrift war allerdings mittlerweile so stark beschnitten worden, dass sie kaum noch Rechtsfolgen auslöste. Den Mitgliedsstaaten blieb es freigestellt, ob sie eine Verpflichtung zur Zahlung von Einspeiseentgelten einführten oder nicht.¹⁷⁷ Art. 31 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie verbot nunmehr nur noch die *Diskriminierung*

¹⁷² Roukens, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 203 f.

¹⁷³ Siehe dazu die Stellungnahme der Kommission, KOM 2001/0503, Abl. C 332E/2001 S. 292.

¹⁷⁴ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 11.

¹⁷⁵ Abl. L 108 vom 24. 04. 2002 S. 51.

¹⁷⁶ Zu den Gründen Roukens, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 216 f.

¹⁷⁷ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 11.

zwischen verschiedenen Kommunikationsnetzbetreibern. Nur *für den Fall*, dass die Mitgliedstaaten eine solche Kompensationsvorschrift zu Gunsten der Kabelnetzbetreiber erließen, wurden sie außerdem auf die Verhältnismäßigkeit und Transparenz bei der Festlegung der Einspeiseentgelte verpflichtet.

2.11.5 Abwandlung mit dem Richtlinienpaket 2009

Während der Verhandlungen der Novelle des TK-Richtlinienpakets war Art. 31 der Universaldienstrichtlinie nur wenig umstritten. Abgesehen von einer vereinzelt Initiative eines EU-Parlamentarsausschusses, die Übertragungspflichten auch in den nichtlinearen Bereich auszudehnen¹⁷⁸ konzentrierten sich die Auseinandersetzungen auf andere Bereiche.

Im Ergebnis wurde Art. 31 durch die Änderungsrichtlinie 2009/136/EG nur leicht abgewandelt.¹⁷⁹ Es wurde eine zusätzliche Evaluationspflicht eingeführt, die fristenbewehrt ist: Die Mitgliedsstaaten mussten ihre Must-Carry-Pflichten bis zum 25. Mai 2012 evaluieren. Statt „klar umrissene“ Ziele von allgemeinem Interesse fordert die Richtlinie nun „ausdrücklich festgelegte“ Ziele, statt von „Gerichtbarkeit“ ist nun von „Rechtshoheit“ die Rede.¹⁸⁰ Zusätzlich wurde in Abs. 1 ein Hinweis aufgenommen, dass Must-Carry-Pflichten auch zu Gunsten von behinderten Rezipienten auferlegt werden können.¹⁸¹

Diese Änderungen kommentiert Erwägungsgrund 48 der Änderungsrichtlinie („Citizens' Rights Directive“):

„Gesetzliche Übertragungspflichten dürfen für von einem einzeln benannten Mediendiensteanbieter bereitgestellte Hör- und Fernsehgrundfunkkanäle sowie ergänzende Dienste festgelegt werden. Die Mitgliedstaaten sollten die Übertragungspflichten in ihrem nationalen Recht klar begründen, um sicherzustellen, dass solche Verpflichtungen

¹⁷⁸ *Paasilinna*, Stellungnahme des Committee on Industry, Research and Energy vom 9.6.2008, Az. 2007/0248(COD).

¹⁷⁹ *Schweda* K&R 2010, 81, 86.

¹⁸⁰ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 59 f.

¹⁸¹ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 11.

transparent, verhältnismäßig und genau definiert sind. In dieser Hinsicht sollten Übertragungspflichten so geregelt werden, dass sie ausreichende Anreize für effiziente Investitionen in die Infrastruktur bieten. Die Regelung der Übertragungspflichten sollte regelmäßig überprüft werden, damit sie mit der Technologie- und Marktentwicklung Schritt hält und weiterhin in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht. Die ergänzenden Dienste umfassen unter anderem Dienste, die den Zugang für behinderte Endnutzer erleichtern, beispielsweise Videotext, Untertitel, Audiobeschreibung und Gebärdensprache.“

Der Erwägungsgrund weicht letztlich nicht von der Aussage des früheren Art. 31 der Richtlinie ab, unterstreicht aber noch einmal dessen Bedeutung.

2.12 2005: Achter RÄStV

Erst mit dem 8. RÄStV, der am 1. April 2005 in Kraft trat, wurden die materiellen Vorgaben der Universaldienstrichtlinie in § 52 Abs. 1 RStV übernommen.¹⁸² Auch der 8. RÄStV beinhaltet jedoch lediglich eine deklaratorische Bindung der Länder an die Vorgaben des Art. 31 der Universaldienstrichtlinie. Die Gesetzgeber gingen davon aus, dass Art. 31 der Universaldienstrichtlinie keine darüber hinausgehenden gesetzlichen Änderungen notwendig machte.¹⁸³ Die Gesetzgeber schufen aber einen neuen § 52 Abs. 3 Nr. 2 RStV, der nun auch privaten Programmen mit Regionalfenstern Must Carry-Status verlieh. Der neue Staatsvertrag änderte außerdem den damaligen § 53 RStV a.F., der die sog. technische Zugangsfreiheit regelte.¹⁸⁴ Die Gesetzesänderung konkretisierte u.a.

¹⁸² Schon mit dem siebten RÄStV hatten die Länder § 53a RStV a.F. eingeführt und darin die in Art. 31 UDRL vorschriebene Überprüfungsklausel aufgenommen. Anderweitig waren sie aber nicht tätig geworden.

¹⁸³ Vorschläge, die eine stärkere Abwandlung der Normen gefordert hatte, wurden von den Ministerpräsidenten letztlich nicht übernommen; vgl. *HRKDSC*, RStV, Teil B1, Rn. 313.

¹⁸⁴ *HRKDSC*, RStV, § 52c Rn. 3.

Anzeigepflichten für Entgelte und legte fest, dass die Entgeltgestaltung die Programmveranstalter weder behindern noch diskriminieren durfte.¹⁸⁵

2.13 2008: Zehnter RÄStV: Einführung der Plattformregulierung

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass die Plattformregulierung eine Bündelung verschiedener rechtlicher Erwägungen und Normgebäude darstellt. Es lassen sich, knapp zusammengefasst, drei unterschiedliche historische Vorläufer herausarbeiten:

- Die Regeln zur „Weiterverbreitung“ gehören zu den ältesten des Rundfunkrechts. Mit der Zeit wurden diese zur Grundlage immer detaillierterer Vorgaben der Landesmedienanstalten zur „Belegung“ von Kabelnetzen.
- Die Regeln zur „Offenhaltung“ der Kabelnetze sind eine gesetzliche Reaktion auf die immer wieder neuen Versuche, die Digitalisierung des Kabelnetzes zur Etablierung geschlossener Geschäftsmodelle auszunutzen. Die Gesetzgeber orientierten sich vor allem an Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden.
- Die Vorgaben aus Art. 31 der Universaldienstrichtlinie sollten ursprünglich darauf zielen, die Kabelnetzbetreiber vor „übertriebenen“ Must Carry-Pflichten zu schützen. Im Verlauf des Gesetzgebungsprozesses wurde dieses Regelungsziel jedoch stark zurückgedrängt.

Im Ergebnis dieser Entwicklungen hatten sich Normen entwickelt, die im RStV bereits in unmittelbarer Nachbarschaft standen. Sie richteten sich aber an unterschiedliche Adressaten, einerseits „Kabelnetzbetreiber“ (§ 52 RStV a.F.), andererseits „Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, die Rundfunk und vergleichbare Telemedien verbreiten“ (§ 53 RStV a.F.). Diese Vorgaben verbanden die Gesetzgeber nun zu einer einheitlichen „Plattformregulierung“.

¹⁸⁵ Ladeur ZUM 2005, 1, 6.

2.13.1 Genese des Begriffs „Plattform“

Die Europäische Kommission hatte schon 1998 in ihren Entscheidungen *Bertelsmann/Kirch /Premiere* und *Deutsche Telekom/Beta Research* von „Plattformen“ gesprochen.¹⁸⁶ In diesen Entscheidungen tauchten zum ersten Mal prominent die Begrifflichkeiten auf, die später die Plattformregulierung beherrschen sollten: Die EU-Kommission bezeichnete das Kirch-Unternehmen Premiere als „digitale Pay-TV-Programm- und Vermarktungsplattform“ und die Deutsche Telekom als „Kabelplattform“ bzw. „technische Plattform“.¹⁸⁷ Die Entscheidungen waren im Original in englischer Sprache erarbeitet worden; die im Deutschen unübliche Wortwahl „Plattform“ geht offenbar auf eine ungenaue Übersetzung zurück. So wurde das englische Wort „platform“ zum deutschen „Plattform“.

Das Bundeskartellamt übernahm die Begrifflichkeit der „Plattform“ später in eigene Entscheidungen.¹⁸⁸ Es verwendete den Begriff jedoch – anders als noch die Kommission – nicht nur beschreibend, sondern als Eigenname bzw. Gattungsbegriff. In der Entscheidung des BKartA im *Liberty/KDG* aus dem Jahr 2002 definierte das BKartA, offenbar in Anlehnung an die früheren Kommissions-Entscheidungen, passgenau einen „Markt für Plattformen“:

„Ein Unternehmen, das Programme bündelt und vermarktet, wird als Anbieter einer Programmplattform bezeichnet. Der Anbieter einer Programmplattform wird zum einen gegenüber den Anbietern von Fernsehkanälen tätig und zum anderen gegenüber den Endkunden. Gegenüber den Veranstaltern von Rundfunkprogrammen wird der Plattformbetreiber tätig, indem er Programme

¹⁸⁶ Europäische Kommission, Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.993 (Abl. EG 1999 L 53, 1), Rn. 26 ff. - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*; Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.1027 (Abl. EG 1999 L 53, 31), Rn. 26 ff. - *Deutsche Telekom/BetaResearch*.

¹⁸⁷ Europäische Kommission, Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.1027 (Abl. EG 1999 L 53, 31), Rn. 26 ff. - *Deutsche Telekom/BetaResearch*

¹⁸⁸ BKartA, Entsch. v. 22.2.2002, Az. B 7 - 168/01, Rn. 53, Rn. 73 f. - *Liberty/KDG*; Entsch. v. 28.12.2004, Az. B 7 - 150/04, Rn. 15 ff. - *SES/Premiere*.

*bündelt und - einzeln oder in Paketen -
vermarktet.*¹⁸⁹

In der Literatur wurde der Begriff „Plattform“ daraufhin häufig verwendet, um dieses „zweiseitige“ Geschäftsmodell zu beschreiben, z.B. in Bezug auf die mächtigen Pay-TV-Anbieter in Großbritannien und Frankreich.¹⁹⁰ Aber auch bezüglich der verschiedenen Pay TV-Unternehmungen in Deutschland wurde schon ab etwa dem Jahr 2000 von „Plattformen“ gesprochen.¹⁹¹ In den folgenden Jahren finden sich auch in der medienrechtlichen Literatur zunehmend Erwähnungen des Begriffs „Plattform“. Eine Vorreiterrolle nahm dabei die KEK ein, die schon ab 2003 von „Plattformen“ und „Plattformverträgen“ sprach.¹⁹² Insbesondere in ihrem 8. Jahresbericht 2003 sprach die KEK die Problematik von „Verflechtungen zwischen Kabelnetzbetreibern und Programmveranstaltern“ ausführlich an und nahm dabei auch auf „Programmplattformen“ Bezug.¹⁹³ In den folgenden Jahren wurde die Verwendung des Plattformbegriffs dann immer häufiger, bis er schließlich mit dem 10. RÄStV auch zum Rechtsbegriff wurde.

2.13.2 Verhandlungen zum Plattformregime ab 2005

Wie oben dargestellt, hatte sich eine Situation ergeben, in der Regelungen im RStV unmittelbar nebeneinander standen, die weitgehend dasselbe Ziel hatten, aber unterschiedliche *Adressaten* nannten – schon damit drängte sich die Frage auf, ob diese Vorschriften sich nicht auf einen gemeinsamen normativen Nenner bringen ließen. Neben diesem *normativen* Handlungsbedarf wurden auch mehrere *wirtschaftliche* Entwicklungen zum Anstoß der Plattformregulierung:

- 2004 startete die Eutelsat-Gruppe ihr Angebot „visAvision“ (später: „Kabelkiosk“), das vorrangig über die Netze kleiner Kabelnetzbetreiber vermarktet wurde.¹⁹⁴ Dazu wurden die Fernsehprogramme erstmalig auch über den Satelliten in größerem

¹⁸⁹ BKartA, Entsch. v. 22.2.2002, Az. B 7 - 168/01, Rn. 53, Rn. 73 f. - *Liberty/KDG*, 60 ff.

¹⁹⁰ So z.B. *Woldt* MP 2002, 534, 542.

¹⁹¹ Beispielsweise *Breunig* MP 2000, 378, 389.

¹⁹² Statt vieler KEK, Entsch. v. 11.2.2003, Az. KEK 160, 10 - *Beate Uhse TV*; Entsch. v. 11.5.2004, Az. KEK 204, 6 – *Kinowelt*.

¹⁹³ *KEK*, 8. Jahresbericht, 213.

¹⁹⁴ *Steiner*, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 37.

Umfang verschlüsselt verbreitet.¹⁹⁵ Die Kundenbeziehungen überließ Eutelsat zwar den Kabelnetzbetreibern.¹⁹⁶ Nichtsdestotrotz wurde bei den Landesmedienanstalten bemerkt, dass ein Satellitenbetreiber damit erstmals in Deutschland¹⁹⁷ seine rein neutrale Transportposition aufgab.¹⁹⁸

- Im Jahr 2005 trat mit der Mobiles Fernsehen Deutschland GmbH (MFD) zum ersten Mal ein Anbieter von „Mobile TV“ auf.¹⁹⁹ Die MFD beantragte Frequenzzuweisungen bei den Landesmedienanstalten; ab Mai 2006 nahm sie den Sendebetrieb auf.²⁰⁰
- Im Mai 2006 startete mit „Alice Home TV“ auch das erste IPTV-Angebot in Deutschland, im Oktober folgte die Deutsche Telekom, im Mai des nächsten Jahres Arcor.²⁰¹
- Auch Kabelnetzbetreiber gingen sukzessive dazu über, ihren Kunden einzelne Programmbouquets gegen zusätzliche Abonnement-Gebühren anzubieten. Die meisten Betreiber der Kabelnetze strebten keine alles umfassende „Grundverschlüsselung“ der Breitbandkabel mehr an, vermarkteten aber als *zusätzlichen* Service zum Kabelanschluss die gebündelten, verschlüsselten Pay-TV-Programme, d.h. als abgegrenztes Produkt zu einem eigenen Preis.
- 2007 versuchten allerdings die RTL-Gruppe und die ProSieben/Sat.1-Gruppe, eine Grundverschlüsselung²⁰² ihrer Programme auf *allen* Verbreitungswegen zu erreichen. Ziel war es, die Programme als gemeinsames Bündel zu vermarkten und dabei die Endkunden durch die Verschlüsselung zum Abschluss individueller Verträge zu bringen.²⁰³

Diese Phänomene waren für die Landesmedienanstalten mit ihrem bisherigen Handlungsinstrumentarium schwer zu greifen. Es stellte ein

¹⁹⁵ Steiner ebd., 37.

¹⁹⁶ Steiner ebd., 37.

¹⁹⁷ In den USA hatten die Satellitenbetreiber längst eigene Endkundenbeziehungen aufgebaut, vgl. Wagner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 42 f. und Hege, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 60, 61 f.

¹⁹⁸ Wagner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 42; Hege, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 60, 67 f.

¹⁹⁹ Ricke, IPTV und Mobile TV, 163.

²⁰⁰ Ausführlich zu watcha und Nachfolgeprojekten Breunig MP 2008, 598, 600 und Ricke, IPTV und Mobile TV, 163 ff.

²⁰¹ Breunig MP 2007, 478, 482.

²⁰² Zur Grundverschlüsselung vgl. auch Ricke, IPTV und Mobile TV, 157.

²⁰³ Zusammenfassung bei Fiedler, Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt, 1 ff. und Dewenter/Haucap, Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten, 19 ff.

Novum dar, dass sich erstmals Personen um eine Frequenzzuweisung bewarben, die zwar keine Rundfunkveranstalter waren, aber auch nicht (nur) technische Dienstleister.²⁰⁴ Das Handy TV-Konsortium MFD verfolgte z.B. das Geschäftskonzept, sowohl fremde als auch eigene Programme zu einem Produkt namens „watcha“ zu bündeln und als gemeinsames Angebot zu vermarkten.²⁰⁵ Auch IPTV-Anbieter waren zwar offensichtlich in Art und Auftreten den Kabelnetzbetreibern sehr ähnlich, mit den herkömmlichen Kanalbelegungsregeln aber nicht zu fassen. Und die Initiativen der Satellitennetzbetreiber machten deutlich, dass Kabelnetzbetreiber nicht die einzigen Verbreiter waren, die für die Vielfaltsregulierung eine relevante Flaschenhals-Position einnahmen.²⁰⁶

In Regulierungskreisen begann daraufhin ein intensiver Erörterungsprozess darüber, mit welchen Instrumentarien diese neuen Phänomene zu greifen seien.²⁰⁷ In diesem Zusammenhang wurde viel über die besondere Situation vertikal integrierter Medienkonzerne gesprochen.²⁰⁸ In der Literatur wurden die neuen Geschäftsmodelle häufig mit dem Kommentar begleitet, die Verbreiter wechselten nun vom „Transportmodell“ zum „Vermarktungsmodell“.²⁰⁹ Es werde nun nicht mehr der Programmveranstalter den Transport finanzieren, sondern – wie auch vorher schon im Kabel – der Kunde.²¹⁰ Dies gelte sogar für ehemals frei zugängliche Inhalte.

Die Landesmedienanstalten behalfen sich zunächst, soweit es möglich war, mit Provisorien. Die Frequenzen für Handy-TV wurden z.B. auf Basis von Experimentierklauseln in den jeweiligen Landesmediengesetzen und auf Basis eines gemeinsamen Eckpunktepapiers der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten dem Veranstalter der Plattform zugewiesen.²¹¹

²⁰⁴ Ory ZUM 2007, 7, 12 ff.

²⁰⁵ KEK, Beschl. v. 11.4.2006, Az. KEK 326, 2 ff. – *WalknWatch*; Beschluss v. 11.4.2006, Az. KEK 324, 2 ff. – *MFD Mobiles Fernsehen*; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 163 f.

²⁰⁶ *Wagner*, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41.

²⁰⁷ Vgl. nur Gerth/Scheuer (Hrsg.), Digitale Satellitenplattformen; Christmann et al. MMR 2005, 291, 294; König/Kösling ZUM 2005, 289; Reinemann ZUM 2005, 307; Reinemann ZUM 2006, 523; Wille, in: FS Mailänder, 589, 591; Eberle ZUM 2007, 439; Langhoff ZUM 2007, 447; Ory ZUM 2007, 7; Potthast ZUM 2007, 443; Ring/Gummer ZUM 2007, 433; KEK-Mitteilung 3/07.

²⁰⁸ Statt vieler Kleist, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 9.

²⁰⁹ *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 28 ff.; Hein/Schmidt K&R 2002, 409, 409 ff.; Spindler MMR-Beil. Heft 2/2003, 15 ff.; Weisser/Höppener ZUM 2003, 597, 597; vgl. auch *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 107 ff.; BNetzA, Beschl. v. 17.4.2007, Az. BK 3b-06-014/R, 11.

²¹⁰ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 123.

²¹¹ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 163; kritisch *Ladeur* MMR 1999, 266, 268.

Gleichzeitig begannen aber auch die Vorarbeiten für einen neuen Rechtsrahmen, der im 10. RÄStV verankert werden sollte.

Die Verhandlungen fanden – wie für Novellierungen des RStV üblich – im Rahmen von umfangreichen Absprachen statt, an denen alle betroffenen Behörden und Branchenunternehmen beteiligt waren.²¹² Gespräche liefen zwischen den Rundfunkreferenten der Länder, aber auch unter den Landesmedien- und Rundfunkanstalten. Verschiedene Wirtschafts- bzw. Lobbyverbände beteiligten sich intensiv.²¹³ Auch in der Fachöffentlichkeit und Wissenschaft wurde der Prozess begleitet, unter anderem durch zwei Symposien des Instituts für Urheber- und Medienrecht in München am 20. Oktober 2006²¹⁴ und am 20. April 2007.²¹⁵

Zu den strittigsten Punkten im Verlauf der Verhandlungen zählte die Frage, wer vom Plattformbegriff eigentlich erfasst werden sollte.²¹⁶ Zwar war die Novelle vor allem durch das Aufkommen von Handy-TV und IPTV veranlasst²¹⁷ – aber es bestand doch Einigkeit darüber, dass eine rein technologiebezogene Definition in kürzester Zeit von der technischen Entwicklung überholt worden wäre. Ziel der Verhandlungen war deshalb, die Eigenschaften einer „Plattform“ *abstrakt* zu beschreiben.²¹⁸ „Arbeitsgruppen“ erarbeiteten verschiedene Entwurfss Fassungen der Definition der Rundfunkplattform.²¹⁹

Frühe Entwurfsvarianten aus dem Frühjahr 2007 definierten den Plattformbegriff wie folgt:

„Plattform ist ein Gesamtangebot, (das auf einer Übertragungskapazität) zumindest auch Programme und Dienste Dritter zu einem

²¹² HRKDSC, RStV, Teil B1, Rn. 358 ff.

²¹³ Ausführlich HRKDSC, RStV, Teil B1, Rn. 358 und 375 ff.

²¹⁴ Die Beiträge hierzu sind veröffentlicht in der Ausgabe ZUM 2007/1.

²¹⁵ Die Beiträge hierzu sind veröffentlicht in der Ausgabe ZUM 2007/6.

²¹⁶ HRKDSC, RStV, Teil B1 Rn. 365 ff.

²¹⁷ Ricke MMR 2011, 642, 642.

²¹⁸ Vgl. den Entwurf des 10. RÄStV, Stand 15.6.2007, abrufbar unter

<http://www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-10/materialien/entwurf.php3>.

²¹⁹ HRKDSC, RStV Teil B1 Rn. 360 ff.

*einheitlichen Angebot (Gesamtangebot) in einem digitalen Datenstrom bündelt“.*²²⁰

Mitte 2007 wurde dann ein ausgereifter Entwurf veröffentlicht.²²¹ Der Entwurf hatte sich auf einen konkreten Plattformbegriff aber noch nicht festgelegt, sondern nannte zwei verschiedene Varianten.²²² Die erste Variante lautete wie folgt:

„Die Zurverfügungstellung digitaler Übertragungskapazitäten oder digitaler Datenströme auch für Programme und Dienste Dritter mit dem Ziel, diese anderen als Gesamtangebot zugänglich zu machen (oder sie zu vermarkten)“

Als Alternativvorschlag wurde genannt:

„Eine Zusammenfassung auch von Programmen und Diensten Dritter in digitaler Technik mit dem Ziel, diese anderen als Gesamtangebot zugänglich zu machen“

Diese beiden Varianten unterschieden sich deutlich voneinander. Die zuerst genannte Definition umfasste nur diejenigen Anbieter, die auch die Infrastruktur kontrollierten: Nur diese konnten Übertragungskapazitäten „zur Verfügung stellen“. Mit dieser Definition wäre der Plattformbegriff zwar technologieneutral geworden, aber grundsätzlich bei dem Ansatz geblieben,

²²⁰ Zitiert nach HRKDSC, RStV Teil B1 Rn. 366 ff.; der erste in Klammern gesetzte Satzteil war in einer Entwurfsfassung vom 2. März 2007 enthalten, wurde aber in der Entwurfsfassung vom 19. März wieder gestrichen.

²²¹ Schütz MMR 2007, Heft 9, X.

²²² Vgl. den Entwurf des 10. RÄStV, Stand 15.6.2007, abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-10/materialien/entwurf.php3>.

nur die Inhaber von Verbreitungswegen („technische Plattformen“) mit Übertragungspflichten zu belasten.²²³

Demgegenüber war der Alternativvorschlag sehr viel weiter gefasst. Hier waren die beiden bestimmenden Tatbestandsmerkmale „Zusammenfassung“ und „Gesamtangebot“. Dieser Alternativvorschlag sollte den Plattformbegriff gänzlich von der Kontrolle über bestimmte Verbreitungswege lösen. Nach dieser Definition sollten auch Anbieter erfasst werden, die Rundfunkprogramme nur verschlüsselten oder gebündelt vermarkteten.²²⁴ In der Literatur wurde dieser Vorschlag kritisiert, da er viel zu weit gehe.²²⁵

Im Ergebnis konnte sich keiner der beiden Vorschläge vollständig durchsetzen. Die Ministerpräsidenten einigten sich im Oktober 2007 auf eine Kompromisslösung, die beide Vorschläge sprachlich grob zusammenfasste, ohne dabei aber den inhaltlichen Streit zu entscheiden. Die Legaldefinition wurde dazu vom Begriff „Plattform“ auf den Begriff „Plattformanbieter“ umgestellt. Sie enthielt einerseits die Tatbestandsmerkmale „Zusammenfassung“ und „Gesamtangebot“, andererseits verwies sie auch auf „digitale Übertragungskapazitäten und Datenströme“. Diese wurden allerdings nunmehr nicht mehr „zur Verfügung gestellt“, sondern die zusammengefassten Inhalte wurden „auf“ diesen Kapazitäten „zugänglich gemacht“. Zudem wurde die Ergänzung „oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet“ nachgeschoben. Auf die Kritik in der Literatur, auch Verschlüsselungs- und Vermarktungsplattformen seien erfasst,²²⁶ reagierten die Gesetzgeber mit einer Ausnahme am Schluss der Definition – die sich allerdings nur auf die „Vermarktung“ bezog.

Der Staatsvertrag wurde am 19. Dezember 2007 unterzeichnet. Die gesetzliche Regelung klärte den politischen Streit, der schon die Entstehung des Staatsvertragsentwurfs begleitet hatte, damit nicht. Vielmehr flüchteten sich die Ministerpräsidenten in eine missglückte, zweideutig formulierte Legaldefinition, die die strittigen Punkte einfach offen ließ. Der politische Streit wurde so zum juristischen Meinungsstreit, die genaue Definition des Adressatenkreises der Plattformregulierung wurde den Landesmedien-

²²³ Schütz MMR 2007, Heft 9, X.

²²⁴ Schütz MMR 2007, Heft 9, XI.

²²⁵ Schütz MMR 2007, Heft 9, XI.

²²⁶ Schütz MMR 2007, Heft 9, XI.

anstellen und Gerichten zur Klärung überlassen.²²⁷ Eine Klärung des Meinungsstreits ist freilich bis heute nicht erfolgt, so dass die Branche diesbezüglich mit einer unklaren Rechtssituation zurechtkommen muss.

Der 10. RÄStV trat am 1. September 2008 in Kraft. Damit war die Plattformregulierung als solche im Gesetz verankert; § 52b RStV hatte weitgehend die heutige Form erhalten. Später folgten nur noch kleinere Anpassungen.²²⁸

2.14 Zusammenfassung als Zeitstrahl

Die Entwicklungen auf Regulierungs- und auf tatsächlicher Ebene wurden oben getrennt dargestellt. An einem Zeitstrahl lässt sich jedoch nachvollziehen, wie eng die Zusammenhänge zwischen der Entwicklung von „Plattformen“ und der zugehörigen Regulierungsmethoden tatsächlich sind.

²²⁷ Allgemein zur Auslegung des Plattformbegriffs siehe ab S. 241, speziell zu dem Streit um die Frage, ob nur Eigentümer von Verbreitungsnetzen erfasst sind, ab S. 256.

²²⁸ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 10.



Geschichte der Plattformregulierung



Abbildung 2: Zeitstrahl zur Entwicklung der Plattformregulierung

3. Die Technik der Rundfunkverbreitung

Viele der Regeln der Plattformregulierung knüpfen unmittelbar an technische Sachverhalte an. Deswegen werden im Folgenden auch die technischen Hintergründe der Rundfunkverbreitung erläutert.²²⁹

Zunächst werden die grundlegenden Begriffe erklärt (dazu Abschnitt 3.1). Abschnitt 3.2 erklärt die technische Funktionsweise der verschiedenen Verbreitungswege. Um die Besonderheiten des digitalen Fernsehens geht es in Abschnitt 3.3.

3.1 Grundbegriffe

In technischer Hinsicht handelt es sich bei Rundfunk um eine Ansammlung von Informationen. Ein Fernsehprogramm lässt sich z.B. beschreiben als eine lineare Abfolge von Informationen über audiovisuelle Eindrücke. Einem Fernsehbild liegt z.B. die Information zugrunde, an welchem Punkt des Bildschirms zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte *Farbe* dargestellt werden soll. Die zugehörige Audio-Information besagt, in welcher Lautstärke und Höhe das Fernsehgerät *Töne* wiedergeben soll.

Werden Informationen in einem Netz übertragen, spricht man von *Signalen*: Ein Signal ist „die Darstellung einer Information durch physikalische (insbesondere elektrische) Größen (Strom, Spannung, Feldstärke), wobei die Information durch einen Parameter (Amplitude, Frequenz, Impulsdauer etc.) beschrieben wird.“²³⁰

Übertragungsstandards können unterschiedlich ausgerichtet sein. Grundsätzlich trennt die Nachrichtentechnik zwischen den Übertragungsarten *Unicast*, *Broadcast* und *Multicast*.

²²⁹ Die folgende Darstellung sollte nicht mit einem technischen Lehrbuch verwechselt werden. Die hiesige Darstellungweise konzentriert sich darauf, die Grundlage für die spätere, *rechtliche* Bewertung zu legen. Sie lässt daher Informationen, die in anderen Kontexten relevant sein können, bewusst aus. Für eine genaue technische Beschreibung wird insbesondere verwiesen auf *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik und *A. Keller*, Breitbandkabel und Zugangsnetze.

²³⁰ *A. Keller*, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 4.

3.1.1 Broadcast

Die Verbreitung per Broadcast ist dadurch gekennzeichnet, dass das Sendesignal gleichmäßig in alle Richtungen abgestrahlt wird.²³¹ Der Sender speist das Signal also in das Trägermedium ein und hat danach keinen Einfluss mehr darauf. Er kann insbesondere nicht beeinflussen, durch wen das Signal empfangen wird.

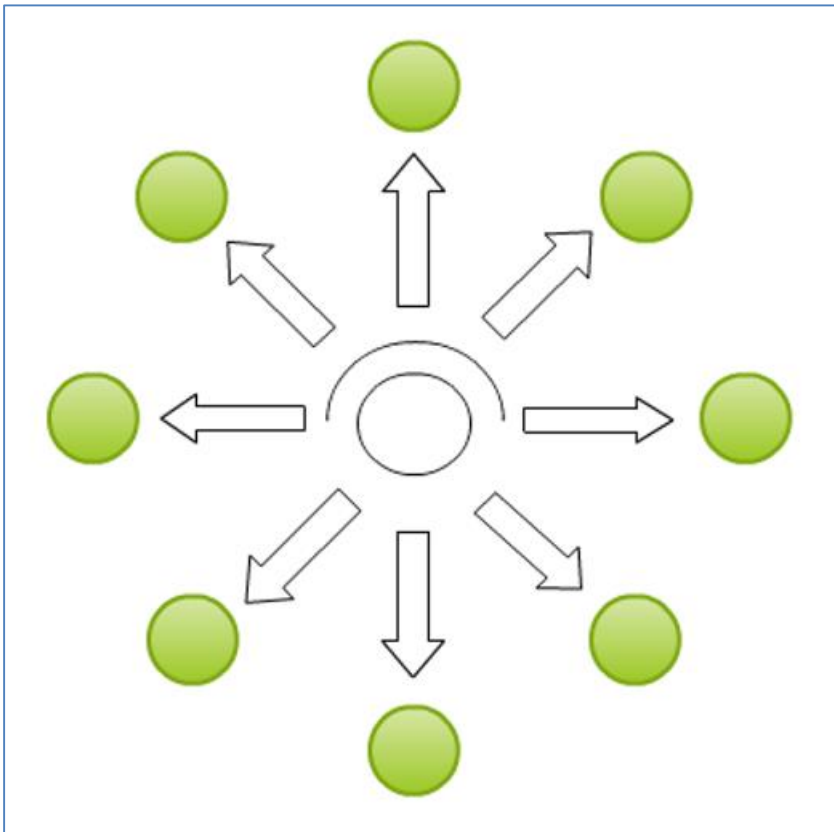


Abbildung 3: Broadcast

Broadcast-Techniken sind üblich in der Terrestrik und im Satellitenfunk; in dieser Hinsicht sind Satelliten auch nichts anderes als Antennen, die

²³¹ Gemeint ist mit „Broadcast“ in diesem Abschnitt nicht der Rundfunk als Mediengattung, sondern die nachrichtentechnische Verbreitungsart.

besonders weit oben in der Luft stehen.²³² Auch die herkömmliche Fernseh-Übertragung im Kabelfernsehnetz folgt dem Broadcast-Prinzip.

Das Broadcast-Prinzip hat den Vorteil, dass das betreffende Übertragungsmedium nur einmal „bespielt“ werden muss; nach der Einspeisung breitet sich das Signal selbstständig aus.²³³ Zudem liegt am Netz eine relativ gleichmäßige Nutzlast an, so dass dieses effizient ausgelastet werden kann.²³⁴

Bei der Übertragung in Broadcast-Verfahren kommt es nicht darauf an, ob bzw. wie viele Nutzer die Programme empfangen. Dadurch können die versendeten Inhalte aber auch nicht auf einzelne Nutzer zugeschnitten werden. Alle Nutzer der gesendeten Signale empfangen die gleichen Inhalte annähernd zum gleichen Zeitpunkt.

3.1.2 Unicast

Das Gegenstück zum Broadcast ist der Unicast. Beim Unicast wird eine Datenverbindung individuell nur zwischen dem Sender und dem Empfänger hergestellt. Diese Übertragungsart kommt üblicherweise in der Individualkommunikation vor, z.B. bei Telefongesprächen oder E-Mails.²³⁵ Auch die Übertragung von Datenpaketen im Internet erfolgt in einer Unicast-Übertragungsweise.²³⁶ Inhalte werden hier meist von einem Sender (dem sog. „Server“) zu einem einzelnen Empfänger (dem „Client“) verschickt.²³⁷ Dazu wendet sich der Client mit einer Anfrage an den Server und sagt diesem, an welche Adresse dieser die Daten schicken soll. Der Server versendet dann die Daten individuell adressiert an den Client.

Unicast hat gegenüber Broadcast den Vorteil, dass jeder Datenstrom auf den Nutzer zugeschnitten sein kann. Außerdem bedeutet Unicast, dass das Netz nur soweit genutzt wird, wie der Empfänger die Inhalte auch tatsächlich angefordert hat. Es gibt also weniger Streuverluste. Das spielt eine wichtige

²³² Forrester, High Above, 22 ff.

²³³ Ricke, IPTV und Mobile TV, 59. In Kabelnetzen kann gleichwohl noch eine Signalverstärkung notwendig sein.

²³⁴ Ricke, IPTV und Mobile TV, 59; im Unterschied dazu müssen in Unicast-Netzen sehr ungleichmäßige Nutzlasten einkalkuliert werden. Da die Netze für die stärkste Last ausgebaut werden, ist hohes Overprovisioning nötig.

²³⁵ Ricke, IPTV und Mobile TV, 73.

²³⁶ Ricke, IPTV und Mobile TV, 73, 74.

²³⁷ IPv6 sieht grundsätzlich auch eine Multicast-Übertragungsweise vor; diese wird soweit ersichtlich aber aktuell nicht eingesetzt.

Rolle in Infrastrukturen, in denen bestimmte Netzbestandteile nur wenige Rezipienten versorgen.²³⁸

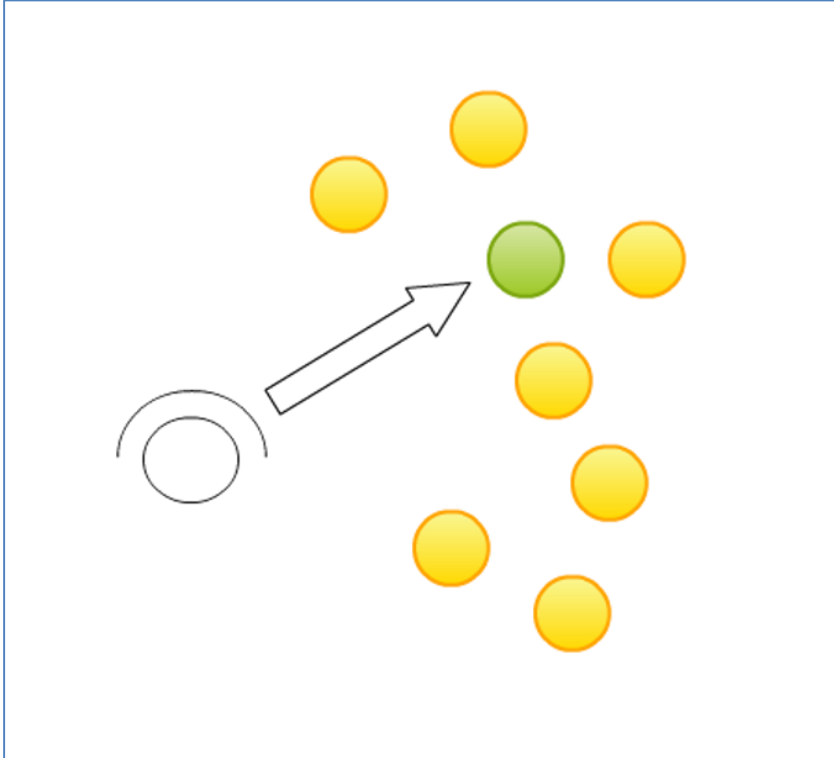


Abbildung 4: Unicast

Während Unicast für die *individuell* genutzten Teile von Kabelnetzen die effizientere Übertragungsvariante ist, ist sie für die Netze *insgesamt* sehr ineffizient.²³⁹ Dies lässt sich beim Streaming-Anbieter Zattoo zeigen, der ein Unicast-Modell verwendet:²⁴⁰ Der Server von Zattoo muss für jeden einzelnen Empfänger ein neues Signal ausliefern. Bei z.B. 10.000 aktiven Nutzern sind das 10.000 Programmsignale, die auch in 10.000-facher Version

²³⁸ Ricke, IPTV und Mobile TV, 74.

²³⁹ Fares, Deep Inspection über IP-Streaming, 13

²⁴⁰ Zattoo ist ein Unternehmen, das Rundfunkprogramme aus allgemein zugänglichen Quellen (z.B. dem Satellitensignal) auffängt und über das Internet weitersendet. Es nutzt dazu Streaming-Technologien (siehe dazu ab S. 60). Die Programme können über einen herkömmlichen Internetzugang von den Servern von Zattoo abgerufen werden; als Wiedergabesoftware dienen z.B. der normale Webbrowser oder spezielle Apps.

über die Netze²⁴¹ verteilt werden müssen. Bei einer Broadcast-Verteiltechnik müsste ein solches Signal nur ein einziges Mal eingespeist werden.

3.1.3 Multicast

Broadcast bietet die Möglichkeit, die „allgemeinen“ Teile der Netz-Infrastruktur effizient zu nutzen, bedeutet aber Effizienzverluste in den „individuellen“ Teilen des Netzes. *Unicast* nutzt die „individuellen“ Teile des Netzes effizient, ist aber in den „allgemeinen“ Teilen des Netzes, die vielen Anschlussteilnehmern gleichzeitig dienen, sehr ineffizient. *Multicast* kombiniert die beiden Ansätze, um ihre Stärken zu nutzen und gleichzeitig einige ihrer Schwächen zu vermeiden.²⁴²

Multicast funktioniert auf den höheren Netzebenen nach dem Broadcast-Prinzip: Die zu verbreitenden Programminhalte werden nur in Form eines einzigen Datenstroms eingespeist, der über das gesamte Netz, bis zu den Empfangsstationen, verteilt wird. Diese Stationen liegen an der Schnittstelle zwischen den eher „allgemeinen“ und den eher „individuellen“ Teilen des Netzes. Sie fangen den Datenstrom auf und senden ihn dann nach dem Unicast-Prinzip weiter: Nur derjenige, der Bedarf an dem jeweiligen Datenstrom hat, bekommt ihn auch übermittelt. An die übrigen Nutzer werden die Daten nicht weitergeleitet, sie verbrauchen folglich auch keine Kapazität.

²⁴¹ Gemeint sind die Teile der Netzinfrastruktur, die alle Netzteilnehmer versorgen, d.h. die „Backbones“ bzw. höheren Netzebenen. In den Anschlussleitungen, die unmittelbar zu den Nutzern führen, fließt nur ein einziger Datenstrom.

²⁴² Ricke, IPTV und Mobile TV, 75.

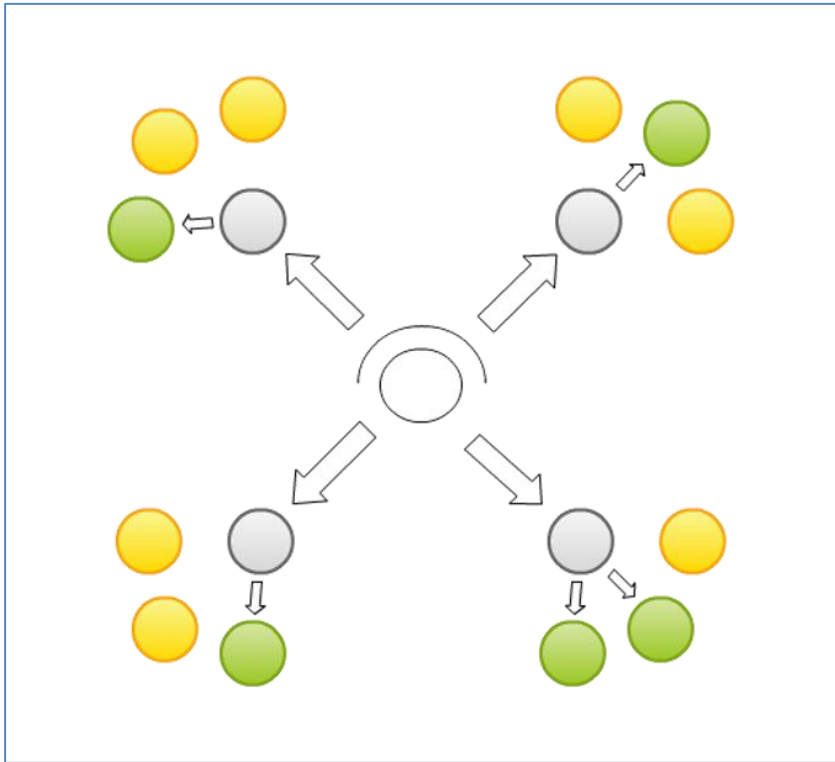


Abbildung 5: Multicast

Das Multicast-Prinzip vermeidet die ineffiziente Netznutzung in den individuell genutzten Anschlussleitungen. Allerdings bleibt bei Multicast ein grundlegender Nachteil des Broadcast-Prinzips erhalten: Es können keine individualisierten Datenströme verschickt werden. Auch Multicast eignet sich also nur zur Verbreitung von Datenströmen, die inhaltlich zeitgleich von einer größeren Personengruppe konsumiert werden. Dies sind in der Praxis bisher lediglich Rundfunkprogramme. Multicast wird hierzu von den Anbietern von IPTV eingesetzt.²⁴³

²⁴³ Longolius, Web-TV - AV-Streaming im Internet, 28.

3.2 Die einzelnen Verbreitungswege

Im folgenden Abschnitt geht es um die Übertragungsarten bzw. -netze, konkret die terrestrischen Funknetze (dazu Abschnitt 3.2.1), die Breitbandkabelnetze (Abschnitt 3.2.2), die Fernsehsatelliten (Abschnitt 3.2.3) und das Internet (Abschnitt 3.2.4).

3.2.1 Terrestrik

„Terrestrik“ steht für die Übertragung von Radiosignalen in einem Netz erdgebundener Sender.²⁴⁴ Die Übertragung erfolgt in Form elektromagnetischer Schwingungen, die sich unterschiedlich häufig wiederholen (Frequenzen). Das elektromagnetische Feld wird durch Antennen erzeugt, die physikalisch gesehen einen Dipol darstellen. Um einen Dipol, der einem wechselnden Strom ausgesetzt wird, bildet sich ein elektromagnetisches Feld; wird ein weiterer elektrischer Leiter in dieses elektromagnetische Feld bewegt, nimmt er die selbe Spannung bzw. Schwingung an wie der Sender und wird so zur Empfangsantenne.

Terrestrische Sender reichen umso weiter, desto höher sie platziert sind. Sender von Radio- und Fernsehsignalen stehen daher meist auf Bergen oder hohen Fernsehtürmen. Die Richtung, in der die Radiowellen abgestrahlt werden, richtet sich nach der Charakteristik der Sendeantenne. Es gibt Antennen, die rund- bzw. kreisförmig abstrahlen, oder solche, die zielgerichtet bestimmte Empfänger anstrahlen können. Die übliche Übertragungsform im terrestrischen Bereich zielt aber auf einen möglichst breiten Empfängerkreis, d.h. es werden Antennen mit annähernd kreisförmiger Charakteristik verwendet. Der Begriff „Rundfunk“ hat hier seinen Ursprung.

Die Sender nutzen unterschiedliche Frequenzen zur Übertragung, d.h. sie modulieren ihre Signale auf Radiowellen auf, die sich häufiger oder weniger häufig wiederholen.²⁴⁵ Radiowellen können sich gegenseitig stören. Dies erfolgt maßgeblich, wenn die Welle durch eine andere Welle (oder auch eine Reflektion ihrer selbst) so überlagert wird, dass die amplitudische Schwingung für die Empfangsgeräte nicht mehr auslesbar ist. In diesem Fall

²⁴⁴ Das Wort stammt vom lateinischen *terrestris*, d.h. zur Erde gehörig. Vgl. *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 54.

²⁴⁵ *A. Keller*, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 17.

spricht man von einer Interferenz. Um gegenseitige Störungen der Sender zu vermeiden, sind die Sendeanlagen von Fernsehen und Hörfunk sowie die sonstigen Nutzer des Frequenzspektrums²⁴⁶ in aufwändigen Verfahren aufeinander abgestimmt. Die Koordination übernehmen dabei die Bundesnetzagentur und auf internationaler Ebene die ITU.

Der Hörfunk sendet derzeit sowohl analog als auch digital. Die terrestrische TV-Übertragung ist demgegenüber seit 2010 vollständig digitalisiert, die Übertragung erfolgt im DVB-T-Standard.²⁴⁷ Dieser nutzt die Frequenzen deutlich effizienter als analoge Übertragungsmethoden.²⁴⁸

Der Umfang des Programmangebots und die Art der Empfangbarkeit bei DVB-T variieren regional. In Ballungsräumen werden bis zu 40 Programme angeboten; außerhalb dieser Ballungsräume sind häufig nur öffentlich-rechtliche Programme verfügbar. In Ballungsräumen reicht zum Empfang meist eine kleine Zimmerantenne, die häufig in Geräten schon integriert ist, außerhalb der Ballungsräume sind teils stationäre Hausantennen nötig.²⁴⁹

3.2.2 Kabelnetze

Die ersten Kabelnetze wurden von der Deutschen Bundespost zur Behebung von Empfangsstörungen errichtet. Später erfolgte ein großflächiger Kabelnetzausbau mit dem Ziel, ein größeres Frequenzspektrum zu erschließen als es die Terrestrik zuvor ermöglicht hatte.²⁵⁰ Kabelnetze wurden dabei in vier Netzebenen (NE) eingeteilt.²⁵¹ Von diesen vier Netzebenen bestehen nur die hinteren zwei zwingend aus Kabeln.²⁵²

²⁴⁶ Dies sind ganz unterschiedliche Nutzungsformen, z.B. für Funkmikrofone, die verschiedenen Mobilfunkstandards, drahtlose Heimnetzwerke (WLAN), Amateurfunk, Militär, Polizei und Rettungsdienste. Sogar Mikrowellenherde und andere Haushaltsgeräte erzeugen unter Umständen Radiowellen und sind so gesehen Frequenznutzer.

²⁴⁷ Die klassische „Terrestrik“ bezieht sich auf die Verbreitung per DVB-T. Unter diese Technologie fallen aber auch alle Varianten von „Handy-TV“. Vgl. *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 88 ff.

²⁴⁸ Zu Multiplex und Kompressionsverfahren siehe ab S. 61.

²⁴⁹ Siehe die Angaben unter www.ueberallfernsehen.de.

²⁵⁰ Siehe dazu ab S. 5.

²⁵¹ Teilweise wird auch noch von einer „Netzebene 5“ gesprochen; das soll das Antennenkabel zwischen Steckdose und Fernseher sein.

²⁵² *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 324.

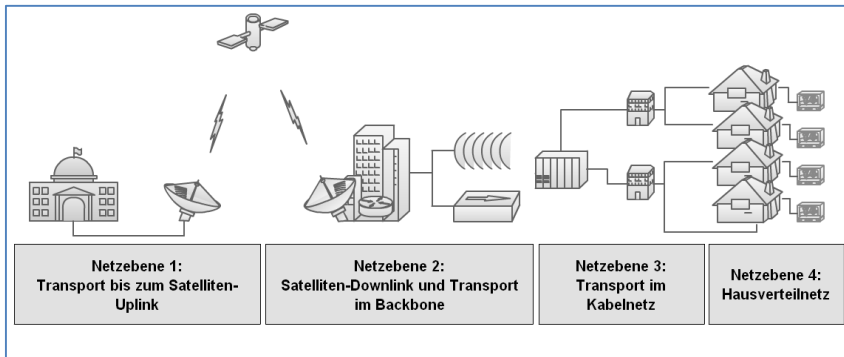


Abbildung 6: Netzebenen im Breitbandkabelnetz²⁵³

Die erste Netzebene meint den Transport von der Payout-Station des Fernsehsenders zur ersten Sendestation des Netzbetreibers. Das kann z.B. ein Satelliten-Uplink, eine terrestrische Sendestation oder eine Einspeisestation für ein spezielles Verteiler-Kabelnetz sein.²⁵⁴ Die zweite Netzebene meint den überregionalen Transport bis zur Kabelkopfstation. Hier wurden früher meist Satelliten oder Richtfunkstrecken verwendet, mittlerweile kommen häufig ringförmige Glasfasernetzwerke (sog. Backbone-Netze) zum Einsatz.²⁵⁵

Die Kabelkopfstation ist die Stelle, an der die Rundfunkinhalte in das eigentliche Kabelnetz eingespeist werden. Eine solche Station hat z.B. eine Empfangsantenne für einen Satelliten-Downlink, für eine terrestrische Richtfunkstrecke oder einen Anschluss zum Glasfaser-Backbone.²⁵⁶ Sie fängt die Signale auf, verarbeitet sie und speist sie dann in das eigentliche Kabelnetz – d.h. das Netz der NE 3 – ein. Die Netze der NE 3 transportieren die Signale bis zu den Übergabepunkten zu den hausinternen Kabelnetzen. Der Übergabepunkt liegt meist im Keller des betreffenden Gebäudes.²⁵⁷ Die hausinternen Netze werden als NE 4 bezeichnet. Die Aufteilung der NE 3 und 4 geht darauf zurück, dass das Netz in diesen Netzebenen von unterschiedlichen Trägern errichtet wurde. Während die oberen drei Netzebenen ursprünglich hoheitlich, durch die Bundespost, betrieben

²⁵³ Nachempfunden v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 13.

²⁵⁴ *Freyer/Jaske*, Kabel und Satellit, 18.

²⁵⁵ *V. Janik*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 16; *Freyer/Jaske*, Kabel und Satellit, 20.

²⁵⁶ *Freyer/Jaske*, Kabel und Satellit, 12.

²⁵⁷ *V. Janik*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 27.

wurden, sollte Einbau und Betrieb der Hausverteilnetze dem mittelständischen Elektrohandwerk überlassen bleiben.²⁵⁸

Das Kabelnetz der Netzebene 3 besteht auf der „letzten Meile“ häufig noch aus Kupfer-Koaxialkabeln,²⁵⁹ die unterirdisch verlegt sind.²⁶⁰ Innerhalb dieser Kupferkabel lassen sich Radiowellen übertragen, d.h. elektromagnetische Schwingungen. Hierzu wird meist das Frequenzband bis 862 Mhz genutzt, in dem meist 33 analoge und 17 digitale Kanäle eingerichtet sind; zusätzlich finden hier etwa 50 Radiosender Platz.²⁶¹ Der Transport von analogen und digitalen Programmen nebeneinander wird als „Simulcast“ bezeichnet.²⁶² Simulcast ist aktuell in fast allen Fernsehkabelnetzen Standard.²⁶³ Innerhalb eines digitalen Kabelkanals können, abhängig von der Codierung und der verwendeten Bitrate, bis zu 16 Programme in SD-Qualität verbreitet werden. Mit bis zu 272 Programmen erreicht das Kabel damit noch nicht ganz, aber doch annähernd die mögliche Vielfalt des Satellitenfernsehens.²⁶⁴

Die Kabel liegen in bebauten Gebieten größtenteils unterhalb der Straßen und Gehwege. Will der Netzbetreiber sein Netz baulich verändern, benötigt dies deshalb meist Tiefbaumaßnahmen; verbunden hiermit sind hohe Kosten und teils auch technische Störungen. Kapazitätssteigerungen lassen sich zwar teilweise auch durch Umbauten in den (oberirdischen) Verteilerkästen realisieren. Größere Kapazitätssteigerungen erfordern aber, dass unterirdisch neue Kabelstränge verlegt werden, insbesondere Glasfaserkabel.²⁶⁵

Die meisten Fernsehkabelnetze sind in den vergangenen Jahren hin zu einer Multifunktionalität ausgebaut worden.²⁶⁶ Teile der Kupferkabel wurden durch Glasfaserkabel ersetzt; es entstanden sog. *Hybrid Fiber Coax*-Netze (HFC-Netze).²⁶⁷ Die Netze transportieren mittlerweile auch nicht nur analogen und digitalen Rundfunk, sondern auch Internet-Datenpakete und

²⁵⁸ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 12 f.

²⁵⁹ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 16.

²⁶⁰ Zum Aufbau Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 15.

²⁶¹ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 12 ff; V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 28.

²⁶² Charissé K&R 2002, 164, 166; Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 24.

²⁶³ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 39.

²⁶⁴ V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 28.

²⁶⁵ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 21.

²⁶⁶ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 24; Woldt MP 2013, 339, 342.

²⁶⁷ Stamm, Aktuelle Entwicklungen und Strategien der Kabelbranche, 3 ff.

Telefongespräche (meist ebenfalls in Form von IP-Datenpaketen, d.h. als *Voice over IP* – VoIP). Dazu sind sie rückkanalfähig geworden, d.h. sie transportieren Signale auch von den Endkundenhaushalten zu ihren Zielpunkten (z.B. dem Internet).²⁶⁸ Hierbei kommt die Technik DOCSIS zum Einsatz, die eine ähnliche Funktion wie DSL im Telefonnetz hat. In Fernseekabelnetzen sind aber größere Übertragungskapazitäten möglich, so dass die aktuelle DOCSIS-Variante 3.0 (abhängig von der Menge der Nutzer in dem betreffenden Gebiet) Downstream-Kapazitäten von bis zu 100 Mbit/s erlaubt.²⁶⁹

3.2.3 Fernsehsatelliten

Die Ausstrahlung von Rundfunk kann auch per Satellit erfolgen. Dient die Übertragung dem Direktempfang durch Endkunden, spricht man von „Direktempfangs“- bzw. „Direct to Home“-Satelliten.²⁷⁰ Für Deutschland relevante Satellitennetze²⁷¹ betreiben die Astra-Gruppe und die Eutelsat-Gruppe. Sender sind Satelliten, die die Erde in etwa 36.000 km Höhe umkreisen. Diese Satelliten stehen geostationär, d.h. sie scheinen von der Erdoberfläche aus gesehen immer am selben Punkt zu sein.²⁷² Man spricht von einer geosynchronen Umlaufbahn.²⁷³

Die Signale werden zunächst von einer Bodenstation (Erdfunkstelle) an die Satelliten abgestrahlt. Eine solche Uplink-Satellitenschüssel hat etwa einen Durchmesser von 9 Metern. Die Signale werden vom Satelliten auf einem sog. Transponder²⁷⁴ empfangen und wieder abgestrahlt. Ein Transponder nimmt die Signale auf, verstärkt sie und strahlt sie auf einem anderen Frequenzband wieder zur Erde ab.²⁷⁵ Die meisten Transponder funktionieren nach dem sog. *Bent-Pipe-Prinzip*: Vergleichbar einem geschwungenen Rohr schicken sie die empfangenen Daten unverändert wieder zur Erde zurück. Einzelne, moderne

²⁶⁸ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 26.

²⁶⁹ Woldt MP 2013, 339, 342.

²⁷⁰ Ricke, IPTV und Mobile TV, 57.

²⁷¹ Weil einzelne Satelliten jeweils nur einen begrenzten Frequenzbereich bespielen können, werden sie in frequenzgestaffelten Gruppen auf dieselbe Orbitalposition gestellt; man spricht von „Ko-Positionierung“; vgl. Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 31.

²⁷² Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 275.

²⁷³ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 30.

²⁷⁴ Die Abkürzung steht für Transmitter-Responder.

²⁷⁵ Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 291 f.

Kommunikationssatelliten verfügen auch über die Fähigkeit, die Signale an Bord des Satelliten zu verändern (sog. *on board processing*).²⁷⁶

Ein Satellit kann mit der Energie, die er durch Solarzellen gewinnt, etwa 14 bis 21 Transponder betreiben.²⁷⁷ Ein Transponder ist eine abgeschlossene technische Einheit mit bestimmten Sende- und Empfangskapazitäten. Jeder Transponder kann Signale nur innerhalb einer bestimmten Frequenz empfangen und abstrahlen. Meist sind das 36 MHz, was ursprünglich genau einem Sendeplatz für ein analoges Fernsehprogramm entsprach. Durch die Einführung von DVB-S, Kompressionsverfahren und Multiplexing hat sich die Kapazität eines Transponders mittlerweile aber vergrößert; im digitalen Satellitenfernsehen sind derzeit etwa 10 Kanäle in SD-Qualität oder etwa 4 Kanäle in HDTV möglich.²⁷⁸ Ein solcher Transponder entspricht also etwa einem „Kanal“ im Kabelnetz.

Satelliten können ihre Signale nicht exakt zielgerichtet abstrahlen. Vielmehr hat ein Satellitensignal einen sog. *Footprint*: Das ist ein meist mehrere 10.000 Quadratkilometer umfassender Bereich, vom dem aus das Signal empfangen werden kann.²⁷⁹

Der Empfang eines Satellitensignals erfordert eine klare Sichtlinie zu dem Satelliten.²⁸⁰ Eine Parabolantenne („Satellitenschüssel“) muss dazu fest installiert und auf den Satelliten ausgerichtet werden.²⁸¹ Über die gekrümmte Empfangsschale wird das Signal dann an einen sog. LNB²⁸² reflektiert, der das Signal aufnimmt und in die hausinterne Verteilstruktur weiterleitet.²⁸³ Da das empfangene Signal nicht unmittelbar durch Fernsehgeräte dargestellt werden kann, benötigen die Empfänger noch einen zusätzlichen Receiver, der das Signal demoduliert und in einen Standard umsetzt, der von Fernsehgeräten dargestellt werden kann.²⁸⁴

²⁷⁶ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 30.

²⁷⁷ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 31.

²⁷⁸ Christmann ZUM 2009, 7, 12; V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 24 f.

²⁷⁹ Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 292.

²⁸⁰ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 39.

²⁸¹ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 33 f.

²⁸² Ankürzung für Low Noise Block, ein kombinierter Empfänger und Verstärker; vgl.

Freyer/Jaske, Kabel und Satellit 34.

²⁸³ Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 292 f.

²⁸⁴ Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 296.

An dieser Stelle ergeben sich Überschneidungen zwischen Satellitenempfang und Kabelnetzen: Viele Kabelnetze empfangen ihre Signale ebenfalls über den Satelliten, wandeln die Signale aber bereits an der Kabelkopfstation in den DVB-C-Standard um.²⁸⁵ Andere senden das Satellitensignal unverändert im Kabel weiter; die Kunden brauchen zum Empfang dann keine Kabel- sondern Satellitenreceiver. Die Grenzen zwischen einem eigenständigen Kabelnetz und einer Satellitenempfangsanlage, die mit den Empfangsgeräten lediglich per Kabel verbunden ist, sind also fließend.

3.2.4 Internet

Als sog. „vierter“ Verbreitungsweg für den Rundfunk hat sich das Internet etabliert. Eine genaue Betrachtung zeigt indes, dass es sich nicht um einen weiteren Verbreitungsweg handelt, sondern nur um eine andere *Nutzungsart* der bereits bestehenden Verbreitungswege Kabel, Terrestrik und Satellit. Es kommen dabei lediglich andere Technologien zum Einsatz.

3.2.4.1 Funktionsweise und „Neutralität“ des Internets

Das Internet selbst ist kein eigenes, physikalisches Netz, sondern ein „Netz der Netze“,²⁸⁶ das sich durch die Nutzung der sog. Internet-Protokolle definiert (TCP – Transmission Control Protocol und IP – Internet Protocol). Jedes Netz, dessen Sende- und Empfangsstellen die Internet-Protokolle „verstehen“, kann sich an andere Netze, die das ebenfalls tun, ankoppeln und Daten austauschen.²⁸⁷ Ist das erfolgt, gehört es zum „Internet“.

Die Internet-Protokolle stellen sicher, dass die Datenpakete zwischen den Netzen nach einheitlichen Standards weitergegeben werden. Auf diese Weise wird möglich, dass alle Endknoten (z.B. Nutzer-Endgeräte) des Internets mit allen anderen Endknoten Daten austauschen können.²⁸⁸ Die Datenpakete werden dabei so lange weitergeleitet, bis sie ihr Ziel erreichen. Wenn ein

²⁸⁵ V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 26.

²⁸⁶ Der Begriff „Internet“ steht für „Interconnected Networks“.

²⁸⁷ Netzwerkprotokolle sind die „Sprachen“, mit denen sich Netze und Endgeräte untereinander verständigen, vgl. Kurose/Ross, Computernetzwerke, 28 ff.; Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 40.

²⁸⁸ Meist ist ein Endknoten ein mit einer bestimmten IP-Adresse bezeichneter Computer oder ein Router, der den Übergang zum Heimnetzwerk (LAN) markiert. Man spricht auch vom „Netzwerkrand“ bzw. „Network Edge“, vgl. Kurose/Ross, Computernetzwerke, 31.

Netzbetreiber seinen Kunden Zugang zum „Internet“ anbietet, meint dies also primär den Zugang zu *anderen* Netzen, nicht zum eigenen Netz.²⁸⁹

Der Transport von Daten im Internet erfolgt paketbasiert. Dies bedeutet, dass kein ständiger „Fluss“ von Daten übertragen wird, wie es z.B. bei der analogen Fernsehübertragung der Fall ist.²⁹⁰ Vielmehr wird jeder Inhalt, der über das Internet verschickt wird, in einzelne Daten-Pakete aufgeteilt, die dann auch einzeln adressiert und verschickt werden.²⁹¹ Erst beim Empfänger werden sie wieder zusammengesetzt.

Das Internet-Protokoll (IP) ist Teil eines Protokollstapels.²⁹² Es regelt dabei die „Transportebene“, die oberhalb der physikalischen Ebene und unterhalb der Anwendungs-Ebene angesiedelt ist.²⁹³ Es hat auf diese Weise eine Scharnierfunktion: Es sorgt dafür, dass Anwendungen nach den gleichen technischen Vorgaben transportiert werden können, unabhängig davon, welches physikalische Trägernetz sie gerade nutzen.²⁹⁴ Typische Beispiele sind z.B. Netze aus Radiowellen im terrestrischen Spektrum (WLAN oder UMTS-Funkzellen) oder kabelgebundene Netzwerke aus Kupfer- oder Glasfaserkabeln.²⁹⁵ Es ist für das Internet-Protokoll „egal“, welche Netze an das Internet angeschlossen sind und wie diese Netze ihre Daten transportieren.

Die Internet-Protokolle zeichnen sich vor allem durch ihre universelle Nutzbarkeit aus. Das Internet kann einerseits auf fast jedem Übertragungsmedium aufsetzen; andererseits kann es fast jede Art von Daten transportieren. Die Internet-Protokolle verlangen lediglich, dass die zu transportierenden Daten digital vorliegen und sich in Pakete zerlegen lassen.

Das Internet als das „Netz der Netze“ ist also gerade *nicht* mit den Netzen selbst gleichzusetzen. Aus Sicht der *physikalischen* Netze ist das Internet letztlich nur eine Anwendung, die die Netze *nutzt*. Nur weil die an das Internet angeschlossenen Netze sich so *verhalten*, als bildeten sie ein einheitliches,

²⁸⁹ Kurose/Ross, Computernetzwerke, 34.

²⁹⁰ Man spricht von Leitungsvermittlung; vgl. Kurose/Ross, Computernetzwerke, 44 ff.

²⁹¹ Kurose/Ross, Computernetzwerke, 49 ff.; Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 51.

²⁹² Kurose/Ross, Computernetzwerke, 70; Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 50.

²⁹³ Siehe zum ISO/OSI-Schichtenmodell noch ab S. 232.

²⁹⁴ Kurose/Ross, Computernetzwerke, 41 ff.

²⁹⁵ Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 21.

weltumspannendes Netz, wirkt das Internet aus Sicht der Nutzer wie ein eigenes Netz.

Die Internet-Protokolle formulieren keinerlei Anforderungen dahingehend, wie viel Daten zwischen den Netzen transportiert werden (Kapazität) oder wie schnell dies geschieht (Latenz). Sie stellen auch keine Anforderungen dahingehend, wie viele Datenpakete unterwegs maximal verloren gehen dürfen (Packet Loss) oder wie gleichbleibend die Qualität der Übertragung sein muss.²⁹⁶ In der juristischen Literatur ist dieses Offenlassen verbindlicher Gütekriterien leider vielfach und vorschnell unter dem Stichwort der „Netzneutralität“ mit einem vermeintlichen „Best Effort“-Prinzip des „Internets“ gleichgesetzt worden.²⁹⁷ Angeblich soll das Internet Datenpakete gleich schnell und gleichberechtigt transportieren, was kommunikative Chancengleichheit gewährleisten soll und mit verschiedenen anderen positiven Eigenschaften des Internets in Verbindung gebracht wird.

In Wirklichkeit ist das Internet in seiner klassischen, oben beschriebenen Funktionalität aber lediglich so aufgebaut, dass es bei der Übertragung *üblicherweise* keine Mindestgütequalität (sog. Quality of Service, QoS) gewährleistet. Die Internet-Protokolle wollen ganz absichtlich nicht *garantieren*, dass die Daten mit der gewünschten Sicherheit und Geschwindigkeit ihr Ziel erreichen: Sie setzen lediglich voraus, dass jedes an das Internet angeschlossene Netz „sein bestes“ tut, um die Daten an das gewünschte Ziel zu bringen.²⁹⁸ Es wäre aber falsch zu behaupten, die Internet-Protokolle würden die Einrichtung eines Quality of Service ausschließen oder sogar verbieten. Die Internet-Protokolle treffen insofern zu der „Gleichberechtigung“ von Datenpaketen keine zwingende Aussage. Die „Neutralität“ des Internets entpuppt sich vor diesem Hintergrund als Fiktion, die vornehmlich von Juristen in die Welt gesetzt wurde, wo in Wirklichkeit wesentlich komplexere technische Zusammenhänge greifen.²⁹⁹

²⁹⁶ Als „Packet-Jitter“ bezeichnet man die Veränderung der Paketverzögerung innerhalb desselben Stroms von Paketen; vgl. *Kurose/Ross*, Computernetzwerke, 634.

²⁹⁷ Statt vieler *Martini*, Speyerer Vorträge Heft 96, 9 f.

²⁹⁸ Dies ist die eigentliche Aussage des Best Effort-Prinzips, vgl. *Bärwolff*, End-to-End Arguments in the Internet, 127 ff. und 321 ff.

²⁹⁹ Zusammenfassend *S. Möller*, in: Krone/Pellegrini, Netzneutralität und Netzbewirtschaftung, 17.

Die wichtigste Eigenschaft der Datenübertragung über das Internet – die Datenübertragungsrate bzw. Bitrate³⁰⁰ – hängt nicht von den Internet-Protokollen ab, sondern von den Kapazitäten der physikalischen Netze selbst und der Übertragungsstandards, die jeweils eingesetzt werden.³⁰¹ Diese können ganz unterschiedlich sein und reichen von ca. 115 kbit/s (GSM) bis zu 1 Gbit/s (FTTH).³⁰² Es wäre folglich falsch zu sagen, „das Internet“ sei zur Verbreitung von Rundfunk geeignet bzw. nicht geeignet. Ob bzw. wie gut lineare Medieninhalte übertragen werden können, hängt schlicht von technischen Parametern ab, die durch den Begriff „Internet“ nicht definiert werden. Je mehr Kapazität und je bessere Übertragungsparameter beim Internetzugang zur Verfügung stehen, desto bessere Qualität ist auch beim Bild- und Tonsignal möglich. Tendenziell reicht eine stabile Verbindung mit 3-4 Mbit/s schon aus, um eine TV-Übertragung zu gewährleisten, die in der Qualität den herkömmlichen Broadcast-Standards nahe kommt.

Was das Internet ist und wie es funktioniert, ist selbst einem ständigen Wandel unterworfen. Das Internet-Protokoll wird derzeit vor allem in seiner aktuellen Version (IPv4) angewendet. Mit IPv6 existiert jedoch bereits seit längerer Zeit eine Nachfolgerversion, die verschiedenes ändern würde.³⁰³ Unter anderem soll das Internet per IPv6 auch für eine Multicast-Übertragung genutzt werden können.³⁰⁴ Der Wechsel der Protokolle wird seit langem gefordert, gestaltet sich aber schleppend.

3.2.4.2 IPTV und Web-TV

Bei der Übertragung von Rundfunk über das Internet werden zwei verschiedene Kategorien unterschieden. Unter *IPTV* wird eine spezielle Art von Fernsehübertragung in geschlossenen Netzen verstanden; alle anderen

³⁰⁰ Ein Bit ist eine einzelne Ziffer in der Übertragung, d.h. entweder eine 0 oder eine 1. Eine Bitrate wird als Bit pro Zeit angegeben. 40 bit/s bedeutet also, dass 40 mal pro Sekunde die Information „0“ oder „1“ weitergegeben werden kann. Dies entspricht etwa der Kapazität der frühen Morsecode-Übertragungsnetze. Vgl. ausführlich A. Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 12 ff.

³⁰¹ Kurose/Ross, Computernetzwerke, 66 ff. Die ebenfalls genutzte Bezeichnung „Bandbreite“ meint eigentlich das jeweils nutzbare Frequenzband, was nicht zwingend mit der Datenübertragungsrate korreliert; die Bezeichnung ist irreführend.

³⁰² Eine relativ umfassende Übersicht findet sich bei [http://de.wikipedia.org/wiki/Gr%C3%B6%C3%9Fenordnung_\(Datenraten\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Gr%C3%B6%C3%9Fenordnung_(Datenraten)).

³⁰³ A. Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 303 ff.; Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 57.

³⁰⁴ Zu Multicast siehe ab S. 47.

Arten der Übertragung von audiovisuellen Inhalten über das Internet werden als *Web-TV* bezeichnet.

3.2.4.2.1 IPTV

IPTV steht für "Internet Protocol Television".³⁰⁵ Die Bezeichnung wird aber im Allgemeinen nicht für jede Art von TV über IP (d.h. Fernsehen mittels des Internetprotokolls) verwendet.³⁰⁶ Stattdessen steht „IPTV“ irreführend nur für eine ganz bestimmte Art der Übertragung von Fernsehsignalen, nämlich die „fernsehähnliche“ TV-Übertragung in geschlossenen, teilweise IP-basierten Netzwerken.³⁰⁷ Die Bezeichnung als „DSL-TV“ wäre hierfür passender, hat sich jedoch nicht eingebürgert.³⁰⁸ Die IPTV-Anbieter in Deutschland sind Internet-Zugangsprovider, die ergänzend ein Produkt vermarkten, das dem „normalen“ Kabelfernsehen möglichst nahe kommen soll.³⁰⁹

Obwohl zur Übertragung von IPTV jedenfalls teilweise das Internet-Protokoll eingesetzt wird,³¹⁰ hat diese Übertragung wenig mit dem „klassischen“ Internet gemeinsam.³¹¹ Zum einen werden die Pakete nicht über verschiedene Netze geleitet, sondern bleiben im Netz des IPTV-Anbieters. Zum anderen muss die Übertragung eine bestimmte Mindestgütegarantie haben (QoS), da IPTV so „fernsehähnlich“ wie möglich sein soll.³¹² Bild und Ton sollen eine einheitliche Qualität haben, beim Kunden schnell genug ankommen und nicht ausfallen.³¹³ Um dies sicherzustellen, definieren die Netzbetreiber für die Qualität der Übertragung bestimmte technische Parameter, die nicht unterschritten werden sollen.³¹⁴

IPTV wird nur Kunden angeboten, deren Netzzugang ausreichend Downstream-Kapazitäten zur Verfügung stellen kann (meist 16 Mbit/s oder mehr). Da der Kunde den jeweiligen Datenstrom individuell anfordern muss, erfordert IPTV auch eine rückkanalfähige Leitung.³¹⁵ Der Kunde verwendet

³⁰⁵ Zur Herkunft des Begriffs siehe *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 60.

³⁰⁶ Zum Meinungsstreit über die Begrifflichkeit ausführlich *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 60 ff.

³⁰⁷ *Breunig* MP 2007, 478, 478.

³⁰⁸ *Die Medienanstalten*, Digitalisierungsbericht 2013, 64.

³⁰⁹ *Gomolka/Struck*, Best practice im IPTV-Markt, 15.

³¹⁰ *Fares*, Deep Inspection über IP-Streaming, 15.

³¹¹ *Flatau* ZUM 2007, 1, 2 ff.

³¹² *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 65.

³¹³ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 65.

³¹⁴ *Gomolka/Struck*, Best practice im IPTV-Markt, 15; *Kurose/Ross*, Computernetzwerke, 634.

³¹⁵ *Breunig* MP 2007, 478, 479.

ein Endgerät (meist eine Set Top-Box, die vom IPTV-Anbieter ausgeliefert wurde) um die Datenpakete zu empfangen, zusammenzufügen, ggf. zu entschlüsseln und in Fernsehbild und -ton umzuwandeln.

3.2.4.2.2 *Streaming über das Internet*

Wenn audiovisuelle Daten über das Internet übertragen werden sollen, kommt häufig Streaming zum Einsatz. Streaming-Techniken liegen IPTV-Angeboten ebenso zugrunde wie Web-TV-Sendern, Youtube oder Zattoo. Man spricht von Streaming, wenn Inhalte über das Internet in kontinuierlicher Form verschickt werden.³¹⁶ Streaming findet immer dann statt, wenn der Nutzer einen Daten-„Strom“ empfängt, dessen Inhalte er nutzen kann, bevor der Download abgeschlossen ist.³¹⁷

Im Internet erfolgt die Datenübermittlung mittels Datenpaketen, die digitale Informationen enthalten.³¹⁸ Alle audiovisuellen Inhalte, die über das Internet verschickt werden, müssen also zuvor digitalisiert und in Datenpakete zerlegt werden. Typisch für das Internet ist, dass eine solche „Paketierung“ mehrmals vorgenommen wird.³¹⁹ Das heißt, Datenpakete werden selbst wieder in andere Pakete verpackt; ggf. erfolgt dies mehrmals hintereinander.

Wenn schnelle Downstream-Kapazitäten zur Verfügung stehen, können Kunden mittels Internet-Streaming eine „User Experience“ erreichen, die den etablierten Übertragungswegen sehr nahe kommt.³²⁰ Im Unterschied zu herkömmlichen Verbreitungstechniken wird der Datenstrom auf der Seite des Empfängers aber üblicherweise *gepuffert*.³²¹ Dies führt zu einer gewissen Verzögerung zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Daten die Empfänger erreichen und dem Zeitpunkt, zu dem sie abgespielt werden. In den meisten Fällen ist das für den Rezipienten völlig egal. Beispielsweise bei großen Fußballereignissen sind Übertragungsverfahren mit längeren Pufferzeiten für die Zuschauer aber untauglich, weil diese dann von Toren zuerst über die Jubel- (oder Unmuts-)Schreie der Nachbarn erfahren, bevor das Ereignis auf dem eigenen Bildschirm stattfindet.

³¹⁶ Teilweise ist auch von Web-TV, Webcasting, Internet-Rundfunk oder Online-Rundfunk die Rede; vgl. *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 63.

³¹⁷ *Sieber*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 134.

³¹⁸ *A. Keller*, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 3 ff.

³¹⁹ *Longolius*, Web-TV - AV-Streaming im Internet, 40 f.

³²⁰ Auch zu den Grenzen *Kurose/Ross*, Computernetzwerke, 650.

³²¹ *Kurose/Ross*, Computernetzwerke, 644.

3.3 Digitales Fernsehen

Digitales Fernsehen wird in Form von digitalen Daten übertragen, d.h. Informationen, die sich als Abfolgen der Zahlen „0“ und „1“ ausdrücken lassen.³²² Diese Zahlen lassen sich für den Transport in Form von elektromagnetischen Schwingungen auf Trägermedien wie z.B. Kupferkabel *aufmodellieren* (sog. Fouriertransformation).³²³

Digitale codierte Videoinhalte haben den Vorteil, dass man die verbrauchte Übertragungskapazität mithilfe verschiedener Verfahren sehr stark verringern kann.³²⁴ Dazu dienen technische Verfahren, die sich unter zwei Oberbegriffen zusammenfassen lassen: *Kompression* verringert die Informationsmenge an sich, *Multiplexverfahren* dienen zur kapazitätssparenden *Übertragung*.³²⁵

3.3.1 Videokompression

Ein Standard-Videosignal in SD-Qualität verbraucht unkomprimiert mehr als 270 Mbit/s, ein Signal in HD-Qualität sogar jenseits von 1 Gbit/s.³²⁶ Durch Kompressionsverfahren lassen sich diese Signale auf Datenraten von etwa 2 bis 7 Mbit/s (SD) bzw. 5 bis 15 Mbit/s (HD) reduzieren.³²⁷

Unter „Kompression“ der Daten ist der Prozess zu verstehen, bei dem die Inhaltsdaten in eine Form umgewandelt werden, die möglichst wenig Platz verbraucht – ohne gleichzeitig die Qualität der Bild- und Tondarstellung zu sehr leiden zu lassen.³²⁸ Diese Art der Kompression hat noch nichts mit der Übertragung der Signale zu tun, sondern betrifft die Inhalte noch im Ausgangsstadium. Zur Komprimierung greifen die Programmhersteller auf

³²² Genauer: „Ein Signal, welches nur diskrete, d.h. nur abzählbar viele Werte zwischen Maximum und Minimum einnehmen kann, wird als Digitalsignal bezeichnet.“ – so A. Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 6.

³²³ Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 100 ff.

³²⁴ Vgl. auch Ricke, IPTV und Mobile TV, 44 ff.

³²⁵ Die in diesem Abschnitt beschriebenen technischen Phänomene sind nicht zwangsläufig mit digitalem Fernsehen verknüpft. Jedoch war es die Digitalisierung des Fernsehens, die sie erst effektiv ermöglicht hat. Videokompression, Multiplex-Übertragung und Verschlüsselung sind bei analogen Speicherungs- und Übertragungsmethoden kaum umsetzbar.

³²⁶ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 35.

³²⁷ Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 119.

³²⁸ Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 137.

verschiedene Methoden zurück,³²⁹ meist nach MPEG –Standards, von denen es mittlerweile über 20 gibt,³³⁰ oder H.264.³³¹

Zum einen basiert Kompression darauf, bestimmte Datenzusammenhänge möglichst knapp auszudrücken.³³² Dies geschieht durch bestimmte mathematische Methoden,³³³ basiert aber vor allem auf einer Entfernung mehrfach vorkommender Information (Redundanzreduktion). Eine Information, die bereits im Datenstrom enthalten ist, soll nicht ein zweites Mal verschickt werden. Dies bedeutet vor allem, nicht jedes Bild einzeln zu speichern, sondern nur die *Veränderungen* der Bilder (Prädiktion).³³⁴ Wenn sich für ein neues Bild nur wenige Bildpunkte ändern, ist die Information, wie das Bild sich *verändert* hat, wesentlich weniger umfangreich als ein gespeichertes Abbild des gesamten neuen Bildes.³³⁵ Wenn ein Fernsehbild sich über mehrere Sekunden kaum verändert, muss die komprimierte Datenfassung des Videos also kaum Informationen aufnehmen. Ändert sich das Bild jedoch stark – z.B. durch Kameraschwenks, schnelle Schnitte oder Bilder von Explosionen – müssen viel mehr Daten gespeichert werden.³³⁶ Je nach dem Inhalt schwankt die Datenrate von komprimierten audiovisuellen Inhalten in SD-Qualität zwischen 2,5 und 8 Mbit/s.³³⁷

Zum anderen basiert Audio- und Videokompression darauf, alle Informationen auszufiltern, die für den Menschen in der Wahrnehmung keine große Rolle spielen (Irrelevanzreduktion).³³⁸ In diesem Bereich geht es stark um das Verständnis des menschlichen Rezeptionsprozesses, z.B. dessen Wahrnehmung von Farben und Tönen. Hier finden Wahrnehmungspsychologie, Humanmedizin und Informationswissenschaften zusammen. Das menschliche Auge ist z.B. nicht in der Lage,

³²⁹ Überblick bei *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 187.

³³⁰ *Fares*, Deep Inspection über IP-Streaming, 21 f.

³³¹ *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 192 ff.

³³² Z.B. die sog. Huffman-Codierung oder sog. Variable Length Coding, vgl. *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 116.

³³³ Z.B. ist die Information 10^5 kürzer als 10.000.

³³⁴ Bei MPEG werden beide Varianten kombiniert, vgl. *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 128.

³³⁵ *Longolius*, Web-TV - AV-Streaming im Internet, 34 f.

³³⁶ *Engel/Lüdemann* ZUM 2008, 904, 905.

³³⁷ *Merkel* et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 35.

³³⁸ Anschaulich erklärt bei *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 116 ff.

bestimmte Farbunterschiede wahrzunehmen, die betreffenden Farben werden daher zusammengefasst.³³⁹

3.3.2 Multiplex-Verfahren

Das Multiplex-Verfahren bezeichnet die zeitgleiche Übertragung von mehreren Datenströmen über ein Trägersignal.³⁴⁰ Bei der Rundfunkübertragung kommen Multiplex-Verfahren zum Einsatz, um eine verbesserte Übertragungsqualität und eine effizientere Frequenznutzung zu ermöglichen. Im Unterschied zu Kompressionsverfahren betrifft das Multiplexen nicht die Reduzierung des Umfangs des jeweils übertragenen *Inhalts*, sondern eine möglichst effiziente *Übertragung*. Es geht also darum, in dem zur Verfügung stehenden Übertragungsweg möglichst viele Datenströme gleichzeitig zu transportieren.

Jede Übertragung eines Multiplex-Signals beginnt mit einem Multiplexer (MUX) und endet mit einem Demultiplexer (DEMUX). Während der Multiplexer die einzelnen Datenströme auf ein Signal aufmoduliert, sorgt der De-Multiplexer dafür, dass sie wieder getrennt werden.³⁴¹ Ein De-Multiplexer empfängt also ein Signal und gibt mehrere Signale aus. Das De-Multiplexen erfolgt üblicherweise erst in der Decoder- bzw. Set-Top-Box des Empfängers.³⁴²

Bei Multiplex-Verfahren werden die verschiedenen Programmsignale zwangsläufig in eine Form gebracht, in der sie nicht mehr ohne weiteres wiedergegeben werden können. Tatsächlich führt das Multiplexen eines Signals zu einer so starken „Abwandlung“ der Signale, dass es einem Verschlüsselungsverfahren ähnlich wird – mit dem Unterschied, dass die „Entschlüsselungsmechanismen“ nicht geheim sind, sondern als technischer Standard offen liegen.

³³⁹ Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 121.

³⁴⁰ Vereinfacht formuliert - genauere Definition bei Lenk, in: Froberg et al., Nachrichtentechnik, 125.

³⁴¹ Lenk, in: Froberg et al., Nachrichtentechnik, 125.

³⁴² Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 23.

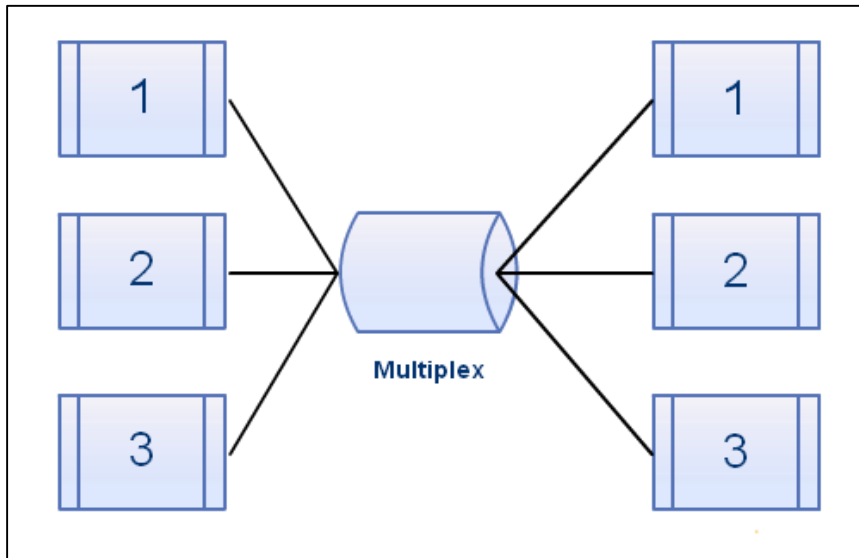


Abbildung 7: Schematisierte Darstellung des Multiplexverfahrens³⁴³

Es gibt verschiedene Multiplexverfahren, z.B. Frequenzmultiplexverfahren (Frequency Divisional Multiple Access, FDMA), Wellenlängenmultiplexverfahren (Wavelength Division Multiple Access, WDMA), Zeitmultiplexverfahren (Time Divisional Multiple Access, TDMA) und Codemultiplexverfahren (Code Division Multiple Access, CDMA). DVB und DAB verwenden eine Kombination dieser Ansätze, so genanntes Coded Orthogonal Frequency-Division Multiplexing (COFDM).³⁴⁴ Bei COFDM werden die Daten in einem breiteren Frequenzband über verschiedene einzelne Bursts übertragen, die hier „Symbole“ genannt werden.³⁴⁵ Die Bursts werden über das Frequenzband so verteilt, dass sie sich möglichst nicht gegenseitig stören. In den Datenstrom ist auch ein großer Teil sogenannter Overhead-Daten eingebettet: Das sind Daten zur Überwachung und Fehlerkorrektur.³⁴⁶ Die Übertragung über COFDM ist daher deutlich weniger fehleranfällig als die Übertragung über normalen analogen Funk.³⁴⁷

³⁴³ Für eine komplexere grafische Darstellung siehe *Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung*, 36.

³⁴⁴ *Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik*, 370; *A. Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze*, 31 ff.

³⁴⁵ *Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik*, 370.

³⁴⁶ *Lenk*, in: *Frohberg et al., Nachrichtentechnik*, 125, 216.

³⁴⁷ Ausführlich *Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik*, 380.

Ein Multiplex-Datenstrom kann nur eine gewisse Gesamt-Datenrate umfassen.³⁴⁸ Diese Datenrate ist konstant auf einen Maximalwert begrenzt. Die Programme *innerhalb* des Datenstroms brauchen jedoch unterschiedlich viel Übertragungskapazität, je nachdem, wie gut die Kompressionsverfahren beim jeweiligen Programminhalt greifen. Die Zusammenfassung der Programme in einem sog. „statistischen Multiplex“ ist demnach eine Mischkalkulation:³⁴⁹ Die Multiplexbetreiber rechnen damit, dass nicht alle Sender gleichzeitig Inhalte senden, die schwer zu komprimieren sind (z.B. Actionszenen oder Musikvideos). Ist dies doch einmal der Fall, können Multiplexbetreiber nachsteuern, indem sie die Bildqualität einzelner Programme herunterregeln.³⁵⁰ Tun sie dies nicht und der Multiplexstrom wird überlastet, kommt es zu Klötzchenbildung und evtl. einem kompletten Bildausfall. In Deutschland sind in einem Multiplex-Datenstrom, abhängig von der Datenrate,³⁵¹ meist vier oder mehr Fernsehsender in SD-Qualität zusammengefasst.³⁵² Denkbar sind bis zu 20 Sender.³⁵³

Wer den Multiplex-Prozess steuert, kontrolliert demnach auch die Qualität und Zusammenstellung der übertragenen Programme, er hat die „Multiplexhoheit“. Insbesondere die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten legen daher viel Wert darauf, eigene Multiplexe zu bilden, in denen die jeweils eigenen Sender zusammengefasst werden.³⁵⁴

3.3.3 Verschlüsselungs- und Adressierungstechnik

Ein Conditional Access-System (CAS)³⁵⁵ dient dazu, bestimmten Personen die Nutzung eines Programms zu ermöglichen, alle anderen aber von der Nutzung auszuschließen.³⁵⁶ Dies ermöglicht es, auch bei Nutzung eines Broadcast-Übertragungsverfahrens einzelne Empfänger zu „adressieren“, indem man ihnen den Entschlüsselungsmechanismus nur unter bestimmten

³⁴⁸ Bis zu 40 Mbit/s, vgl. *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 41.

³⁴⁹ Sog. statistischer Multiplex, vgl. *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 37 f.

³⁵⁰ „Spitzenlastproblem“, vgl. *Engel/Lüdemann* ZUM 2008, 904, 905.

³⁵¹ Im Kabel (DVB-C) und Satellit (DVB-S) können pro Kanal 38 Mbit/s übertragen werden, bei DVB-T deutlich weniger. Vgl. *Merkel* et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 37.

³⁵² *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 615.

³⁵³ *Fischer*, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik, 41.

³⁵⁴ *Beckert* et al., Zukunft des Kabelfernsehnetzes, 42.

³⁵⁵ Ein CAS arbeitet fast immer hardware-basiert. Im IPTV-Bereich kommen auch rein softwarebasierte DRM-Systeme vor; vgl. *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 49; *Flatau* ZUM 2007, 1, 4 f.

³⁵⁶ *Merkel* et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 67.

Bedingungen zugänglich macht. Primär geht es dabei darum, die Haushalte zur Zahlung von Abonnement-Gebühren zu verleiten; sekundär lässt sich ein CA-System aber z.B. auch mit einem bestimmten Endgeräte-System verknüpfen, so dass der gesamte Fernsehkonsum des Rezipienten kontrolliert werden kann.³⁵⁷

Die Verschlüsselung erfolgt durch Verwürfelung (scrambling) und Verschlüsselung (encryption). Bei der Verwürfelung wird mittels eines als „scrambling“ bezeichneten Rechengangs die Reihenfolge der Bits im Datenstrom verändert.³⁵⁸ Der Vorgang, bei dem die Bits durch einen Entschlüsselungsvorgang wieder in eine richtige Reihenfolge gebracht werden, heißt „descrambling“.³⁵⁹

Zum in Deutschland bestimmenden DVB-Standard gehört auch das „Common Scrambling“.³⁶⁰ Bei dieser Verschlüsselungsart ist der Verschlüsselungsalgorithmus standardisiert und nicht proprietär; nur die zur Entschlüsselung notwendigen „Kontrollwörter“ werden gesondert übertragen. Auf diese Weise wird möglich, dass mehrere Verschlüsselungssysteme auf demselben Gerät laufen können; die Verschlüsselungssysteme können auch per Software-Update ausgetauscht werden.³⁶¹ Common Scrambling erlaubt außerdem auch die Übergabe der Kontrolle über das Verschlüsselungssystem zwischen verschiedenen Akteuren, das sog. „Transcontrol“.³⁶²

Die Entschlüsselung erfolgt durch eine Baugruppe im Endgerät des Empfängers, die als Conditional Access Module (CAM) bezeichnet wird.³⁶³ Abhängig davon, welches Gerät eingesetzt wird, ist auch das CAM unterschiedlich ausgestaltet. Ist das Endgerät nur geeignet, ein *bestimmtes* CAS zu unterstützen, spricht man von „embedded CA“.³⁶⁴ In Deutschland werden mittlerweile aber fast ausschließlich Geräte verwendet, bei denen das Entschlüsselungsmodul durch den Kunden erst nachträglich eingesetzt

³⁵⁷ Ausführlich V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 27 und § 50 Rn. 18 ff.

³⁵⁸ V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 50; V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 48 Rn. 27.

³⁵⁹ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 45.

³⁶⁰ „DVB Common Scrambling Algorithm“ (DVB-CSA); vgl. Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 42.

³⁶¹ Merkel et al. ebd., 42.

³⁶² Merkel et al. ebd., 45 f.

³⁶³ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 46.

³⁶⁴ Ricke, IPTV und Mobile TV, 48.

wird („Common Interface“ (CI) und „CI Plus“).³⁶⁵ Den Schlüssel hierfür bezieht das CA-Modul von einer Smartcard, die der Kunde vom CAS-Betreiber bezogen und in das CI-Modul des Geräts eingesetzt hat.³⁶⁶ Im Unterschied zu „Common Scrambling“ erlaubt das CI-System die Verschlüsselung des gesamten Programmsignals nach einem proprietären Algorithmus.³⁶⁷

Bei den Verschlüsselungsverfahren wird außerdem zwischen Simulcrypt und Multicrypt unterschieden. Bei Simulcrypt wird das Programmsignal so verschlüsselt, dass es von unterschiedlichen Verschlüsselungssystemen wieder entschlüsselt werden kann.³⁶⁸ Bei Multicrypt sind CA-Module in der Lage, mehrere Verschlüsselungsalgorithmen zu entschlüsseln.³⁶⁹ Multicrypt wird eingesetzt, wenn in einem Markt die Endkunden mehrere Verschlüsselungsverfahren einsetzen, weil sich kein einzelnes Verfahren durchsetzen konnte.³⁷⁰

³⁶⁵ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 46 f.

³⁶⁶ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 46.

³⁶⁷ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 46 f.

³⁶⁸ Merkel et al. ebd., 42 ff.

³⁶⁹ Merkel et al. ebd., 59.

³⁷⁰ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 47.

4. Plattformbetreiber als Wirtschaftsunternehmen

Deutschland ist der größte europäische TV-Markt.³⁷¹ Gemeinsam mit anderen Produkten im Bereich des Rundfunks ergibt sich ein jährlicher Gesamt-Produktionswert von rund 16,9 Mrd. Euro. Dies entspricht einem Anteil von 0,23 % am deutschen Brutto-Inlandsprodukt.³⁷² Die deutsche Medienwirtschaft entwickelt sich derzeit wirtschaftlich stark positiv.³⁷³

Innerhalb der deutschen Medienbranche ist Fernsehen mit ca. 12 Milliarden Euro Gesamtumsatz und 21 % Marktanteil mit Abstand der wichtigste Markt.³⁷⁴ Insgesamt empfangen in Deutschland 37,4 Millionen Haushalte Fernsehen.

4.1 Marktsituation der Programmveranstalter

Die deutsche TV-Landschaft ist geprägt durch das duale System. Es konkurrieren also private Rundfunkveranstalter und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten um Zuschaueranteile und (begrenzt) auch um Werbebuchungen.

Die öffentlich-rechtlichen Programme belegen bei den *Zuschaueranteilen* gemeinsam ca. 40 %. Die restlichen 60 % teilen sich die Privatsender: Die RTL-Gruppe erreicht einen Zuschauermarktanteil von etwa 27 %, die ProSieben/Sat.1-Gruppe etwa 22 %.³⁷⁵ Im Bereich der Werbung unterliegen die öffentlich-rechtlichen Sender dagegen starken rechtlichen Beschränkungen;³⁷⁶ ihr Anteil am Werbemarkt fällt daher mit knapp 8 % eher gering aus.³⁷⁷ Die beiden großen Sendergruppen RTL und ProSieben/Sat.1 erreichen demgegenüber jeweils mehr als 40 % Marktanteil.

³⁷¹ Wirtz, Medien- und Internetmanagement, 343; für eine allgemeine Übersicht siehe auch Radtke/Dilevka, Empirischer Überblick über die deutsche Fernsehindustrie.

³⁷² ALM, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 24.

³⁷³ ALM, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 25.

³⁷⁴ C. Müller et al., PWC German Entertainment and Media Outlook 2010-2014, 21.

³⁷⁵ Vgl. die bei auf der Homepage der KEK abrufbaren Angaben der Zuschaueranteile: <http://www.kek-online.de/medienkonzentration/zuschaueranteile>.

³⁷⁶ Vgl. z.B. § 13 Abs. 1 Satz 1; §§ 15 ff. RStV; §§ 12, 13 MDR-StV.

³⁷⁷ Verband der deutschen Werbewirtschaft ZAW, Werbung in Deutschland 2011, 314.

Die Zahl der Fernsehsender hat seit der Jahrtausendwende enorm zugenommen. Dies geht vor allem auf ein rasantes Wachstum beim Privatfernsehen zurück. Die Zahl der Sender hat sich seit dem Jahr 2000, als es noch 30 Programme gab, vervielfacht.³⁷⁸ In Deutschland waren am 30. Juni 2013 insgesamt 176 bundesweite private Fernsehprogramme zugelassen.³⁷⁹ Der überwiegende Teil der Neuzugänge sind Spartenprogramme, die extrem niedrige Zuschauermarktanteile erreichen. Hinzu kommen 23 öffentlich-rechtliche Programme und eine unbekannte Anzahl von Lokal- und Regional-TV-Programmen.

Der deutsche TV-Markt ist durch starke Konzentrationstendenzen geprägt.³⁸⁰ Zudem versuchen fast alle Sender, ihre Aktivitäten auf der Wertschöpfungskette nach oben oder unten auszudehnen.³⁸¹ So unterhalten deutsche TV-Programmveranstalter z.B. eigene Werbevermarktungs-Agenturen, Produktionsfirmen oder Rechtheandelsagenturen. Es kommen auch immer wieder Versuche vor, die Kontrolle über Distributionswege und TV-Unternehmen in einer Hand zu verbinden. Dies wurde von den Kartellbehörden bisher aber weitgehend unterbunden.³⁸² Die *Programmerstellung* und die *Programmverbreitung* liegen im deutschen TV-Markt daher aktuell noch weitgehend in unterschiedlichen Händen.

³⁷⁸ Bezogen auf privates bundesweites Fernsehen *ALM*, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 22.

³⁷⁹ KEK, 16. Jahresbericht, 49.

³⁸⁰ *Wirtz*, Medien- und Internetmanagement, 398.

³⁸¹ *Wirtz*, Medien- und Internetmanagement, 396.

³⁸² Siehe dazu S. 13 ff.

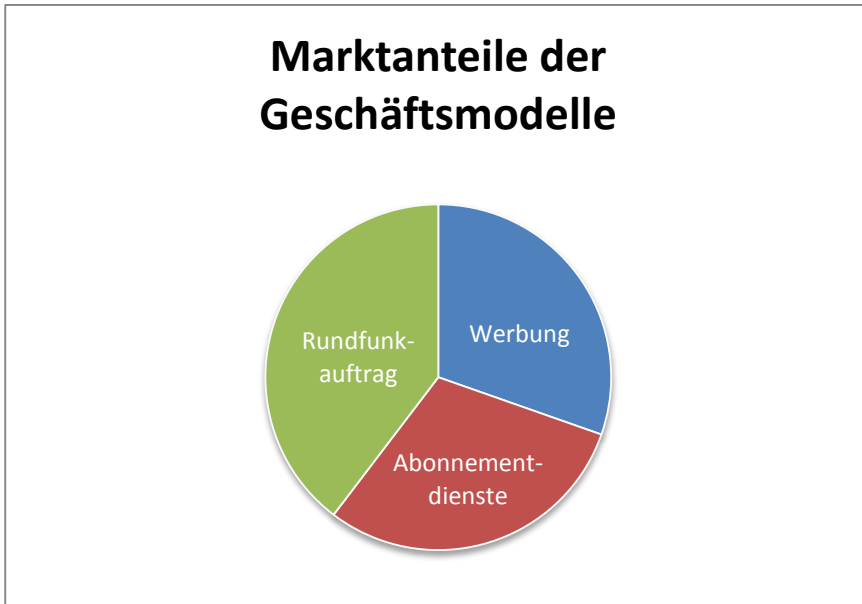


Abbildung 8: Marktanteile von Fernsehsendern nach Geschäftsmodellen³⁸³

Fernsehsender können unterschiedlichen Erlös- und Geschäftsmodellen folgen. Diese Modelle lassen sich einteilen in öffentlich-rechtlichen Rundfunk, werbefinanziertes Fernsehen (Free-TV) und Abonnement-finanziertes Fernsehen (Pay-TV). Daneben kommen noch Formen der Mischfinanzierung vor; im Nischenbereich haben sich auch alternative Geschäftsmodelle etabliert, z.B. Call-in-Shows oder Teleshopping.³⁸⁴

Innerhalb des privaten Rundfunks nehmen Free-TV-Geschäftsmodelle eine dominante Stellung ein. Andere Geschäftsmodelle, z.B. Pay-TV oder Teleshopping, sind aber ebenfalls relevant.

³⁸³ Zahlenangaben für das Jahr 2009 nach C. Müller et al., PWC German Entertainment and Media Outlook 2010-2014, 60.

³⁸⁴ Dazu Wirtz, Medien- und Internetmanagement, 380 ff.

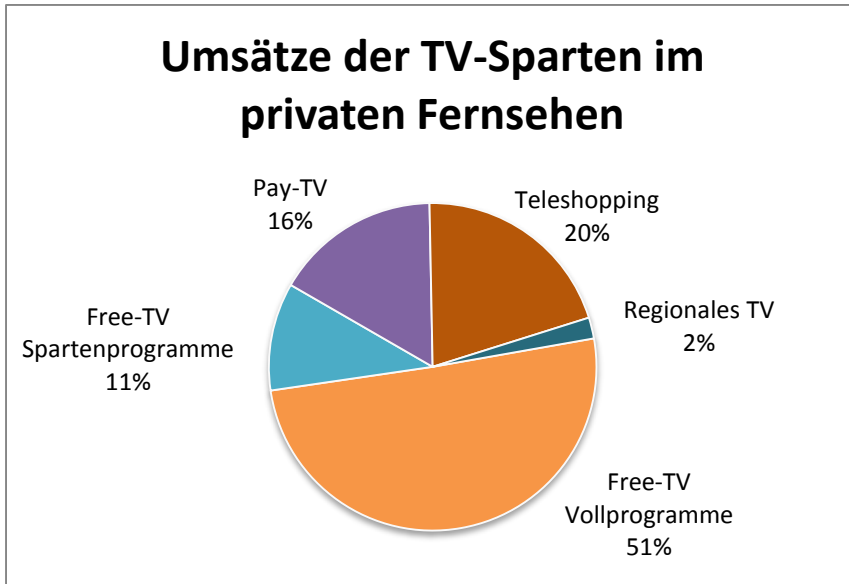


Abbildung 9: Private TV-Geschäftsmodelle im Vergleich³⁸⁵

4.1.1 Der öffentlich-rechtliche Rundfunk

In Deutschland existieren 9 Landesrundfunkanstalten, die gemeinsam mit der Deutschen Welle die ARD bilden. Als originär bundesweite Rundfunkanstalt existiert daneben das ZDF. ARD und ZDF sind gemeinsam Mitglieder der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Deutschlandradio. Zusammen mit anderen europäischen Rundfunkveranstaltern veranstalten ARD und ZDF zudem die Programme 3Sat und ARTE.

Die ARD-Landesrundfunkanstalten und das ZDF bieten derzeit ca. 66 Hörfunk- und 23 Fernsehprogramme und verschiedene Mediatheken und Telemedien-Angebote an. Die Deutsche Welle richtet sich ausschließlich an das Ausland. Die in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten kommen insgesamt auf einen Jahresumsatz von ca. 6,3 Mrd. Euro jährlich; die ARD ist damit einer der größten Medienkonzerne der Welt und (nach

³⁸⁵ Daten nach ALM, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 34.

Bertelsmann) der zweitgrößte Deutschlands; das ZDF hat einen Jahresumsatz von 2 Mrd. Euro und nimmt damit in Deutschland den siebten Platz ein.³⁸⁶

Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist die Erfüllung des Rundfunkauftrags. Dieser setzt sich aus verfassungsrechtlichen, europarechtlichen und einfachgesetzlichen Vorgaben zusammen.³⁸⁷ Den Rundfunkanstalten selbst kommt hierbei ein Interpretationsspielraum zu, der sich aus der Rundfunkfreiheit ergibt. Sowohl die ARD als auch das ZDF haben in den vergangenen Jahren eigene Programmfamilien aufgebaut.³⁸⁸ Diese bestehen zum einen aus den jeweiligen Hauptprogrammen („Das Erste“ und „ZDF“), zum anderen aus Spartenkanälen, von denen einige ausschließlich digital verbreitet werden.³⁸⁹ Mit Sendern wie Phoenix, ZDFneo oder dem KiKA haben die öffentlich-rechtlichen Veranstalter zudem gezielt Marktnischen besetzt.³⁹⁰

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter folgen einem Auftrag, der explizit außerhalb wirtschaftlicher Logik steht;³⁹¹ sie sind nicht verpflichtet, „Gewinne“ zu machen. Sie erzielen ihre Einnahmen primär aus Rundfunkbeiträgen. Wirtschaftliche Betätigungen, z.B. in der Fernsehwerbung oder bei der Zweitverwertung von Programmrechten kommen aber vor und sind rechtlich zulässig.³⁹² Ziel ist ein effizienter und sparsamer Umgang mit den erhaltenen Rundfunkbeiträgen.

4.1.2 Werbefinanziertes Fernsehen

Die Werbefinanzierung gilt in Deutschland als das dominante Geschäftsmodell unter den Fernsehsendern. Im deutschen TV-Markt sind zwei große Sendergruppen dominant: Die RTL-Gruppe, die zum

³⁸⁶ Die ARD belegt weltweit den 20. Platz, vgl. die Mediendatenbank des Instituts für Medien- und Kommunikationspolitik, abrufbar unter <http://www.mediadb.eu/rankings/intl-mediakonzerne-2014.html>. Zu den nationalen Platzierungen siehe unter <http://www.mediadb.eu/rankings/deutsche-mediakonzerne-2014.html>.

³⁸⁷ Statt vieler *Schulz* MP 2008, 158; *Wolf*, Der Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks; *Schüller*, Die Auftragsdefinition für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach dem 7. und 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag; *Cebulla*, Rundfunkauftrag und Gebührenfinanzierung.

³⁸⁸ *ALM*, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 68.

³⁸⁹ *KEK*, 16. Jahresbericht, 50.

³⁹⁰ *Wirtz*, Medien- und Internetmanagement, 398.

³⁹¹ BVerfG v. 25. März 2014, Az. 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11, Rn. 36 – *ZDF*.

³⁹² Eine Übersicht über alle kommerziellen Tätigkeiten findet sich in der Entscheidung der EU-Kommission zum *Beihilfenkompromiss*: EU-Kommission, Entsch. v. 24.4.2007, Az. E 3/2005, Rn. 64 ff., abrufbar unter http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf.

Bertelsmann-Konzern gehört, und die ProSieben/Sat.1-Gruppe.³⁹³ Das Bundeskartellamt geht in ständiger Entscheidungspraxis davon aus, dass diese beiden Sendergruppen gemeinsam ein Oligopol bilden, zwischen dem wenig Wettbewerb besteht.³⁹⁴

Werbefinanzierte Fernsehsender arbeiten in Deutschland erst seit etwa 2004 kostendeckend.³⁹⁵ Seitdem erzielen die großen Free-TV-Sender aber hohe Gewinne, bei Kostendeckungsquoten um die 135 %.³⁹⁶ Die Sender erzielen etwa 82 % ihrer Erträge aus der Werbung.³⁹⁷

Werbefernsehsender erhalten Zahlungen ihrer Werbekunden als Gegenleistung dafür, dass sie einen Werbespot einer Gruppe von potentiellen Konsumenten vorführen. Die Zahlungen sind dabei umso höher, desto größer die erreichte Personengruppe ist. Das ökonomische Interesse der Sender richtet sich deshalb darauf, möglichst vielen Rezipienten Werbespots vorzuführen. Je größer die Zahl der erreichten Zuschauer, desto größer die Einnahmen.³⁹⁸

Als Werbeträger konkurrieren Fernsehsender mit anderen Medien, z.B. mit Tageszeitungen. Die großen Werbetreibenden (bzw. deren Agenturen) verteilen ihre Werbebuchungen zwischen den Werbetreibenden üblicherweise in einem „Mediamix“, bei dem sie möglichst alle Medien abzudecken versuchen. Innerhalb des Mediamixes ist Fernsehwerbung vor allem für die großen, umsatzstarken Werbetreibenden ein wichtiger Faktor. Dabei legen viele Werbetreibende Wert auf eine möglichst große Reichweite und belohnen dies mit tendenziell höheren Preisen.³⁹⁹ Die Werbewirtschaft gilt allerdings als stark konjunkturabhängig.⁴⁰⁰

³⁹³ Näher dazu *Wirtz*, Medien- und Internetmanagement, 351 f.

³⁹⁴ BKartA, Entsch. v. 19. 1. 2006, Az. B 6 - 103/05, 29 ff. – *Springer/ProSieben Sat.1*; BKartA, Entsch. v. 17.3.2011, Az. B6-94/10, Rn. 65 ff. – *Amazonas*.

³⁹⁵ *ALM*, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 28.

³⁹⁶ *ALM*, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 33.

³⁹⁷ *ALM*, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11, 38; abweichende Angabe (92 %) bei *Wirtz*, Medien- und Internetmanagement, 387.

³⁹⁸ Ausführlich *Schubert*, Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit, 16.

³⁹⁹ *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 5.

⁴⁰⁰ *Beck*, Medienökonomie, 39.

4.1.3 Zahlungsfinanziertes Fernsehen

Zahlungsfinanziertes Fernsehen, das auch als „Pay-TV“ bezeichnet wird, ist ein weiteres wichtiges Geschäftsmodell. Mit etwa 20,9 Millionen Haushalten bezieht derzeit eine knappe Mehrheit der deutschen Fernsehhaushalte Fernsehen in irgendeiner Weise kostenpflichtig.⁴⁰¹ Abonnementfinanziertem Fernsehen werden zudem starke Wachstumsaussichten prophezeit.⁴⁰² Der Großteil dieser Abonnements stammt allerdings nicht aus dem Bereich, der mit klassischem „Pay-TV“ in Verbindung gebracht wird: Von den Pay TV-Abonnenten sind nur etwa 15 % Kunden bei Sky Deutschland.⁴⁰³

4.1.3.1 Vermarktung eigener Pay-Programme

Beim „klassischen“ Pay-TV vermarkten die Anbieter von Fernsehprogrammen ihre Programminhalte selbst und nutzen dazu verschiedene Verbreitungswege. Die *Produktion* und die *Vermarktung* der Inhalte sind also vertikal integriert, während die *Verbreitung* als Dienstleistung von Dritten eingekauft wird. Der einzige relevante Anbieter, der in Deutschland dieses Modell verfolgt, ist Sky Deutschland. Auch Sky Deutschland vermarktet neben den eigenen Programmen allerdings auch solche von Dritten, meist von ausländischen Pay-TV-Veranstaltern.

Anbieter, die ihre Pay-TV-Programme selbst vermarkten, erzielen ihre Einnahmen vorrangig aus Zahlungen von Kunden. Diese haben die Programme (meist im Paket) „abonniert“. Um die Kunden zur Zahlung zu motivieren, brauchen Pay-TV-Anbieter Programme, die attraktiv genug sind. Dies hat sich in Deutschland in den vergangenen Jahrzehnten als schwierig erwiesen. Der deutsche Free-TV-Bereich produziert relativ hochwertige Inhalte, unter anderem wegen der hohen Programminvestitionen der öffentlich-rechtlichen Sender⁴⁰⁴ und der gesetzlichen Werbezeitbeschränkungen. Die Kunden sind daher schwer zu motivieren, noch zusätzlich in Programmprodukte zu investieren. Die Anbieter von Abonnement-Fernsehsendern versuchen dieses Defizit auszugleichen, indem sie für hohe Summen Exklusivrechte an sog. Premium-Content erwerben.⁴⁰⁵ Als solche gelten insbesondere wichtige Fußballbegegnungen (Bundesliga,

⁴⁰¹ C. Müller et al., PWC German Entertainment and Media Outlook 2010-2014, 64.

⁴⁰² C. Müller et al. ebd., 64.

⁴⁰³ C. Müller et al. ebd., 64.

⁴⁰⁴ Vgl. Wirtz, Medien- und Internetmanagement, 360.

⁴⁰⁵ Vgl. Gomolka/Struck, Best practice im IPTV-Markt, 16: „Dass hier die drei S – Spielfilm, Sport und Sex – die größte Anziehungskraft haben, ist mittlerweile landläufig bekannt.“

Champions League, Welt- und Europameisterschaften) und Erstaussstrahlungsrechte beliebter Hollywood-Spielfilme. In neuerer Zeit nutzen Pay-TV-Anbieter vermehrt auch Premium-Content, der sich nicht aus der Art der *Inhalte*, sondern aus der Form ihrer *Darstellung* ergibt. Insbesondere hochauflösendes Fernsehen (HDTV) und dreidimensionales Fernsehen (3D-TV) werden häufig als Pay-TV vermarktet.

Die *Distribution* ihrer Angebote ist für die oben genannten Pay-TV-Anbieter ein wichtiger Teil ihres Geschäfts. Anders als bei Free-TV-Programmen beschränkt sich die Distribution aber nicht darauf, das betreffende Programm in die verschiedenen Verteilstrukturen einzuspeisen und zu hoffen, dass möglichst viele Kunden es ansehen: Die Unternehmen müssen die Distributionskette vielmehr bis hin zum Empfangsgerät des Kunden *kontrollieren*. Das heißt, sie müssen einerseits sicherstellen, dass der Kunde den Inhalt auch in der gewünschten (und bezahlten) Qualität wahrnehmen kann. Andererseits müssen sie aber auch *andere*, nicht zahlende Personen vom Zugriff auf den Inhalt ausschließen.⁴⁰⁶ Pay-TV-Vermarkter brauchen dazu die Infrastruktur zur Verwaltung der Endkundenverträge, der Zahlungseingänge und Kundenbeziehungen („Subscriber Management“), vor allem aber ein funktionsfähiges Conditional Access-System.⁴⁰⁷

Pay-TV-Sender setzen die Conditional Access-Systeme (CAS) ein, um zu gewährleisten, dass nur zahlende Kunden ihre Programme nutzen können. Die Pay-TV-Anbieter verwenden vor allem Verschlüsselungstechnologien wie Nagravision, um ihr lineares Programmsignal gegen unerwünschte Zugriffe abzusichern.⁴⁰⁸ Die Entschlüsselung beim Kunden erfolgt mittels eines Decoders. Früher haben Pay-TV-Unternehmen hierfür eigene, meist proprietäre Systeme eingesetzt und den Kunden die Boxen selbst verkauft oder vermietet. Später kam das „Common Interface“-System (CI) zum Einsatz, das auf einer Spezifikation des DVB-Konsortiums beruht.⁴⁰⁹ In Deutschland haben die Anbieter CI durch das System „CI+“ ersetzt – bzw., in der Lesart der Anbieter, *ergänzt*.⁴¹⁰ CI+ ermöglicht eine sehr weitreichende

⁴⁰⁶ Gehring, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 44 ff.

⁴⁰⁷ V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 49; V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 18 ff.; Marek, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 6.

⁴⁰⁸ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 13 f.

⁴⁰⁹ Merkel et al. ebd., 48 ff.

⁴¹⁰ Zu Schwächen des CI-Systems vgl. Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 48.

Kontrolle über das benutzte Endgerät des Kunden. Die Programmanbieter können per CI+ unter anderem verhindern, dass die Kunden den Programminhalt aufnehmen, die Wiedergabe der Aufnahme zeitlich begrenzen oder an ein bestimmtes Wiedergabegerät binden. Auch zeitversetztes Fernsehen kann unterbunden werden, so dass die Kunden die Werbeblöcke nicht überspringen können.

Wie bei den Anbietern von Free-TV steigern sich auch die Absatzchancen von Pay-TV-Anbietern, je weiträumiger die *Empfangbarkeit* ihrer Angebote gewährleistet ist – auf je mehr Bildschirmen das Programm des Anbieters auftauchen kann, desto mehr Rezipienten sind auch potentielle Abonnenten. Unverzichtbar ist für Pay-TV-Anbieter jedoch, dass ihre Inhalte verschlüsselt bleiben, so dass der Exklusivitäts-Status des Angebots gewahrt bleibt.

4.1.3.2 Pay-TV als Content-Produktion für Plattformanbieter

Für Veranstalter von Pay-TV-Programmen besteht darüber hinaus die Möglichkeit, die Programme nicht selbst zu vermarkten, sondern sie an externe Plattformbetreiber zur Vermarktung zu lizenzieren. Die Produktion der Programme und deren Vermarktung liegen bei diesem Modell also in unterschiedlichen Händen.

Die Vermarktung fremder Programme im *eigenen* Namen übernehmen insbesondere die IPTV-Anbieter und die Kabelnetzbetreiber.⁴¹¹ Diese nutzen ihren Endkundenkontakt, um zusätzliche Produkte zu verkaufen, zu denen auch Programmpakete zählen.⁴¹² Als Ergänzung zum „Basisangebot“ vermarkten diese Anbieter Programmpakete z.B. aus den Kategorien Special Interest, Erotik, fremdsprachige Programme oder Programmsignale in HD-Qualität.⁴¹³

Einige Programmveranstalter haben sich auf die Zulieferung von Programmen für dieses Geschäftsmodell spezialisiert: Sie *produzieren* lediglich ein Programm, das sie einem Plattformanbieter gegen Entgelt zur Verwertung überlassen.⁴¹⁴ Die Sender sind in solchen Fällen Anbieter von „Pay-TV-Rechten“, die Netzbetreiber sind Nachfrager.

⁴¹¹ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 7.

⁴¹² Siehe dazu auch noch ab S. 93.

⁴¹³ Übersicht bei KEK, 16. Jahresbericht, 65 ff.

⁴¹⁴ Neumann/Stumpf/Stamm, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 39 ff.

Die Programmveranstalter sind demnach reine Inhalteproduzenten, die auf eine eigenverantwortliche Verbreitung ihrer Programme verzichten.

Teils ist diese Vermarktung das eigentliche Ziel des Geschäftsmodells der Sender; teils ergibt sie sich auch als *Ergänzung* zu deren eigentlichem Geschäftsmodell. Dies kommt z.B. bei ausländischen Programmen vor, die in ihrem eigentlichen Sendegebiet werbefinanziertes Free-TV sind, in Deutschland ihr Programm aber als Pay-TV vermarkten lassen.

4.2 Marktsituation bei der Verbreitung von Rundfunk

Die Herstellung und Vermarktung von Medienprodukten ist für sich gesehen wertlos, wenn diese nicht die Kunden erreichen. Der *Vertrieb* ist für Medienunternehmen daher ein wichtiger Geschäftszweig.⁴¹⁵ Der „Vertrieb“ von Fernsehsendungen erfolgt über verschiedene Verbreitungswege. Hier konkurrieren verschiedene Techniken miteinander. Klassisch sind das die Terrestrik, Kabel und Satellit.⁴¹⁶ Mittlerweile treten IPTV und das offene Internet (Web-TV) als weitere Distributionswege hinzu.

Die Verbreitung nimmt in der Wertschöpfungskette die Stellung eines Durchgangsmarktes ein. Das heißt, der Markt für die Verbreitung von Rundfunk ist einigen Märkten vorgelagert, anderen ist er nachgelagert.

⁴¹⁵ Beck, Medienökonomie, 22 f.

⁴¹⁶ Beck, Medienökonomie, 168.

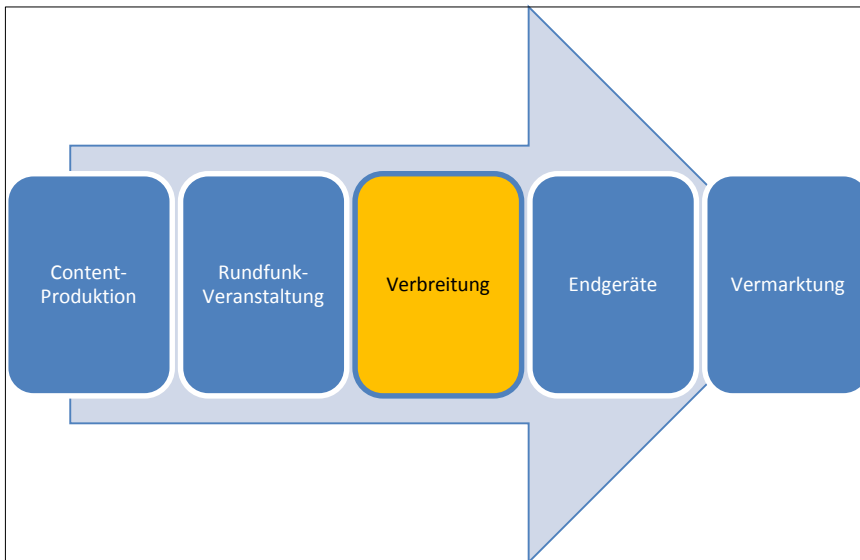


Abbildung 10: Wertschöpfung beim Fernsehen⁴¹⁷

Der Wettbewerb zwischen den Anbietern der verschiedenen Verbreitungswege gilt als wenig intensiv. Das liegt daran, dass die deutschen Verbraucher in diesem Bereich recht wenig wechselfreudig sind.⁴¹⁸ Andererseits üben insbesondere die Verbreitungswege IPTV und Web-TV mittlerweile aber durchaus einen spürbaren Wettbewerbsdruck aus.⁴¹⁹

Das Fernsehgeschäft ist dadurch geprägt, dass die *Distribution* der Inhalte im Vergleich zu ihrer *Herstellung* bzw. ihrem Erwerb relativ wenig kostet. Etwa 78 % der Ausgaben von Fernsehsendern sind sog. First Copy Costs, werden also nur dafür aufgewendet, das eigentliche Programm (die „erste Kopie“) herzustellen.⁴²⁰ Die First Copy Costs sind Fixkosten, fallen also unabhängig

⁴¹⁷ Nachempfunden *Schubert*, Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit, 24; ähnlich auch *Christmann* ZUM 2009, 7, 8; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 104.

⁴¹⁸ Für Kunden können bei einem Wechsel des Empfangswegs recht hohe Kosten entstehen, z.B. für den Erwerb neuer Empfangstechnik, den Abschluss eines neuen Abonnements oder bauliche Veränderungen. Einige Kunden haben überhaupt keine Wechselmöglichkeit, da z.B. an ihrem Haushalt kein Kabelanschluss liegt, weil sie durch lange Vertragslaufzeiten gebunden sind, oder weil sie aufgrund mietvertraglicher Bestimmungen keine Satellitenschüsseln installieren dürfen. Einzig die öffentlich-rechtlichen Programme sind über den alternativen Empfangsweg DVB-T in Deutschland annähernd flächendeckend verfügbar.

⁴¹⁹ v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 8.

⁴²⁰ *Wirtz*, Medien- und Internetmanagement, 388 f.

davon an, wie häufig das Produkt im Ergebnis abgesetzt wird. Die Distributionskosten sind demgegenüber größtenteils variabel und mit ca. 14 % relativ gering.⁴²¹

Das Geschäftsmodell eines Programmveranstalters wird umso rentabler, desto geringer der Fixkostenanteil ist. Denn wenn die Fixkosten einmal „eingespielt“ sind, sind die Einnahmen abzüglich der Vertriebskosten Reingewinn (sog. Fixkostendegression).⁴²² Das bedeutet, dass Fernsehsender ein großes Interesse daran haben, ihre Reichweite möglichst groß zu halten: Denn umso größer die Reichweite, desto rentabler ist das Produkt „Fernsehen“.⁴²³

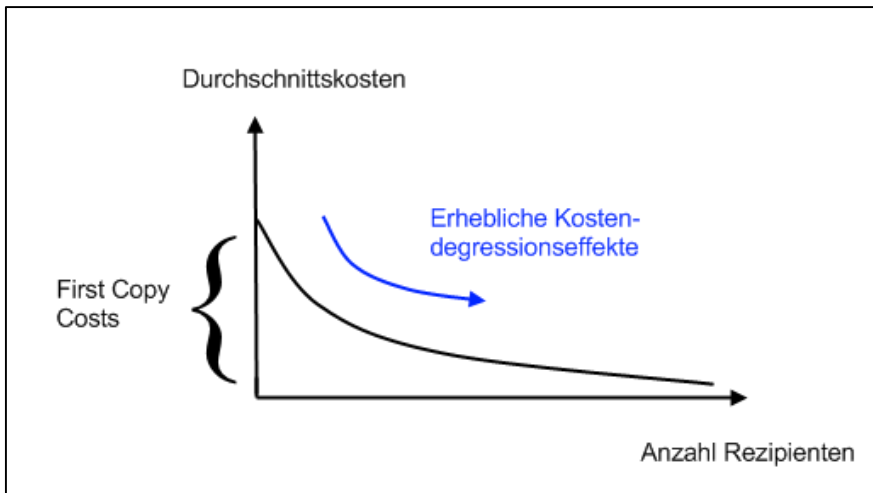


Abbildung 11: First Copy Costs⁴²⁴

Das starke Ungleichgewicht zwischen First Copy Costs und Distributionskosten führt dazu, dass reichweitenstarke Fernsehsender im Vergleich deutlich profitabler arbeiten als reichweiten schwache. Hier zeigt sich ein *faktischer Zwang* der privaten Rundfunkveranstalter, für möglichst viele Rezipienten empfangbar zu sein: Ohne eine große Reichweite sind die hohen First Copy Costs nicht refinanzierbar.

⁴²¹ Vgl. auch v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 36.

⁴²² Beck, Medienökonomie, 23.

⁴²³ Oliver & Ohlbaum Associates, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 5.

⁴²⁴ Nachempfunden Sjurts, First Copy-Costs-Effekt.

4.2.1 „Technische Reichweite“ als Produkt

Um ihre Inhalte vertreiben zu können, kooperieren die Fernsehsender mit den Betreibern von Verbreitungs-Infrastrukturen. Auch wenn zum Betrieb einer solchen Infrastruktur eine ganze Reihe von Einzeltätigkeiten gehört – aus Sicht der Programmveranstalter dient dies alles nur der Herstellung eines einzigen Produkts: der *Empfangbarkeit*, bzw. der sog. *technischen Reichweite*.⁴²⁵

Beim Fernsehen haben die meisten Programme eine sehr hohe Empfangbarkeit, d.h. eine technische Reichweite von über 90 % der deutschen TV-Haushalte. Nur kleinere Programmveranstalter verzichten teils aus Kostengründen auf eine Verbreitung über Satelliten oder bestimmte Kabelnetze.⁴²⁶ Deutlich zeigt sich die Bedeutung der technischen Reichweite im Radiobereich: Hier ist das Abdeckungsgebiet und damit die Anzahl der erzielbaren Werbekontakte vor allem von der jeweils genutzten Rundfunkfrequenz abhängig. Je nach Frequenz und Senderstandort können die technische Reichweite – und damit auch die Werbeeinnahmen – enorm schwanken.

Für die verschiedenen Geschäftsmodelle, die die Fernsehsender verfolgen, ist technische Reichweite ein Vorprodukt. Teils „kaufen“ die Programmveranstalter diese Reichweite bei den Verbreitungswege-Betreibern ein, teils betreiben sie auch eigene Verbreitungswege. Die Kosten sind dabei je nach Verbreitungsweg unterschiedlich. Soweit an Kabelnetzbetreiber sog. Einspeiseentgelte gezahlt werden, liegen diese zwischen jährlich pro Haushalt etwa 0,35 bis 0,42 Euro (analoge Verbreitung) bzw. 0,04 bis 0,06 Euro (digitale Verbreitung). Im Satellitenbereich ist die Miete eines Transponders ähnlich hoch, wird aber als

⁴²⁵ Der Begriff „Reichweite“ wird im Mediengeschäft unterschiedlich gebraucht. Ist ohne Zusätze einfach nur von „Reichweite“ die Rede, ist üblicherweise nicht die *technische Reichweite* gemeint. Die Bezeichnung „Reichweite“ bezieht sich dann vielmehr auf die *tatsächliche* Menge an Zuschauern bzw. Hörern, die ein Programmbeitrag erreicht. Beim Fernsehen spricht man eher von „Einschaltquoten“. Diese werden sekunden- und spotgenau durch Forschungsinstitute wie die Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) und die Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) ermittelt. Im Hörfunk wird der Terminus „Reichweite“ häufiger gebraucht. Er bezeichnet dort die durchschnittliche Menge an Hörern pro Stunde. Gemessen wird diese für den Zeitraum von 8-18 Uhr in der Medien-Analyse der Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AG.MA). Mit der *technischen Reichweite* ist demgegenüber die Menge der Haushalte gemeint, die den betreffenden Sender empfangen *können*. Es geht also nicht um die tatsächlich erzielten Zuschauerkontakte, sondern um die *theoretische* Empfangbarkeit.

⁴²⁶ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 38.

Pauschalpreis von jährlich 350.000 bis 400.000 Euro pro (digitalem) Programm für die Abstrahlung auf ganz Deutschland erhoben. Ähnlich ist es bei DVB-T; dort liegt allerdings ein Teil des Sendernetzes in den Händen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

4.2.2 Terrestrik

Der terrestrische Rundfunk ist im Fernsehbereich⁴²⁷ auf die digitale Übertragungstechnik DVB-T umgestellt worden. Im zugewiesenen Frequenzspektrum können DVB-T-Anbieter bis zu 24 Programme transportieren. Etwa 12,5 % der Haushalte in Deutschland haben ein Gerät auf den DVB-T-Empfang eingerichtet.⁴²⁸ Empfangbar ist DVB-T für mehr als 95 % der Haushalte in Deutschland. Voraussichtlich wird der derzeit verwendete Übertragungsstandard in den kommenden Jahren durch eine Weiterentwicklung, DVB-T2, ersetzt werden.

Im Bereich der Terrestrik betreibt meist die Media Broadcast GmbH die Sendestationen, die häufig auf klassischen „Fernsehtürmen“ installiert sind. Einige der Sendeanlagen werden auch durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten betrieben, z.B. durch den HR oder den WDR.⁴²⁹

Derzeit werden Programme per DVB-T nur unverschlüsselt und „free to air“ abgestrahlt. Frühere Versuche, innerhalb der Terrestrik als „Handy-TV“ eine Plattform zu etablieren, sind gescheitert: Das mit großer Unterstützung der Landesmedienanstalten eigens gegründete Unternehmen „Mobile3.0“ gab im November 2008 seine Sendelizenzen zurück.⁴³⁰ Neu im Markt etablieren sich allerdings derzeit Betreiber von Mobilfunknetzen, die ihren Kunden sogenanntes „Mobile TV“ anbieten. Mobile TV wird über die herkömmliche Daten-Mobilfunktechnik (UMTS etc.) auf die Empfangsgeräte der Kunden gestreamt. Die Kunden können einzelne Programmpakete abonnieren.

⁴²⁷ Im Radio wird weiter analog gesendet; weiterhin wird aber der Versuch unternommen, im DAB/DAB+-Standard auch die Radioübertragung zu digitalisieren; vgl. V. Janik, in: Schwartzmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 3

⁴²⁸ Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2012 - Daten und Fakten Chartreport, 26.

⁴²⁹ V. Janik, in: Schwartzmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 17.

⁴³⁰ Labs, Heise Online v. 30.10.2008, <http://heise.de/-214499>.

4.2.3 Fernseekabelnetze

Breitbandkabelnetze werden in Deutschland einerseits von den Nachfolgerinnen der Deutschen Bundespost betrieben, den sog. Regionalgesellschaften. Andererseits sind im Markt auch viele kleinere Netzbetreiber aktiv. Gemeinsam bilden die Kabelnetze mit einer Reichweite von etwa 46,3 % der deutschen Haushalte eine der wichtigsten Verbreitungsinfrastrukturen für Rundfunk in Deutschland.⁴³¹

4.2.3.1 Wirtschaftliche Situation

Der Kabelmarkt ist insgesamt unübersichtlich.⁴³² Was ein „Kabelnetzbetreiber“ konkret ist, lässt sich nur schwer abgrenzen: Auch bei den „Kabelnetzbetreibern“ bestehen Teile der vermeintlichen Kabelnetze gar nicht aus Kabeln, sondern aus terrestrischen Richtfunkstrecken oder Empfangseinrichtungen für Satellitensignale. Auch sind die Grenzen zwischen den Kabelnetzen und Gemeinschaftsantennenanlagen fließend.⁴³³ Gerade kleine Kabelnetze lassen sich auch als „Verlängerung“ einer gemeinschaftlich genutzten Satelliten- oder Hausantenne verstehen.⁴³⁴

Neben den Betreibern weiträumiger, überregionaler Kabelnetze (sog. Regionalgesellschaften) gibt es in Deutschland eine sehr große Zahl von Netzbetreibern, die regionale oder lokale Netze betreiben.⁴³⁵ Die Zahlenangaben zu dieser Gruppe variieren, was unter anderem auch damit zu tun hat, dass teils die Gemeinschaftsantennenanlagen mitgezählt werden (s.o.). Teils wird die Zahl der Kabelnetzbetreiber mit mehreren Tausend angegeben.⁴³⁶ Wirklich wettbewerbsrelevant sind wahrscheinlich aber nur etwa 350 Unternehmen. Die sog. Regionalgesellschaften versorgen insgesamt ca. 17 Millionen Wohneinheiten, die kleineren Netzbetreiber⁴³⁷ (teils über den Regionalgesellschaften nachgelagerte Netzebenen) ca. 12 Millionen.

⁴³¹ Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 34, 38.

⁴³² Übersicht bei Stamm, Aktuelle Entwicklungen und Strategien der Kabelbranche, 2.

⁴³³ KG Berlin ZUM 2010, 342; Charissé K&R 2002, 164, 168 ff.; Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 43; Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 20b Rn. 15; v. Frentz/Masch, ZUM 2010, 519, 521.

⁴³⁴ Kempf, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 157.

⁴³⁵ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 7.

⁴³⁶ Kempf, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 157.

⁴³⁷ Hier definiert als Kabelnetze mit mehr als 75 angeschlossenen Wohneinheiten.

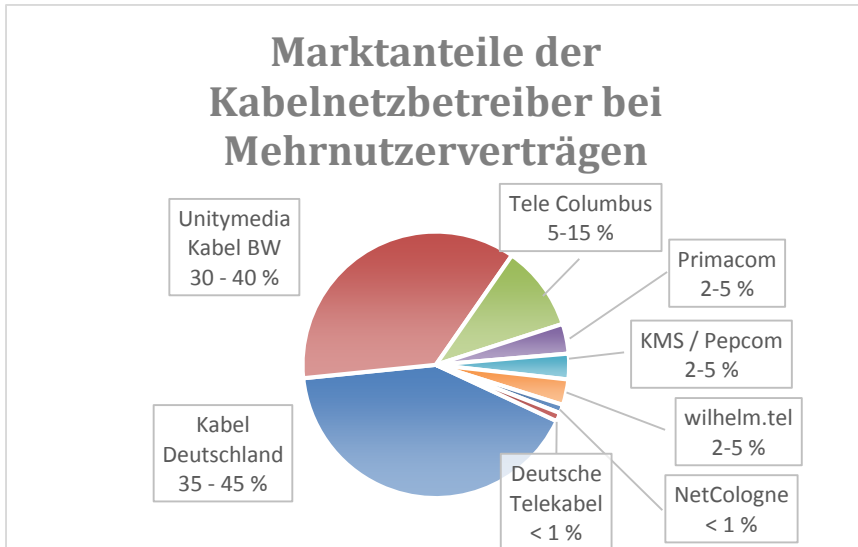


Abbildung 12: Marktanteile bei Mehrnutzerverträgen⁴³⁸

Bei den großen Regionalgesellschaften hat sich nach verschiedenen Fusionen eine Situation ergeben, in der wenige Anbieter fast den gesamten Markt kontrollieren. Die Regionalgesellschaften sind bisher ausschließlich innerhalb ihrer angestammten Verbreitungsgebiete, den sog. „Footprints“ aktiv.⁴³⁹ Dies sind aktuell:

- Unitymedia Kabel BW in Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg,⁴⁴⁰
- Kabel Deutschland (mittlerweile zusammengeschlossen mit Vodafone) in allen nord- und ostdeutschen Bundesländern sowie Rheinland-Pfalz und dem Saarland.⁴⁴¹

Die Festlegung der Regionalgesellschaften auf ihre „Stammgebiete“ ist nach Auffassung einiger Beobachter nicht zwingend; das OLG Düsseldorf hat eine Freigabeentscheidung des BKartA zur Fusion der Anbieter Unitymedia und

⁴³⁸ Angaben nach BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 82 - *KDG/TeleColumbus*, vgl. auch BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 67 - *Liberty/Kabel BW*; *Stamm*, Aktuelle Entwicklungen und Strategien der Kabelbranche, 2.

⁴³⁹ BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 84 ff. - *KDG/TeleColumbus*;

⁴⁴⁰ BKartA ebd., Rn. 22.

⁴⁴¹ BKartA ebd., Rn. 2.

Kabel BW u.a. aus diesem Grund aufgehoben.⁴⁴² Ob Unitymedia Kabel BW sich damit wieder auftrennen muss, ist derzeit ungewiss.⁴⁴³

Bei den kleineren Kabelnetzbetreibern sind Anbieter ganz unterschiedlicher Größe und mit ganz unterschiedlichen Geschäftsmodellen aktiv.⁴⁴⁴ Zu den wichtigsten Konkurrenten der Regionalgesellschaften gehören die sog. „integrierten Netzbetreiber“; diese bauen in größerem Maßstab eigene Netze auf und treten in den Wettbewerb mit den Regionalgesellschaften. Zu den größeren unter diesen Anbietern gehören z.B. TeleColumbus und Primacom.⁴⁴⁵ Einige dieser Anbieter betrieben zunächst nur NE4-Hauskabelnetze und haben diese nachträglich um eigene Kabelkopfstationen oder sogar ein Backbone-Netz ergänzt. Andere Teilnehmer im Markt sind Stadtwerke, die ihre vorhandenen kommunalen Leitungsnetze ausgebaut haben um darüber auch Kabelanschlussprodukte anzubieten; hier ist u.a. NetCologne einzuordnen. Auch die Deutsche Telekom vermarktet nicht nur IPTV,⁴⁴⁶ sondern auch ein Produkt namens „TV-Grundversorgung“, das sich an Unternehmen der Wohnungswirtschaft richtet.⁴⁴⁷

Die politisch gewollte Einteilung der Kabelnetze in *Netzebenen* prägt den Markt zwar bis heute.⁴⁴⁸ Tatsächlich haben sich diese Grenzen aber größtenteils bereits aufgelöst oder sind in anderen Marktstrukturen aufgegangen.⁴⁴⁹ Anbieter, die sich einer bestimmten Netzebene zuordnen ließen, gibt es kaum noch.

4.2.3.2 Geschäftsmodelle

Haupteinnahmequelle der deutschen Kabelnetzbetreiber sind (noch)⁴⁵⁰ die Basis-TV-Anschlüsse, über die die Netzbetreiber ca. 63 % ihrer Umsätze

⁴⁴² OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.8.2013, Az. VI Kart 1/12 (V), openJur 2013 - 37190.

⁴⁴³ *Rößner*, Telemedicus v. 19.12.2013, <http://tlmd.in/a/2695>.

⁴⁴⁴ Übersicht bei *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 8.

⁴⁴⁵ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 59 - *Liberty/Kabel BW*. Die Deutsche Telekabel-Gruppe und Primacom haben im März 2014 eine Fusion begonnen.

⁴⁴⁶ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 23 - *Liberty/Kabel BW*.

⁴⁴⁷ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 59 - *Liberty/Kabel BW*; skeptisch aber BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 125 - *KDG/TeleColumbus*.

⁴⁴⁸ v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 12 f.

⁴⁴⁹ *Kempf*, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 186; *Beck*, Medienökonomie, 175; *Beckert et al.*, Zukunft des Kabelfernsehnetzes, 19 ff.

⁴⁵⁰ Die Einnahmen aus der Pay-TV-Vermarktung steigen schnell an, vgl. *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 11.

erwirtschaften.⁴⁵¹ Etwa 5 % der Umsätze stammen aus Zahlungen der Kunden für Pay-TV-Angebote, weitere 21 % aus der Vermarktung von Internetzugängen und Telefonie.⁴⁵² Die Anteile der Einnahmen aus Einspeiseentgelten sind unterschiedlich; die Regionalgesellschaften erzielen hier etwa 6 % ihrer Umsätze, kleine Kabelnetzbetreiber deutlich weniger.⁴⁵³

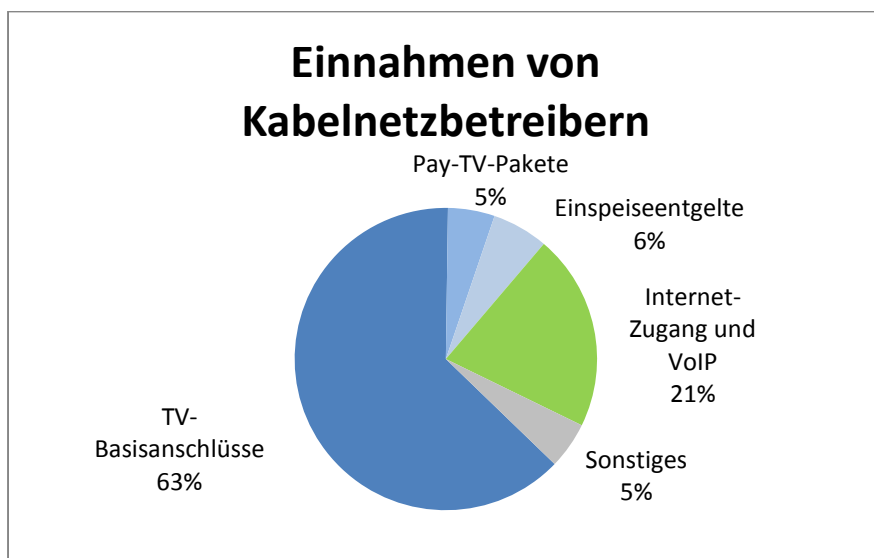


Abbildung 13: Einnahmenstruktur einer Regionalgesellschaft⁴⁵⁴

Soweit Kabelnetzbetreiber Rundfunk verbreiten, erzielen sie ihre Erträge einerseits aus Zahlungen von Programmveranstaltern, andererseits aus Zahlungen von den *Abnehmern* der Programme.⁴⁵⁵ Beide Marktseiten werden im Folgenden dargestellt.

⁴⁵¹ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 15; Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 56.

⁴⁵² v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 16; Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 56 f.

⁴⁵³ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 17; Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 56 f.

⁴⁵⁴ Zahlenangaben nach Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 56 ff.

⁴⁵⁵ Ricke, IPTV und Mobile TV, 107 ff.

4.2.3.2.1 Austausch zwischen Kabelnetzbetreibern und Programmveranstaltern

Grundsätzlich haben Programmveranstalter Bedarf an einer Leistung, die darin besteht, ihre Programme bei den Endkunden *empfangbar* zu machen.⁴⁵⁶ Umgekehrt haben aber auch die Kabelnetzbetreiber regelmäßig ein eigenes Interesse daran, die betreffenden Programme einspeisen zu können. Denn beliebte und hochwertige Fernsehprogramme steigern die Attraktivität der Kabelanschlussprodukte und Programmpakete bei den Endkunden.⁴⁵⁷ Das heißt, beide Seiten profitieren von dem Vorteil, den die jeweils andere Seite anzubieten hat.

Den Austausch dieser Vorteile regeln einige Marktteilnehmer vertraglich, andere verzichten auf vertragliche Abreden. In einem solchen Fall *übernehmen* die Netzbetreiber einfach die Signale aus einer allgemeinzugänglichen Quelle (meist dem Satellitensignal) und senden sie ohne gesonderte Absprache in ihren Netzen weiter.⁴⁵⁸

Ob Verträge geschlossen werden, welcher Art die betreffenden Verträge sind und ob eine der beiden Seiten eine Vergütung in Geld leistet, richtet sich nach der Interessenkonstellation im jeweiligen Einzelfall. Typologisch lassen sich die folgenden beiden rechtlichen Konstruktionen unterscheiden:

- In *Einspeiseverträgen* regeln die Netzbetreiber und die Fernsehsender primär die *Pflicht* des Kabelnetzbetreibers, das Programm über das Netz zu verbreiten und dem Fernsehsender dadurch Reichweite zu verschaffen.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 46 ff. Historischer Ausgangspunkt der Einspeiseentgelte war freilich nicht der Transport zu den Endverbrauchern, sondern der Transport auf den vorgelagerten Netzebenen bis zu den Übergabepunkten zur NE 4; vgl. Wrona CR 2005, 789, 789 f.

⁴⁵⁷ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 66.

⁴⁵⁸ Verträge sind also weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen notwendig (so auch OLG München MMR 2014, 201, 202). Zwar muss jede Form der Kabelweitersendung zuvor urheberrechtlich lizenziert worden sein. Dazu reichen aber in vielen Konstellationen Verträge mit Verwertungsgesellschaften – Verträge mit den Programmveranstaltern sind dann nicht notwendig. Siehe zum Urheberrecht ab S. 323.

⁴⁵⁹ V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 33 ff.; Castendyk, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 75, Rn. 330 ff.; Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 39 f.

- In *Lizenzverträgen* erwerben Kabelnetzbetreiber das *Recht* zur (Kabel-)Weitersendung der Programme.⁴⁶⁰

In einigen Fällen werden diese beiden Bestandteile des Leistungsgefüges vertraglich getrennt, in anderen Fällen werden sie auch vertraglich als *gemeinsamer* synallagmatischer Leistungsaustausch behandelt.⁴⁶¹ In unterschiedlichen Klauseln *desselben* Vertrags wird dann der Signaltransport (Leistung des Plattformbetreibers) einerseits und die Programmüberlassung (Leistung des Rundfunkveranstalters) andererseits geregelt.

Nur die großen Regionalgesellschaften) erzielen mittels der von ihnen abgeschlossenen „Einspeiseverträge“ signifikante Einnahmen.⁴⁶² Schließt ein Programmveranstalter einen solchen Vertrag ab, zahlt er an den Kabelnetzbetreiber Einspeiseentgelte etwa in der Größenordnung von 0,22 bis 0,27 Euro (analoge Kanäle) oder 0,04 bis 0,06 Euro (digitale Kanäle) pro Haushalt pro Jahr.⁴⁶³ Kleinere Kabelnetzbetreiber können solche Einspeiseverträge am Markt nur in Ausnahmefällen durchsetzen und erzielen nur in sehr geringem Umfang Einspeiseentgelte.⁴⁶⁴ Die meisten Programmveranstalter zahlen diese Entgelte nicht, weil sie (wie die Praxis zeigt, zu Recht) darauf vertrauen, dass diese Kabelnetzbetreiber die Programme vorwiegend aus Eigeninteresse einspeisen und deshalb keine zusätzlichen Anreize brauchen.⁴⁶⁵ Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verweigern die Zahlung der Entgelte seit 2013 auch Regionalgesellschaften, was zu einigen Streitigkeiten geführt hat.⁴⁶⁶

Die gegenüberliegende Seite des Austauschverhältnisses wird in *Lizenzverträgen* geregelt. Diese betreffen das *Recht* der Kabelnetzbetreiber, die Programme in ihre Netze einzuspeisen und an die eigenen Kunden zu vermarkten und die *Pflicht* der Programmveranstalter, ihr Programm hierfür zur Verfügung zu stellen. In *urheberrechtlicher* Hinsicht brauchen die Kabelnetzbetreiber hierzu eine Lizenz zur Kabelweitersendung, einem

⁴⁶⁰ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 26.

⁴⁶¹ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 35; BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 – 22/07, 14 ff. – *Verschlüsselung von Free-TV-Programmen*.

⁴⁶² Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 3 f.

⁴⁶³ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 35.

⁴⁶⁴ Spindler MMR-Beil. Heft 2/2003, 7.

⁴⁶⁵ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 67 ff., sprechen von „Erpressbarkeit“ der Kabelnetzbetreiber

⁴⁶⁶ Zusammenfassend Woldt MP 2013, 339, 345 ff.

Unterfall des Senderechts nach § 20 UrhG.⁴⁶⁷ Diese Lizenzen werden in der Praxis teils von der GEMA⁴⁶⁸ als Teil der „Münchener Gruppe“⁴⁶⁹ (für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und einige weitere Programmveranstalter), teils von der VG Media (für die ProSieben/Sat.1-Gruppe und einige weitere Sender)⁴⁷⁰ und teils von den Veranstaltern selbst vergeben (dies betrifft v.a. die RTL-Gruppe). In vielen Fällen treten zu den urheberrechtlichen Abreden noch weitere *Programmnutzungsverträge* hinzu, die z.B. Vermarktungsmodalitäten regeln.⁴⁷¹

Die urheberrechtlichen Lizenzverträge werden meist in Form von Rahmenverträgen geschlossen: Hier stehen auf der einen Seite die Programmveranstalter bzw. Verwertungsgesellschaften, auf der anderen Seite die diversen Branchenverbände der Kabelnetzbetreiber.⁴⁷² Die einzelnen Kabelnetzbetreiber erklären dann per Einzelvertrag ihren Beitritt zum ausgehandelten Gesamtvertrag.⁴⁷³ Die Höhe der *urheberrechtlichen Lizenzgebühren* bewegt sich üblicherweise zwischen 3 und 5 % der Umsätze, die der Kabelnetzbetreiber mit dem jeweiligen Programm erzielt.⁴⁷⁴ Kleinere Netzbetreiber, die keine Einspeiseentgelte zahlen, erhalten teils günstigere Konditionen (nur etwa 3,5 % Umsatzanteil als Lizenzgebühr). Dies entspricht Beträgen von etwa 0,65 Cent pro angeschlossenem Haushalt pro Jahr.⁴⁷⁵ Für die gesamte Branche der Kabelnetzbetreiber beträgt die Höhe der Lizenzgebühren etwa 80 Millionen Euro jährlich.⁴⁷⁶

Wollen die Programmveranstalter neben dem Kabelweisersenderecht noch zusätzliche „Programmnutzungsrechte“ einräumen, bedarf dies einer zusätzlichen Regelung. Zu solchen Verträgen kommt es meist, wenn der Kabelnetzbetreiber das Rundfunkprogramm als Teil von Pay-Paketen

⁴⁶⁷ Siehe dazu ab S. 323.

⁴⁶⁸ Die GEMA führt das Inkassomandat für 7 andere Verwertungsgesellschaften, vgl. *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 3; v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 37.

⁴⁶⁹ *Neurauter* GRUR 2011, 691, 692.

⁴⁷⁰ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 17 - *Liberty/Kabel BW*.

⁴⁷¹ BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 - 22/07, 14 ff. - *Verschlüsselung von Free-TV-Programmen*.

⁴⁷² *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 68 f.

⁴⁷³ *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 3.

⁴⁷⁴ *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 26.

⁴⁷⁵ v. *Frentz/Masch* ZUM 2010, 519, 520.

⁴⁷⁶ v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 37.

vermarkten will.⁴⁷⁷ Auch bei Free-TV-Programmen kommen solche Zusatzabreden vor.⁴⁷⁸

Ob im Endeffekt Programmveranstalter an Kabelnetzbetreiber zahlen oder umgekehrt, ist eine Frage des Einzelfalls. Hier spielt einerseits eine Rolle, dass je nach Konstellation die Vorteile der einen oder der anderen Seite überwiegen. Relevanter Faktor der Preisbildung ist aber auch das „Drohpotential“, das die jeweiligen Anbieter ausüben können.⁴⁷⁹ Kabelnetzbetreiber, die den Zugang zu sehr vielen Rezipienten kontrollieren, sind für Programmveranstalter unverzichtbar;⁴⁸⁰ große Kabelnetzbetreiber sind deshalb in der Lage, ihre Entgeltforderungen gegenüber kleinen Programmveranstaltern weitgehend freihändig festzusetzen.⁴⁸¹ Umgekehrt sind aber auch einige Programme für Kabelnetzbetreiber unverzichtbar, so dass deren Veranstalter eine starke Verhandlungsposition haben.⁴⁸² Kleineren Kabelnetzbetreibern und Programmveranstaltern fehlt dieses „Drohpotential“, was sich in der Preisbildung spiegelt.

Die unterschiedliche Behandlung von kleinen und großen Kabelnetzbetreibern bzw. beliebten und unbeliebten Fernsehprogrammen wird häufig als „ungerecht“ bezeichnet.⁴⁸³ In diesem Bereich kommt es deshalb auch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.⁴⁸⁴ Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass die Zahlungsströme schlicht den unterschiedlichen Interessen in der wechselseitigen Interessenkonstellation folgen.⁴⁸⁵ Die verschiedenen Marktteilnehmer bzw. die von ihnen angebotenen Leistungen sind zu unterschiedlich, um hierfür einheitliche Preise auszuhandeln.

⁴⁷⁷ Siehe dazu ab S. 76.

⁴⁷⁸ BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 – 22/07, 32 ff. - *Verschlüsselung von Free-TV-Programmen*. Ob es notwendig bzw. überhaupt zulässig ist, neben den Kabelweitersenderechten zusätzliche Lizenzen einzuräumen, ist allerdings fraglich.

⁴⁷⁹ BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 212 - *KDG/TeleColumbus; Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 67 ff.

⁴⁸⁰ *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 28 weist zutreffend darauf hin, dass die betreffenden Netzbetreiber auch große Werbedudgets vergeben, was ihre Machtposition noch vergrößert.

⁴⁸¹ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 16.

⁴⁸² *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 67 ff.

⁴⁸³ *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 67 ff.

⁴⁸⁴ KG Berlin ZUM 2010, 342, OLG Hamburg ZUM 1996, 85, OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122; OLG Hamburg ZUM 2001, 881.

⁴⁸⁵ Zum ökonomischen Hintergrund der unterschiedlichen Preisgestaltung siehe ab S. 115, ein eigener Vorschlag zur Preisregulierung wird auf S. 373 ff. erörtert. Siehe auch *Ballon et al.*, platform structure of the audiovisual media industry, 10 ff.

Schon bei der Leistung der *Kabelnetzbetreiber* ist zu differenzieren: Es gibt nicht „die“ Kabelnetzbetreiber, denn die Kabelnetzbetreiber erbringen nicht identische (Einspeise-)Leistungen.⁴⁸⁶ Vielmehr können Kabelnetzbetreiber ganz unterschiedliche Netze betreiben, vom überregionalen Backbone-Netz bis zum kleinen Hauskabelnetz. Sie können den Signaltransport entweder ausschließlich analog, ausschließlich digital oder parallel im Simulcast vornehmen. Ebenfalls relevant ist, in welcher Signalqualität die Kabelnetzbetreiber die Signale einspeisen und in welcher Form sie die Programme an die Endkunden vermarkten. Die überwiegende Zahl der Netzbetreiber vermarktet nicht einmal aktiv Einspeiseleistungen an Programmveranstalter, sondern speist deren Signale einfach nur ein.⁴⁸⁷

Aus Sicht der Kabelnetzbetreiber sind für die Preisbildung die folgenden Punkte relevant:

1. Ein Betreiber eines Kabelnetzes kann auf die wichtigen, bei den Rezipienten beliebten und anerkannten *Vollprogramme* nicht verzichten.⁴⁸⁸ Er würde andernfalls einen Großteil seiner zahlenden Kunden verlieren bzw. müsste deutlich seine Preise senken.⁴⁸⁹ Je beliebter ein Programm bei den Endkunden, desto wertvoller ist es auch für den Betreiber des Kabelnetzes.⁴⁹⁰
2. *Kleine, neue* oder für den Rezipienten aus anderen Gründen „uninteressante“ *Sender* stellen für das Angebot des Netzbetreibers keinen großen Mehrwert dar.⁴⁹¹ Die Kabelkunden haben kaum ein Interesse daran, diese Programme zu empfangen. Das gilt insbesondere für Sender mit Geschäftsmodellen wie *Call in-TV* oder *Teleshopping*, begrenzt auch für *Pay-TV*.⁴⁹²

⁴⁸⁶ Spindler MMR-Beil. Heft 2/2003, 9; Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 39 ff.

⁴⁸⁷ Im Markt ist die Deutsche Netzmarketing AG aktiv, die versucht, auch im Auftrag von Kleinstkabelnetzbetreibern Einspeiseleistungen zu vermarkten. Dies wird von den Betreibern unattraktiver Programme (z.B. Teleshopping) angenommen, sonst aber überwiegend abgelehnt.

⁴⁸⁸ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 109.

⁴⁸⁹ Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 37 ff.; Gersdorf MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1, 11; Oliver & Ohlbaum Associates, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 8; Yurukoglu, Bundling and vertical relationships in multichannel television, 3 ff.

⁴⁹⁰ Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 40 ff.; Yurukoglu, Bundling and vertical relationships in multichannel television, 3 ff.

⁴⁹¹ Oliver & Ohlbaum Associates, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 8.

⁴⁹² Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 22.

3. *Sender, die sich von Plattformbetreibern als Pay-TV vermarkten lassen*, bieten den Plattformbetreibern die Möglichkeit, zusätzliche Gewinne zu erzielen. Dies erhöht die Zahlungsbereitschaft der betreffenden Plattformbetreiber.

Auch bei den Programmveranstaltern gibt es große Unterschiede bei den angebotenen Programmen und Vermarktungsvarianten. Dies gilt schon deshalb, weil die Programme für die Kabelnetzbetreiber unterschiedlich wertvoll sind, je nachdem wie beliebt sie bei den Endkunden sind (s.o.). Programmveranstalter können ihr Programm außerdem entweder nur für die Vermarktung im Basisangebot zur Verfügung stellen oder auch zur Vermarktung als Pay-TV. Es kommen auch Zwischenformen vor.⁴⁹³ Damit ergibt sich die folgende Interessenlage auf der Seite der Programmveranstalter:

1. *Herkömmliche, werbefinanzierte Free-TV-Programme* sind darauf angewiesen, für möglichst viele der Rezipienten empfangbar zu sein.⁴⁹⁴ Es lohnt sich für diese Programmveranstalter, eine möglichst große technische Reichweite anzustreben.⁴⁹⁵ Gleichzeitig wissen diese Programmveranstalter aber auch, dass ihre Programme für Kabelnetzbetreiber sehr wertvoll sein können und beziehen diese „Verhandlungsmacht“ bei den Vertragsverhandlungen ein.
2. *Ausländische werbefinanzierte Programme* erzielen aus Werbekontakten in Deutschland keine zusätzlichen Erlöse, weil die ausländischen Werbetreibenden im Regelfall kein Interesse an Werbekontakten in Deutschland haben. Die ausländischen Free-TV-Programme haben daher ohne weiteres keinen Anreiz, in Deutschland empfangbar zu sein. Solche Anbieter sind aber offen für eine Pay-TV-Vermarktung ihrer Programme in Deutschland, wenn sie so Einnahmen erzielen können.⁴⁹⁶ Dies erfolgt häufig in Form von sog. Sprachpaketen, d.h. Programmpaketen, die sich an eine in Deutschland lebende Immigrantengruppe richten.⁴⁹⁷

⁴⁹³ Zur Vermarktung als „most basic digital tier“ siehe BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 – 22/07, 14 ff. - Verschlüsselung von Free-TV-Programmen.

⁴⁹⁴ BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 61.

⁴⁹⁵ Zur Kostenstruktur bei der TV-Veranstaltung siehe ab S. 78.

⁴⁹⁶ Dies gilt insbesondere, weil sich die Fremdsprachenpakete gut verkaufen, da sie für Immigranten häufig der einzige Weg sind, Fernsehen in ihrer Heimatsprache zu empfangen.

⁴⁹⁷ Besondere Funktion dieser Sprachpakete ist es, die Mieter ausländischer Herkunft von der Installation von Satellitenschüsseln abzuhalten: Sind die Programme (wenn auch kostenpflichtig) über die Kabelnetze verfügbar, darf ein Vermieter dies untersagen.

3. Ähnlich ist es bei werbefinanzierten Programmveranstaltern, die parallel sowohl *SD-* als auch *HD-Signale* anbieten. Denn werbefinanzierte Free-TV-Sender haben mit dem SD-Signal bereits die volle Reichweite für ihre Werbespots: Die zusätzliche Empfangbarkeit ihres HD-Signals bringt keine zusätzlichen Werbekontakte. Diese Sender haben also wenig Interesse daran, für die zusätzliche Verbreitung des HD-Signals Einspeiseentgelte zu zahlen.⁴⁹⁸ Die Pay-Vermarktung dieser Signale ist daher ein gern genommenes alternatives Geschäftsmodell.
4. *Öffentlich-rechtliche Programmveranstalter* folgen bei der Auswahl der Verbreitungswege nicht ausschließlich dem Ziel der Reichweitenmaximierung, sondern ihrem inhaltlich etwas komplexer ausgestalteten Verbreitungsauftrag.⁴⁹⁹ Sie sind außerdem beitragsfinanziert, so dass sie im Fall eines Verlustes technischer Reichweite nicht unmittelbar mit Einnahmeausfällen rechnen müssen. Dies vergrößert ihre Verhandlungsmacht gegenüber Plattformbetreibern.⁵⁰⁰
5. *Pay-TV-Programmplattformen* wie Sky Deutschland, die Vermarktung und Kundenkontakte selbst übernehmen, stellen für die Endkundenprodukte von Kabelnetzbetreibern kaum einen Mehrwert dar.⁵⁰¹ Ganz im Gegenteil konkurrieren sie mit den netzbetreibereigenen Pay TV-Angeboten und belegen Kapazität. Ohne die zusätzliche Zahlung von Einspeiseentgelten haben Kabelnetzbetreiber deshalb wenig Anlass, die fremden verschlüsselten Programmsignale einzuspeisen.

Im Ergebnis zeigt sich also ein Bild von heterogenen Interessenkonstellationen. Je nachdem welcher Programmveranstalter auf welchen Kabelnetzbetreiber trifft und welches Geschäftsmodell beide jeweils verfolgen, überwiegen mal die Vorteile der einen, mal die der anderen Seite.⁵⁰²

⁴⁹⁸ Dies gilt freilich nur, solange SD- und HD-Signale parallel verbreitet werden und die SD-Signale als Free-TV zugänglich sind. Im Fall eines „SD-Switchoffs“ kann diese Situation sich noch einmal ändern.

⁴⁹⁹ Ausführlich dazu ab S. 426.

⁵⁰⁰ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 35; *Gersdorf* K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 9.

⁵⁰¹ OLG Hamburg ZUM 1996, 85, 134.

⁵⁰² KG Berlin ZUM 2010, 342, 345; v. *Frentz/Masch* ZUM 2010, 519, 521; *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 7 ff.

Der Markt ist allerdings durch die starke Regulierung, große Intransparenz und insbesondere die enorme Marktmacht einiger Marktteilnehmer stark verzerrt.

4.2.3.2.2 Gestattungs- und Signallieferungsmarkt

Die zweite Marktseite ist bezogen auf die Umsätze der Kabelnetzbetreiber wesentlich relevanter. Auf dieser Marktseite sind Kabelnetzbetreiber *Anbieter von Kabelprodukten*. Dies sind einerseits die sog. „Kabelanschlüsse“, über die die herkömmlichen Free TV-Fernsehprogramme empfangbar sind, andererseits aber auch eine Vielzahl von Zusatzprodukten, insbesondere zusätzliche (Pay-)Programmpakete.⁵⁰³ Einige überregionale Kabelnetzbetreiber bieten außerdem die Signallieferung an kleinere Kabelnetzbetreiber als Dienstleistung an.

Abnehmer der Kabelprodukte sind einerseits die sog. *Einzelnutzer*, d.h. natürliche Personen, die die Programme unmittelbar vom Kabelnetzbetreiber beziehen. Andererseits schließen die Kabelunternehmen auch sog. *Mehrnutzerverträge* ab. Abnehmer der Kabelprodukte sind in diesem Fall Hauseigentümer (meist große Wohnungsbaugenossenschaften) und andere Kabelnetzbetreiber.

Kooperiert ein Netzbetreiber mit einem *Hauseigentümer*, schließt er mit diesem eine „Versorgungsvereinbarung“ bzw. einen „Gestattungsvertrag“. Der Kabelnetzbetreiber übernimmt dann den Betrieb des Hauskabelnetzes bzw. baut das Netz sogar erst ein.⁵⁰⁴ Damit sich diese hohen Anfangsinvestitionen amortisieren, sind Versorgungsverträge auf die Dauer von bis zu 15 Jahren angelegt.⁵⁰⁵ Viele Beobachter sehen diese lange Vertragsdauer als starkes Wettbewerbshemmnis.⁵⁰⁶ Der Hauseigentümer erreicht durch die Versorgungsvereinbarung, dass die Hausbewohner die Fernsehprogramme empfangen können.⁵⁰⁷ Vermietet er die Wohnungen,

⁵⁰³ Jenseits des TV-Geschäfts vermarkten Kabelnetzbetreiber auch mit wachsendem Erfolg Telefonie- und Internetzugangprodukte. Diese sind hier nicht weiter relevant und werden deshalb nicht weiter angesprochen.

⁵⁰⁴ Kempf, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 157; BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 36 ff. - *Liberty/Kabel BW*; BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 47 - *KDG/TeleColumbus*;

⁵⁰⁵ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 41 - *Liberty/Kabel BW*; BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 55 - *KDG/TeleColumbus*.

⁵⁰⁶ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 23 - *Liberty/Kabel BW*.

⁵⁰⁷ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 23 - *Liberty/Kabel BW*; BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 49 - *KDG/TeleColumbus*.

kann er die ihm entstehenden Kosten als Mietnebenkosten auf die Mieter abwälzen (§ 2 Nr. 15 BetrKV).

Mehrnutzerverträge bestehen auch mit großen wohnungswirtschaftlichen Unternehmen. Solche Gestattungsverträge werden mit Volumina von bis zu 30.000 Wohneinheiten ausgehandelt. Weil Großunternehmen der Wohnungswirtschaft mit mehr Verhandlungsmacht auftreten, sind hier für die Netzbetreiber die Erlöse pro Haushalt deutlich geringer. Teils können die Preise bis zu 80 % niedriger sein als im Einzelkundensegment.⁵⁰⁸ Das Bundeskartellamt differenziert daher im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung zwischen einem Markt für Einzelnutzerverträge und einem für Mehrnutzerverträge, da diese Märkte nicht in allen Aspekten vergleichbar seien.⁵⁰⁹

In vielen Fällen sind an der Versorgung von Wohneinheiten mehrere Kabelnetzbetreiber gemeinsam beteiligt. In Deutschland sind die Hauskabelnetze (sog. NE 4) oft in der Hand kleinerer Netzbetreiber; diese haben die „Versorgung“ der jeweiligen Wohneinheiten selbst übernommen und wollen ihre Einnahmen nicht mit anderen Kabelnetzbetreibern teilen.⁵¹⁰ Häufig haben die Betreiber der Hauskabelnetze aber keine eigene Kabelkopfstation aufgebaut, so dass sie von den größeren, überregionalen (NE 2/3)-Netzbetreibern die „Signallieferung“ als Produkt einkaufen müssen.

⁵⁰⁸ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 39 - *Liberty/Kabel BW*.

⁵⁰⁹ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 39 - *Liberty/Kabel BW*; BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 40 ff. - *KDG/TeleColumbus*; a.A. aber OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.8.2013, Az. VI Kart 1/12 (V), openJur 2013 - 37190, Rn. 72 ff.

⁵¹⁰ *Kempf*, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 181 ff.

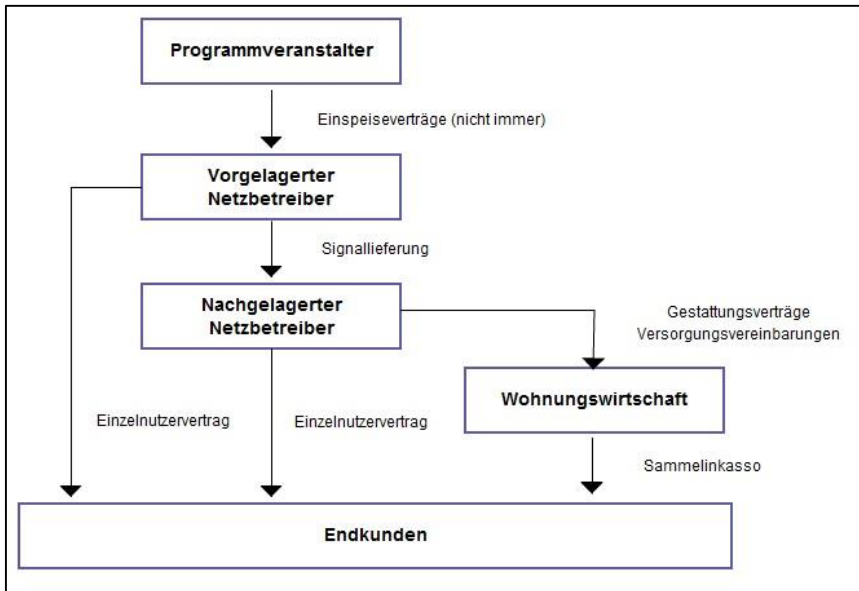


Abbildung 14: Vertragskonstellationen bei Kabelnetzbetreibern⁵¹¹

Für die Netzbetreiber ist der direkte Kontakt zum Kunden wirtschaftlich bedeutsam, da nur so die Vermarktung weiterer Produkte („Upselling“) möglich ist. Falls vorgelagerte Netzbetreiber das Hauskabelnetz nicht selbst kontrollieren, brauchen sie für den Endkundenkontakt aus rechtlichen⁵¹² und tatsächlichen⁵¹³ Gründen die Genehmigung des nachgelagerten Netzbetreibers. Der Markt für solche Genehmigungen ist dem Markt für Einzelnutzerverträge daher teilweise vorgelagert.⁵¹⁴

Die Kontrolle über den Endkundenzugang ist nicht nur für die großen Kabelnetzbetreiber wertvoll. Auch viele der kleineren Kabelnetzbetreiber bemühen sich, von den Betreibern der Zulieferkabelnetze unabhängig zu werden und die Programme auf anderem Weg zu beziehen.⁵¹⁵ Sie können

⁵¹¹ Nachempfunden *Kempf*, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten, 158, mit eigenen Änderungen.

⁵¹² Die Durchleitung eines Programmsignals durch ein fremdes Kabelnetz stellt zwar keine Eigentumsverletzung dar, das Netz darf jedoch ohne Zustimmung des Betreibers nicht für eigene Endkundenbeziehungen genutzt werden. Vgl. BGH NJW 1996, 2656 – *Pay-TV-Durchleitung*; BGH NJW 2003, 3762; *Wielsch*, Zugangsregeln, 138 ff.

⁵¹³ Hauskabelnetzbetreiber können das fremde Kabelnetz einfach physisch abtrennen oder am Übergabepunkt einen Filter einbauen, der bestimmte Inhalte blockiert.

⁵¹⁴ BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 44 - *Liberty/Kabel BW*.

⁵¹⁵ *Beckert et al.*, Zukunft des Kabelfernsehnetzes, 19 ff.

dann eigene Triple Play- oder Pay-TV-Angebote an die Endkunden vermarkten und so die Wertschöpfung im eigenen Unternehmen halten. Um dies zu ermöglichen, greifen sie auf Dienstleister zurück, die Programmpakete und Endkundenmanagement als sog. „White Label“-Vorprodukte anbieten. Der wichtigste Anbieter im Markt ist der sog. „Kabelkiosk“.

4.2.4 Fernsehsatelliten

Beim Satellitenfernsehen ist SES Astra der dominierende Anbieter. Ebenfalls aktiv ist Eutelsat, allerdings vor allem im B2B-Bereich.

4.2.4.1 Allgemeine Situation

Die Betreiber von Satellitennetzen übertragen nicht nur Fernsehen, sondern auch andere Inhaltstypen, z.B. Satellitentelefonie oder andere Telekommunikationsdienste. Das Fernsehen ist mit etwa 70 % Anteil aber das Kerngeschäft.⁵¹⁶

Die Anbieter von Satellitennetzen stellen ihre Satelliten auf bestimmte Orbitpositionen, an denen ihnen durch hoheitliche Zuweisung eine Exklusivposition zur Verfügung steht.⁵¹⁷ Diese Orbitposition steht geostationär über dem Äquator auf einem bestimmten Längengrad.⁵¹⁸ Die wichtigsten Positionen sind 19,2° Ost für die Astra-Satelliten und 13,0° Ost für die Hotbird-Satelliten der Eutelsat-Gruppe. Auf einer Orbitposition werden jeweils ganze Satellitengruppen platziert, da jeder Satellit nur etwa 14 bis 21 Transponder betreiben kann.⁵¹⁹ Um noch mehr Fernsehprogramme transportieren zu können, stellen die Satellitenbetreiber ihre Satelliten nebeneinander, so dass die abgestrahlten Programme über dieselbe Satellitenschüssel empfangen werden können. Wichtig ist dabei das jeweils zur Verfügung stehende Frequenzspektrum für diese Orbitalposition, da dies die maximale Ausbaubarkeit der jeweiligen Position markiert.⁵²⁰ Auf einer

⁵¹⁶ Steiner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 37, 37.

⁵¹⁷ Diese werden durch internationale Organisationen zugewiesen, in Europa durch die ITU und die CEPT, vgl. Wagner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 45; die konkrete Umsetzung in Deutschland erfolgt durch die Bundesnetzagentur, vgl. Kurth, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 56, 58.

⁵¹⁸ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 30 ff.

⁵¹⁹ Freyer/Jaske, Kabel und Satellit, 31.

⁵²⁰ Steiner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 37, 37.

voll ausgelasteten Orbitposition können über 800 Fernsehsender verbreitet werden.⁵²¹

Satellitenfernsehen wird nicht nur zum unmittelbaren Empfang durch die Endkunden verwendet (sog. Direct to Home, DTH). Auch viele Kabelnetzbetreiber verwenden Signale der Fernsehsatelliten, um sie an ihren Kabelkopfstationen zu empfangen und in ihre Kabelnetze einzuspeisen.⁵²² Auf diese Weise sparen sie die Kosten für die eigene Heranführung des Programmsignals.

4.2.4.2 Geschäftsmodelle

Der Satellitenrundfunk ist im Ausgangspunkt ein Medium, das „Free to Air“ ausgestrahlt wird. Der Satellitenbetreiber kann ohne Verschlüsselung und Conditional Access-System nicht kontrollieren, wer seine Programme empfängt. Dies führt dazu, dass die Betreiber von Satellitennetzen in Deutschland größtenteils nur im Auftrag der Programmveranstalter senden und keinen Endkundenkontakt haben. Im Ausland gibt es aber Satellitenanbieter, die die fremden Programme verschlüsselt ausstrahlen und im eigenen Namen an Endkunden vermarkten, z.B. BSkyB in Großbritannien.⁵²³

4.2.4.2.1 Vermietung von Transpondern

Die Haupteinnahmen erzielen die Betreiber von Fernsehsatelliten durch die Vermietung ihrer Transponder.⁵²⁴ Die Verträge werden dabei als rein technische Dienstleistungsverträge abgeschlossen: Der Programmveranstalter strahlt ein Signal zur betreffenden Orbitposition ab und der Satellitenanbieter verpflichtet sich, dieses Signal unverändert zur Erde zurückzuspiegeln.

4.2.4.2.2 Zusatzangebote als Abonnements

Satellitenbetreiber versuchen, neben den Transpondermieten eine weitere Einnahmequelle zu erschließen: Ähnlich wie Kabelnetzbetreiber wollen sie an Zahlungen der *Abnehmer* von Rundfunkprogrammen gelangen. Sollte dies, vergleichbar den Kabelnetzbetreibern, auch die Free-TV-Programme

⁵²¹ Steiner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 37, 37.

⁵²² V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 26.

⁵²³ Oliver & Ohlbaum Associates, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 6.

⁵²⁴ Zum technischen Hintergrund siehe ab S. 53.

betreffen, wäre eine „Grundverschlüsselung“ des gesamten Satellitensignals notwendig – dies wäre aber in einem wettbewerbsgetriebenen Markt kaum durchsetzbar und entsprechende Initiativen sind (nachdem das BKartA gegen diverse Kartellabsprachen vorgegangen ist) auch unterblieben.⁵²⁵

SES Astra betreibt aber unter dem Namen HD+ eine eigene Rundfunkplattform, die einen Teil des Programmangebots abdeckt, dabei jedoch nur ergänzende Funktion hat. Dieses Angebot ist organisatorisch in eine deutsche Tochtergesellschaft ausgegliedert.⁵²⁶ HD+ enthält die HD-Varianten fast aller privaten Fernsehsender. Das Abonnement kann kostenpflichtig erworben werden und kostet etwa 50 Euro pro Jahr.

Das Angebot „Kabelkiosk“, das sich als Vorleistungsprodukt an kleinere Kabelnetzbetreiber richtet, hatte ursprünglich der Satellitenbetreiber Eutelsat aufgebaut; im Sommer 2014 gab er aber bekannt, es an das Unternehmen „M7“ zu verkaufen. Kabelkiosk bietet den Kabelnetzbetreibern ein „Full Service“-Vorprodukt, das die Zulieferung von Programmen ebenso umfasst wie die Unterstützung bei der Vermarktung von Zusatzpaketen.⁵²⁷

4.2.5 IPTV

IPTV ist das jüngste der gängigen Rundfunkverbreitungsverfahren. Seit etwa 2006 vermarkten Internet-Zugangs-Provider IPTV als Teil ihrer Triple Play-Produkte – man kann auch von „Providerfernsehen“ sprechen.⁵²⁸ Mittlerweile ist IPTV dabei, sich neben Kabel, Satellit und Terrestrik als vierter Verbreitungsweg des „klassischen“ Fernsehens zu etablieren. Im Jahr 2013 nutzten in Deutschland 4,9 % aller Haushalte IPTV.⁵²⁹ Die Marktanteile wachsen langsam, aber stetig.⁵³⁰

Anbieter sind im deutschen Markt vor allem die Deutsche Telekom und Vodafone. Als Vertriebskanal nutzen diese Anbieter ihr IP-fähiges Verbreitungsnetz. Auf der „letzten Meile“ laufen die Signale in vielen Fällen

⁵²⁵ BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 – 22/07 - Verschlüsselung von Free-TV-Programmen.

⁵²⁶ Die Problematik, welches Recht anwendbar ist, stellt sich daher nicht. Vgl. dazu ab S. 265.

⁵²⁷ Übersicht bei KEK, 16. Jahresbericht, 68.

⁵²⁸ Breunig MP 2007, 478, 479 ff.; Ricke, IPTV und Mobile TV, 67.

⁵²⁹ Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 34, 38.

⁵³⁰ Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 34, 38.

über die ehemalige Telefon-Anschlussleitung, die per DSL-Technologie zum Datentransport ausgebaut wurde.⁵³¹

IPTV wird üblicherweise als Teil von sog. „Triple Play“-Angeboten vermarktet. Bei Triple Play erhält der Kunde alle leitungsgebundenen Medien aus einer Hand und über ein Netz: Telefon, Internet-Zugang und IPTV. Da auch die Breitbandkabelnetzbetreiber solche Triple Play-Angebote vermarkten, stehen die Infrastrukturen damit nunmehr in unmittelbarem Wettbewerb.⁵³²

Ein IPTV-Produkt besteht üblicherweise aus einer Auswahl von linearen Programmen und zusätzlichen Produkten, die mittels der Internet-Anbindung realisiert werden.⁵³³ Meist werden die wichtigen öffentlich-rechtlichen und privaten Sender als Basis-Angebot vermarktet. Zusätzlich vermarkten IPTV-Anbieter Fernsehsender der Pay-TV-Kategorie in einzelnen Paketen, z.B. Pakete für Spezialinteressen (Kindersender, Sport oder Erotik) oder in spezieller Technik (HD).⁵³⁴ Daneben gibt es noch gesonderte Angebote für Video on Demand. Gemeinsam mit dem Abonnement vertreiben die IPTV-Anbieter meist auch eine Set Top-Box, die Zusatzfunktionen hat, z.B. als Festplattenrekorder. Triple Play-Angebote werden an Endkunden für Preise zwischen 30 und 60 Euro monatlich angeboten.

4.2.6 Anbieter ohne Netz-Infrastruktur / Plattformen

Bisher wurde die Marktsituation bei den vier klassischen Verbreitungswegen Kabel, Satellit, Terrestrik und IPTV dargestellt. Will man die Marktsituation der Plattformbetreiber vollständig darstellen, kommt noch eine fünfte Kategorie hinzu: Die *verbreitungswegelosen Plattformen*. Gemeint sind damit Anbieter, die zwar Rundfunkprogramme verbreiten, dabei aber *fremde* Netze nutzen. Solche Plattformanbieter werden teils auch als „Programmplattformen“ bezeichnet.⁵³⁵

⁵³¹ Teils wird deshalb auch von „DSL-TV“ gesprochen, vgl. nur *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 3 ff.; *Die Medienanstalten*, Digitalisierungsbericht 2013, 64.

⁵³² Hierzu ausführlich *Geiger*, War of Platforms.

⁵³³ *Flatau* ZUM 2007, 1, 3 ff.

⁵³⁴ Übersicht bei im 16. Jahresbericht der KEK, 65 ff.

⁵³⁵ Zum Begriff der Programmplattform siehe noch ab S. 284.

In die Kategorie der Programmplattformen fallen einerseits Anbieter, die das offene Internet nutzen; der wichtigste Marktteilnehmer in Deutschland ist Zattoo. Andere Programmplattformen verwenden die „klassischen“ Verbreitungswege, hauptsächlich indem sie Kapazitäten dieser Verbreitungswege anmieten und darüber Pay-TV-Programmpakete vermarkten. Der wichtigste Anbieter in dieser Gruppe ist Sky Deutschland.

Betreiber von Programmplattformen, die keine physische Anschlussleitung zum Kunden kontrollieren, aber dennoch Endkundenkontakt wollen, benötigen zwingend ein Conditional Access-System (CAS).⁵³⁶ Im Regelfall setzt dies voraus, dass sie die Programme verschlüsseln und die Zahlungen der Endkunden abrechnen.⁵³⁷

4.3 Ein Markt im Umbruch

Der digitale Wandel hat in den letzten Jahrzehnten im Rundfunkbereich viele tiefgreifende Veränderungen mit sich gebracht. Ein Ende dieser Umwälzungen ist nicht in Sicht – ganz im Gegenteil.

Um zu verstehen, was das Fernsehen der Zukunft ausmacht, lohnt sich ein Blick auf die Vergangenheit:

- Das „klassische“ Fernsehen nutzte eine einheitliche Verbreitungstechnik (z.B. PAL) und setzte sich dementsprechend nur aus audiovisuellen Informationen zusammen, d.h. bewegten Bildern mit begleitender Tonspur.
- Es wurde in Broadcast-Form verbreitet, die verbreiteten Programme waren entsprechend an eine *breite Öffentlichkeit* gerichtet.⁵³⁸
- Diese wurden in Form einer *linearen Abfolge von Inhalten* verbreitet: Das „Programm“ bestimmte der Sender, nicht der Empfänger.
- Die Verbreitung lief nur in eine Richtung, es gab keinen Rückkanal. Folglich waren die Inhalte *nicht interaktiv*.
- Die Rezeptionssituation war deshalb auch vergleichsweise passiv und in entspannter Haltung („lean back“). Insbesondere konzentrierte sie sich auf einen *großen, fest installierten Bildschirm*.

⁵³⁶ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 16 ff.

⁵³⁷ Siehe zu Conditional Access-Systemen auch ab S. 75.

⁵³⁸ Dies ist eine technische Notwendigkeit der Broadcast-Verbreitung, siehe dazu ab S. 44.

Diese Charakteristika beruhen letztlich alle auf technischen oder ökonomischen Zwängen.⁵³⁹ Diese Zwänge fallen nunmehr weg; folglich gilt dies auch für die genannten Eigenschaften des „Fernsehens“.⁵⁴⁰ Damit entstehen, neben dem klassischen „Lean Back“-Fernsehen im Wohnzimmer, neue Rezeptionsformen für audiovisuelle Inhalte.

4.3.1 Fernsehen wird mobil

Fernsehen betrifft nicht mehr nur die „Fernseher“ im Wohnzimmer. Theoretisch kommt zur Nutzung von TV jedes Gerät in Frage, das einen Bildschirm und die entsprechenden Empfangsvorrichtungen hat – insbesondere auch Handys, Tablet-PCs und Laptops. Anders als beim klassischen Fernsehen beziehen diese Geräte die TV-Inhalte meist nicht mehr per Broadcast,⁵⁴¹ sondern nutzen schwerpunktmäßig Unicast-Empfangswege – vor allem das Internet, mit dem sie sich z.B. per UMTS, LTE oder WLAN verbinden.⁵⁴²

Viele Plattformbetreiber haben auf diesen Trend reagiert und begonnen, spezielle Angebote für mobile Endgeräte zu vermarkten. Die Kunden einiger Kabelnetzbetreiber können deshalb ihr „Kabel“-Angebot auch nutzen, wenn sie unterwegs sind („Placeshift TV“).⁵⁴³ Es gibt aber auch Plattformbetreiber, die sich von vornherein auf die mobile Nutzung spezialisiert haben („Mobile TV“).

⁵³⁹ Beispielsweise ist der Broadcast-Verteilungsmodus eine Folge der Frequenzknappheit: Unicast-Verbindungen wären in der Anfangszeit des Fernsehens nicht machbar gewesen.

Zweites Beispiel: Die Wiedergabe von bewegten Bildern erforderte lange eine Kathodenstrahlröhre – und die Geräte waren damit zu groß, um sie in die Tasche zu stecken.

⁵⁴⁰ Longolius, Web-TV - AV-Streaming im Internet, 16 ff.; Amlung/Fisch ZUM 2009, 442. Dies wirft im Übrigen auch hinsichtlich der Definition des Begriffs „Rundfunk“ Fragen auf. Vgl. hierzu nur Gersdorf, Der Rundfunkbegriff; T. Schmidt/Kitz, ZUM 2009, 739.

⁵⁴¹ Zwar wurden noch Broadcast-Standards speziell für mobile Endgeräte entwickelt, vor allem DVB-H und DMB. Die Etablierung dieser Standards ist in Deutschland aber gescheitert.

⁵⁴² Genauer: Sie verbinden sich z.B. per UMTS mit anderen IP-fähigen Netzen, über die dann per Internet-Routing die jeweiligen Inhalte bezogen werden. Zur Funktionsweise von Streaming siehe ab S. 60, zur Funktionsweise des Internets ab S. 55.

⁵⁴³ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 30.

4.3.2 Verbreitungswege mit neuen Eigenschaften

Klassischerweise wurde Rundfunk in Form von *Broadcast* verbreitet, d.h. in Form einer One-to-Many-Aussendung ohne Rückkanal.⁵⁴⁴ Dies war Folge der begrenzten technischen Möglichkeiten, insbesondere der Frequenzknappheit. Mittlerweile sind aber die ehemaligen Fernseekabel- und Telefonnetze zu „Next Generation Networks“ ausgebaut, die alle digitalisierbaren Daten sowohl im Vor- als auch im Rückkanal übertragen können.⁵⁴⁵ Auch im terrestrischen Frequenzspektrum gibt es sowohl den Broadcast (z.B. DVB-T) als auch die Unicast-Übertragung (z.B. UMTS).⁵⁴⁶ Über all diese Kommunikationswege ist daher nicht nur der Bezug des „klassischen“ Rundfunks möglich, sondern auch die Verbindung zum Internet und damit zu einer enormen Menge an audiovisuellen Inhalten.

Die Verbreitung von TV-Programmen über das offene Internet („Web-TV“) nimmt an Bedeutung zu.⁵⁴⁷ Hier sind einerseits spezialisierte Web-Fernsehsender aktiv, die ihr Programm ausschließlich über das offene Internet ausliefern. Andererseits gibt es Streaming-Plattformen wie z.B. Zattoo, die herkömmliche Fernsehprogramme bündeln und über das Internet „weitersenden“. Beides gemeinsam führt zu großer Vielfalt im Markt für Web-TV und dem Entstehen eines „Long Tail“ mit einer Vielzahl von Special Interest-Angeboten.⁵⁴⁸

4.3.3 Hybride Endgeräte

Beim klassischen Fernsehen empfing das stationäre Empfangsgerät, der „Fernseher“, das Programmsignal und gab es unmittelbar auf dem Bildschirm wieder. Heute ist das anders, die Empfangs- und Medientechnik im Wohnzimmer ist vielfältig geworden.⁵⁴⁹ Der ehemalige Fernseher wird „zunehmend zum zentralen Element im Wohnzimmer, der – verbunden mit dem Internet und einem Media-Center oder einer Spielekonsole – Musik, TV, Videos, Fotos, Webseiten und Spiele abspielt, anzeigt, vorführt und

⁵⁴⁴ Siehe ab S. 44.

⁵⁴⁵ Beckert et al., Zukunft des Kabelfernsehnetzes, 35 ff.

⁵⁴⁶ Zu Unicast siehe ab S. 45.

⁵⁴⁷ Auch dieser Begriff ist streng genommen falsch gewählt: Das „Web“ („WWW“) ist nämlich nur eine Sub-Anwendung des Internets, die primär für die Vermittlung von Hypertext ausgelegt ist.

⁵⁴⁸ Dierking/S. Möller, MMR 2007, 426, 428 ff.

⁵⁴⁹ Ricke, IPTV und Mobile TV, 47.

archiviert.“⁵⁵⁰ Er ist dabei in der Lage, Inhalte auf verschiedenen Wegen empfangen zu können, insbesondere auch aus dem Internet. Ist ein Gerät sowohl mit dem Broadcast-Empfangsweg als auch mit dem Internet verbunden, spricht man von *hybriden* Endgeräten bzw. „Smart TV“ und „Connected TV“. Zu den Herstellern von „Smart TV“-Geräten gehören unter anderem Google, Apple, fast alle Anbieter von Fernseh- und Unterhaltungselektronik und auch die Spielkonsolenhersteller.⁵⁵¹

Hybride Endgeräte bieten eine „user experience“, in der es für Nutzer zunehmend beliebig wird, auf welchem Weg sie die jeweiligen Inhalte empfangen. Lineare und nichtlineare Inhalte, Broadcast- und Internetmedien konkurrieren letztlich um denselben Platz auf dem Bildschirm. In dieser Konkurrenzsituation spielt die Konzeption des Endgeräts eine große Rolle, denn je nach Menüführung, Gestaltung der Benutzeroberflächen etc. kann sie die Nachfrage der Nutzer in die eine oder die andere Richtung lenken. Wenn es sich um ein proprietäres Endgerät handelt, kann der Hersteller es sogar mit einem eigenen Vertriebskanal fest verkoppeln und die Nutzer des Endgeräts so dazu zwingen, nur auf bestimmten Wegen einzukaufen. Solche Endgeräte können Eigenschaften entwickeln, die „Plattformen“ im rundfunkrechtlichen Sinn sehr nahe kommen.⁵⁵²

Viele Smart TV-Hersteller versuchen, eigene „Produktwelten“ zu kreieren und setzen dabei auf eigene proprietäre Systeme. Auf der anderen Seite existiert mit HbbTV auch ein offener Standard, der die Vernetzung von herkömmlichem Broadcast-Fernsehen und Internet-Inhalten betrifft. HbbTV soll die unterschiedlichen technischen Lösungsansätze, die Hersteller bisher verfolgt haben, auf einen gemeinsamen Standard festlegen.⁵⁵³ Er geht auf einen Vorschlag der „Initiative hybrides Fernsehen“ zurück und ist als Industriestandard ratifiziert.⁵⁵⁴ Hybrides Fernsehen wird von einer großen Allianz von Inhalteproduzenten und Endgeräteherstellern unterstützt und (zögerlich) auch von den Kunden angenommen.⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ Gomolka/Struck, Best practice im IPTV-Markt, 12.

⁵⁵¹ Gugel, Spielekonsolen als TV-Plattform; Goldhammer/Birkel, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2011, 35, 43 ff.

⁵⁵² Hege, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 11, 13 ff.

⁵⁵³ Brecht et al., White Book Hybrid TV, 9.

⁵⁵⁴ ETSI TS 102 796 v1.2.1.

⁵⁵⁵ Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 34, 41 ff.; Kogler K&R 2011, 621, 621.

4.3.4 Video on Demand als neue Nutzungsform

Aus der Rückkanalfähigkeit der Verbreitungswege ergeben sich auch neue Nutzungsformen.⁵⁵⁶ Kunden sind nicht mehr darauf angewiesen, zu einer bestimmten Zeit den Fernseher einzuschalten, sondern können sich audiovisuelle Inhalte einzeln „bestellen“. Neben die Verbreitung von linearem Fernsehen tritt somit die Verbreitung von nichtlinearem Fernsehen, also „Video on Demand“ (VoD).⁵⁵⁷ VoD kann im Internet auf verschiedenen Wegen bezogen werden: Über Download-Portale, über Catch-Up-Angebote von Fernsehsendern oder über kommerzielle, häufig auch illegale Streamingportale.

Für die Endnutzer wird VoD als Nutzungsform immer wichtiger. Der Trend zu hybriden Empfangsgeräten verstärkt dieses Nutzungsszenario. Für die Programmhersteller bedeutet der Wechsel auf die nichtlineare Verbreitung, dass sie mehr Content anbieten können als zuvor.⁵⁵⁸ Ein lineares Programm ist begrenzt auf 24 Stunden Sendematerial pro Tag – bei Video on Demand-Angeboten fehlt dieser Flaschenhals. Es entsteht ein „Long Tail“ von Nischenangeboten.⁵⁵⁹

4.3.5 Neue und alte Plattformen im Wettbewerb

Die vorgenannten Entwicklungen führen dazu, dass sich der Wettbewerb um Werbegelder, Abonnement-Zahlungen der Endkunden, Einspeiseentgelte und Lizenzeinnahmen intensiviert. Mittelfristig werden klassische Fernsehprogrammveranstalter mit alternativen Content-Anbietern (z.B. Downloadportalen) konkurrieren. Kabelnetzbetreiber treten in Wettbewerb zu neuen Aggregatoren, z.B. Streaming-Plattformen wie Zattoo.

Für die Wettbewerbsteilnehmer bedeutet diese Entwicklung, dass sie innovativer werden müssen. Gerade für die Marktteilnehmer, die sich daran gewöhnt haben, ihren Markt dank ihrer Marktmacht beinahe „hoheitlich“ zu

⁵⁵⁶ Der Vollständigkeit halber: „Video on Demand“ wird üblicherweise über rückkanalfähige Medien realisiert, denkbar ist aber auch die Verbreitung über einseitige Übertragungswege. Einige Anbieter nutzen dazu Push-Technologien; das mobile Endgerät lädt in diesem Fall automatisch eine Auswahl von Inhalten herunter und speichert sie ab. Der Kunde hat dann unterwegs eine ganze Programmbibliothek dabei und kann daraus einzelne Inhalte abrufen, ohne in diesem Moment eine Verbindung zum Internet haben zu müssen.

⁵⁵⁷ v. Wichert-Nick, Wirtschaftsfaktor Kabel, 26.

⁵⁵⁸ Amlung/Fisch ZUM 2009, 442, 443.

⁵⁵⁹ Dierking/S. Möller, MMR 2007, 426, 428 ff.

regieren, bedeutet dies eine Herausforderung. Kundengruppen, deren ehemals einziger TV-Bezugsweg ein Kabelnetz war, erhalten über das offene Internet Zugriff auf ein vielfältiges Inhalteangebot. Damit verschiebt sich nicht nur das Kräfteverhältnis zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern. Auch für die Regulierung bedeutet diese Entwicklung eine Herausforderung: Sie muss sich auf neue Technologien, Marktteilnehmer und Marktsituationen einstellen.

4.4 Von der Rundfunkverbreitung zur Rundfunkplattform

Plattformbetreiber werden häufig als „neuer“ Akteur in der Wertschöpfungskette beschrieben. Anders als reine Verbreiter, die nur als technische Dienstleister gegenüber den Programmveranstaltern auftreten, sind Plattformbetreiber eigenständige Akteure im Rundfunkmarkt.⁵⁶⁰

Häufig entstehen Plattformbetreiber durch einen Wechsel des Geschäftsmodells: Ein Betreiber eines Verbreitungswegs löst sich von seiner „neutralen“ Rolle als Dienstleister und etabliert ein neues *Geschäftsmodell*: Er wird zum eigenständigen Vermittler zwischen Programmveranstaltern und Rezipienten, indem er die Programme bündelt und im *eigenen* Namen an die Endkunden vermarktet. Je hochwertiger das Bündel, desto größer ist die Nachfrage danach und desto höher lassen sich Preise ansetzen.⁵⁶¹ Dies unterscheidet Plattformanbieter von Unternehmen, die Programmsignale im Auftrag von Programmveranstaltern „free to air“ abstrahlen, sie also nicht als Produkt vermarkten.

Die Betreiber von Kabelnetzen haben ein solches zweiseitiges „Plattform“-Geschäftsmodell schon immer genutzt; nunmehr sind aber auch andere Anbieter hinzugetreten: Anbieter von Satellitennetzen, Streaming-Plattformen und IPTV-Anbieter. Diese adaptieren das Kabel-Geschäftsmodell, indem sie Endkundenkontakte aufbauen und über diese Rundfunkprogramme vermarkten.

⁵⁶⁰ Siehe zur Debatte bei Einführung der Plattformregulierung ab S. 33.

⁵⁶¹ Yurukoglu, Bundling and vertical relationships in multichannel television, 3 ff.; Beck, Medienökonomie, 16.

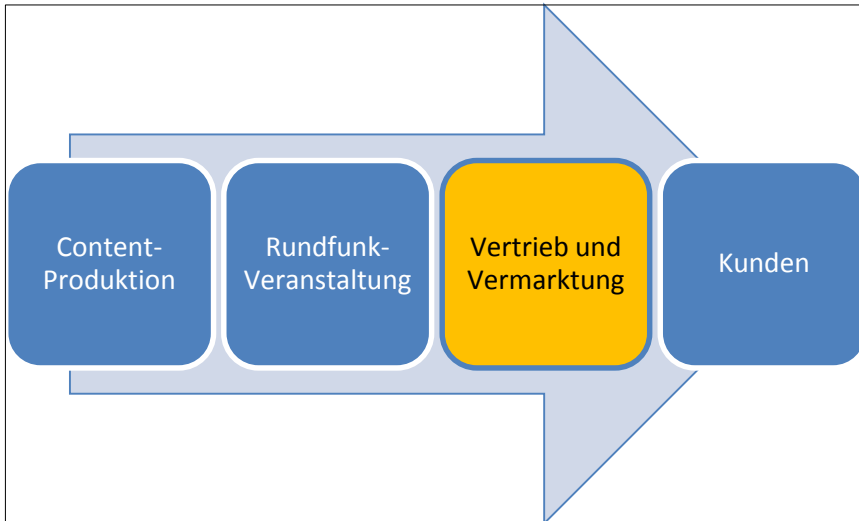


Abbildung 15: Rolle von Plattformanbietern

Aus dem Wechsel des Geschäftsmodells folgt für diese Anbieter auch eine andere Interessenkonstellation. Sendernetzbetreiber, die lediglich im Auftrag der Programmveranstalter deren Programme „Free to Air“ abstrahlen, haben kein Interesse daran, die Programmauswahl zu beeinflussen. Für sie ist einzig die Transportvergütung der Programmveranstalter relevant. Anbieter, die Rundfunkprogramme auch gegenüber Endkunden *vermarkten*, finanzieren sich demgegenüber hauptsächlich über Zahlungen der *Abnehmer* der Rundfunksignale.⁵⁶² Diese Anbieter wollen folglich möglichst solche Programme in ihr Portfolio aufnehmen, die sich bei den Endkunden gut vermarkten lassen.

Die juristische Literatur versucht, die unterschiedlichen Interessenkonstellationen in die Kategorien „Transportmodell“ und „Vermarktungsmodell“ einzuordnen: Die Anbieter lösten sich vom „Transportmodell“ und gingen zu einem „Vermarktungsmodell“ über.⁵⁶³ Die Begriffe sind jedoch missverständlich und werden nicht einheitlich gebraucht. Das führt zu Missverständnissen:

⁵⁶² Zu den verschiedenen Erlösmodellen *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 146 f.

⁵⁶³ *Hein/Schmidt* K&R 2002, 409, 409 ff.; *V. Janik*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 33 ff.; *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 15 ff.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 19 f.

- *Einigkeit* besteht noch darüber, dass der Netzbetreiber beim „Transportmodell“ als technischer Dienstleister agiert. Seine Funktion erfüllt er primär durch den Signaltransport.⁵⁶⁴ Überwiegend wird das Transportmodell demnach mit der „free to air“-Abstrahlung der Rundfunksignale assoziiert, bei der der Netzbetreiber keinen Endkundenkontakt hat.⁵⁶⁵
- Teils wird der Begriff „Transportmodell“ aber auch im Zusammenhang mit *Kabelnetzbetreibern* gebraucht.⁵⁶⁶ Diese Bezeichnung stammt aus der Zeit, als die Deutsche Bundespost ausschließlich Netzebene 3-Kabelnetze ohne Endkundenkontakt betrieb. Das damals so hoheitlich festgelegte „Transportmodell“ bestand darin, die Programme im Auftrag der Sender bis zu den Übergabepunkten der nachgelagerten Hauskabelnetze zu transportieren; erst *diese* Netzbetreiber hatten dann Endkundenkontakt.⁵⁶⁷ Dieses Geschäftsmodell gibt es heute quasi nicht mehr; alle Kabelnetzbetreiber erzielen Einnahmen bei *Abnehmern* der Rundfunkprogramme.⁵⁶⁸ Sie nutzen demnach nicht mehr das „Transportmodell“.
- Beim „Vermarktungsmodell“ überträgt der Netzbetreiber die Programme nicht nur, sondern verwertet sie selbst als Produkt gegenüber den Endkunden.⁵⁶⁹ Die Endkunden zahlen im Gegenzug für den Bezug der Programme Entgelte an den Plattformanbieter, aus denen er Einnahmen generiert.⁵⁷⁰ Teils kommen auch „Revenue-Sharing“- oder „Reselling“-Modelle vor.⁵⁷¹

Modellhafte Betrachtungen sind für eine wissenschaftliche Betrachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge ungeeignet. In diesem Kapitel wurde bereits dargelegt, dass es im Markt für die Rundfunkverbreitung nicht nur

⁵⁶⁴ *Bauer*, Netz und Nutzung, 19.

⁵⁶⁵ *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 16; *Steinert*, Die Offenhaltung der Medienordnung, 19 f.; *Rhein* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 3, 7.

⁵⁶⁶ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 66 f.; *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 28 ff.; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 5; *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 2.

⁵⁶⁷ Die Einspeisegebühr wurde damals als Gegenleistung für die „Transportleistung“ erhoben, die die Deutsche Bundespost gegenüber den Rundfunkveranstaltern erbrachte. Dass es weder die Deutsche Bundespost noch gibt, noch deren damalige Beschränkung auf die NE 3 und die hoheitliche Gebührengestaltung, wurde bereits dargelegt.

⁵⁶⁸ Zu den Geschäftsmodellen von Kabelnetzbetreibern auf Abnehmerseite siehe ab S. 93.

⁵⁶⁹ *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 31 ff.; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 107; *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 16 f.

⁵⁷⁰ Zu Details siehe ab S. 93.

⁵⁷¹ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 67.

zwei „Modelle“ gibt, sondern eine Vielzahl von unterschiedlichen Aktivitäten, die sich nicht einseitig in nur zwei Kategorien einordnen lassen.⁵⁷² Insbesondere gilt das für die Kabelnetzbetreiber: Diese betten Rundfunkprogramme in verschiedene Produkte ein und vermarkten diese Produkte an Endkunden.⁵⁷³ Der Begriff „Transportmodell“ im Zusammenhang mit Kabelnetzbetreibern ist also irreführend, diese stehen dem „Vermarktungsmodell“ wesentlich näher.⁵⁷⁴

⁵⁷² Leider bereits im Ausgangspunkt fehlerhaft ist deshalb die Ausarbeitung von *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, insb. auf S. 6 ff.

⁵⁷³ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 41 ff.; *Pfennig* ZUM 2008, 363, 366.

⁵⁷⁴ Ähnlich *Ladeur* ZUM 2012, 939, 941.

5. Wirtschaftswissenschaftlicher Hintergrund

In ökonomischer Hinsicht weist die Funktionsweise von Rundfunkplattformen einige Besonderheiten auf. Insbesondere zählen Rundfunkplattformen zu den sog. „zweiseitigen Märkten“, die besonderen Wettbewerbsmechanismen folgen.

Im folgenden Kapitel werden die wesentlichen Erkenntnisse hierzu herausgearbeitet. Abschnitt 5.1 führt in das Konzept der mehrseitigen Märkte ein. Abschnitt 5.2 beschäftigt sich damit, welche Folgen sich daraus für die *Regulierung* von mehrseitigen Märkten ergeben. In Abschnitt 5.3 geht es darum, welche Erkenntnisse sich daraus für die juristische Betrachtung ableiten lassen.

5.1 Einführung in das Konzept der mehrseitigen Märkte

Die Theorie von den mehrseitigen Märkten ist in den Wirtschaftswissenschaften eine relativ neue Strömung.⁵⁷⁵ Die Kernaussage dieser Theorie lautet wie folgt:

In einigen Situationen, die früher noch als eine Ansammlung von *mehreren* Märkten angesehen wurden, liegt in Wirklichkeit nur *ein* Markt mit *einseitiger Anbieterstruktur*, aber *zwei- oder mehrseitiger Nachfragerstruktur* vor.⁵⁷⁶ Der Marktakteur bietet also ein einheitliches Produkt an, das aber aus unterschiedlichen Nachfragergruppen abgerufen wird.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Die Grundlagen stammen aus den Jahren 2001 und 2002, insbesondere von *Schmalensee*, Payment systems and interchange fees; *Rochet/Tirole*, Cooperation among Competitors; vgl. dazu auch *Budzinski/Lindstädt*, Das Konzept der mehrseitigen Märkte, 2 f.

⁵⁷⁶ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 36; *Budzinski/Lindstädt*, Konzept der mehrseitigen Märkte, 2.

⁵⁷⁷ *Budzinski/Lindstädt*, Konzept der mehrseitigen Märkte, 2.

5.1.1 Begriff der Netzwerkeffekte

Die Mechanismen der mehrseitigen Märkte beruhen auf Netzwerkeffekten.⁵⁷⁸ Ein Netzwerkeffekt liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Vorteil, den ein Nutzer eines bestimmten Produkts hat, davon abhängt, wie viele *andere* Konsumenten dieses Produkt nutzen.⁵⁷⁹ Ein simples Beispiel hierfür ist das Telefonnetz:⁵⁸⁰ Der erste Nutzer des Telefonnetzes hatte keinerlei Nutzen, denn er konnte niemanden anrufen. Der zweite Nutzer hatte einen Nutzen von 1, denn er konnte bereits eine Person anrufen und von ihr angerufen werden. Der dritte Nutzer hatte einen Nutzen von 2, denn er konnte bereits mit zwei Personen telefonieren, usw. Das heißt, mit zunehmender Anzahl der Netzwerkteilnehmer steigt auch der Anreiz, sich mit diesem Netzwerk zu verbinden.

Produkte in Märkten, die Netzwerkeffekten unterliegen, generieren erst dann einen größeren Nutzen, wenn eine „kritische Masse“ erreicht ist.⁵⁸¹ Erst wenn genug Produkte im Umlauf sind, lohnt sich für Käufer der Erwerb. Ab diesem Moment bewirken die Netzwerkeffekte eine positive Rückkopplung, so dass das Wachstum eines Netzwerks zu einem sich selbst verstärkenden Effekt wird,⁵⁸² der sog. „Nutzen-Nachfrage-Interdependenz“.⁵⁸³ Dieser Effekt lässt erst nach, wenn der betreffende Markt gesättigt ist. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer „Winner-takes-all“-Dynamik, da der Anbieter, der zuerst von der Nutzen-Nachfrage-Interdependenz profitiert, häufig den gesamten Markt dominieren kann.⁵⁸⁴

5.1.2 Begriff des mehrseitigen Marktes

Netzwerkeffekte in mehrseitigen Märkten unterscheiden sich von „herkömmlichen“ Netzwerkeffekten dadurch, dass sie nicht unmittelbar auf *jeden* anderen Marktteilnehmer wirken. Sie wirken vielmehr jeweils wechselseitig zwischen unterschiedlichen „Marktseiten“.

⁵⁷⁸ Dewenter, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, 2.

⁵⁷⁹ Ambrosius, Standards, 20 f.

⁵⁸⁰ Vgl. schon Gilder, Metcalf's law and legacy.

⁵⁸¹ Beck, Medienökonomie, 48.

⁵⁸² Beck, Medienökonomie, 48; U. Müller, in: Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht, Band 3 Kapitel 2, 158 f.

⁵⁸³ Wielsch, Zugangsregeln, 137.

⁵⁸⁴ Eisenmann et al., Strategies for two-sided markets, 7.

Diese Eigenschaft der „Zweiseitigkeit“ von Märkten kommt nicht nur bei Rundfunkplattformen vor. Mehrseitige Märkte sind im modernen Wirtschaftsleben häufig. Als andere Beispiele für Anbieter auf mehrseitigen Märkten werden z.B. genannt:⁵⁸⁵

- Kreditkarten-Zahlungsvermittler,⁵⁸⁶
- Anzeigenblätter bzw. Gratiszeitungen,⁵⁸⁷
- Free-TV-Fernsehsender,⁵⁸⁸
- Immobilienmakler,⁵⁸⁹
- Online-Marktplätze wie Ebay oder Amazon,⁵⁹⁰
- der Transport von fremden Datenpaketen im Internet (Peering und Transit),⁵⁹¹
- Hardware-Plattformen wie der IBM-PC, Videospielekonsolen oder das iPhone,⁵⁹²
- Softwareplattformen wie Microsoft Windows.⁵⁹³

All diesen Märkten ist die Eigenschaft gemeinsam, dass die auf ihnen erbrachte Leistung primär eine *Vermittlungsleistung* ist: Der Plattformbetreiber aggregiert Leistungen von mehreren Marktseiten und vermittelt seinen Kunden wechselseitig Zugang. Häufig schafft er dabei noch zusätzlichen Mehrwert, indem er z.B. Produkte bündelt oder veredelt. Mehrseitige Märkte entstehen häufig, wenn beide Seiten des Marktes schon grundsätzlich Bedarf hatten, zueinander zu finden, zuvor aber die Transaktionskosten dafür zu hoch waren.⁵⁹⁴

Die wichtigste Besonderheit von zweiseitigen Märkten besteht darin, dass auf ihnen die Preise *einheitlich* gebildet werden. Weil es sich nicht um zwei unterschiedliche, sondern nur um ein einziges Produkt handelt, hat dieses

⁵⁸⁵ Eisenmann et al., Strategies for two-sided markets, 4; Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 3 f. und Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 4 f.

⁵⁸⁶ Dazu Rochet/Tirole, Cooperation among Competitors; Wright, Pricing in debit and credit card schemes.

⁵⁸⁷ Dewenter, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen.

⁵⁸⁸ Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 33.

⁵⁸⁹ Evans/Schmalensee, Organization of Markets with Two-Sided Platforms, 161; Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 5.

⁵⁹⁰ Dieses Problem wird als „Chicken & Egg“-Problem in den Wirtschaftswissenschaften schon länger diskutiert, vgl. nur Caillaud/Jullien, The RAND Journal of Economics 2003, 309.

⁵⁹¹ Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 31.

⁵⁹² Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 33.

⁵⁹³ Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 35.

⁵⁹⁴ Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 3 f.

Produkt aus Sicht des Anbieters nur einen einheitlichen Preis – den er aber auf mehrere Marktseiten aufteilt.

Das heißt, ein mehrseitiger Markt kann einerseits nur dann vorliegen, wenn es auf ihm *unterschiedliche* Kategorien von Endkunden gibt. Zum anderen ist erforderlich, dass der Akteur auf diesem Markt – der „Plattformbetreiber“ – einen *Spielraum* hat, wie er seine Preise gegenüber den unterschiedlichen Kundengruppen festsetzt. Der Plattformbetreiber muss Aktivitäten auf der einen Marktseite also mit Einnahmen „subventionieren“ können, die er auf der anderen Seite eingenommen hat, und umgekehrt.⁵⁹⁵

In zweiseitigen Märkten produzieren die beiden Marktseiten im Verhältnis zueinander *Externalitäten*. Diese entstehen, wenn aus der Nutzung der Plattform durch Kunden der *einen* Marktseite ein Nutzen für die Nutzer der jeweils *anderen* Marktseite entsteht – obwohl sie nichts dafür bezahlt haben. Die Externalitäten sind meist ungleich stark verteilt. Dies führt dann dazu, dass der Plattformbetreiber die eine Marktseite mit Gewinnen aus der anderen Marktseite subventioniert; dies wird im folgenden Abschnitt näher erläutert.

Wenn es um mehrseitige Märkte geht, wird häufig auch von „Plattformen“ gesprochen. Damit sind nicht Plattformen im rundfunkrechtlichen Sinn gemeint.⁵⁹⁶ Von einer Plattform spricht man deshalb, weil Akteure auf mehrseitigen Märkte, die Vermittlungsleistungen erbringen, häufig das *Marktumfeld* für ihre Leistungsempfänger gestalten. Zwar stellt die Vermittlungsleistung eine eigene Dienstleistung dar, die als Produkt nach normalen wirtschaftlichen Parametern beurteilt werden kann. In der Außensicht wirkt eine solche Vermittlungsleistung aber weniger als Leistung *auf einem* Markt, sondern eher selbst *wie ein* Markt.⁵⁹⁷ Dies kreiert das Bild einer Plattform, auf der alle Kundengruppen „stehen“, um dort ihre Leistungen auszutauschen.

⁵⁹⁵ *Rochet/Tirole*, Platform competition in two-sided markets, 36; *Budzinski/Lindstädt*, Konzept der mehrseitigen Märkte, 11; *Dewenter*, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, 13; *Eisenmann et al.*, Strategies for two-sided markets, 3 f.

⁵⁹⁶ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 34.

⁵⁹⁷ *U. Müller*, in: Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht, Band 3 Kapitel 2, 159, spricht insofern von einem „Wettbewerb um den Markt statt Wettbewerb auf dem Markt“.

5.1.3 Wechselwirkungen zwischen den Marktseiten

Soeben ist schon erklärt worden, dass ein mehrseitiger Markt nur dann vorliegt, wenn es mehrere Marktseiten gibt, auf denen unterschiedliche Preise festgesetzt werden können. Das führt dazu, dass Unternehmen, die auf zweiseitigen Märkten aktiv sind, sich anders verhalten, als wenn sie auf zwei unterschiedlichen, voneinander unabhängigen Märkten aktiv wären. Ein Unternehmen wird sein Marktverhalten in einem mehrseitigen Markt nämlich nicht nur danach ausrichten, welche Vorteile es auf der *jeweils einen* Marktseite hat. Das Unternehmen wird immer auch berücksichtigen, welche Effekte sich aus seinem Verhalten jeweils für die *andere* Marktseite ergeben.

Dies soll an einem einfachen Beispiel ausgeführt werden:

Ein Immobilienmakler (M) bedient zwei abgrenzbare Kundengruppen: Die Gruppe der Immobilien-Verkäufer (V) und die Gruppe der Immobilien-Käufer (K). Die beiden Gruppen haben jeweils ein Interesse an der Leistung, die die andere Seite anbietet. V sucht nach Kaufangeboten aus der Gruppe K, K sucht nach Verkaufsangeboten aus der Gruppe V.

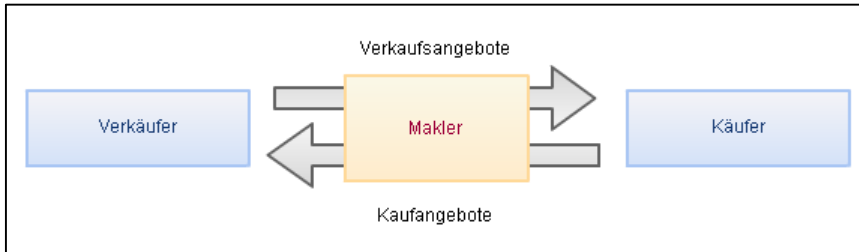


Abbildung 16: Makler als Beispiel eines zweiseitigen Markts

Die Gruppen können einander aber nicht ohne weiteres finden, ohne dafür in hohem Ausmaß Transaktionskosten aufzuwenden: Wären V und K darauf angewiesen, sich gegenseitig ohne Hilfe aufzuspüren, würde dies so viel Geld kosten, dass das eigentliche Geschäft nicht mehr (so) rentabel wäre. Beide sind daher gewillt, die Leistung von M in Anspruch zu nehmen, nämlich die *Vermittlungsleistung*. M stellt den Kontakt zwischen V und K her und dient

damit den Interessen beider Gruppen. Dafür sind prinzipiell beide Gruppen auch bereit, M in Geld zu bezahlen.⁵⁹⁸

Aus der Sicht der Käufer ist ein Immobilienmakler, der wenig Kontakt zu Immobilienverkäufern anzubieten hat, weniger interessant. Umgekehrt wird sich auch ein Immobilien-Verkäufer für M umso mehr interessieren, desto mehr Kontakt zu Käufern er vermittelt. Je mehr Nutzer M also auf der jeweils einen Seite hat, desto größer wird der Nutzen für Kunden auf der anderen Seite.

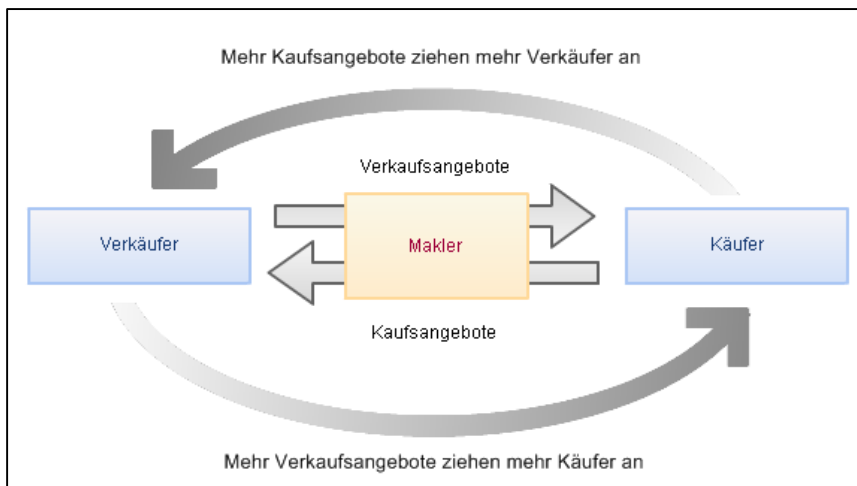


Abbildung 17: Rückkopplung in einem zweiseitigen Markt

Diese positiven Effekte heißen Externalitäten. Sie ergeben sich als Wechselwirkung zwischen den Marktseiten. Je größer die Nutzergruppe auf der einen Seite, desto größer der Nutzen auf der anderen Seite und umgekehrt. Die wechselseitigen Externalitäten können so zu einer *positiven Rückkopplung* führen: Je mehr Käufer M „an Bord“ hat, desto mehr Verkäufer wird er finden – und desto mehr Verkäufer er anspricht, desto mehr Käufer treten bei.⁵⁹⁹ Erst wenn M „beide Seiten an Bord hat“, hat er eine laufende Plattform etabliert, mit der er Einnahmen erwirtschaften kann.

⁵⁹⁸ Meist ist die Zahlungsbereitschaft einer der beiden Gruppen deutlich größer als die der anderen; darauf wird im Folgenden noch eingegangen.

⁵⁹⁹ Beschreibung am Beispiel von Zeitungsverlagen bei Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 35.

5.1.4 Preisbildung in mehrseitigen Märkten

Wenn beide Seiten „an Bord“ sind, stellt sich die Frage: Wie optimiert ein Akteur auf einem zweiseitigen Markt seine Gewinne? Ein solcher Anbieter hat das Ziel, seine *Gesamteinnahmen* zu maximieren, d.h. die gemeinsamen Einnahmen aus allen Nachfragergruppen. Er wird also nicht nach dem optimalen Preis isoliert für die jeweils *einzelne* Kundengruppe suchen. Er wird vielmehr berücksichtigen, welche Rückwirkung die Preisgestaltung bei der *einen* Kundengruppe für die jeweils *andere* Gruppe hat.⁶⁰⁰

Um beim Beispiel des Maklers zu bleiben: Wenn M die Preise auf der Seite der Verkäufer erhöht, sinkt mit dem steigenden Preis auf der Verkäuferseite auch die Nachfrage.⁶⁰¹ Es werden also weniger Verkäufer die Leistung von M nutzen wollen. Damit sinkt aber gleichzeitig auch der Nutzen, den der Makler den *Käufern* anbieten kann: M vermittelt nun Kontakt zu weniger Verkäufern. Damit sinkt auch die Nachfrage der Käufer – auch diese werden das Angebot von M weniger stark nachfragen. Auch in negativer Hinsicht kann also eine Spiralbewegung eintreten.

M ist damit mit einem komplexen Preisbildungsmechanismus konfrontiert. Um seinen Gewinn zu maximieren, muss er den Preis auf *beiden* Seiten so austarieren, dass sich aus den Geschäften mit den Kundengruppen V und K *insgesamt* ein maximaler Ertrag ergibt. Dabei muss er aber – wie alle Akteure auf zweiseitigen Märkten – berücksichtigen, dass die beiden Marktseiten füreinander unterschiedlich starke Externalitäten generieren. Unter Umständen bedeutet ein zusätzlicher Kunde auf der einen Seite für die andere Seite einen größeren Nutzen als umgekehrt.

Auch dies lässt sich durch das Maklerbeispiel belegen: In einigen Städten herrscht Knappheit an Käufern von Immobilien, in anderen Städten Knappheit an Verkäufern. Daraus ergibt sich letztlich eine Antwort auf die Frage, warum Makler in manchen Städten ihre Provisionen von der Anbieterseite erheben, in anderen Städten aber umgekehrt von den Abnehmern. Je nachdem, ob eher Knappheit an Immobilien oder eher an Absatzmöglichkeiten besteht, besteht am Kontakt zur jeweiligen Anbietergruppe eine größere Nachfrage als umgekehrt. Makler versuchen diese „Schieflage“ durch ihre Preissetzung, d.h. die Provisionserhebung

⁶⁰⁰ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 31 ff.

⁶⁰¹ Beck, Medienökonomie, 16 f.

auszugleichen: In einem Markt mit großem Immobilienangebot sind Käufer an einer Immobilie häufig nicht interessiert, wenn sie neben dem Kaufpreis auch noch eine Maklerprovision zahlen müssen. Deshalb belasten die Makler in solchen Märkten die *Verkäufer* mit der Provisionszahlung. In einem Markt, der (wie für Deutschland typisch) aber ein eher knappes Immobilienangebot aufweist, würde – vorbehaltlich einer anderweitigen gesetzlichen Regelung – kaum ein Verkäufer einen Makler wählen, der Provision von ihm verlangt. Also zahl(t)en meist die Käufer die Provision.

Wie alle Akteure auf zweiseitigen Märkten reagieren auch Makler auf die unterschiedlich starken Externalitäten, indem sie die Preise auf der Seite mit den stärkeren Externalitäten möglichst niedrig halten und die andere mit den Kosten dafür belasten. Sie „subventionieren“ also die eine Marktseite mit Einnahmen der anderen Marktseite⁶⁰²

Allgemein betrachtet ist es nicht wettbewerbsschädlich, wenn ein Akteur auf einem mehrseitigen Markt zwischen verschiedenen Marktseiten quersubventioniert. Ganz im Gegenteil: Die Quersubventionierung *internalisiert* die beschriebenen Externalitäten:⁶⁰³ Sie sorgt dafür, dass die Seite am meisten bezahlen muss, die von einer bestimmten Leistung auch am meisten profitiert. Die Internalisierung von externen Effekten dient dem Wettbewerb und dessen wichtigster Funktion, nämlich knappe Güter möglichst effizient zu verteilen.⁶⁰⁴

Wie stark die Preissetzung auf mehrseitigen Märkten durch externe Effekte beeinflusst wird, ist allerdings stark vom Einzelfall abhängig. Hier spielen noch eine ganze Reihe von weiteren Faktoren eine Rolle, insbesondere die Marktmacht der Plattformbetreiber. Haben diese – wie aufgrund der Netzwerkeffekte häufig – überwiegende Marktmacht, müssen sie ihre Preise nicht wettbewerbskonform ausgestalten.⁶⁰⁵ Sie können dann ihre „Gatekeeper-Stellung“ ausnutzen und Entgelte erheben, die wettbewerbsökonomisch nicht rechtfertigbar sind.⁶⁰⁶

⁶⁰² Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 11; Dewenter, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, 13; Eisenmann et al., Strategies for two-sided markets, 3 f.; Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 36.

⁶⁰³ Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 11.

⁶⁰⁴ Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 11.

⁶⁰⁵ Siehe dazu noch ausführlich ab S. 120.

⁶⁰⁶ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 32 f.

5.1.5 Anwendung auf Rundfunkplattformen

Die Geschäftsmodelle der Unternehmen, die rechtlich als „Plattform“ eingeordnet werden, variieren.⁶⁰⁷ Abstrakt lässt sich aber herausarbeiten, dass Betreiber von Rundfunkplattformen auf einem Markt mit zwei Nachfragergruppen agieren.⁶⁰⁸ Die eine Nachfrager-Gruppe, auf die ein Rundfunkplattformanbieter seine Dienstleistung ausrichtet, sind die Abnehmer bzw. Rezipienten.⁶⁰⁹ Deren Bedarf richtet sich auf den Zugang zu Rundfunkprogrammen, denn sie liefern ihnen Unterhaltung und Information.⁶¹⁰ Die andere Nachfragergruppe sind die Programmveranstalter.

Diese haben, je nach Geschäftsmodell, unterschiedliche Bedarfsansprüche:⁶¹¹

- *Werbefinanzierte Free-TV-Sender* haben einen Bedarf nach möglichst viel Werbekontakten, m.a.W. der Aufmerksamkeit der Endkunden.⁶¹² Je mehr Kunden sie erreichen, desto höher die erzielten Werbeerlöse.
- Auch *Pay-TV-Programmplattformen* und Veranstalter von *Call-in-* und *Teleshopping*-Programmen müssen bei ihren Kunden empfangbar sein, um einen Geschäftskontakt aufzubauen.⁶¹³
- Und für die *öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten* gehört die „flächendeckende“ Versorgung der Bevölkerung zu ihrem Auftrag.⁶¹⁴

Alle Typen von Programmveranstaltern haben demnach Bedarf nach der sog. „technischen Reichweite“, die teils auch „Empfangbarkeit“ genannt wird.⁶¹⁵ Die Herstellung dieser „Empfangbarkeit“ kann ein Plattformanbieter als

⁶⁰⁷ Siehe zum rechtlichen Begriff des Plattformanbieters ab S. 241.

⁶⁰⁸ Zu Kabelnetzbetreibern *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 37; *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 37 ff.

⁶⁰⁹ In einigen Geschäftsfeldern stehen zwischen den Rezipienten und Plattformbetreibern noch weitere Plattformen, z.B. Betreiber von Hauskabelnetzen.

⁶¹⁰ In Einzelfällen sind an die Empfängerseite von Rundfunkplattformen nicht nur Endkunden angeschlossen, sondern weitere Netzbetreiber. In diesem Fall sind es diese Netzbetreiber, die die Programme an die Endkunden vermarkten; die Signallieferung ist für sie ein Vorprodukt, an dem sie ebenfalls wirtschaftliches Interesse haben.

⁶¹¹ Siehe zur Praxis zwischen TV-Veranstaltern und Kabelnetzbetreibern ab S. 86.

⁶¹² *Yurukoglu*, Bundling and vertical relationships in multichannel television, 4 f.; *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 108 ff.

⁶¹³ *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 48.

⁶¹⁴ Siehe dazu ausführlich ab S. 426.

⁶¹⁵ Siehe dazu ab S. 80.

Leistung vermarkten, wenn er den Kontakt zu bestimmten Kundengruppen herstellt.⁶¹⁶

Der Betreiber einer Rundfunkplattform befriedigt durch seine Leistung beide Nachfragepotentiale gleichzeitig.⁶¹⁷ Er befriedigt einerseits den Bedarf der Signalabnehmer, vor allem der Endkunden, die die Rundfunkprogramme empfangen möchten. Andererseits vermittelt er auch die „technische Reichweite“, die Empfangbarmachung bei den Endkunden, als Leistung an die Programmveranstalter.⁶¹⁸ Im Ergebnis ist es aber dieselbe Leistung – das Betreiben einer Rundfunkplattform – die in unterschiedlicher Form von unterschiedlichen Kundengruppen nachgefragt wird.⁶¹⁹

Einige der Leistungen, die Plattformbetreiber erbringen, sind *eigene* Leistungen.⁶²⁰ Den Großteil der Leistungen *vermitteln* Plattformbetreiber aber zwischen verschiedenen Kundengruppen: Die Programme der Programmveranstalter werden als Kabelanschlüsse oder Programmbündel weitervermittelt, das Aufmerksamkeitspotential der Endkunden als „technische Reichweite“.⁶²¹ Zusätzlich fließen an mehreren Stellen des Leistungsaustauschs auch Entgelte.

⁶¹⁶ Dazu benötigt er ggf. die Erlaubnis des Hauseigentümers, des Betreibers des lokalen Kabelnetzes oder des Rezipienten selbst. Auch diese Erlaubnis stellt einen wirtschaftlichen Wert dar. Vgl. dazu ab S. 95.

⁶¹⁷ In mathematische Formen gefasst bei *Fiedler*, Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt, 9 ff.

⁶¹⁸ *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 9.

⁶¹⁹ Zu Kabelnetzbetreibern *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 37; *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 37 ff.; vgl. auch *Ballon et al.*, platform structure of the audiovisual media industry, 7.

⁶²⁰ Dies ist z.B. der Fall, wenn Plattformbetreiber als Zahlungsmittler aktiv sind oder die Programme im Auftrag der Veranstalter verschlüsseln oder multiplexen.

⁶²¹ Zu Kabelnetzbetreibern *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 37; *Neumann et al.*, Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 37 ff.

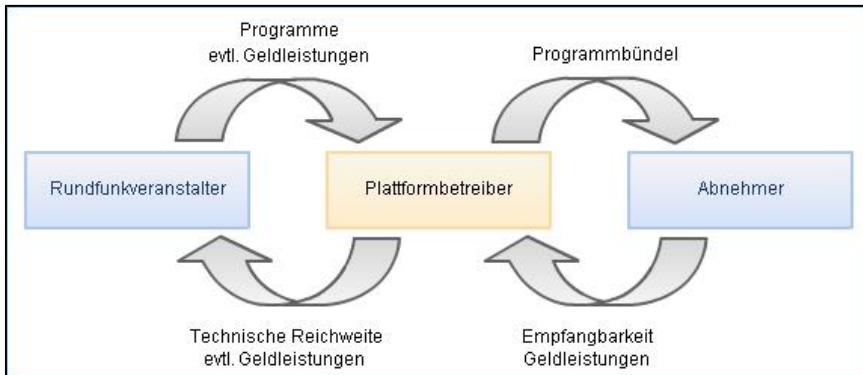


Abbildung 18: Plattformbetreiber im mehrseitigen Austausch⁶²²

Rundfunkplattformen sind damit mehrseitige Märkte im beschriebenen Sinn.⁶²³ Deshalb müssen auch die Betreiber von Rundfunkplattformen „beide Seiten an Bord bekommen“, um überhaupt starten zu können. Ist ihnen das gelungen, profitieren sie von Netzwerkeffekten und sind dabei gehalten, die unterschiedlich starken Externalitäten zwischen den Marktseiten durch „Quersubventionierung“ auszugleichen.

Es sollte aber beachtet werden, dass die Geschäftsmodelle von Plattformanbietern in der Praxis vom beschriebenen „generischen“ Konzept des Plattformanbieters abweichen. Insbesondere können sich Friktionen auch daraus ergeben, dass werbefinanzierter Rundfunk *selbst* einen zweiseitigen Markt darstellt; in solchen Fällen bestehen „double-layered Platforms“, was die Betrachtung zusätzlich kompliziert macht.⁶²⁴ Im Grundsatz kann aber angenommen werden, dass Rundfunkplattformen zu den zweiseitigen Märkten gehören, so dass sie als solche reguliert werden müssen.

⁶²² Auf die Zahlungsströme beschränkt Ricke, IPTV und Mobile TV, 132.

⁶²³ So auch Fiedler, Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt, 9.

⁶²⁴ Ballon et al., platform structure of the audiovisual media industry, 4.

5.2 Regulierung von mehrseitigen Märkten

Die Regulierung von mehrseitigen Märkten, zu denen Rundfunkplattformen gehören, wirft in verschiedener Hinsicht Besonderheiten auf. Auf diese soll im Folgenden eingegangen werden.

5.2.1 Etablierung von Plattformen durch Subventionen

Gerade im Rundfunkbereich gehört es zu den Aufgaben der Regulierung, den Wirtschaftsbereich als Ganzes zu fördern und zu unterstützen. Denn die Verbreitung von Medien wird politisch wie gesetzlich als wünschenswert angesehen.⁶²⁵ Daraus wird teilweise abgeleitet, die Etablierung von Rundfunkplattformen sei aus Sicht der Rundfunkvielfalt sinnvoll.⁶²⁶ Ob es angezeigt ist, Plattformen im Rundfunkbereich regulatorisch zu fördern, ist allerdings fraglich. Bisher ist nicht vollständig geklärt, ob die Etablierung einer Rundfunkplattform, z. B. durch Einführung einer Grundverschlüsselung im Satellitenfernsehen, wohlfahrtsökonomisch eher positiv oder negativ zu beurteilen ist.⁶²⁷

5.2.2 Missbrauch von Marktmacht

Häufiger ist die Situation, dass sich aus Netzwerkeffekten und der mehrseitigen Ausgestaltung eines Marktes *negative* Effekte ergeben, so dass Regulierung notwendig wird. Denn ein Plattformbetreiber, der eine übermächtige Position in einem zweiseitigen Markt innehat, kann seine Position zu Lasten des Gemeinwohls auszunutzen. Für einen solchen Machtmissbrauch existieren verschiedene typische Fälle:

- Ein Missbrauch von Marktmacht kann erfolgen, wenn das betreffende Unternehmen seine Macht einsetzt, um seine *Position auf diesem Markt weiter auszubauen* oder gegen potentiell eindringende Wettbewerber *abzusichern*.

⁶²⁵ Dies ist als Ziel in der Präambel des RStV ausdrücklich festgehalten; zu Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit und der Rechtsprechung des BVerfG vgl. im Übrigen ab S. 146.

⁶²⁶ Hege, in: Alm GbR, Digitalisierungsbericht 2011, 15, 17.

⁶²⁷ Erste Untersuchungsschritte bei Yurukoglu, Bundling and vertical relationships in multichannel television; Ballon et al., Platform structure of the audiovisual media industry, 5 ff.; Fiedler, Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt, 8 ff.; Dewenter/Haucap, Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten, 26.

- Ein Missbrauch von Marktmacht liegt auch vor, wenn das Unternehmen seine Macht ausnutzt, um in *angrenzende* Märkte vorzudringen oder dort missbräuchliche Preise zu erheben.⁶²⁸
- Ein Missbrauch von Marktmacht kann auch in einer *Preissetzung* liegen, die zu Lasten der Geschäftspartner geht (Setzung von Monopolpreisen). Dies kann eine oder beide Marktseiten betreffen. Wenn der Anbieter auf einem zweiseitigen Markt die Wettbewerbsschwäche der einen Marktseite ausnutzt, um dort überhöhte Preise durchzusetzen, d.h. die Externalitäten nicht optimal internalisiert, ist dies als (regulierungsbedürftiges) Marktversagen zu sehen.⁶²⁹ Nicht jede Subventionierung einer Marktseite ist allerdings ein Zeichen für Marktversagen.⁶³⁰

Solches Verhalten zu verhindern – bzw. dem Entstehen solcher Situationen vorzubeugen – ist Ziel des Wettbewerbsrechts. Auch das Rundfunkrecht kann wirtschaftlich relevante Sachverhalte miteinbeziehen und im Sinn der Rundfunkvielfalt regulieren.⁶³¹

5.2.2.1 Geschlossene Plattformen als Mittel zum Machtmissbrauch

Ein Rundfunkplattformbetreiber kann seine Marktmacht nur dann ausnutzen, wenn er darüber verfügen kann, wer seine Vermittlungsleistung benutzt. Nur dann kontrolliert er einen „Flaschenhals“, an dessen Nutzung er bestimmte Bedingungen anknüpfen kann, z.B. die Zahlung von Entgelten. Soweit es sich um Leitungsnetze handelt (z.B. Kabelnetze), ergibt sich dieses Verfügungsrecht häufig schon aufgrund der zivilrechtlichen Eigentumsordnung.⁶³² Hinzu kommen weitere potentielle „Flaschenhälse“ der Vermittlungsleistung, an die ein Missbrauch von Marktmacht anknüpfen kann. Denkbar ist eine Instrumentalisierung von *Standards*⁶³³ und

⁶²⁸ BGH NJW-RR 2004, 1178, 1179 ff. - *Strom und Telefon I*.

⁶²⁹ *Dewenter*, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, 15 f.

⁶³⁰ Häufig produzieren die beiden Kundengruppen einfach nur unterschiedlich starke Externalitäten. Ist dies der Fall, ist eine einseitige Setzung der Preise kein Zeichen von Marktversagen, sondern ein Zeichen dafür, dass der Akteur auf dem zweiseitigen Markt die Externalitäten internalisiert, vgl. *Budzinski/Lindstädt*, Konzept der mehrseitigen Märkte, 10.

⁶³¹ Zum Verhältnis von Rundfunk- und Wettbewerbsrecht siehe ab S. 145 (zum verfassungsrechtlichen Rahmen) und ab S. 341 (speziell zu Must-Carry-Regeln).

⁶³² *Wielsch*, Zugangsregeln, 138 ff.; BGH NJW 2003, 3762; BGH NJW 1996, 2656 – *Pay-TV-Durchleitung*.

⁶³³ *Beth*, Rechtsprobleme proprietärer Standards 62 ff.; *Müller/Beckmann*, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Teil 10 Rn. 295.

*Schnittstellen*⁶³⁴. Je nach Konstellation lässt sich die Aufmerksamkeit der Nutzer auch über *elektronische Programmzeitschriften* steuern.⁶³⁵

5.2.2.2 Bedeutung von Wechselkosten und Multihoming

Marktmacht besteht nur, wenn sich ein Plattformbetreiber unabhängig von den Wettbewerbskräften verhalten kann. Wenn der Plattformbetreiber ein „Gatekeeper“ ist, d.h. als einziger den Zugang zur jeweiligen Marktseite kontrolliert, wird seine Vermittlungsleistung für die Nachfrager unverzichtbar. Man spricht auch vom „Lock-In-Effekt“:⁶³⁶ Der Nutzer kann nicht auf andere Anbieter ausweichen, ist eingesperrt. Der Plattformbetreiber kann den abhängigen Unternehmen in einem solchen Fall weitgehend die Bedingungen diktieren, z.B. die Preise bis zu den Grenzkosten⁶³⁷ treiben oder bei Programmveranstaltern in publizistischen Fragen Einfluss nehmen. Diese Situation wird teils auch als „Holdup“ bezeichnet.⁶³⁸

Andersherum fehlt es an den Voraussetzungen für einen Machtmissbrauch, wenn die Kunden ohne Schwierigkeiten auf einen konkurrierenden Vermittler ausweichen können.⁶³⁹ Dies erfordert zum einen, dass im betreffenden Markt möglichst viele Anbieter etabliert sind. Zum anderen dürfen die Wechselkosten nicht zu hoch sein. Dies ist optimal gewährleistet, wenn die Abnehmer von vornherein bei *mehreren* Plattformanbietern angeschlossen sind. Zum Beispiel sind die allermeisten Immobilienmakler keine Bedrohung für den Wettbewerb, denn im betreffenden Vermittlungsmarkt sind meist so viele Makler präsent, dass sowohl die Wohnungssuchenden als auch die Verkäufer problemlos auf Alternativen ausweichen können.⁶⁴⁰

⁶³⁴ *Wielsch*, Zugangsregeln, 136 f.; *U. Müller*, in: Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht, Band 3 Kapitel 2, 180; siehe hierzu auch EuGH, Urt. v. 17.9.2009, Rs. T-201/04 – *Microsoft*.

⁶³⁵ *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 12; *Wagner*, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 45; *Wille*, in: FS Mailänder, 589, 596.

⁶³⁶ BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 63; *Gehring*, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 47.

⁶³⁷ Grenzkosten sind die Kosten pro zusätzlich produzierter Einheit, vgl. *Beck*, Medienökonomie, 23.

⁶³⁸ *Gehring*, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 47.

⁶³⁹ Dies geht aber nur, wenn ein solcher Vermittler existiert und die Wechselkosten nicht zu hoch sind, vgl. *Eisenmann* et al., Strategies for two-sided markets, 7 ff.

⁶⁴⁰ *Rochet/Tirole*, Platform competition in two-sided markets, 5.

Wenn ein Kunde Zugriff auf mehrere Plattformen hat, spricht die Theorie der zweiseitigen Märkte in Anlehnung an eine technische Begrifflichkeit⁶⁴¹ von „Multihoming“.⁶⁴² In wirtschaftlicher Hinsicht ist „Multihoming“ gegeben, wenn der Kunde die entsprechende Dienstleistung von mehreren Anbietern beziehen kann und bei diesen bereits angeschlossen ist.⁶⁴³ Wechselkosten fallen dann nicht mehr an, so dass der Kunde unmittelbar zwischen den Angeboten der Plattformbetreiber wechseln kann.

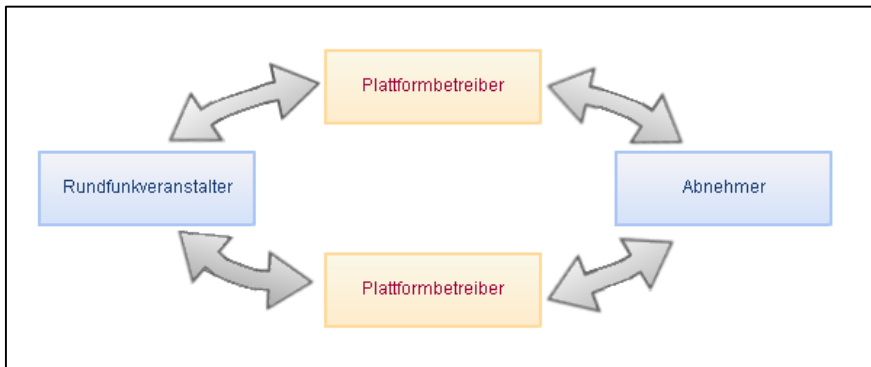


Abbildung 19: Multihoming in einem mehrseitigen Markt

Multihoming ist im Bereich der Rundfunkplattformen selten, wird aber häufiger.⁶⁴⁴ Einerseits haben viele Kunden ihre Geräte nur an einen Empfangsweg angeschlossen; die Wechselkosten können je nach Situation recht hoch sein.⁶⁴⁵ Insbesondere die Nutzung der überregionalen Kabelnetze gilt für viele Rundfunkveranstalter als alternativlos.⁶⁴⁶ Andererseits wächst die Zahl der alternativen Empfangsmöglichkeiten, insbesondere über Streaming- und IPTV-Anbieter.⁶⁴⁷ Mit DVB-T steht zudem ein Verbreitungsweg zur Verfügung, der zwar (noch) eine schlechtere

⁶⁴¹ Multihoming ist in technischer Hinsicht dann gegeben, wenn ein Netzwerk mit dem Internet über mehrere Schnittstellen verbunden ist. Es wird dadurch unabhängig von der einen Schnittstelle.

⁶⁴² Eisenmann et al., Strategies for two-sided markets, 7 ff.; Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets, 5.

⁶⁴³ Dewenter/Haucap, Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten, 9 f.

⁶⁴⁴ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 20 ff.

⁶⁴⁵ Problemlos erreichbar ist in den meisten Fällen nur DVB-T. Dieser Verbreitungsweg enthält allerdings nur hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Programme ein konkurrenzfähiges Angebot.

⁶⁴⁶ Gehring, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 47.

⁶⁴⁷ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 67 f.

Signalqualität bedeutet, gleichzeitig aber flächendeckend ein zugangsoffenes Signal zur Verfügung stellt.

5.2.3 Preisregulierung

Wenn auf mehrseitigen Märkten eine Situation überwiegender Marktmacht entsteht, gehört die Preisregulierung zu den meistgenutzten Regulierungsinstrumenten.⁶⁴⁸ Auch im Bereich der Rundfunkplattformen ist eine Preisregulierung vorgesehen: Die einschlägigen Vorschriften sind in verschiedenen Rechtsgebieten angesiedelt.⁶⁴⁹

Einige dieser Normen knüpfen an die Frage an, welche Preise sich *hypothetisch* ergeben würden, würde auf dem betreffenden Markt Wettbewerb herrschen. Die Berechnung solcher hypothetischen Preise auf zweiseitigen Märkten ist sehr komplex und grenzt an Unmöglichkeit, denn die Ermittlung und Regulierung der Preise kann hier nicht nur isoliert auf einer Marktseite erfolgen.⁶⁵⁰ Notwendig ist in jedem Fall ein *ganzheitlicher* Blick auf den gesamten Markt. Dabei ist zu beachten, dass Anbieter auf mehrseitigen Märkten sich wie oben beschrieben auch nach der *Höhe der Externalitäten* ausrichten:⁶⁵¹ Je mehr positiven Effekte von der einen Marktseite auf die andere ausgehen, desto mehr wird der Vermittler diese Marktseite subventionieren. Ausgebeutet wird im Gegenzug die Marktseite, die die schwächeren positiven Externalitäten aufweist.⁶⁵² Wenn ein Plattformanbieter sich so verhält, ist dies *kein* wettbewerbsschädliches Verhalten, sondern eine wohlfahrtsökonomisch sinnvolle Internalisierung von Externalitäten.

Wegen der Subventionierung können sich in mehrseitigen Märkten sogar Preise bilden, die objektiv unter den Grenzkosten⁶⁵³ liegen.⁶⁵⁴ Es ist deshalb unter Umständen sinnvoll, dass ein Anbieter auf der einen Marktseite „Verlust“ macht, um die Einnahmen auf der anderen Marktseite zu erhöhen

⁶⁴⁸ Fiedler, Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt, 4

⁶⁴⁹ Siehe dazu noch ausführlich ab S. 373.

⁶⁵⁰ Dewenter/Haucap, Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten, 13 ff.; Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 12 ff.

⁶⁵¹ Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 11.

⁶⁵² Dewenter, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, 13.

⁶⁵³ Grenzkosten sind die Kosten, die anfallen, wenn eine zusätzliche Einheit des betreffenden Produktes produziert wird, vgl. Beck, Medienökonomie, 23. In Märkten mit starkem Wettbewerb nähert sich der Preis eines Produkts üblicherweise den Grenzkosten.

⁶⁵⁴ Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 6.

und dadurch im Ergebnis höhere Gewinne zu erwirtschaften.⁶⁵⁵ Im Extremfall bilden sich sogar *negative* Preise: Dies wäre der Fall, wenn die Leistung der einen Marktseite für M so wichtig ist, dass es sich für ihn lohnt, dieser Marktseite etwas zu *bezahlen*, damit er ihre Leistung an K vermitteln kann.⁶⁵⁶ In einem solchen Fall gleicht der Akteur auf einem zweiseitigen Markt eher einem Zwischenhändler, der ein Vorprodukt erwirbt, um es weiterverkaufen zu können.

Aus diesen Gründen ist die Festlegung von „Ramsey“-Preisen, wie sie bei der Regulierung von Monopolen üblicherweise angewandt wird, in zweiseitigen Märkten nicht immer angezeigt.⁶⁵⁷ Im Gegenteil kann die Preisregulierung in zweiseitigen Märkten, wenn sie isoliert nur eine Seite in den Blick nimmt, einen sog. „Waterbed-Effekt“⁶⁵⁸ zur Folge haben: Die (hoheitlich verordnete) Senkung oder Erhöhung von Preisen führt an einer anderen Stelle des Marktes zu einer ungewollten Gegenbewegung.⁶⁵⁹ Der „Waterbed-Effekt“ ist in seinen Implikationen weitgehend unerforscht. Die Wettbewerbsaufsicht bleibt deshalb zu einem Großteil auf Erfahrungswerte und Einzelfallbetrachtungen der jeweiligen Märkte angewiesen.

In jedem Fall ist aber klar, dass die Preisregulierung in zweiseitigen Märkten das Ziel anstreben sollte, die Ressourcen in Betracht *beider* Marktseiten möglichst optimal zu verteilen, nicht nur einer der beiden.⁶⁶⁰ Dies kann theoretisch nur erfolgen, indem die Aufsicht die gegenseitigen Externalitäten der beiden Marktseiten ermittelt⁶⁶¹ und daraus den „optimalen“ Preis für beide Marktseiten errechnet.⁶⁶² Dies durchzuführen, ist in der Praxis aber außerordentlich schwierig.⁶⁶³

⁶⁵⁵ Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 36.

⁶⁵⁶ Fiedler, Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt, 4.

⁶⁵⁷ A.A. Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 33.

⁶⁵⁸ Inderst/Valletti, Buyer Power and the ‚Waterbed Effect‘.

⁶⁵⁹ Schiff, The „Waterbed“ Effect and Price Regulation, 3.

⁶⁶⁰ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 33.

⁶⁶¹ Dewenter/Haucap, Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten, 15; Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 14.

⁶⁶² Rechenbeispiele bei Dewenter, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, 4 ff.; Yurukoglu, Bundling and vertical relationships in multichannel television, 11 ff.; Fiedler, Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt, 10 f.

⁶⁶³ Dewenter/Haucap, Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten, 13 ff; Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte, 12.

5.3 Zusammenfassung und Einordnung

Die Ergebnisse der Wirtschaftswissenschaften sind für die hier untersuchten rundfunkrechtlichen Fragestellungen nicht bindend. „Meinungsmacht ist problematischer als Wirtschaftsmacht, und zwar deswegen, weil von Meinungsmacht nicht nur wie von Wirtschaftsmacht Nachteile für den Konsumenten, sondern auch Nachteile für die Demokratie ausgehen.“⁶⁶⁴ Die rundfunkrechtliche Vielfaltsregulierung zielt nicht darauf, den wirtschaftlichen Wettbewerb zu sichern oder wieder herzustellen.⁶⁶⁵ Ziel ist die Herstellung der optimalen Rahmenbedingungen für den gesellschaftlichen, demokratischen Diskurs.⁶⁶⁶

Die Verzerrungen, die auf diesen Diskurs wirken, sind den Verzerrungen des ökonomischen Wettbewerbs allerdings ähnlich. Denn auch die rundfunkrechtliche Vielfaltsregulierung zielt darauf ab, Chancengleichheit zwischen den Diskursteilnehmern herzustellen.⁶⁶⁷ Zudem können Störungen des *wirtschaftlichen* Wettbewerbs auch Störungen des *sozialen* Diskurses zur Folge haben, wenn die Chancen zur Teilnahme am Diskurs vom ökonomischen Erfolg abhängig sind.⁶⁶⁸

Demnach lassen sich aus den vorigen Erkenntnissen zur „Zweiseitigkeit“ von Plattformmärkten die folgenden Erkenntnisse ableiten, die auch für die juristische Einordnung wichtig sind:

- Auf dem Markt für die Verbreitung von Rundfunk wirken Netzwerkeffekte.⁶⁶⁹ Je stärker die Netzwerkeffekte sind, desto größer ist die Gefahr, dass es zu einem „Kippen“ des Marktes kommt und sich ein einzelner Plattformbetreiber mit überwiegender Marktmacht etabliert. Häufig wird ein Unternehmen ganz gezielt versuchen, den Markt zu kippen, weil es ihn nach dem „Umkippen“ weitgehend beherrschen kann. Die „Winner-takes-all“-Dynamik⁶⁷⁰ besagt, dass ein mehrseitiger Markt, wenn er einmal „gekippt“ ist, weniger Wohlfahrtseffekte generiert. Gerade Medienmärkte fördern außerdem auch den gesellschaftlichen

⁶⁶⁴ Grimm, Anforderungen an künftige Medienordnungen, 8; vgl. auch Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 20; Hesse, Rundfunkrecht, 61 f.

⁶⁶⁵ Dewenter, Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt 2 f.

⁶⁶⁶ Siehe zum politischen Kontext ab S. 129, zum Verfassungsauftrag ab S. 146.

⁶⁶⁷ Siehe ab S. 152 ff.

⁶⁶⁸ BVerfGE 114, 371, 387 f. – Landesmediengesetz Bayern.

⁶⁶⁹ Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 34 f.

⁶⁷⁰ Eisenmann et al., Strategies for two-sided markets, 7.

Meinungsaustausch und stützen dadurch die Demokratie.⁶⁷¹ Auch diese Funktionsfähigkeit kann „gekippten“ Medienmärkten verlorengehen. Die Regulierung muss deshalb in der Lage sein, ein „Kippen“ des Marktes schnell zu erkennen und auf solche Tendenzen entschieden zu reagieren.⁶⁷²

- Einige Sachverhalte, die normalerweise auf Wettbewerbsstörungen hindeuten, sind in mehrseitigen Märkten normal und unschädlich, z.B. die Quersubventionierung zwischen verschiedenen Marktseiten.⁶⁷³ Wenn die Regulierung dies nicht beachtet, besteht die Gefahr, dass sie zu früh davon ausgeht, dass auf einem zweiseitigen Markt der Wettbewerb bereits gestört wäre.⁶⁷⁴ Gerade im Bereich der Rundfunkplattformen ist zu beachten, dass die einzelnen Programme bei den Endnutzern ganz unterschiedlich nachgefragt werden, bzw. die Interessenkonstellationen zwischen Programmveranstaltern und Plattformanbietern vielfältig sind.⁶⁷⁵
- Ist ein Markt aber einmal gekippt, bedarf er einer intensiven Regulierung. Dazu ist vor allem wichtig, eine „Gatekeeper“-Stellung des Plattformbetreibers zu verhindern. Dies kann erfolgen, indem die Regulierung „Multihoming“ fördert, d.h. weitere Anbieter im Markt gezielt unterstützt und die Wechselkosten so niedrig wie möglich hält.
- Soweit eine Gatekeeper-Stellung dennoch eintritt, muss diese einer externen Kontrolle unterworfen werden.⁶⁷⁶ Über diese Kontrolle muss die Regulierung die Plattform möglichst *offen* halten, also verhindern, dass der Plattformbetreiber willkürlich Nutzer von seiner Plattform aussperrt. Der Plattformbetreiber muss folglich verpflichtet werden, die Nutzung seiner Plattform möglichst *diskriminierungsfrei* zu gestatten. Denkbar ist zudem, typische missbräuchliche Praktiken gezielt zu behindern, insbesondere den Einsatz von proprietären Standards und ebensolchen Schnittstellen.

⁶⁷¹ Beck, Medienökonomie, 10 ff.; Assion, Telemedicus v. 03.07.2010, <http://tlmd.in/a/1802>.

⁶⁷² Woldt MP 2002, 534, 542.

⁶⁷³ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 32 f.

⁶⁷⁴ Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 36.

⁶⁷⁵ Siehe zu Kabelnetzbetreibern ab S. 84.

⁶⁷⁶ Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 2.

- Eine Offenhaltung der Plattform kann auch erfolgen, indem die Regulierung für Wettbewerber auf dem betreffenden Markt und angrenzenden Märkten *Zugangsansprüche* vorsieht. Soweit die Regulierung die Zugangsansprüche um Vorschriften ergänzt, die eine missbräuchliche *Preissetzung* verbieten, muss sich diese Regulierung auf die Preisgestaltung auf *beiden* Märkten richten. Weder besonders hohe noch besonders niedrige Preise sind ein zwingender Hinweis auf Machtmissbrauch.⁶⁷⁷

In jedem Fall stützt der wirtschaftswissenschaftliche Befund die These, dass Rundfunkplattformen in mehrerer Hinsicht stark regulierungsbedürftig sind, speziell was die „Flaschenhälse“ der jeweiligen Plattformen und die Preissetzung angeht.

⁶⁷⁷ Neumann et al., Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz, 31 ff.; Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 36.

6. Politische Rahmensituation

Die Plattformregulierung beruht auf dem RStV und damit auf einer interföderalen Absprache, die in den einzelnen Ländern durch Parlamentsgesetze ratifiziert wurde.⁶⁷⁸ Die politische Willensbildung erfolgt damit nicht primär auf Ebene der Legislative, sondern der Exekutive. Die wesentlichen Entscheidungen beim Erlass von Rundfunkänderungsstaatsverträgen treffen die sog. *Rundfunkreferenten*, die *Rundfunkkommission* der Länder und die *Ministerpräsidentenkonferenz*.⁶⁷⁹ Den Landesparlamenten werden ausverhandelte Staatsverträge zur Ratifikation vorgelegt; ihnen bleibt dann nur noch die Wahl, den Änderungsstaatsvertrag zu ratifizieren oder ihn als Gesamtheit abzulehnen.

Im folgenden Kapitel geht es in Abschnitt 6.1 um die Frage, ob die Plattformregulierung in politischer Hinsicht gerechtfertigt ist. Die folgenden Abschnitte thematisieren die politischen Spannungsfelder, in denen die Plattformregulierung steht. In Abschnitt 6.2 geht es um die Frage, wie *Intermediäre* gesetzlich reguliert werden und wie die Plattformregulierung sich hier einfügt. Abschnitt 6.3 behandelt die Frage, ob Plattformanbietern „*Neutralität*“ gegenüber den von ihnen transportierten Inhalten abverlangt werden solle. In Abschnitt 6.4 wird die Plattformregulierung in das Spannungsfeld zwischen *Inhalts- und Offenheitsregulierung* eingeordnet.

⁶⁷⁸ Nimmt man es genau, ist der RStV im eigentlichen Sinn kein Gesetz, sondern ein zwischen den Ländern abgeschlossener Staatsvertrag. Er erlangt Geltung erst durch die Ratifikation in Form von formellen Landesgesetzen, die durch die Landesparlamente erlassen werden. In dieser Arbeit ist dennoch, dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend, vom „RStV“ die Rede, wenn tatsächlich die einzelnen Umsetzungsgesetze gemeint sind. Da aber mehrere Parlamente beteiligt waren, spricht diese Arbeit von „den Gesetzgebern“ im Plural.

⁶⁷⁹ Die Ministerpräsidenten sind die jeweiligen Leiter der Bundesländer; Staatsverträge zwischen den Ländern verhandelt deshalb in letzter Instanz die Ministerpräsidentenkonferenz. Die wesentlichen Vorbereitungen für Rundfunkstaatsverträge übernimmt aber die Rundfunkkommission der Länder, in der im Wesentlichen die sog. Chefs der Staatskanzleien zusammenarbeiten. Die Rundfunkreferenten sind Mitarbeiter in den Staatskanzleien, die auf das Rundfunkrecht spezialisiert sind; bei ihnen fallen häufig die eigentlichen Sachentscheidungen.

6.1 Politische Gründe der Plattformregulierung

Das Rundfunkrecht ist ein stark politisch geprägtes Rechtsgebiet. Dies gilt sowohl für die Rechtssetzung als auch für die Rechtsanwendung.⁶⁸⁰ Parteiämter, Regierungsämter und Positionen in der Rundfunkaufsicht werden z.B. häufig in Personalunion besetzt.⁶⁸¹ Auch die Tatsache, dass die Medienpolitik zu den wenigen politischen Gestaltungskompetenzen der Staatskanzleien gehört, trägt zur „Politisierung“ des Rundfunkrechts bei. Der Hauptgrund für die enge Verzahnung von Rundfunk und Politik ist aber, dass beide Systeme stark voneinander abhängig sind. Einerseits sind sowohl der private wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf wohlwollende politische Entscheidungen angewiesen. Andererseits brauchen auch Politiker und Parteien die Unterstützung der öffentlichen Meinung, die stark auf Medienberichterstattung beruht.⁶⁸² Die enge Verzahnung von Rundfunk und Politik führt dazu, dass Medienunternehmen von politischer Seite häufig stark unterstützt werden – auch in Bereichen, wo sich dies mit sachlichen Gründen nicht rechtfertigen lässt.⁶⁸³

Das Rundfunkrecht gehört außerdem zu den Rechtsgebieten, dessen Gestaltung verfassungsrechtlich ausschließlich den Ländern zugewiesen ist.⁶⁸⁴ Die Länder bestehen auf ihrer „Rundfunkhoheit“ und verteidigen diese mit viel Einsatz. Auf der anderen Seite sind dem Bund aber einige Gesetzgebungszuständigkeiten in „angrenzenden“ Feldern zugewiesen, u.a. im Telekommunikationsrecht. Das Verhältnis dieser beiden Zuständigkeiten ist nicht nur in juristischer Hinsicht Gegenstand einer lebhaften Debatte,⁶⁸⁵ sondern führt auch in der Politik zu Auseinandersetzungen. Bund und Länder ringen um Einfluss. So ist bemerkenswert, in welcher Detailtiefe der Bund – vorgeblich als Teil des Telekommunikationsrechts – auch Fragen der „Rundfunkübertragung“ regelt.⁶⁸⁶ Die Plattformregulierung stellt hierzu eine Gegenbewegung dar: Ausgehend von ihrer Zuständigkeit für die Rundfunkregulierung versuchen die Länder, soweit als möglich auch deren

⁶⁸⁰ *Gehring*, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 68 ff.

⁶⁸¹ *Grimm*, Anforderungen an künftige Medienordnungen, 2; *Hahn*, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 164 ff.

⁶⁸² *Grimm*, Anforderungen an künftige Medienordnungen, 2.

⁶⁸³ Beispiel bei *Gehring*, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe, 68 ff.

⁶⁸⁴ Zu den Gesetzgebungskompetenzen siehe ab S. 139.

⁶⁸⁵ Siehe dazu ab S. 140.

⁶⁸⁶ So die amtliche Überschrift des 4. Teils des TKG; siehe zu diesen Normen ab S. 330.

„Rahmensituation“ mitzugestalten. Dies betrifft gerade auch die Frage, wer zu welchen Konditionen Rundfunkprogramme übertragen darf.

Die Plattformregulierung reguliert den Markt fast ausschließlich zu Gunsten der Rundfunkveranstalter; sie stärkt deren Position gegenüber den Plattformbetreibern.⁶⁸⁷ Insbesondere § 52b RStV verpflichtet ausschließlich Plattformbetreiber auf Interessen der Rundfunkveranstalter. Ob sich diese Position rechtfertigen lässt, wird naturgemäß politisch debattiert.⁶⁸⁸

Die Kritiker der Plattformregulierung meinen, dass die Plattformregulierung auf einer unrealistischen Gefahrprognose basiert. Die §§ 52 ff. RStV würden letztlich Handlungen des Plattformanbieters verlangen, die auch ohne rechtliche Vorgaben erfüllt würden.⁶⁸⁹ Zudem sei die Rundfunkvielfalt in jüngerer Zeit deutlich größer geworden, da die Frequenzknappheit überwunden sei und andere „Flaschenhälse“ sich zumindest verbreitert hätten.⁶⁹⁰ Durch die Verbreitung schneller Internetzugänge werde sich dies sogar noch verstärken. Plattformbetreiber seien häufig nicht übermächtige „Torwächter“, denen die Rundfunkveranstalter schutzlos ausgeliefert seien. Häufiger seien sie vielmehr selbst schutzbedürftig, denn die Finanzkraft und Verhandlungsmacht der großen Sendergruppen sei größer als die der Plattformanbieter.⁶⁹¹

Auf eine positive Seite von Plattformen verweist *Hege*: Diese könnten nicht nur eine Bedrohung, sondern für Programmveranstalter auch eine einträgliche Finanzierungsquelle sein.⁶⁹² Steht mehr Geld für die Programmveranstalter zur Verfügung, können diese auch mehr Geld für die Programmproduktion aufwenden. Das würde freilich bedeuten, auch die negativen Effekte von Plattformen hinzunehmen – insbesondere die Tatsache, dass sich neue meinungsmächtige Intermediäre etablieren.

Wer sich die Entwicklung bei den „neuen“ medienrelevanten Intermediären anschaut (z.B. Google, Amazon oder Spotify), der wird dort für die positive Sichtweise *Heges* außerdem wenig Bestätigung finden. Die Content-Produzenten klagen (über das übliche Maß hinaus) über Benachteiligung und

⁶⁸⁷ Zu den Anfängen *Charissé* K&R 2002, 164, 167.

⁶⁸⁸ Zusammenfassend *Beck*, Medienökonomie, 175 f.

⁶⁸⁹ Zu Vorschlägen der Lobbyverbände siehe *HRKDSC*, RStV, Teil B1 Rn. 313.

⁶⁹⁰ v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 43 f.

⁶⁹¹ v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 43 f.

⁶⁹² *Hege* spricht von einer „Plattformfinanzierung zur Vielfaltsförderung“, vgl. Alm GbR, Digitalisierungsbericht 2011, 15, 17.

darüber, dass die Gewinne nur in einem Umfang an sie weitergereicht werden, der zur Refinanzierung der Produktionskosten nicht ausreicht.⁶⁹³ Diese Benachteiligung ist, wie in Kapitel 5 gezeigt wurde, letztlich in den Wettbewerbsmechanismen angelegt und ohne Regulierung unvermeidbar.⁶⁹⁴ Demnach *können* Plattformen eine Finanzierungsalternative für Programmveranstalter sein – aber nur, wenn der Staat gleichzeitig sicherstellt, dass die Programmveranstalter ausreichend an der Wertschöpfung teilnehmen.

Die Unterstützer einer starken Plattformregulierung können noch andere gute Argumente für sich ins Feld führen.⁶⁹⁵ Die Geschichte des Rundfunks ist seit Jahrzehnten geprägt von Versuchen, den Rundfunkmarkt zu monopolisieren und zu Lasten der Verbraucher ein proprietäres Geschäftsmodell zu etablieren.⁶⁹⁶ Es wäre unrealistisch zu erwarten, dass Plattformbetreiber ihre Plattform von alleine so belegen wie es dem publizistischen Vielfaltsmaßstab des Art. 5 GG entspricht.⁶⁹⁷ Ganz im Gegenteil zeigt die Praxis, dass gerade die marktmächtigen Kabelnetzbetreiber nicht davor zurückschrecken, auch beliebte Programme aus ihren Netzen „auszuspeisen“, wenn dies ihren ökonomischen Interessen entspricht.

Zudem ist die Rundfunkvielfalt ein wichtiges Rechtsgut, auf das die Demokratie angewiesen ist.⁶⁹⁸ Sowohl in politischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht sind Fehlentwicklungen nur schwer zu korrigieren.⁶⁹⁹ Ist ein Plattformbetreiber einmal meinungsmächtig geworden, kann er selbst wieder Einfluss auf den Gesetzgebungs- und Regulierungsprozess ausüben.⁷⁰⁰ Die Folgen einer solchen Marktsituation sind bekannt aus Medienmärkten wie Großbritannien oder Italien, wo

⁶⁹³ Höppner WRP 2012, 625; Höppner K&R 2013, 73.

⁶⁹⁴ Höppner WRP 2012, 625; Höppner K&R 2013, 73.

⁶⁹⁵ Vgl. Hesse, Rundfunkrecht, 75 f.

⁶⁹⁶ Siehe ab S. 13.

⁶⁹⁷ Stettner ZUM 2000, 204, 205; Wille ZUM 2002, 261, 262 ff.; allgemein zum für und Wider von Must Carry-Regeln van Eijk/van der Sloot, IRIS plus 2012-5, 7; Gorini/van Eijk Media L. & Pol'y 2006, Vol. 15.2, 192 ff.; Valcke, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, IRIS Spezial 2005 – Haben oder nicht haben, 31 ff.

⁶⁹⁸ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 47 ff.

⁶⁹⁹ St. Rspr., zuletzt BVerfGE 119, 181, 217 – *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*; zum wirtschaftlichen Hintergrund siehe ab S. 110.

⁷⁰⁰ Hesse, Rundfunkrecht, 76.

Medienunternehmer und Plattformbetreiber bestimmenden Einfluss auf die Politik nehmen können.⁷⁰¹

Es wäre daher falsch zu sagen, die Plattformregulierung sei – insbesondere in der digitalen Welt – überflüssig geworden. Es wäre aber ebenso falsch, die Kritik an der Plattformregulierung rundheraus zu verwerfen. Die Regeln der Plattformregulierung sind einem politischen Gestaltungsprozess unterworfen: Die Politik darf und muss ihre Verantwortung wahrnehmen.

6.2 Plattformregulierung als Teil der Intermediärsregulierung

Plattformen im rundfunkrechtlichen Sinn sind Aggregatoren von Medieninhalten, die für den demokratischen, gesellschaftlichen Diskurs und die kommunikative Grundversorgung eine wichtige Rolle einnehmen.⁷⁰² Sie sind damit Teil des Diskurses, sie sind selbst „Medien“.

Rundfunkplattformen nehmen eine Mittler-Rolle ein, wie sie für Medien typisch ist: Genauso wie Fernsehsender und Zeitungsverlage produzieren sie ihre Inhalte *nicht* selbst, sondern erwerben sie auf verschiedenen Wegen, bündeln sie und vermarkten sie gekoppelt mit eigenen, zusätzlichen Wertschöpfungselementen.⁷⁰³ Rundfunkplattformen bewegen sich gleichwohl auf einer höheren Aggregationsebene als die Programmveranstalter: Sie aggregieren Medieninhalte, die bereits zu festen Programmen bzw. Telemedien verbunden sind. Auf dieser höheren Aggregationsebene stehen sie auf einer Stufe mit Aggregatoren bzw. Intermediären für alle anderen Medienformen.

⁷⁰¹ v. Herget, Rundfunk und Grundgesetz, 40 f.

⁷⁰² Siehe dazu ab S. 146.

⁷⁰³ Die Bezeichnung von Programmveranstaltern, Verlagen etc. als „Content-Provider“ ist deshalb nicht vollständig zutreffend: Die eigentlichen Content-Provider sind z.B. Journalisten, Moderatoren, Schauspieler oder Kameraleute. Diese Sichtweise zeigt, dass bei Auseinandersetzungen zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern letztlich zwei Aggregatoren untereinander um Einfluss kämpfen. Zur Typik solcher Auseinandersetzungen siehe insb. Eisenmann et al., Strategies for two-sided markets, 8 („The Threat of Envelopment“) und Ballon et al., Platform structure of the audiovisual media industry.

Dies wären beispielsweise:

- Das Pressegrasso-System für gedruckte Presse,
- Suchmaschinen für Internet-Inhalte,
- Internet-Videoportale für audiovisuelle Inhalte,
- „App Stores“ für Anwendungssoftware.

Demnach ist die rundfunkrechtliche Plattformregulierung einzuordnen in einen größeren Rahmen: der Regulierung von „Intermediären“, von Content-Aggregatoren verschiedener Art.⁷⁰⁴ Einige davon sind sehr stark reguliert, z.B. die Programmveranstalter. Andere sind etwas schwächer reguliert, z.B. die Rundfunkplattformen. Und wieder andere sind weitgehend unreguliert oder genießen sogar noch zivilrechtliche Haftungsprivilegien, wie z.B. die Zugangsanbieter des Telemediengesetzes.⁷⁰⁵ Diese unterschiedlichen Aggregationsformen in ein schlüssiges und einheitliches Aufsichtsmodell einzuordnen, gehört zu den zentralen Aufgaben der Medienregulierung der Zukunft.⁷⁰⁶

6.3 (Netz-)Neutralität als Ziel der Plattformregulierung?

Ein Begriff, der in der Debatte über die Regulierung von Intermediären immer wieder auftaucht, ist der der *Neutralität*. „Neutral“ in diesem Sinne verhält sich ein Vermittler dann, wenn er auf die vermittelten Inhalte wenig Einfluss nimmt. Er soll diese Inhalte also möglichst unverändert weiterleiten, sie nicht neu arrangieren oder bestimmte Inhalte privilegieren oder diskriminieren. Allgemein soll er weder auf die Sende- noch auf die Empfangssituation zu viel Einfluss nehmen, eben „neutral“ sein.

Dieses Regelungsziel wird primär mit der sog. *Netzneutralität* assoziiert, die derzeit insbesondere in § 41a TKG verankert ist.⁷⁰⁷ Aber auch das

⁷⁰⁴ Valcke, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, IRIS Spezial 2005 – Haben oder nicht haben, 31, 38 ff. Siehe dazu auch noch ab S. 232.

⁷⁰⁵ Übersicht bei Schulz/Held, Regulierung durch Anreize, 34 f.

⁷⁰⁶ Statt vieler Kogler K&R 2011, 621; Hain AfP 2012, 313; Wagner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41; Kempermann, Content-Regulierung in konvergierenden Medien; Schulz/Jürgens, Die Regulierung von Inheldiensten in Zeiten der Konvergenz. Eine Handlungsempfehlung an die Gesetzgeber findet sich ab S. 441.

⁷⁰⁷ Holznagel K&R 2010, 95; S. Möller, in: Krone/Pellegrini, Netzneutralität und Netzbewirtschaftung, 17 ff.; Gersdorf, in: ZAK (Hrsg.), Digitalisierungsbericht 2010, 29.

Pressegrosso-System wird wegen seiner Neutralität als besonders vielfaltsrelevant gelobt.⁷⁰⁸ Anderen Vermittlern, z.B. Presseverlagen, gesteht die Rechtsordnung demgegenüber zu, sich gerade *nicht* neutral zu verhalten. Solchen Unternehmen wird sogar explizit ein Recht zugewiesen, bei der Vermittlung von Informationen auf Inhalt und Zusammenstellung Einfluss zu nehmen (sog. Tendenzschutz).⁷⁰⁹

Für die Regulierung von Rundfunkplattformen hat der Leitbegriff der *Neutralität* eine ambivalente Bedeutung. Die Plattformregulierung lässt sich weder dem Tendenz- noch dem Neutralitätsschutz einseitig zuordnen. Einerseits verfolgen Plattformanbieter durch ihr Wirken keine *primär* kommunikativen Ziele, sie haben kein „Verlegerethos“. Die Vermittlung von Medieninhalten ist für Rundfunkplattformbetreiber nur Mittel zum Zweck, kein Selbstzweck. Ihnen einen „Tendenzschutz“ zuzugestehen, wirkt deshalb auf den ersten Blick fernliegend.

Auf der anderen Seite sind Plattformbetreiber aber per definitionem⁷¹⁰ keine reinen Telekommunikationsdiensteanbieter, die den von ihnen transportierten Inhalten „neutral“ gegenüberstehen. Sie sind auch nicht, wie das Pressegrosso-System, einem Branchenkompromiss zuzuordnen, der gezielt kommunikative Chancengleichheit sicherstellen soll. Der „Tendenzschutz“ ist den §§ 52 ff. RStV eingegeben, indem er den Plattformanbietern gezielt einen Belegungsspielraum lässt, innerhalb dessen keine Vielfaltsvorgaben zu beachten sind.⁷¹¹

Die „Neutralität“ eines Plattformbetreibers zu gewährleisten, ist vor diesem Hintergrund zwar ein legitimes Regelungsziel, das sich auch mit der kommunikativen Chancengerechtigkeit in Verbindung bringen lässt.⁷¹² Andererseits ist durchaus auch denkbar, das „Recht auf Tendenz“ der Plattformbetreiber weiter bestehen zu lassen oder sogar auszuweiten. Innerhalb der Grenzen des Ausgestaltungsauftrags und bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit ist es den Gesetzgebern freigestellt, eher die

⁷⁰⁸ BVerfGE 77, 346 355 – *Presse-Grosso*; Guggenberger/Ulmer AfP 2013, 183.

⁷⁰⁹ BVerfGE 52, 283, 296 ff. – *Tendenzbetrieb*.

⁷¹⁰ Aus der Begründung zum 10. RÄStV ergibt sich, dass Plattformanbieter von den reinen TK-Dienstleistern gerade abzugrenzen sind. Vgl. dazu ab S. 241.

⁷¹¹ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 48.

⁷¹² Siehe dazu ab S. 152.

„Neutralität“ oder eher den „Tendenzschutz“ zu betonen.⁷¹³ Beides ist legitim. Aktuell suchen die §§ 52 ff. RStV einen Mittelweg.

6.4 Plattformregulierung als Inhalts- und Offenheitsregulierung

Die Plattformregulierung steht in einem Spannungsfeld zwischen zwei unterschiedlichen Ordnungsmodellen für den Medienbereich: Der Inhaltsregulierung einerseits und der Offenheitsregulierung andererseits. Der Konflikt kreist um die Frage, auf welche Weise der Staat auf den öffentlichen Diskurs Einfluss nehmen soll.

Die wohl h.M. befürwortet einen weitreichenden proaktiven Ansatz der staatlichen Aufsicht: Der Staat soll nicht nur die *Voraussetzungen* des Diskurses schaffen, er soll auch *selbst* in ihn eingreifen und ihn durch gezielte Einflussnahme zum Positiven beeinflussen („gewährleisten“).⁷¹⁴ In dieser Tradition bewegt sich die Rechtsprechung des BVerfG zur Rundfunkfreiheit, die insofern als „dienende Freiheit“ bezeichnet wird.⁷¹⁵

Eine andere Ansicht betont für die Medienordnung das Ziel der Offenheitsregulierung.⁷¹⁶ Die staatliche Aufsicht soll demnach eher einem laissez-faire-Ansatz folgen, sich möglichst zurückhalten und dem wirtschaftlichen Wettbewerb die Aufgabe überlassen, den öffentlichen Diskurs zu regulieren. Die Aufgabe des Staates soll sich darauf beschränken, den (Meinungs-)Wettbewerb vor Einschränkungen und Störungen zu *schützen*, nicht jedoch in ihn *eingzugreifen*, um ihn zu „gewährleisten“.⁷¹⁷

Die beiden Ansichten stehen sich nicht in Form eines echten Meinungsstreits gegenüber. Häufig werden Gewährleistungs- und Offenheitsregulierung nebeneinander gefordert, durchaus auch von denselben Personen. Die Unterschiede zwischen den beiden Denkschulen ergeben sich erst bei konkreten Fragen: Soll ein *bestimmter* Medien- oder Regelungsbereich eher der Gewährleistungs- oder eher der Offenheitsregulierung überantwortet

⁷¹³ Zum Ausgestaltungsauftrag siehe ab S. 146, zur Rundfunkfreiheit des Plattformbetreibers und dem daraus abgeleiteten „Tendenzschutz“ ab S. 171.

⁷¹⁴ Siehe zum Begriff des öffentlichen Diskurses noch ausführlich ab S. 152.

⁷¹⁵ Kritisch *Ladeur/Gostomzyk* K&R 2011, 777, 779.

⁷¹⁶ *Hoffmann-Riem*, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 18; *Degenhart* AfP 2010, 324; siehe auch *Cooper*, Open Architecture as Communications Policy.

⁷¹⁷ *Hoffmann-Riem*, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 18.

werden? Hier trennen sich dann jeweils die Ansätze. Ein Anhänger der Offenheitsregulierung würde eine staatliche Handlung im konkreten Zusammenhang eher als Eingriff in den Meinungswettbewerb einordnen, während ein Anhänger der Gewährleistungsregulierung sie eher als Erfüllung der Ausgestaltungs- und Gewährleistungspflicht des Staates ansehen würde.⁷¹⁸ Insofern liegen hier nicht zwei Thesen im Streit, sondern eher unterschiedliche Prämissen über die Schutzbedürftigkeit bestimmter Aspekte der Medienordnung und der Selbststeuerungsfähigkeit des öffentlichen Diskurses.⁷¹⁹

Die Plattformregulierung lässt sich keiner der beiden Traditionen einseitig zuordnen.⁷²⁰ Beide Tendenzen sind spürbar:

- Einerseits sieht § 52b im Sinn einer *Gewährleistungsregulierung* die Privilegierung und Priorisierung bestimmter Programme vor.⁷²¹ § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV setzt – begrenzt auf ein Drittel der digitalen Gesamtkapazität – die Auswahlfreiheit des Plattformbetreibers außer Kraft.⁷²² Die Gesetzgeber benennen selbst, welche Programme ihrer Ansicht nach zwingend angeboten werden müssen. In einem weiteren Drittel ist die Belegungsfreiheit eingeschränkt. Die Entscheidung über die Auswahl der Programme trifft im Zweifel gem. § 52b Abs. 4 Satz 4, § 36 Abs. 3 RStV die GVK der Landesmedienanstalten, d.h. ein plural und (begrenzt) auch staatsfern besetztes Gremium. Hier beschränken sich die Gesetzgeber nicht nur auf Regeln zur Chancengleichheit, sondern schreiben Plattformanbietern das Angebot bestimmter Programme vor, um den Zugang der Endnutzer zu diesen Programmen, die sie als unerlässlich betrachten, zu sichern.⁷²³
- Andererseits zeigt sich ein recht starker Einfluss der Offenheitsregulierung:⁷²⁴ Die Plattformregulierung verfolgt den Ansatz, die Plattformen für den Wettbewerb der Rundfunkveranstalter zu *öffnen*, bzw. offen zu halten. Dazu wird den Plattformanbietern die „Schließung“ ihrer Plattformen verboten, z.B. durch die Vorgaben zur Ausgestaltung

⁷¹⁸ Degenhart K&R 2000, 49, 51 ff.

⁷¹⁹ Degenhart K&R 2000, 49, 52.

⁷²⁰ So auch Ladeur MMR 1999, 266, 269.

⁷²¹ Ladeur K&R 2001, 496, 501.

⁷²² Siehe dazu noch ausführlich ab S. 349.

⁷²³ Dörr ZUM 2013, 81, 97.

⁷²⁴ Ladeur MMR 1999, 266, 269; vgl. auch Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 86 f.

bestimmter „Flaschenhalse“ nach § 52c RStV oder zur Preisgestaltung gem. § 52d RStV.

Die Plattformregulierung befindet sich insofern in einem Spannungsfeld zwischen Inhalts- und Offenheitsregulierung, zwischen der Priorisierung einzelner Medienangebote und der Gewährleistung von „Neutralität“.⁷²⁵

⁷²⁵ Hege, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 11, 14 f.

7. Rechtlicher Rahmen

Die Plattformregulierung wird in vielen Aspekten durch höherrangiges Recht beeinflusst. In einigen Bereichen fehlt den Gesetzgebern auch jeder Spielraum, sie sind auf die Umsetzung zwingenden Europa- und Verfassungsrechts festgelegt.

Als höherrangiges Recht sind einerseits die Vorgaben des Grundgesetzes zu berücksichtigen, insbesondere zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit; dies wird in Abschnitt 7.1 erläutert. Andererseits gilt das Europarecht, das in Abschnitt 7.2 dargestellt wird.

7.1 Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Regeln der Plattformregulierung haben in vielfältiger Weise Bezug zum Verfassungsrecht. Dies sind zunächst die Vorgaben zur *Gesetzgebungskompetenz* (dazu Abschnitt 7.1.1). Des Weiteren ist die Plattformregulierung Teil der *Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit*, die dem daraus abgeleiteten Ausgestaltungsauftrag entsprechen muss (dazu Abschnitt 7.1.2). Zuletzt berühren die Vorgaben der §§ 52 ff. RStV auch in verschiedener Weise *Grundrechte* von Plattformbetreibern, Rundfunkveranstaltern und Rezipienten. Auf diese wird in Abschnitt 7.1.3 eingegangen.

7.1.1 Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz für den Rundfunk ist traditionell den Ländern zugewiesen. Dies folgt aus der Systematik des GG, die den Ländern die Kompetenz zuweist, soweit sie nicht dem Bund zugewiesen ist (Art. 70 Abs. 1 GG). Das BVerfG hat die Zuständigkeit der Länder für die Rundfunkregulierung mehrfach stark betont.⁷²⁶

In der Plattformregulierung überschneiden sich allerdings Aspekte der Rundfunkregulierung mit Regelungskompetenzen des Bundes. Dies führt zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Bund- und

⁷²⁶ Vgl. nur BVerfGE 12, 205, 242 ff. - *Deutschland-Fernsehen*; BVerfGE 97, 228, 251 - *Kurzberichterstattung*.

Länderzuständigkeiten. Teils kommt es dazu, dass Bundes- und Landesrecht denselben Sachverhalt regeln.

7.1.1.1 Ausschließliche Kompetenz für Telekommunikation

Die Übertragung von Rundfunkprogrammen wird klassisch der Telekommunikation zugeordnet. Für diese hat der Bund gem. Art. 73 Nr. 7 GG eine *ausschließliche* Gesetzgebungskompetenz. Demnach bleibt gem. Art. 71 GG den Ländern in diesem Bereich keine eigene Gesetzgebungskompetenz, es sei denn der Bund hat sie gesetzlich dazu ermächtigt.⁷²⁷ Allerdings hat das BVerfG das Verhältnis zwischen Rundfunk- und Telekommunikationsregulierung klar abgesteckt und dabei die Telekommunikations-Kompetenz des Bundes restriktiv ausgelegt.⁷²⁸ Das BVerfG führt (damals noch zum „Fernmeldewesen“)⁷²⁹ bereits im 1. Rundfunkurteil aus:

„Das in seiner politischen und kulturellen Bedeutung kaum zu überschätzende Massenkommunikationsmittel Rundfunk ist nicht Teil, sondern "Benutzer" der Einrichtungen des Fernmeldewesens [...]. Die fernmeldetechnischen Aspekte mögen in den frühen Zeiten des Rundfunks von überragender und sein Wesen prägender Bedeutung gewesen sein. Den fernmeldetechnischen Einrichtungen kommen aber - sieht man den Rundfunk als Ganzes - schon seit Jahrzehnten nur noch untergeordnete, dienende Funktionen zu. [...] Das Fernmeldewesen beginnt erst mit der Übermittlung der sendefertigen Ton- und Bildsignale vom Rundfunkstudio zu einem oder mehreren Sendern (Übermittlung durch Leitungen oder durch Funk); es umfasst sodann die Ausstrahlung der Sendung und die sich etwa daran

⁷²⁷ Gersdorf, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 36 f.

⁷²⁸ Zusammenfassung bei Gersdorf ebd., 40 f.

⁷²⁹ Dieser Begriff wurde 1994 durch den Begriff „Telekommunikation“ ersetzt, ohne dass eine inhaltliche Änderung bezweckt war, vgl. nur Jarrass/Pieroth, GG, Art. 73 Rn. 26.

anschließenden technischen Vorgänge bis zum Empfang der Sendung.

*Zum Fernmeldewesen im Sinne von Art. 73 Nr. 7 GG gehören die technischen Voraussetzungen, deren Regelung für einen geordneten Ablauf des Betriebs der Rundfunksender und des Empfangs ihrer Sendungen unerlässlich ist.*⁷³⁰

Das BVerfG differenziert somit zwischen Transport und Inhalt: Soweit es um den Transport (außerhalb des Sendestudios) geht, ist der Bund zuständig; die inhaltliche Seite fällt in die Zuständigkeit der Länder.

Das BVerfG hatte in seinem 1. Rundfunkurteil noch angenommen, dass Transport- und Inhaltsebene sich sauber voneinander trennen lassen.⁷³¹ In Zeiten der technischen Konvergenz verschwimmen die Grenzen zwischen Medien und Telekommunikation allerdings zunehmend.⁷³² Die strikte Trennung zwischen Telekommunikations- und Rundfunkzuständigkeit ist deshalb zunehmend konfliktbelastet, wie sich insbesondere am Beispiel der Plattformregulierung zeigt.⁷³³

Es ergeben sich zwei Fragen: Einerseits, ob die Plattformregulierung sich überhaupt im Rahmen einer *Länderzuständigkeit* bewegt, andererseits, ob das Bundes-Telekommunikationsrecht, soweit es die „Rundfunkübertragung“ betrifft, die Regeln der Plattformregulierung als *vorrangiges Recht* verdrängt.

7.1.1.1.1 Verfassungswidrigkeit des Landesrechts?

Fraglich ist zunächst, ob die Plattformregulierung verfassungswidrig sein könnte, weil sie Regelungsbereiche betrifft, die der Telekommunikationsregulierung zuzuordnen sind – und damit der *ausschließlichen* Bundeskompetenz. Dieser Verdacht drängt sich deshalb auf, weil einige

⁷³⁰ BVerfGE 12, 205, 225 ff. - *Deutschland-Fernsehen*.

⁷³¹ BVerfGE 12, 205, 225 ff. - *Deutschland-Fernsehen*.

⁷³² *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 102 f.

⁷³³ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 204 ff.; *Kempermann*, Content-Regulierung in konvergierenden Medien, 21 ff.; *V. Janik*, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 1; *Ladeur* K&R 2001, 496, 503 ff.

Bestimmungen der Plattformregulierung inhaltlich nah an der Regulierung der „Rundfunkübertragung“ liegen, die im 4. Teil des TKG geregelt ist.⁷³⁴

Hierzu ist aber darauf hinzuweisen, dass nach dem BVerfG bei der Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern kein strenges „Entweder-Oder“-Paradigma gilt.⁷³⁵ Eine Regelung ist bereits dann der Zuständigkeit des Bundes oder der Länder zuzuordnen, wenn der *Schwerpunkt* der Norm in das Gebiet der einen oder der anderen Zuständigkeit fällt.⁷³⁶ Für Regelungen, die als „Teilregelungen“ in das jeweils andere Zuständigkeitsgebiet hineinreichen, gilt:

„Bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich dürfen die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden. Kommt ihre Zugehörigkeit zu verschiedenen Kompetenzbereichen in Betracht, so ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung spricht regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung.“⁷³⁷

Wendet man diesen Maßstab auf die landesrechtliche Plattformregulierung an, ergibt sich, dass diese unzweifelhaft Teil des „Regelungszusammenhangs“ der Länder-Zuständigkeit ist.⁷³⁸ Die Regelungen der Plattformregulierung adressieren keine Telekommunikationsanbieter als solche, sondern

⁷³⁴ Siehe dazu noch ab S. 330.

⁷³⁵ A.A. V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 48 Rn. 1; Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 205 ff.

⁷³⁶ BVerfGE 97, 228, 251 – Kurzberichterstattung.

⁷³⁷ BVerfGE 97, 228, 251 f. – Kurzberichterstattung.

⁷³⁸ BayVerwGH ZUM 2006, 495 ff.; a.A. offenbar Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 212.

Plattformanbieter, und zwar speziell deshalb, weil diese auch auf die transportierten *Medieninhalte* Einfluss nehmen.⁷³⁹ Plattformregeln dürfen (bzw. müssen)⁷⁴⁰ deshalb von den Ländern erlassen werden.⁷⁴¹ Die Länder sind damit zumindest grundsätzlich befugt, auch zur Verbreitung von Rundfunkprogrammen gesetzliche Vorgaben zu machen.

7.1.1.1.2 *Verdrängung des Landesmedienrechts durch konkurrierendes Bundesrecht?*

Nach dem Vorgesagten ist aber noch nicht klar, ob das Landesrecht sich gem. Art. 31 GG dem Bundesrecht unterwerfen muss, falls es zu Konfliktfällen kommt. Denn das TKG enthält in den §§ 48 ff. TKG Regelungen, die teils direkt in Normenkonkurrenz zu medienrechtlichen Landesgesetzen treten.⁷⁴² In solchen Fällen stellt sich die Frage, welche der beiden Rechtsordnungen den Vorrang beanspruchen kann.⁷⁴³

Einerseits wird hierzu die Ansicht vertreten, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Telekommunikation sei gegenüber der Rundfunkfreiheit „dienend“ und könne sie nicht verdrängen.⁷⁴⁴ In diesem Zusammenhang wird teils von einer „Rundfunkhoheit der Länder“ gesprochen.⁷⁴⁵ Die Gegenansicht verweist darauf, dass sich Inhalt und Technik nicht immer einfach trennen lassen; auch sei die Einordnung der Telekommunikation als „dienend“ zeitlich überholt.⁷⁴⁶ Insofern gelte ein allgemeiner Vorrang des Bundesrechts.⁷⁴⁷

⁷³⁹ *Merkel et al.*, Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 79.

⁷⁴⁰ Vgl. zur Plattformregulierung als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit noch ab S. 146.

⁷⁴¹ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 50 Rn. 19 ff.; *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 10 ff.

⁷⁴² *V. Janik*, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 1; *Ladeur/Gostomzyk* K&R 2011, 777, 778.

⁷⁴³ Ausführlich zu dieser Frage auch *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehtz, 101 ff.

⁷⁴⁴ *Gersdorf*, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 50 ff.; zusammenfassend *Ladeur/Gostomzyk* K&R 2011, 777.

⁷⁴⁵ Das Grundgesetz kennt allerdings keine unmittelbaren Hoheitszuweisungen an die Länder; vgl. zu dieser Problematik auch *v. Herget*, Rundfunk und Grundgesetz, 98 ff. und 210 ff.

⁷⁴⁶ *Ladeur/Gostomzyk* K&R 2011, 777; *Ladeur* MMR 1999, 266; jeweils m.w.N.

⁷⁴⁷ In diese Richtung *V. Janik*, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 16; polemisch *Engel* RTKom 2000, 189, 194 f.

Der These, dass Rundfunk- und Telekommunikationsrecht sich nicht mehr als völlig getrennte Systeme betrachten lassen, ist zuzustimmen.⁷⁴⁸ Es würde indes zu kurz greifen, hieraus einen allgemeinen Vorrang des Telekommunikationsrechts abzuleiten. Vielmehr gilt nicht nur Art. 31 GG, sondern es gelten auch Art. 1 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG. Das heißt, jedes Bundesrecht muss sich zunächst am *Maßstab der Bundestreue* und der *Rundfunkfreiheit* messen lassen.⁷⁴⁹ Die Verfassung und das einfache Gesetzesrecht sind im Zweifel grundrechtsfreundlich, d.h. zu Gunsten der Rundfunkfreiheit auszulegen.⁷⁵⁰ Nur für den Fall, dass Bundesrecht nicht verfassungswidrig ist, kann es konkurrierendes Landesrecht verdrängen.⁷⁵¹

Damit ergibt sich zum Verhältnis zwischen den Normen der §§ 48 ff. TKG und denen der Plattformregulierung folgendes: Grundsätzlich verdrängt Bundesrecht das konkurrierende Landesrecht. In Fällen von Widersprüchen setzt sich das Bundesrecht durch. Soweit das Bundesrecht aber dadurch unverhältnismäßig stark in die Rundfunkfreiheit eingreift oder die Pflicht des Bundes zum länderefreundlichen Verhalten⁷⁵² verletzt, ist das Bundesrecht materiell verfassungswidrig und das Landesrecht setzt sich durch.⁷⁵³

In einigen Fällen ist dies durchaus denkbar.⁷⁵⁴ Im Regelfall greifen aber Telekommunikationsrecht und Rundfunkrecht *nebeneinander*, ohne echte Konkurrenzprobleme auszulösen.⁷⁵⁵ Insbesondere gilt das in Fällen, in denen das Bundesrecht für die Belange der landesrechtlichen Rundfunkregulierung Öffnungsklauseln enthält:⁷⁵⁶ In einem solchen Fall ist die Öffnungsklausel verfassungskonform jeweils so auszulegen, dass das Landesrecht unbeeinträchtigt bleibt.⁷⁵⁷

⁷⁴⁸ Überzeugend hierzu *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 34 ff.; *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 100 ff.

⁷⁴⁹ *Ladeur/Gostomzyk* K&R 2011, 777, 779 ff.; *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 50 Rn. 19 ff.; *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 19 f.; *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 72 ff.

⁷⁵⁰ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 50 Rn. 21; *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 16.

⁷⁵¹ BVerfGE 61, 149, 204 ff. – *Amtshaftung*.

⁷⁵² Speziell zur Rundfunkfreiheit BVerfGE 12, 205, 225 ff. – *Deutschland-Fernsehen*.

⁷⁵³ *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 19 f.

⁷⁵⁴ *Beckert et al.*, Zukunft des Kabelfernsehnetzes, 78.

⁷⁵⁵ *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 17.

⁷⁵⁶ Vgl. § 2 Abs. 6, § 27 Abs. 3, § 49 Abs. 3, § 50 Abs. 4, § 51 Abs. 3 und § 123 Abs. 2 TKG.

⁷⁵⁷ A.A. *V. Janik*, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 16.

7.1.1.2 Konkurrierende Kompetenz für Wirtschaft und kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht

Nach Art. 74 Nr. 16 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Nach Art. 74 Nr. 11 GG steht ihm zudem die Kompetenz für die allgemeine Wirtschaftsregulierung zu. In dieser Zuständigkeit hat der Bund unter anderem das GWB erlassen, aus dem sich auch für die Plattformregulierung einige Folgen ergeben.⁷⁵⁸

Für die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern gilt das zum Telekommunikationsrecht Gesagte entsprechend: Das durch Bundesgesetze bestimmte Wirtschaftsrecht hat einen anderen Schutzzweck als die medienrechtliche Plattformregulierung. Schon deshalb begründen die Kompetenzen für das Wirtschafts- und Kartellrecht zwar eigene Kompetenzen des Bundes, verdrängen aber die Kompetenz der Länder nicht. Kommt es tatbestandlich zu einer Konkurrenz der Vorschriften des Wettbewerbsrechts und der Plattformregulierung, gilt auch hier zwar der Vorrang des Bundesrechts, gleichzeitig aber auch die Pflicht zum länderfreundlichen Verhalten.⁷⁵⁹

7.1.1.3 Kompetenz für Urheberrecht

Auch im Urheberrecht sind einige Normen enthalten, die sich auf den Plattformbereich beziehen. Das gilt speziell für die Vorschriften zur Kabelweitersendung in § 20b und § 87 UrhG. Diese Vorschriften verpflichten Kabelnetzbetreiber zur Zahlung von Lizenzgebühren und Programmveranstalter, ihre Programme den Kabelnetzbetreibern zur Weitersendung zu überlassen.⁷⁶⁰ Geregelt werden auch die entgeltlichen Modalitäten der Überlassung.⁷⁶¹

⁷⁵⁸ Siehe zum Verhältnis zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern ab S. 341, speziell zu Einflüssen auf die Entgeltgestaltung ab S. 391, zu kartellrechtlichen „Must Offer“-Zwängen ab S. 433.

⁷⁵⁹ Zur Anwendbarkeit des Kartellrechts BGH GRUR 1990, 702, 703 f. – *Sportübertragungen*; BGH GRUR 2007, 347, 348 – *Radio TON*; für eine „Anwendbarkeitskompetenz des Medienrechts“ Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 37; für einen Vorrang des Kartellrechts Stettner ZUM 1991, 441, 451; allgemein vgl. auch Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehtz, 235.

⁷⁶⁰ Siehe dazu ab S. 323.

⁷⁶¹ Siehe dazu ab S. 386.

Zwischen diesen urheberrechtlichen Normen und ihren medienrechtlichen Pendanten (§ 52a Abs. 3, § 52d RStV) ergeben sich unmittelbare Parallelen, so dass sich auch hier die Konkurrenzfrage stellt. Hier ist ebenfalls das Urheberrecht, das Bundesrecht ist, formal gesehen vorrangig (Art. 31 GG), es gilt aber ebenso der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens.

Das Ergebnis ist damit letztlich in der Auslegung der betroffenen Normen zu suchen. Für die Auslegung der *urheberrechtlichen* Bestimmungen muss gelten, dass diese so länderfreundlich wie möglich umzusetzen sind – für die Vorschriften des *Medienrechts* gilt das entsprechende.

7.1.2 Plattformregeln als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit

Das Rundfunkrecht wird beherrscht durch den durch das BVerfG aus Art. 5 GG hergeleiteten Rundfunkauftrag. Dieser hat auch für die Existenz und Auslegung der Plattformregulierung große Bedeutung.

7.1.2.1 Grundsätzlich zum Ausgestaltungsauftrag

Das BVerfG geht davon aus, dass im Rundfunkbereich aus verschiedenen Gründen eine „Sondersituation“ bestehe, die den Rundfunk besonders regulierungsbedürftig mache.⁷⁶² Anfänglich begründete das BVerfG dies mit der damals noch herrschenden Frequenzknappheit und hohen Markteintrittsbarrieren.⁷⁶³ Nunmehr begründet das BVerfG die Sondersituation aber auch über eine Reihe weiterer Argumente, u.a. auch mit der Existenz von Plattformbetreibern.⁷⁶⁴ Hieraus abgeleitet legt das BVerfG die Rundfunkfreiheit in ständiger Rechtsprechung als „dienende Freiheit“ aus:⁷⁶⁵ Die Gesetzgeber hätten die Pflicht, im Rahmen einer „positiven Ordnung“ sicherzustellen, dass „die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und dass

⁷⁶² Zusammenfassend BVerfGE 119, 181, 214 ff. – *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*.

⁷⁶³ Zusammenfassend *Dierking/S. Möller* MMR 2007, 426, 428.

⁷⁶⁴ Unter Hinweis auf „Konzentrationstendenzen“ BVerfGE 119, 181, 216 f. – *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*; ähnlich BVerfG v. 25.3.2014, Az. 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11, Rn. 36 – *ZDF-Staatsvertrag*; siehe auch *Brocker*, Beaufsichtigung Internet-basierter Medien, 7; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 180.

⁷⁶⁵ Zum Bezug zu Must-Carry-Regeln vgl. *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehtz, 81 ff.; *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 74 ff.

auf diese Weise umfassende Information geboten wird“.⁷⁶⁶ Um dies zu erreichen, seien „materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen erforderlich, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und deshalb geeignet sind zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will.“⁷⁶⁷

Die Rundfunkfreiheit hat demnach als *individuelle Abwehrfreiheit* nur eine untergeordnete Bedeutung. Vielmehr soll dieses Grundrecht den Staat *verpflichten*, bestimmte Aufgaben zu erfüllen, die das BVerfG aus der Rundfunkfreiheit herleitet. Diese Aufgaben werden unter dem Begriff „Ausgestaltungsauftrag“ zusammengefasst und mit einer Vielzahl unterschiedlicher Einzelaufgaben verknüpft.⁷⁶⁸

7.1.2.2 Regulierungsbedürftigkeit von Plattformanbietern

Der Ausgestaltungsauftrag, wie ihn das BVerfG abstrakt formuliert hat, verlangt insbesondere, „Beeinträchtigungen oder Fehlentwicklungen“ für die „freie, umfassende und wahrheitsgemäße Meinungsbildung“ zu vermeiden. Der Staat soll sicherstellen, „dass der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird, dass die in Betracht kommenden gesellschaftlichen Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen und dass die Freiheit der Berichterstattung unangetastet bleibt.“⁷⁶⁹ Der Staat ist also grundsätzlich in der Pflicht, die Rundfunkvielfalt zu sichern – auch bei der Nutzung der Verbreitungswege.⁷⁷⁰ Das BVerfG hat diese Anforderung in verschiedener Hinsicht konkretisiert.

Die *frühe* Rechtsprechung des BVerfG baut noch auf der Überlegung auf, dass die Verbreitungswege entweder hoheitlich *betrieben* werden oder dass der Staat die Rundfunkfrequenzen bzw. Kabelkanäle zumindest *vergibt*. Daraus hat das BVerfG schon in der *Niedersachsen*-Entscheidung eine unmittelbare Verantwortung des Staates abgeleitet: Die „Freigabe der Einspeisung“

⁷⁶⁶ Statt vieler BVerfG v. 25.3.2014, Az. 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11, Rn. 34 ff. – *ZDF-Staatsvertrag*; Ruck AöR 1992, 534, 545.

⁷⁶⁷ BVerfGE 57, 295, 320 – *FRAG*.

⁷⁶⁸ Vgl. nur Schüller, Die Auftragsdefinition für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach dem 7. und 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag; Ritlewski, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk; Wolf, Der Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks; Hesse, Rundfunkrecht, 59 ff.; Klaes ZUM 2009, 135; Schulz MP 2008, 158.

⁷⁶⁹ BVerfGE 57, 295, 322 – *FRAG*.

⁷⁷⁰ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 84; Binder, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 50 Rn. 9 ff.

begründe die Verantwortung des Staates auch für die weitergesendeten Programme.⁷⁷¹

Die Rahmenbedingungen dieser Rechtsprechung haben sich mittlerweile geändert. Die Netze sind (u.a. aufgrund von Art. 87f GG) privatisiert, die Verbreitung von Rundfunk spätestens seit der Privatisierung der Netze grundsätzlich Privatsache der Netzbetreiber.⁷⁷² An der Regulierungsbedürftigkeit der Verbreitungswege hat sich aus Sicht des BVerfG dadurch allerdings nichts geändert.⁷⁷³ Das BVerfG greift nunmehr aber auf andere Argumentationslinien zurück.

Schon in seiner Entscheidung zur *Kurzberichterstattung* hat das BVerfG klargestellt, dass der Ausgestaltungsauftrag nicht nur die Veranstaltung von Rundfunk erfasst, sondern auch die „Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht“, insbesondere „ausreichende Maßnahmen gegen Informationsmonopole“.⁷⁷⁴ In seiner Entscheidung zum *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag* bezieht das BVerfG dies dann ausdrücklich auch auf Plattformanbieter:

*„Gefährdungen der Erreichung des der Rundfunkordnung insgesamt verfassungsrechtlich vorgegebenen Vielfaltziels entstehen auch infolge der Entwicklung der Medienmärkte [...]. Rundfunk wird nicht nur durch herkömmlich ausgerichtete Medienunternehmen veranstaltet und verbreitet. [...] Auch engagieren sich **Telekommunikationsunternehmen als Betreiber von Plattformen für Rundfunkprogramme**. [...] Auch wegen der mit der Konzentration im Rundfunk verbundenen Risiken einer einseitigen Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung hat das Bundesverfassungsgericht Vorkehrungen zum*

⁷⁷¹ BVerfGE 73, 118, 199 - *Niedersachsen*; ähnlich auch BVerfGE 83, 238, 322 - *WDR*.

⁷⁷² *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 86.

⁷⁷³ *Thomaschki/Krakies* ZUM 1995, 368; *Dörr* ZUM 2013, 81, 100; *Spoerr/Luczak* ZUM 2010, 553, 557.

⁷⁷⁴ BVerfGE 97, 228, 258 - *Kurzberichterstattung*; insoweit zuletzt bestätigt durch EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, Rn. 51 ff. - *Sky Österreich*.

Schutz der publizistischen Vielfalt als geboten angesehen [...] und hinzugefügt, dass einmal eingetretene Fehlentwicklungen sich – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen lassen [...].“⁷⁷⁵

Demnach lässt sich festhalten: Dem Staat kommt auch laut der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG die verfassungsrechtliche Aufgabe zu, die Rundfunkvielfalt bei der Verbreitung zu sichern – und zwar auch gegenüber den privaten Betreibern der Verbreitungsnetze.

In der Einschätzung, dass Plattformbetreiber die Bildung von „Informationsmonopolen“ begünstigen können, ist dem BVerfG zuzustimmen. Plattformbetreiber nehmen, wie in den vorigen Kapiteln gezeigt wurde, für die Rundfunkvielfalt zunehmend eine zentrale Rolle ein.⁷⁷⁶ Plattformbetreiber sind zudem Rundfunkveranstaltern in wesentlichen Aspekten vergleichbar:⁷⁷⁷ Wie ein Programmveranstalter aggregiert ein Plattformanbieter Inhalte von Dritten und bringt sie in eine Form, die vom Rezipienten als Einheit wahrgenommen wird.⁷⁷⁸ Auch bei einem Plattformangebot handelt es sich um eine Zusammenstellung von Inhalten, denen besondere Aktualität, Suggestivkraft und Breitenwirkung zugeschrieben wird.⁷⁷⁹ Ebenso wie ein Programmveranstalter hat auch ein Plattformanbieter Einfluss darauf, welche Inhalte von den Rezipienten wahrgenommen werden.⁷⁸⁰ Damit trifft ihn eine „inhaltliche Verantwortung für das Endprodukt“.⁷⁸¹

⁷⁷⁵ BVerfGE 119, 181, 216 f. – *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*; jüngst bestätigt durch ähnlich BVerfG v. 25.3.2014, Az. 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11, Rn. 36 – *ZDF-Staatsvertrag*.

⁷⁷⁶ Statt vieler *Gummer*, in: BeckOK InfoMedienR, § 52 Rn. 2; *Steinert*, Die Offenhaltung der Medienordnung, 42; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 182; *Holznapel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 2; *Weisser/Glas* ZUM 2009, 914, 915; *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 3.

⁷⁷⁷ *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, 240; vgl. auch *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz, 115 ff; *Bauer*, Netz und Nutzung, 95 f.

⁷⁷⁸ *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 71; *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 149.

⁷⁷⁹ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 180; *Broemel* ZUM 2012, 866, 873.

⁷⁸⁰ *Holznapel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 2, sprechen von „Vielfaltsrelevanz“.

⁷⁸¹ *Ricke* MMR 2011, 642, 644; *BayVG* ZUM-RD 2013, 28, 32.

Plattformanbieter werden häufig als „Gatekeeper“ bezeichnet.⁷⁸² Das Wort „Gatekeeper“ zeichnet das Bild eines Menschen, der ein Tor bewacht: Jede Person, die etwas hindurch bringen will, muss sich den Anweisungen des Gatekeepers fügen. Diese bildhafte Beschreibung verdeutlicht, dass Plattformbetreiber aus Sicht der Rundfunkveranstalter und der Rezipienten jeweils eine *notwendige Durchgangsstation* kontrollieren. Will der Plattformbetreiber bestimmte Zuschauergruppen erreichen, ist er häufig auf die Zugangsvermittlung eines bestimmten Plattformanbieters angewiesen. Und will ein Zuschauer Fernsehprogramme nutzen, ist häufig sein einziger Bezugsweg das Angebot eines bestimmten Plattformbetreibers. Die dem Staat zugewiesene Aufgabe der „Gewährleistung eines Maßstabs gleichgewichtiger Vielfalt“ gilt deshalb zumindest bei Gatekeepern auch für das jeweilige „Übertragungssystem“.⁷⁸³ Die Plattformregulierung als Regulierung von „Gatekeepern“ kann sich damit nicht nur auf Interessen der Rundfunkfreiheit stützen; sie ist auch *unverzichtbarer* Teil des Ausgestaltungsauftrags der Gesetzgeber.⁷⁸⁴

Und auch wenn Plattformbetreiber *keine* „Gatekeeper“-Position besetzen, ist ihr Handeln noch vielfaltsrelevant.⁷⁸⁵ Denn Plattformbetreiber beeinflussen die Auswahlentscheidung ihrer Kunden, indem sie bestimmte Programme miteinander bündeln oder sie innerhalb bestimmter Kategorien vermarkten.⁷⁸⁶ Weil dies die Chancengleichheit der Programmveranstalter einschränkt, muss die Vielfaltsregulierung möglichen Verzerrungen der kommunikativen Chancen der einzelnen Programmveranstalter entgegenwirken.⁷⁸⁷

Damit lässt sich als Zwischenergebnis ableiten, dass ein Aggregator/Verbreiter aus verfassungsrechtlicher Sicht umso regulierungsbedürftiger wird, desto mehr er Einfluss auf *Art und Inhalt* der

⁷⁸² Statt vieler Gummer, in: BeckOK InfoMedienR, § 52 Rn. 2; Weisser/Glas ZUM 2009, 914, 915; Marek, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 3; Hoeren/Neurauter, IPTV, 157 f.

⁷⁸³ Thomaschki/Krakies ZUM 1995, 368, 374; ähnlich OVG Bremen K&R 2000, 43, 45; Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 114 ff.; a.A. für Breitbandkabelnetze Bauer, Netz und Nutzung, 68 ff.

⁷⁸⁴ Dörr ZUM 2013, 81, 97; Hoffmann-Riem, Neue Gesellschaft 1977, 586, 588; VG Berlin ZUM-RD 2002, 506, 508; vgl. auch Wille ZUM 2002, 261, 262.

⁷⁸⁵ Dies kommt vor, wenn Programmveranstalter und Rezipienten alternative Bezugswege haben, siehe zu „Multihoming“ ab S. 122.

⁷⁸⁶ Yurukoglu, Bundling and vertical relationships in multichannel television, 32.

⁷⁸⁷ Allgemein zum „Dazwischentreten Dritter“ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 179.

Programme und auf deren *Wahrnehmung* auf Rezipientenseite hat.⁷⁸⁸ Je eher dies vorliegt, wird auch ein Plattformanbieter zum „Medium und Faktor“ der öffentlichen Meinungsbildung.⁷⁸⁹

Ein Aggregator/Verbreiter hat umso eher mehr Einfluss, als er eine eigene Beziehung zum Endkunden unterhält, denn daraus ergibt sich die Möglichkeit, die Rezipienten direkt zu beeinflussen.⁷⁹⁰ Häufig liegt im Zugang zum Endkunden auch der „Flaschenhals“, der den Aggregator/Verbreiter in die (Macht-) Position bringt, Rezipienten und Programmveranstaltern bestimmte Vorgaben machen zu können.⁷⁹¹ Eine solche Kontrolle des Zugangs zum Endkunden kann auf verschiedene Sachverhalte zurückgehen, z.B. auf den Betrieb eines Conditional Access-Systems,⁷⁹² die physische Kontrolle über die Anschlussleitung zum Kunden oder die Kontrolle über die Endgeräte.⁷⁹³ Diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch über elektronische Programmzeitschriften.⁷⁹⁴ Auch aus Netzwerkeffekten und der daraus folgenden „Holdup“-Situation kann sich eine regulierungsbedürftige Machtposition ergeben.⁷⁹⁵

Anbieter von Rundfunkplattformen lassen sich damit aus Sicht des Verfassungsrechts als „dritte Kraft“ einstufen, deren Überwachung etwas schwächer ausfallen darf als die der Rundfunkveranstalter, aber stärker ausfallen muss als bei rein technischen TK-Dienstleistern.⁷⁹⁶ Die Rundfunkfreiheit verlangt aber doch im Sinn der Rechtsprechung des BVerfG ein „Mindestmaß“⁷⁹⁷ an Aufsicht.

⁷⁸⁸ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 161; Schütz MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 2021.

⁷⁸⁹ Ricke, IPTV und Mobile TV, 183.

⁷⁹⁰ Steinert, Die Offenhaltung der Medienordnung, 42.

⁷⁹¹ Das „Drohpotential“ einer solchen Machtposition reicht von einer Benachteiligung beim Multiplexen, bei der Nutzung von Conditional Access-Systemen oder bei der Vergabe von Programmplätzen bis hin zur Nicht-Einspeisung. Vgl. Ricke, IPTV und Mobile TV, 182 m.w.N.

⁷⁹² Christmann ZUM 2009, 7, 10.

⁷⁹³ Schütz/Schreiber MMR 2012, 659; Ricke, IPTV und Mobile TV, 182. Siehe dazu auch noch die Vorüberlegungen zur Teleologie der Plattformregulierung ab S. 232.

⁷⁹⁴ Steinert, Die Offenhaltung der Medienordnung, 36.

⁷⁹⁵ So auch Ladeur MMR 1999, 266, 269.

⁷⁹⁶ Ricke, IPTV und Mobile TV, 268; BayVGZUM 2006, 495, 32.

⁷⁹⁷ BVerfGE 57, 295, 325 - FRAG.

7.1.2.3 Konzept der kommunikativen Chancengerechtigkeit

Speziell im Verhältnis zwischen privaten Rundfunkveranstaltern zählt zur Aufgabe der Gesetzgeber auch die Gewährleistung von *Chancengleichheit*. Gemeint ist hier nicht Chancengleichheit im Wirtschaftswettbewerb, sondern das spezifische Konzept der kommunikativen Chancengleichheit⁷⁹⁸ bzw. *Chancengerechtigkeit*.⁷⁹⁹

Das Konzept der kommunikativen Chancengerechtigkeit wird häufig mit der Überlegung in Verbindung gebracht, es gebe einen „Meinungswettbewerb“, der von anderen Formen des Wettbewerbs abzugrenzen sei.⁸⁰⁰ Im Meinungswettbewerb konkurrierten die Teilnehmer nicht um wirtschaftlichen Erfolg, sondern quasi um den *Meinungserfolg*, d.h. die Durchsetzung der eigenen Auffassung im Wahlvolk.⁸⁰¹ Aus dieser Überlegung leitet das Konzept eine Art „Primat des Meinungswettbewerbs“ her. Die Entscheidung darüber, wer im Meinungswettbewerb Erfolg hat, solle sich ausschließlich nach *kommunikativen* Kriterien entscheiden, also z.B. nach der Qualität der Argumente, der Persistenz, mit der sie vorgetragen werden oder der rhetorischen Fähigkeit der Wettbewerbsteilnehmer.⁸⁰² Aus Sicht der kommunikativen Chancengerechtigkeit sind also Effekte, die für den kommunikativen Erfolg der Akteure eine Rolle spielen, ohne „kommunikativ begründet“ zu sein, *wettbewerbsbeschränkende* Faktoren.⁸⁰³

Auch wenn dieses Konzept in vielerlei Hinsicht zutreffend ist, so würde es doch zu kurz greifen, den gesellschaftlichen Kommunikationsprozess mit einem „Wettbewerb“ gleichzusetzen.⁸⁰⁴ Zwar hat der Prozess der Meinungsbildung, der als Vorstufe der demokratischen Entscheidung des Volkssouveräns immens wichtig ist,⁸⁰⁵ gewisse Merkmale von Konkurrenz: Im gesellschaftlichen Diskurs ringen verschiedene Sichtweisen, Thesen oder

⁷⁹⁸ Steinert, Die Offenhaltung der Medienordnung, 11; Hoffmann-Riem, Neue Gesellschaft 1977, 586; Hoffmann-Riem, Wandel der Medienordnung, 297 ff.

⁷⁹⁹ Schulz/Kühlers, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 11; Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 53 Rn. 12; Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 12.

⁸⁰⁰ Vgl. die Rechtsprechungshinweise bei Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 12.

⁸⁰¹ BVerfGE 119, 181, 214 ff. – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

⁸⁰² Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 12.

⁸⁰³ Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 14; R. Keller, Wissenssoziologische Diskursanalyse, 110 f.

⁸⁰⁴ Kops, Publizistische Vielfalt als Public Value, 28.

⁸⁰⁵ Zusammenfassend Schmitt-Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band III, § 38.

Meinungen um Anerkennung im Wahlvolk, und über das System der Wahlen und Abstimmungen werden diese Sichtweisen mit Personen und Institutionen verknüpft, die dann aus Wahlentscheidungen als „Gewinner“ oder „Verlierer“ hervorgehen.⁸⁰⁶ Dennoch ist der gesamtgesellschaftliche Kommunikationsprozess kein „Wettbewerb“ im engeren Sinne. Sichtweisen, Thesen oder Meinungen sind keine ökonomischen Güter. Insbesondere stehen sie – anders als ökonomische Produkte – nicht automatisch in Konkurrenz. Ein Bürger kann durchaus Anhänger verschiedener Thesen sein, solange diese sich nicht inhaltlich widersprechen.⁸⁰⁷ Thesen und Meinungen stehen zueinander häufig nicht komplementär, sondern ergänzen sich gegenseitig oder bauen aufeinander auf.⁸⁰⁸ Ein Diskurs⁸⁰⁹ wird regelmäßig auch nicht zu optimalen Ergebnissen führen, wenn nur *eine* der vertretenen Ausgangsthesen „gewinnt“, d.h. sich vollständig durchsetzt. Im Gegenteil führt ein Diskurs idealerweise dazu, dass die Diskursteilnehmer die Schwächen ihrer jeweiligen Ausgangsthesen erkennen und ihre Sichtweisen aneinander angleichen. Im Idealfall steht am Ende des Diskurses also nicht eine einzelne These als „Gewinner“, sondern eine *Synthese*, in der sich die richtigen Seiten *aller* Ursprungsthesen wiederfinden.⁸¹⁰

Ein Diskurs kann außerdem nur dann zu einem aus demokratietheoretischer Sicht erfolgreichen Ergebnis führen, wenn sich seine Teilnehmer rational an einem gemeinsamen verbindlichen Ziel ausrichten (z.B. der Wahrheitsermittlung).⁸¹¹ Entsprechend hat ein Diskurs also keine „Gewinner“ oder „Verlierer“, sondern alle Diskursteilnehmer sind *gemeinsam* erfolgreich, wenn der Diskurs zum gewünschten Ergebnis geführt hat.⁸¹² Insofern ist der Begriff „Meinungswettbewerb“ irreführend; eher sollte von einem „Prozess der Kommunikation“⁸¹³ oder von der „demokratischen Meinungs- und

⁸⁰⁶ Meyer, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band III, § 45 Rn. 12 ff.

⁸⁰⁷ Dies gilt zumindest für eine hypothetische, optimal funktionierende Diskursumgebung. In der Praxis ist es offensichtlich für viele Debatteilnehmer kein Problem, auch Auffassungen zu vertreten, die in sich widersprüchlich sind.

⁸⁰⁸ Ähnlich Wielsch, Zugangsregeln, 31.

⁸⁰⁹ Zum Begriff R. Keller, Wissenssoziologische Diskursanalyse, 99 ff.

⁸¹⁰ Statt vieler S. Müller, Aspekte der Dialektik in den Sozialwissenschaften, 13 ff.

⁸¹¹ Zur demokratietheoretischen Sicht siehe M. Schmidt, Demokratietheorien, 240 ff.; zu den verschiedenen Diskurstheorien siehe insbesondere Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1, 34 ff.; Foucault, Die Ordnung des Diskurses; zusammenfassend R. Keller, Wissenssoziologische Diskursanalyse, 99 f.; R. Keller, Diskursforschung, 43 ff.; auch zur Kritik Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 100 ff.

⁸¹² Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 146.

⁸¹³ So BVerfGE 90, 60, 87 – Kabelgroschen.

Willensbildung“⁸¹⁴ gesprochen werden. In dieser Arbeit wird – die oben dargestellten Zusammenhänge zusammenfassend – vom demokratischen bzw. vom gesellschaftlichen Diskurs gesprochen.

Demnach kann sich aus dem Konzept der kommunikativen Chancengerechtigkeit kein absolutes „Primat des Meinungswettbewerbs“ ergeben – wohl aber die Pflicht, einen Rahmen vorzugeben, in dem sich der demokratische Diskurs möglichst optimal entfalten kann.⁸¹⁵ Dazu gehört z.B. die Gewährleistung der prinzipiellen Möglichkeit, zu chancengleichen Bedingungen am Kommunikationsprozess teilzunehmen.⁸¹⁶ Der Staat muss auch die „Besitzordnung“ so gestalten, dass eine allgemeine kommunikative Teilhabe möglich bleibt.⁸¹⁷ Dabei spricht viel dafür, die hoheitlichen Gestaltungsmittel zu nutzen, um „kommunikationsbezogene – nicht ökonomisch begründete Kriterien“ möglichst zum Maßstab des kommunikativen Erfolgs der Diskursteilnehmer zu machen.⁸¹⁸ Ökonomische oder technisch begründete Unterschiede im Wettbewerb sollten auf die kommunikativen Erfolgchancen demnach möglichst wenig Einfluss haben.⁸¹⁹

Aus dem Gesagten folgt, dass eine Modellbetrachtung des öffentlichen Diskurses, die sich an Erkenntnissen zum ökonomischen Wettbewerb orientiert, zwar durchaus bereichernd sein kann. Die Regulierung sollte aber die *Komplexität* des demokratischen Diskurses nicht ausblenden. Ziel der rundfunkrechtlichen Vielfaltsregulierung ist es weder, den ökonomischen Wettbewerb herzustellen, noch einen analogen „Meinungswettbewerb“. Ziel ist die *Gewährleistung einer optimalen Umgebung für einen gesellschaftlichen demokratischen Diskurs, der der Wertordnung des Grundgesetzes gerecht wird*.⁸²⁰ Dies ist ein Diskurs, der einen optimalen gesellschaftlichen Meinungsaustausch im demokratischen Staat ermöglicht, und zwar im Sinn der Grundrechte und Staatszielbestimmungen der Verfassung.

⁸¹⁴ So Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 146.

⁸¹⁵ Schulz ebd., 157 ff.

⁸¹⁶ Schulz ebd., 158 und 168 ff.

⁸¹⁷ Schulz ebd., 157.

⁸¹⁸ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 186 f.; Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 12.

⁸¹⁹ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 187.

⁸²⁰ Vgl. auch v. Herget, Rundfunk und Grundgesetz, 165 ff.; Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 100 ff.

Für den Bereich der *Plattformregulierung* ergibt sich, dass Plattformanbieter in einer Art Doppelrolle sind:

- Einerseits sind sie als potentiell meinungsmächtige Akteure, die häufig auch Anreiz zum Machtmissbrauch haben, regulierungsbedürftig.⁸²¹ Auch wenn ein Plattformbetreiber aus Sicht der *ökonomischen* Theorie ein Verhalten zeigt, das erwünscht ist,⁸²² kann sein Handeln aus Sicht der *kommunikativen Chancengleichheit* dennoch wettbewerbsbeschränkend sein.⁸²³ Ein Plattformbetreiber muss sich daher den Regeln der Plattformregulierung unterwerfen, die die kommunikative Chancengerechtigkeit sichern.⁸²⁴
- Andererseits sind Plattformanbieter aber auch „Katalysatoren“ des Kommunikationsprozesses, indem sie Rundfunkprogramme bündeln, neu arrangieren, einige ausfiltern und andere privilegieren.⁸²⁵ In dieser Funktion üben sie für den Diskurs eine wichtige Funktion aus und sind insofern selbst schutzbedürftig.⁸²⁶ Sie sind deshalb auch selbst Träger der Rundfunkfreiheit.⁸²⁷

Im Ergebnis bestehen also bei der Plattformregulierung zwei gegenläufige Interessen, die sich schlagwortartig unter den Begriffen „Neutralitätsgewährleistung“ und „Tendenzschutz“ zusammenfassen lassen.⁸²⁸ Zwischen diesen müssen die Gesetzgeber eine Abwägung finden, die der kommunikativen Chancengerechtigkeit gerecht wird.⁸²⁹ Im Ergebnis heißt dies: Alle Programme (auch solche, die nicht zur besonders geschützten Grundversorgung gehören) müssen – unabhängig von ihrer ökonomischen Stärke – zumindest eine grundsätzliche, gleichberechtigte Chance zur Nutzung der jeweiligen Plattform haben.⁸³⁰ Dies kann aber nicht so weit

⁸²¹ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 189.

⁸²² Siehe dazu Kapitel 5, insbesondere ab S. 115.

⁸²³ Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 18.

⁸²⁴ Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz, 97 f.; Hoffmann-Riem, Neue Gesellschaft 1977, 586, 588; Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 12.

⁸²⁵ In dieser Rolle entsprechen sie anderen „Mediären“, wie z.B. Verlagen, Rundfunksendern oder dem Presse-Grosso-System. Siehe zum Vergleich solcher Informationsmittler ab S. 133.

⁸²⁶ Allgemein zu „Medien“ Schmitt-Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band III, § 38 Rn. 53.

⁸²⁷ Siehe dazu ab S. 171.

⁸²⁸ Siehe dazu ausführlich ab S. 134.

⁸²⁹ Zur Ausgestaltungspflicht als Ergebnis der kommunikativen Chancengerechtigkeit Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 181.

⁸³⁰ Thomaschki/Krakies ZUM 1995, 368, 376 ff.; Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 186 f.

reichen, dass dem Plattformanbieter jede Möglichkeit abgeschnitten wird, als eigener Akteur „meinungsbildend“ am Diskurs teilzunehmen. Eine Verpflichtung von Plattformanbietern auf einen *vollständig* hoheitlich definierten Vielfaltsmaßstab wäre also unzulässig.

Die §§ 52 ff. RStV folgen diesen Vorgaben. Einerseits gewährleistet § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV durch den Transport der öffentlich-rechtlichen Programme die Grundversorgung und unterstützt das Prinzip staatlich gewährleisteter Binnenpluralität. Für die privaten Programme sichert § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV im Can Carry-Abschnitt zumindest ein Mindestmaß an Zugangschancengerechtigkeit, das sich nicht an ökonomischen Kriterien orientiert. Auch § 52c und § 52d RStV verpflichten die Plattformanbieter zu (kommunikativ) „chancengleicher“ Konditionengestaltung.

7.1.2.4 Plattformregulierung als Vielfaltsregulierung

Wie bereits ausgeführt, hat der Staat verfassungsrechtlich die Aufgabe, im Rundfunk für einen „Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt“ zu sorgen. Er muss deshalb durch „geeignete Vorkehrungen“ gewährleisten, „dass das Gesamtangebot der inländischen Programme der bestehenden Meinungsvielfalt auch tatsächlich im Wesentlichen entspricht“. ⁸³¹

Dazu muss er insbesondere für eine gleichberechtigte, an Vielfaltsgesichtspunkten orientierte Verteilung der „zur Verfügung stehenden Verbreitungsmöglichkeiten“ sorgen. ⁸³² Er soll sicherstellen, dass der Rundfunk als das „moderne Instrument der Meinungsbildung weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird“. ⁸³³ Er muss also *Verzerrungen* der Meinungsvielfalt entgegenwirken und kommunikative Chancengleichheit gewährleisten. ⁸³⁴

Für die Regulierung der Verbreitungswege lässt sich daraus herleiten, dass der Staat in mehrerer Hinsicht in der Pflicht steht. Da er verhindern muss, dass der Rundfunk den Betreibern der Verbreitungswege „ausgeliefert“ wird,

⁸³¹ BVerfGE 73, 118, 153 – *Niedersachsen*.

⁸³² BVerfGE 57, 295, 327 – *FRAG*; *Gersdorf* ZUM 1995, 841, 844; *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 32 f.

⁸³³ BVerfGE 12, 205, 262 – *Deutschland-Fernsehen*; BVerfGE 57, 295, 325 – *FRAG*.

⁸³⁴ Dazu noch ausführlich ab S. 152.

muss er einem unstatthaften Einfluss der Betreiber dieser Verbreitungswege möglichst entgegenwirken⁸³⁵ – er muss diese *offen halten*.⁸³⁶

Insbesondere muss die Regulierung verhindern, dass Gatekeeper aus *ökonomischen* Interessen den Zugang der Rezipienten zu den Programmen einschränken:⁸³⁷ „Trotz ausreichender Kapazitäten besteht nämlich die Gefahr, dass sich der [Plattformanbieter] weigert, bestimmte, für die Meinungsvielfalt wichtige Programme überhaupt [...] einzuspeisen oder die Einspeisung bzw. Weitersendung von Bedingungen, namentlich von der Zahlung von Entgelten, abhängig macht.“⁸³⁸ An dieser Stelle kann ökonomisches Kalkül zu einer Bedrohung der Rundfunkvielfalt werden; entsprechend ist mit Mitteln des Medienrechts entgegenzuwirken.⁸³⁹

Des Weiteren leitet das BVerfG aus der Rundfunkfreiheit auch den *öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrag* ab.⁸⁴⁰ Daraus folgt auch die Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlichen Rundfunks.⁸⁴¹ Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben den Auftrag, die Bevölkerung mit Rundfunkprogrammen zu versorgen, die der politischen und allgemeinen Meinungsbildung, der Unterhaltung und der Informationsversorgung dienen.⁸⁴² Dieser Funktionsauftrag umfasst nicht nur die Produktion von Inhalten, sondern auch deren Verbreitung. Der Staat muss sicherstellen, dass die zur Grundversorgung zählenden Programme⁸⁴³ die Rezipienten auch

⁸³⁵ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 26 f.; Ladeur K&R 2001, 496, 500; Hoffmann-Riem, Neue Gesellschaft 1977, 586, 588 ff.

⁸³⁶ Hoffmann-Riem, Neue Gesellschaft 1977, 586, 588; Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 75; Libertus K&R 1999, 259, 264.

⁸³⁷ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 105 ff.

⁸³⁸ Dörr ZUM 2013, 81, 102; ähnlich OVG Bremen K&R 2000, 43, 45

⁸³⁹ Ladeur K&R 2001, 496, 498; Irion/Schirmbacher CR 2002, 61, 64; Wille et al., in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 51b Rn. 15.

⁸⁴⁰ BVerfGE 83, 238, 320 – WDR.

⁸⁴¹ Selmer, Bestands- und Entwicklungsgarantien für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 106.

⁸⁴² BVerfGE 73, 118, 158 – Niedersachsen.

⁸⁴³ Teils wird vertreten, dass einzelne Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht zur „Grundversorgung“, sondern lediglich dem „Funktionsauftrag“ zugeordnet seien, weshalb sie aus verfassungsrechtlicher Sicht keinen „Anspruch“ auf vorrangige Behandlung gegenüber den privaten Rundfunkprogrammen hätten (Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 33; Bauer, Netz und Nutzung, 181 f.; Degenhart, in: BK GG, Art. 5 Rn. 748 f.; dies andenkend auch Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 5 f.; Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 27). Dem ist insofern zu folgen, als theoretisch denkbar ist, dass bestimmte Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in bestimmten Fällen nicht zur Grundversorgung zählen, z.B. die Dritten Programme außerhalb ihrer jeweils intendierten Gebiete. Davon abgesehen lässt sich eine Aufteilung in „Grundversorgungs“- und „Nicht-Grundversorgungs“-Programme nach der hier vertretenen

erreichen.⁸⁴⁴ Das BVerfG verlangt insofern für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk „eine Übertragungstechnik, bei der ein Empfang der Sendungen für alle sichergestellt ist“.⁸⁴⁵

Aus dem Vorgesagten ergeben sich unmittelbare Verpflichtungen gegenüber Programmveranstaltern:

- Bezüglich der *öffentlich-rechtlichen* Programme hat der Staat die Pflicht sicherzustellen, dass diese ihre Rezipienten auch tatsächlich erreichen.⁸⁴⁶ Denn der Staat muss den Zugriff der Bürger auf diese Programme gewährleisten.⁸⁴⁷ Dies folgt daraus, dass diese Programme die Grundversorgung garantieren; hierfür sind sie unverzichtbar.⁸⁴⁸

Die öffentlich-rechtlichen Programme sind außerdem aus Mitteln der Allgemeinheit finanziert; es spricht auch deshalb einiges dafür, mit gesetzgeberischen Mitteln sicherzustellen, dass die Programme der Allgemeinheit zur Verfügung stehen.⁸⁴⁹ Die Gesetzgeber müssen daher gewährleisten, dass Plattformanbieter diese Programme anbieten.⁸⁵⁰

Ansicht aber nicht vornehmen. Insbesondere sind die öffentlich-rechtlichen Spartenprogramme ebenso Teil der Grundversorgung wie die Vollprogramme und deshalb verfassungsrechtlich zu den Programmen zu zählen, denen ein Vorrangstatus zukommt.

⁸⁴⁴ VG Berlin ZUM-RD 2002, 506, 508; *Schütz/Schreiber* MMR 2013, 544, 545.

⁸⁴⁵ BVerfGE 73, 118, 123 - *Niedersachsen*; BVerfGE 74, 297, 326 - *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*.

⁸⁴⁶ *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 21 ff.; *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 100 f.; *Dörr* ZUM 2013, 81, 81 und 97; *Schütz/Schreiber* MMR 2013, 544, 545; *Libertus K&R* 1999, 259, 264; differenzierend *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 118. ⁸⁴⁷ *Hoffmann-Riem*, Neue Gesellschaft 1977, 586, 588; *Libertus K&R* 1999, 259, 264; *Dörr* ZUM 2013, 81, 100; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 21 ff.; *Schütz/Schreiber* MMR 2013, 544, 545; VG Berlin ZUM-RD 2002, 506, 508.

⁸⁴⁸ *Dörr* ZUM 2013, 81, 97; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 26, m.w.N.; ähnlich VG Berlin ZUM-RD 2006, 202, 209.

⁸⁴⁹ So *Dörr* ZUM 2013, 81, 97; *Wille/Heckel* ZUM 1997, 240, 242 ff.; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 24; *Hoffmann-Riem*, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 32; VG Berlin ZUM-RD 2002, 506, 508. Alleine aus ihrer Beitragsfinanzierung lässt sich aber nach der hier vertretenen Ansicht ein verfassungsrechtlicher Vorrang-Status der öffentlich-rechtlichen Programme nicht ableiten (so auch *Thomaschki/Krakies* ZUM 1995, 368, 374). Letztlich ist es damit der *Grundversorgungscharakter* der öffentlich-rechtlichen Programme, der deren Vorrangstatus begründet. Wenn die Gesetzgeber die öffentlich-rechtlichen Programme aber privilegieren und sich dabei auch auf deren „Beitragsfinanzierung“ beziehen, ist das zumindest in *politischer* Hinsicht eine legitime Erwägung.

⁸⁵⁰ VG Berlin ZUM-RD 2002, 506, 508; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 21 ff.; a.A. aber für Programme, die er „nicht zur Grundversorgung im engeren Sinne“ zählt *Ladeur* K&R 2001, 496, 505.

- Den *privaten* Programmveranstaltern steht zumindest ein Recht auf chancengleichen Zugang zu. Im Fall einer hoheitlichen Kapazitätsverteilung folgt daraus die Pflicht, das Auswahlverfahren fair und chancengleich auszugestalten.⁸⁵¹ Ist die Auswahl dem Plattformanbieter überlassen, müssen die Gesetzgeber eine ungerechtfertigte Diskriminierung verhindern und ggf. einfachgesetzliche Zugangsansprüche vorsehen.⁸⁵²

7.1.3 Grundrechte der Plattformbetreiber

Im vorigen Abschnitt ging es um die *Pflicht* des Staates, die Plattformbetreiber im Sinn der Ausgestaltung der Rundfunkvielfalt zu regulieren. Dabei gerät die Plattformregulierung aber in Konflikt mit den Grundrechten der Plattformbetreiber.

7.1.3.1 Ausgestaltung versus Eingriff

Fraglich ist zunächst, ob die Plattformbetreiber aus ihren Grundrechten *überhaupt* Abwehrrechte herleiten können. Denn die Regeln der Plattformregulierung sind *Ausgestaltungsgesetze* der Rundfunkfreiheit.⁸⁵³

Die Frage ist, ob dies ausschließt, dass die §§ 52 ff. RStV (bzw. die aus ihnen abgeleiteten Vollzugsakte) gleichzeitig Grundrechtseingriffe sind.

7.1.3.1.1 Grundsätzlich zur Ausgestaltungsdogmatik

Über die Frage, ob für die Rundfunkfreiheit eine spezielle „Ausgestaltungsdogmatik“ zu nutzen ist, die sich von der herkömmlichen Eingriffsdogmatik abgrenzt, wird in der Literatur eine lebhafte Debatte geführt.⁸⁵⁴

⁸⁵¹ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 107.

⁸⁵² *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 108; *Gersdorf* ZUM 1995, 841, 844.

⁸⁵³ Auf die Ausgestaltungsponente wurde bereits eingegangen; siehe ab S. 146.

⁸⁵⁴ Vgl. insbesondere *Fink* DÖV 1992, 805; *Hain/Poth* JA 2010, 572; *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 52 ff.; *Ladeur/Gostomzyk* JuS 2002, 1145; *Ruck* AöR 1992, 534; *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, 96 ff.

Die wohl h.M. vertritt hierzu die Ansicht, die speziellen Schranken-Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG fänden auf Ausgestaltungsgesetze keine Anwendung.⁸⁵⁵ Diese Ansicht beruft sich dabei auf Rechtsprechung des BVerfG.⁸⁵⁶

So sagt das BVerfG insbesondere in der *Niedersachsen*-Entscheidung:

„Im Übrigen bedarf es bei der Beurteilung der Frage, ob das Landesrundfunkgesetz dem Landesrundfunkausschuß in zulässiger Weise Möglichkeiten einer Einflußnahme auf die Veranstalter oder deren Programme eröffnet, der Differenzierung. Bei den einschlägigen Vorschriften kann es sich um ausgestaltende Regelungen handeln, welche der Sicherung der Rundfunkfreiheit dienen und allein dienen dürfen. Diese können keinen Grundrechtseingriff enthalten, bedürfen also keiner weiteren verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Regelungen, welche die Rundfunkfreiheit beschränken, sind hingegen nur auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 2 GG oder in den Fällen einer Beschränkung der Rundfunkfreiheit unmittelbar durch die Verfassung zulässig (BVerfGE 57, 295 [321]).“⁸⁵⁷

Die wohl h.M. leitet aus dieser Äußerung des BVerfG ab, es sei eine eigene Kategorie von *Ausgestaltungsgesetzen* zu bilden, die nicht nach der normalen Grundrechtsdogmatik zu prüfen sei.⁸⁵⁸ Insbesondere entfalle das Prüfprogramm nach Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung. Folglich

⁸⁵⁵ So insbesondere Ruck AöR 1992, 534 ff.; Jarrass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 43 ff.; Cornils, Ausgestaltung der Grundrechte 96 ff.; Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 52 ff.; Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 17; Ladeur/Gostomzyk JuS 2002, 1145; Gersdorf ZUM 1995, 841, 844 f.; BayVGH ZUM-RD 2010, 102, 106 f.

⁸⁵⁶ BVerfGE 57, 295, 320 – FRAG; BVerfGE 73, 118, 166 – Niedersachsen.

⁸⁵⁷ BVerfGE 73, 118, 166 – Niedersachsen.

⁸⁵⁸ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 52. ff.; Gersdorf ZUM 1995, 841, 844 f.; Ruck AöR 1992, 534, 547.

seien auch die Schrankenvorbehalte der Grundrechte nicht anwendbar.⁸⁵⁹ Dies gelte auch für die speziellen Gesetzesvorbehalte des Art. 5 Abs. 2 GG und den Verhältnismäßigkeitsmaßstab.⁸⁶⁰

Statt einer Prüfung anhand der verfassungsrechtlichen Schranken-Schranken will die h.M. die Ausgestaltungsgesetze ausschließlich einer allgemeineren Prüfung auf ihre „Eignung“ unterziehen; dem Gesetzgeber ständen dabei Wertungs- und Einschätzungsspielräume zu, die größer seien als bei Eingriffen in subjektive Abwehrrechte.⁸⁶¹ Nur für den Fall, dass ein Gesetz bestimmte Anforderungen an die *Ausgestaltung* der Rundfunkfreiheit nicht mehr erfülle, sei es verfassungswidrig.⁸⁶²

7.1.3.1.2 Gegenansicht: Eingriffsdogmatik anwendbar

Die Gegenansicht vertritt – in unterschiedlichen Abstufungen – die Auffassung, dass die Ausgestaltungsdogmatik die Eingriffsdogmatik nicht verdrängt.⁸⁶³ Daraus leitet diese Ansicht ab, dass auch bei Gesetzen, die in „Ausgestaltung“ der Rundfunkfreiheit erlassen wurden, die allgemeinen und speziellen Grundrechtsschranken anwendbar bleiben.

Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren insbesondere mit dem Schutzgedanken der Grundrechte: Den Rechtsträgern soll der abwehrrechtliche Schutz der Grundrechte nicht verloren gehen.⁸⁶⁴ Es sei widersprüchlich, Grundrechtsträgern den Schutz ausgerechnet deshalb zu versagen, weil ihre Grundrechte „ausgestaltet“ werden sollen.⁸⁶⁵ Dies liefe dem Schutzzweck der Grundrechte zuwider.⁸⁶⁶

⁸⁵⁹ Hahn, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 28 ff.; Ladeur/Gostomzyk JuS 2002, 1145, 1147; differenzierend Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 17.

⁸⁶⁰ BayVGh ZUM-RD 2010, 102, 106 f.; Ladeur/Gostomzyk JuS 2002, 1145, 1152; Ruck AöR 1992, 534, 549 f.; Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 52 ff.

⁸⁶¹ Ruck AöR 1992, 534, 549; ähnlich auch Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 55.

⁸⁶² Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 35.

⁸⁶³ So insbesondere Fink DÖV 1992, 805, 810 ff.; Degenhart K&R 2000, 49, 51; Pestalozza NJW 1981, 2158, 2162; vgl. auch Hain JZ 2010, 939.

⁸⁶⁴ Hain JZ 2010, 939.

⁸⁶⁵ Fink DÖV 1992, 805, 811 m.w.N.; Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 10.

⁸⁶⁶ Pestalozza NJW 1981, 2158, 2162; Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 194; Fink DÖV 1992, 805, 810 ff.; vgl. auch Hain JZ 2010, 939; Degenhart K&R 2000, 49, 51.

Die Vertreter dieser Ansicht verweisen außerdem auf die parallel geltenden Grundrechte und Grundfreiheiten des Europarechts.⁸⁶⁷ Zwar erkennen sowohl der EuGH als auch der EGMR ein Recht der Mitgliedsstaaten zur „Ausgestaltung“ des Rundfunkrechts an⁸⁶⁸ – sie behandeln dabei aber dennoch Art. 10 EMRK bzw. die Dienstleistungsfreiheit als *Abwehrfreiheiten*, bringen also insbesondere die Schranken-Schranken dieser Regelungen voll zur Anwendung.⁸⁶⁹ Eine Auslegung der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 GG, die Trägern dieser Freiheit ihren abwehrrechtlichen Schutz versagt, würde somit im Schutzzumfang hinter europäischem Recht zurückbleiben.⁸⁷⁰

7.1.3.1.3 Konsequenz des Meinungsstreits für die Plattformregulierung

Da die h.M. im Bereich der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit keine der Schranken-Schranken des Art. 5 GG anwenden will, müsste sie bei konsequenter Anwendung ihrer Ansicht sogar *unverhältnismäßige* Eingriffe in Grundrechte für zulässig halten.⁸⁷¹ Auch Vertreter der h.M. wollen allerdings, soweit eine *Ausgestaltung* der Rundfunkfreiheit Rechtspositionen Dritter *beeinträchtigen* kann, in die Ausgestaltungslehre ein begrenzendes Element einbeziehen: Insofern wird vertreten, eine Ausgestaltungsnorm sei auch dann mit der Rundfunkfreiheit unvereinbar, wenn sie einzelne Träger der Rundfunkfreiheit übermäßig belaste.⁸⁷²

Soweit die Vertreter der h.M. das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht *vollständig* als Teil der Ausgestaltungsdogmatik übernehmen, ergibt sich ein größerer Spielraum der Gesetzgeber: Es werden weiterreichende Beschränkungen der subjektiv-rechtlichen Dimension der Rundfunkfreiheit möglich.⁸⁷³ Wie weit dieser „zusätzliche“ Spielraum der Gesetzgeber reicht, ist allerdings maßgeblich davon abhängig, inwieweit die einzelnen Vertreter der h.M. den Gedanken der Verhältnismäßigkeit als Teil der

⁸⁶⁷ Nds. StGH ZUM-RD 2006, 321, 326; *Degenhart* AfP 2007- Sonderheft, 24, 27; *Bauer*, Netz und Nutzung, 86 f.

⁸⁶⁸ Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit ab S. 205, zu Art. 10 EMRK ab S. 198.

⁸⁶⁹ *Degenhart* K&R 2000, 49, 53 ff.

⁸⁷⁰ Vgl. mit einer rechtsvergleichenden Betrachtung auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 90 ff.

⁸⁷¹ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 157 ff.; *Gersdorf* MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1, 8; zu Korrekturversuchen in Literatur und Rechtsprechung siehe *Hain/Poth* JA 2010, 572, 575.

⁸⁷² *Hoffmann-Riem*, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 35; *Ruck* AöR 1992, 534, 549 f.

⁸⁷³ *Ruck* AöR 1992, 534, 549 f.; ähnlich auch *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 55.

Ausgestaltungsdogmatik wieder aufgreifen.⁸⁷⁴ Soweit die Vertreter der h.M. das Verhältnismäßigkeitsprinzip *vollständig* in die Ausgestaltungsdogmatik übertragen, ist der Spielraum der Gesetzgeber letztlich fast der gleiche.⁸⁷⁵

Für die h.M. stellt sich außerdem die Frage, inwieweit die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit auch die Schutzbereiche *anderer* Grundrechte überlagert, z.B. die der Berufs- oder Eigentumsfreiheit.⁸⁷⁶ Ginge man im Konkurrenzverhältnis der Grundrechte von einem *generellen Vorrang* der Rundfunkfreiheit aus, wäre dies denkbar.⁸⁷⁷ Folgt man aber der herkömmlichen Konkurrenzlehre, nach der zwischen widerstrebenden Grundrechtspositionen praktische Konkordanz herzustellen ist,⁸⁷⁸ bleibt es bei der Geltung der abwehrrechtlichen Komponenten der anderen einschlägigen Grundrechte.⁸⁷⁹ Da fast jedes menschliche oder unternehmerische Verhalten letztlich zumindest von der Allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt wird, käme das Verhältnismäßigkeitsprinzip dann zumindest auf diesem Weg doch wieder zur Geltung; der „Ausgestaltungsfreiheit“ der Gesetzgeber wäre dann auf anderem Weg wieder Grenzen gesetzt.

Die Problematik des Aufeinandertreffens von Ausgestaltungs- und Eingriffsdogmatik wird besonders augenfällig bei der Plattformregulierung.⁸⁸⁰ Denn die Plattformbetreiber sind zwar, wie weiter unten noch erläutert wird, in einem *Teilbereich* ihrer Aktivitäten – ihrer Belegungsautonomie – auch Träger der Rundfunkfreiheit.⁸⁸¹ Primär betrifft die Plattformregulierung die Plattformbetreiber aber in ihrer Funktion als *Wirtschaftstreibende*, z.B. bei der Erhebung von Entgelten (Berufsfreiheit) und bei der Nutzung der eigenen Infrastruktur (Eigentumsfreiheit). Würde man nun annehmen, dass die Rundfunkfreiheit die anderen Grundrechte der Plattformbetreiber restlos überlagert, ginge der Schutzgedanke dieser Grundrechte verloren – und zwar einzig deshalb, weil die Plattformbetreiber

⁸⁷⁴ Hain/Poth JA 2010, 572, 574; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 158.

⁸⁷⁵ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 141.

⁸⁷⁶ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 155 f. m.w.N.

⁸⁷⁷ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 156.

⁸⁷⁸ Statt vieler BVerfGE 93, 1, 21 – Kruzifix.

⁸⁷⁹ Die h.M. bejaht eine Idealkonkurrenz zwischen Rundfunk- und Berufsfreiheit; statt vieler Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rn. 174 ff.

⁸⁸⁰ So auch Ladeur K&R 2001, 496, 500; vgl. auch Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 266.

⁸⁸¹ Siehe dazu ab S. 171.

in einem *Randbereich* ihrer Tätigkeiten auch durch Rundfunkfreiheit geschützt werden.

7.1.3.1.4 *Eigene Meinung: Kein Exklusivverhältnis von Ausgestaltung und Eingriff*

Der Meinungsstreit um die Reichweite der Ausgestaltungsdogmatik resultiert letztlich aus der Grundannahme, dass Eingriffs- und Ausgestaltungsdogmatik einander ausschließen.⁸⁸² Auslöser dieser Annahme ist, dass die wohl h.M. die Schranken-Schranke der „allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Abs. 2 GG so interpretiert, dass dadurch auch die Schaffung spezifischen „Rundfunk-Organisationsrechts“ ausgeschlossen wäre.⁸⁸³ Damit steht für die Vertreter dieser Ansicht bei Anwendung der Schranken-Schranken von Art. 5 Abs. 2 GG die Existenz eines binnenplural und staatsfern organisierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Frage⁸⁸⁴ – ein unerwünschtes Ergebnis.

Eine solche Lesart des Passus „allgemeine Gesetze“ ist freilich nicht zwingend.⁸⁸⁵ Versteht man meinungsneutrales „Rundfunk-Organisationsrecht“, das der Pluralitätssicherung dient, als „allgemeines Gesetz“, bleibt die Schaffung eines binnenplural organisierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks, wie sie nach der Rechtsprechung des BVerfG zur „Sondersituation“ notwendig ist, möglich.⁸⁸⁶ Ausgestaltungsgesetze werden durch die Eingriffsdogmatik nicht ausgeschlossen, sie bleiben zulässig und wirksam. Damit ist der Weg frei für die Annahme, dass zwischen Ausgestaltungs- und Eingriffsdogmatik *kein* Exklusivitätsverhältnis besteht.

Diese hier vertretene Ansicht steht nicht in generellem Widerspruch zu der Rechtsprechung des BVerfG.⁸⁸⁷ Das BVerfG hat zwar (wie oben beschrieben) in einigen Entscheidungen von einem Exklusivverhältnis zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsakten gesprochen. Diese Rechtsprechung ist aber nicht einheitlich: In anderen Entscheidungen hat das BVerfG betont, dass die Rundfunkfreiheit *neben* ihrer „dienenden“ objektiv-rechtlichen Funktion

⁸⁸² Ruck AöR 1992, 534, 556 ff.

⁸⁸³ So ausdrücklich Ruck AöR 1992, 534, 556 ff.; vgl. auch Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 159 ff.; allgemein zur sog. „Sonderrechtslehre“ statt vieler Ladeur/Gostomzyk JuS 2002, 1145, 1149; Kloepfer GRUR 1991, 170, 176 f.

⁸⁸⁴ So jedenfalls Ruck AöR 1992, 534, 560 f.

⁸⁸⁵ Hain JZ 2010, 939; ähnlich Fink DÖV 1992, 805, 812.

⁸⁸⁶ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 161 ff.

⁸⁸⁷ Ähnlich Bauer, Netz und Nutzung, 97; Gersdorf MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1, 8; siehe auch Hain/Poth JA 2010, 572, Fn. 39; Degenhart AfP 2007, Sonderheft, 24, 26 und Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 97 ff.

auch eine subjektiv-rechtliche Funktion als Abwehrrecht hat.⁸⁸⁸ Die Rundfunkfreiheit schütze in dieser Funktion vor allem die Programmgestaltungsfreiheit der Rundfunkveranstalter.⁸⁸⁹ Das BVerfG betont außerdem, dass die objektiv-rechtliche und die subjektiv-rechtliche Schutzdimension der Rundfunkfreiheit sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern „einander durchdringen und stützen“.⁸⁹⁰

Konkret in der Entscheidung *extra-Radio* entschied das BVerfG, dass den Bewerbern um eine Rundfunklizenz ein subjektiv-rechtlicher Schutzanspruch zusteht, obwohl es sich bei der Lizenzvergabe um eine *Ausgestaltung* der Rundfunkfreiheit handelte.⁸⁹¹ In der Entscheidung zur *Kurzberichterstattung* sagte das BVerfG, Ausgestaltungsgesetze müssten die in „Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Interessen angemessen berücksichtigen.“⁸⁹² In seiner Entscheidung zum *Bayerischen Mediengesetz* ging das Gericht ohne längeres Problematisieren davon aus, dass das angegriffene (Ausgestaltungs-)Gesetz zu einem *Eingriff* in die Allgemeine Handlungsfreiheit des Beschwerdeführers ermächtigte.⁸⁹³ Und schon in der *FRAG*-Entscheidung sagte das BVerfG ausdrücklich:

„Die aus Art. 5 Abs. 1 GG folgende Aufgabe, Rundfunkfreiheit rechtlich auszugestalten, berechtigt jedoch nicht zu einer Beschränkung des Grundrechts. Eine solche ist nur gemäß Art. 5 Abs. 2 GG zulässig, nach dem die Rechte des Abs. 1 ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre finden.“⁸⁹⁴

⁸⁸⁸ Siehe dazu *Ladeur/Gostomzyk* JuS 2002, 1145, 1149 sowie die nachfolgend zitierte Rechtsprechung.

⁸⁸⁹ BVerfGE 95, 220, 234- *Aufzeichnungspflicht*; *Ladeur/Gostomzyk* JuS 2002, 1145, 1148.

⁸⁹⁰ BVerfGE 7, 198, 205 – *Lüth*; BVerfGE 74, 297, 323 – *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*; ähnlich BVerfGE 90, 60, 88 – *Kabelgroschen*.

⁸⁹¹ BVerfGE 97, 298, 312 ff. – *extra-radio*.

⁸⁹² BVerfGE 97, 228, 267 – *Kurzberichterstattung*.

⁸⁹³ BVerfGE 114, 371, 386 – *Landesmediengesetz Bayern*.

⁸⁹⁴ BVerfGE 57, 295, 321 – *FRAG*.

Auch bei der Eigentumsgarantie – einem Grundrecht, das seine „Ausgestaltung“ schon in der Verfassung vorsieht⁸⁹⁵ – sieht das BVerfG keinen Gegensatz zwischen Eingriffen und Ausgestaltungsgesetzen. Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentumsgrundrechts (die nichts anderes darstellt als eine „Ausgestaltung“ dieses normgeprägten Grundrechts)⁸⁹⁶ kann ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit sein und wird vom BVerfG dennoch am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen.⁸⁹⁷

Als weiteres Argument gegen die h.M. lassen sich methodische Überlegungen anführen.⁸⁹⁸ Denn wenn die h.M. ein Exklusivverhältnis zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsakten annehmen will, muss sie sauber zwischen beiden Kategorien abgrenzen.⁸⁹⁹ Eine solche Differenzierung kann aber nicht gelingen:⁹⁰⁰

- Die h.M. will vornehmlich danach differenzieren, welchem *Zweck* die staatlichen Akte dienen.⁹⁰¹ Ein Ausgestaltungsgesetz sei ein Gesetz, „das sicherstellen soll, dass der Rundfunk seiner dienenden Funktion [...] nachkommen kann“; Eingriffsgesetze seien demgegenüber „Gesetze, welche nicht die Sicherung der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit bezwecken, sondern dem Schutz eines in der Regel nicht kommunikationsbezogenen Rechtsgutes dienen, welches mit der Rundfunkfreiheit kollidiert“.⁹⁰²
- An dieser Abgrenzungsregel lässt sich schon im Ausgangspunkt kritisieren, dass sie – entgegen der etablierten Eingriffsdogmatik – die rechtliche Beurteilung an der *Intention* des Gesetzgebers ausrichtet.⁹⁰³ Zudem ist eine Abgrenzung anhand des „Zweckes“ von Normen praktisch nicht umsetzbar: Woraus soll sich der Schutzzweck des Gesetzes ergeben: Aus der Gesetzesbegründung?

⁸⁹⁵ Hain JZ 2010, 939.

⁸⁹⁶ Ladeur/Gostomzyk JuS 2002, 1145, 1147.

⁸⁹⁷ BVerfGE 100, 226, 240 ff. – *Denkmalschutz*.

⁸⁹⁸ So auch Bauer, Netz und Nutzung, 97 ff.

⁸⁹⁹ Ausführlich Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 96 ff.

⁹⁰⁰ So auch das Fazit von Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 105.

⁹⁰¹ So Hain/Poth JA 2010, 572, 573; Gersdorf ZUM 1995, 841, 844; Ladeur/Gostomzyk JuS 2002, 1145, 1151. Das BVerfG gesteht in seiner Entscheidung zur *Aufzeichnungspflicht* (BVerfGE 95, 220, 235) schwer zuordnungsbaaren Normen einen „Doppelcharakter“ zu, der sich je nach „Bezug“ in Richtung von Eingriffs- oder Ausgestaltungsakten umwandeln soll. Für eine Differenzierung von „Ausgestaltung“ und „Umgestaltung“ Ruck AöR 1992, 534, 550 ff.; resignativ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 99 f.

⁹⁰² Gersdorf ZUM 1995, 841, 844 f.; Ruck AöR 1992, 534, 552, jeweils m.w.N.

⁹⁰³ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 106 f.

Aus der subjektiven Interpretation des Normanwenders? Oder aus einer Willensäußerung der Gesetzgeber selbst?

- Das Zweck-Kriterium ist außerdem nicht trennscharf: Viele Gesetze verfolgen kein einheitliches Ziel, sondern mehrere Ziele nebeneinander. Die Gesetzgeber können durchaus mit derselben Norm sicherstellen wollen, dass der Rundfunk seiner Funktion nachkommen kann, und gleichzeitig den Schutz eines nicht kommunikationsbezogenen Rechtsgutes bezwecken.⁹⁰⁴
- Erst Recht gilt dies für *Vollzugsakte* dieser Normen. Diese verfolgen meist gar keinen abgrenzbaren Zweck, sondern sollen schlicht und einfach das Recht durchsetzen. Auch wenn sie in Ausführung von Ausgestaltungsgesetzen erlassen wurden, haben sie meist eindeutig den Charakter eines Grundrechtseingriffs.⁹⁰⁵

Letztlich lässt sich nur das Zwischenfazit ziehen, dass eine saubere exklusive Abgrenzung von Eingriffs- und Ausgestaltungsgesetzen nicht gelingen kann.⁹⁰⁶ Wie oben gezeigt wurde, ist es auch nicht notwendig: Eingriffs- und Ausgestaltungsdogmatik lassen sich auch als zwei unterschiedliche, *nebeneinander* geltende verfassungsrechtliche Aussagen begreifen.⁹⁰⁷

7.1.3.1.5 Zwischenergebnis und Auswirkung auf den Prüfungsaufbau

Nach der hier vertretenen Auffassung fällt somit die Notwendigkeit des Exklusivitätsverhältnisses zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsdogmatik weg. Die beiden Rechtgedanken stellen vielmehr hintereinandergeschaltete Prüfungsstufen dar.

Der Gesetzgeber ist demnach an beide verfassungsrechtlichen Gebote *gleichzeitig* gebunden: Er muss die Rundfunkfreiheit *ausgestalten*, indem er einen Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt gewährleistet – und gleichzeitig ist ihm auch verboten, die Rundfunkfreiheit und andere Grundrechte einzelner Grundrechtsträger *einzuschränken*, wenn sich dies nicht über die Schrankenregelungen oder durch konkurrierendes Verfassungsrecht rechtfertigen lässt.⁹⁰⁸ Ein Gesetz kann somit *gleichzeitig* der

⁹⁰⁴ Vgl. zum rundfunkrechtlichen Zulassungsvorbehalt 312 ff; *Fink* DÖV 1992, 805, 808 f.

⁹⁰⁵ *Ladeur/Gostomzyk* JuS 2002, 1145, 1152 vertreten unter Berufung auf die h.M. die Ansicht, Vollzugsakte seien generell als Eingriffe einzustufen. Dies würde dann zu dem Ergebnis führen, dass zwar die Rechtsgrundlage eine Ausgestaltung wäre, der Vollzugsakt aber ein Eingriff.

⁹⁰⁶ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 105.

⁹⁰⁷ So auch *Fink* DÖV 1992, 805, 812; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 676.

⁹⁰⁸ *Pestalozza* NJW 1981, 2158, 2162 f.

Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit dienen und einen Eingriff in Grundrechte darstellen.⁹⁰⁹

Die Abgrenzung zwischen den Kategorien stellt somit nicht, wie *Ladeur/Gostomzyk* formulieren, eine „Weggabel“ im Prüfungsaufbau dar,⁹¹⁰ sondern die Prüfung setzt sich linear fort: In einem *ersten* Schritt ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber seinen Ausgestaltungsauftrag erfüllt⁹¹¹ – in einem *zweiten* Schritt ist zu prüfen, ob ein Eingriff in subjektive Grundrechte vorliegt, und ob dieser gerechtfertigt werden kann.⁹¹²

Konflikte zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsdogmatik lassen sich lösen, indem der Ausgestaltungsauftrag als *Teil des konkurrierenden Verfassungsrechts* begriffen wird. Er kann Eingriffe in subjektive Rechte notwendig machen und rechtfertigen.⁹¹³ Es gelten letztlich die herkömmlichen Regeln der Herstellung praktischer Konkordanz: Einerseits sind die betroffenen Grundrechte ihrerseits den jeweils festgelegten Schranken unterworfen; andererseits können sich auf Ausgestaltungsgesetzen beruhende Eingriffe durch den verfassungsrechtlich festgelegten Auftrag zum Schutz⁹¹⁴ der Rundfunkfreiheit – und damit durch konkurrierendes Verfassungsrecht – rechtfertigen.⁹¹⁵ Wie sich dies im konkreten Fall der Plattformregulierung z.B. auf die Frage der Sozialgebundenheit des Eigentums überträgt, wird unten noch ausgeführt.

Als Zwischenergebnis ist zunächst festzuhalten, dass nicht ausgeschlossen ist, dass Plattformbetreiber sich auch gegen Ausgestaltungsgesetze auf eine subjektivrechtliche Schutzdimension der Rundfunkfreiheit berufen können.⁹¹⁶ Gleiches gilt dann auch für andere Grundrechte: Da die Rundfunkfreiheit nicht in ihrer Form als „dienende Freiheit“ die anderen

⁹⁰⁹ *Hain* JZ 2010, 939; ähnlich *Fink* DÖV 1992, 805, 812; insofern a.A. *Degenhart* K&R 2000, 49, 55.

⁹¹⁰ So formulieren *Ladeur/Gostomzyk* JuS 2002, 1145, 1147.

⁹¹¹ Siehe dazu schon ab S. 146.

⁹¹² Es handelt sich also auch nicht um ein „Umschlagen“ von Ausgestaltung in Eingriff, sondern um zwei hintereinandergeschaltete Prüfungsstufen. Dazu *Ladeur/Gostomzyk* JuS 2002, 1145, 1152.

⁹¹³ Siehe zur Rolle des Ausgestaltungsauftrags in der Verhältnismäßigkeitsprüfung noch ausführlich ab S. 177.

⁹¹⁴ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 149, spricht zutreffend von einer „Untermaßprüfung“.

⁹¹⁵ *Hain* et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 87.

⁹¹⁶ So auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 85 ff.; a.A. *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 78.

Grundrechte überlagert, sondern selbst eine abwehrrechtliche Komponente aufweist, lässt sich zwischen den Grundrechten unproblematisch Idealkonkurrenz annehmen.⁹¹⁷

Im Folgenden ist demnach zu prüfen, in welche Grundrechte der Plattformbetreiber die Must Carry-Regeln *eingreifen* und ob etwaige Eingriffe *gerechtfertigt* sind.⁹¹⁸

7.1.3.2 Die einzelnen Grundrechte

Zunächst soll untersucht werden, welche Grundrechte in ihrem Schutzbereich eröffnet sind.

7.1.3.2.1 Berufsfreiheit

Fraglich ist zunächst, ob der Betrieb einer Plattform unter die Berufsfreiheit fällt. Unter den Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG fallen nach ständiger Rechtsprechung nicht nur die fixierten ‚Berufsbilder‘, sondern auch die vom einzelnen frei gewählten, ggf. auch untypischen Betätigungen.⁹¹⁹ Die Berufsfreiheit schützt unter anderem die *Berufsausübung*, d.h. die Freiheit, selbst darüber zu entscheiden, in welcher Art und in welchem Umfang Handlungen, die zur beruflichen Tätigkeit gehören, durchgeführt werden. Juristische Personen sind in den Schutzbereich nach Art. 19 Abs. 3 GG einbezogen.

Zur Eingrenzung des Schutzbereichs verlangt das BVerfG allerdings, dass Eingriffe „berufsregelnde Tendenz“ haben müssen.⁹²⁰ Dies ist bei Maßnahmen des Staates, die Dritten den Zugriff auf ein ökonomisch wichtiges Gut des Betroffenen ermöglichen und so dessen Marktwert beeinträchtigen, anzunehmen.⁹²¹ Die Must Carry-Regeln betreffen unmittelbar die Haupttätigkeit der Plattformbetreiber, mithin deren „Beruf“ und greifen somit in die Berufsfreiheit der Plattformbetreiber ein.⁹²²

⁹¹⁷ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 256 ff.; ausführlich zur Grundrechtskonkurrenz auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 107 ff.

⁹¹⁸ Auf die Frage, ob die Gesetzgeber ihren Ausgestaltungspflichten nachgekommen sind, wurde bereits eingegangen. Siehe dazu ab S. 146.

⁹¹⁹ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 397 - *Apotheken-Urteil*.

⁹²⁰ St. Rspr.; statt vieler BVerfGE 97, 228, 253 f. – *Kurzberichterstattung*.

⁹²¹ Zum Kurzberichterstattungsrecht BVerfGE 97, 228, 254 ff.

⁹²² BayVGh ZUM 2006, 495, 499 f.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 140 ff.; *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 54; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 321 ff.

7.1.3.2.2 Eigentum

Neben der Berufsfreiheit könnte auch das Eigentum betroffen sein. Unter den Schutzbereich der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG fällt neben der Institutsgarantie des Eigentums vor allem das Recht, über die zum Eigentum gehörenden subjektiven Rechte im eigenen Sinn zu verfügen. Das Grundrecht auf Eigentum schützt nicht nur vor formaler Enteignung, sondern stellt Verhältnismäßigkeitsanforderungen auch an die Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.⁹²³

Ob das Eigentum i.S.d. Art. 14 GG betroffen ist, beurteilt sich danach, ob in eine gefestigte, von der Rechtsordnung zugewiesene Rechtsposition eingegriffen wird.⁹²⁴ Für Must Carry-Regeln wird dies mit dem Argument bezweifelt, die Must Carry-Regeln griffen nur, *falls* ein Plattformanbieter sich überhaupt entscheiden würde, Rundfunkprogramme zu bündeln und zu verbreiten.⁹²⁵ Plattformanbieter hätten demnach von vornherein keine Eigentumsposition zugewiesen bekommen, in die die Must Carry-Regeln eingreifen würden.⁹²⁶ Dem ist entgegenzuhalten, dass Plattformanbieter üblicherweise Infrastruktur einsetzen, die zivilrechtlich in ihrem Eigentum steht oder zumindest angemietet ist.⁹²⁷ Auch erwerben Plattformanbieter urheberrechtliche Lizenzen, somit auch ein „Recht“ auf Weitersendung bestimmter Programme.⁹²⁸ Beides gehört zumindest im Grundsatz zum Eigentum i.S.d. Art. 14 GG.⁹²⁹ Die Nutzung der Infrastruktur der Plattform im eigenen Interesse und ggf. auch die Freiheit, die Nutzung der Plattform am Markt entgeltlich anzubieten, gehören somit grundsätzlich zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie.⁹³⁰

Das Eigentumsgrundrecht kann verschiedenen Arten von Eingriffen ausgesetzt sein: Einerseits der Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG, andererseits der Enteignung nach Art. 14 Abs.

⁹²³ BVerfGE 100, 226, 240 ff. – *Denkmalschutz*.

⁹²⁴ Axer, in: BeckOK GG, Art. 14 Rn. 42 f. m.w.N.

⁹²⁵ Siehe dazu ab S. 253.

⁹²⁶ *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 63; vgl. auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 117.

⁹²⁷ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 285.

⁹²⁸ Siehe dazu ab S. 323.

⁹²⁹ So im Ergebnis auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 117; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 285, OVG Bremen K&R 2000, 43, 45 f.; *Schulz/Held*, Regulierung durch Anreize, 71 ff.

⁹³⁰ *Schulz/Held*, Regulierung durch Anreize, 71 f.; *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehtz, 109.

3 GG.⁹³¹ Bei Einschränkungen des Eigentums im Rahmen der Sozialpflicht nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muss der Staat grundsätzlich keine Entschädigung leisten; nur für Enteignungen sieht Art. 14 Abs. 3 GG eine Kompensationspflicht vor.⁹³²

Eine Enteignung liegt nach ständiger Rechtsprechung nur dann vor, wenn rechtlich dem Eigentum zuzuordnende Rechtspositionen final und vollständig aufgehoben werden.⁹³³ Dies ist hier nicht der Fall.⁹³⁴ Denn die §§ 52 ff. RStV greifen nur, falls ein Unternehmen sich überhaupt entscheidet, Rundfunkprogramme zusammenzufassen und digital weiterzusenden.⁹³⁵ Sie heben auch die private Nutzungsmöglichkeit des Eigentums der Plattformbetreiber nicht vollständig auf.⁹³⁶ Selbst eine Vollbelegung der Plattform würde keine Enteignung bedeuten.⁹³⁷ Schon deswegen kann es sich bei den §§ 52 ff. RStV und insbesondere den Must Carry-Regeln nur um Inhalts- und Schrankenbestimmungen, d.h. Sozialpflichten handeln.⁹³⁸

7.1.3.2.3 Rundfunkfreiheit

Fraglich ist, ob Plattformbetreiber neben den vorgenannten Grundrechten auch die Rundfunkfreiheit für sich in Anspruch nehmen können. Zwar sind Plattformbetreiber keine Rundfunkveranstalter.⁹³⁹ Andererseits erbringen Plattformbetreiber Dienstleistungen, die denen eines Rundfunkveranstalters sehr nahe kommen. Das BVerfG hat in der *Pressegrosso*-Entscheidung festgelegt, dass die *Distribution* von Presse in so engem Zusammenhang mit der Pressefreiheit stehen kann, dass diese selbst vom Schutzbereich erfasst wird.⁹⁴⁰ Grundsätzlich seien „externe Hilfstätigkeiten“ der Presse dann geschützt, wenn ein „ausreichender Inhaltsbezug“ vorliege.⁹⁴¹ Dies bejahte das BVerfG im Fall des Grosso-Systems, da dieses „in enger organisatorischer

⁹³¹ BVerfGE 58, 300, 330 – *Nassauskiesung*.

⁹³² BVerfGE 100, 226, 241 – *Denkmalschutz*.

⁹³³ *Papier*, in: Maunz /Dürig, GG, Art. 14 Rn. 527; BVerfGE 58, 300, 335 ff. – *Nassauskiesung*.

⁹³⁴ So auch *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 287.

⁹³⁵ Siehe dazu ab S. 253.

⁹³⁶ *Bauer*, Netz und Nutzung, 113 f.

⁹³⁷ *Steinert*, Die Offenhaltung der Medienordnung, 12.

⁹³⁸ *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 86.

⁹³⁹ Die Programme, die auf einer Plattform enthalten sind, sind schon per Definition zumindest „auch von Dritten“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV) – damit ist klargestellt, dass zumindest im einfachen Recht der Betrieb einer Plattform für fremde Programme gerade nicht dasselbe ist wie die Veranstaltung eines eigenen Rundfunkprogramms.

⁹⁴⁰ BVerfGE 77, 346, 354 – *Presse-Grosso*.

⁹⁴¹ BVerfGE 77, 346, 354 – *Presse-Grosso*.

Bindung an die Presse erfolgt, für das Funktionieren einer freien Presse notwendig ist und [...] sich die staatliche Regulierung dieser Tätigkeit zugleich einschränkend auf die Meinungsverbreitung auswirkt.“⁹⁴²

Plattformen bündeln Rundfunkprogramme, binden sie in eigene Produkte ein und vermarkten diese Programmprodukte. In einem Teilbereich ihrer digitalen Kapazitäten entscheiden sie vollständig selbst über die Programmzusammenstellung.⁹⁴³ Viele haben als „Gatekeeper“ und Vermittler der Programminhalte großen Einfluss auf die Erfolgsmöglichkeiten der Rundfunkveranstalter und damit auf den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit selbst. Dies macht den Betrieb einer Plattform zu einem „rundfunkrelevanten Vorgang“, ⁹⁴⁴ der Plattformbetreiber „rückt näher an den Kern der Rundfunkfreiheit, die Programmfreiheit, heran“. ⁹⁴⁵ Dies spricht dafür, dass ein Plattformbetreiber sich auch selbst auf den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit berufen kann.⁹⁴⁶ Staatliche Eingriffe in die Tätigkeit eines Plattformbetreibers sind somit am Maßstab der Rundfunkfreiheit zu messen.⁹⁴⁷ Dies schließt freilich nicht aus, dass Plattformbetreiber sich auch auf andere Grundrechte berufen können.⁹⁴⁸

Die Rundfunkfreiheit schützt somit grundsätzlich auch die Belegungsautonomie des Plattformbetreibers.⁹⁴⁹ Dies erfolgt nicht nur, weil die Tätigkeit des Plattformbetreibers als „Hilfstätigkeit“ eine gewisse *Relevanz* für die Verbreitung von Rundfunk hat: Auch in seiner meinungsbeeinflussenden Aktivität (bzw. in der Entscheidung, dies gerade *nicht* zu tun und neutral zu bleiben), also der *Tendenzfreiheit*, hat der Plattformbetreiber einen Anspruch auf Schutz vor staatlichen Eingriffen.⁹⁵⁰

⁹⁴² BVerfGE 77, 346, 354 - *Presse-Grosso*.

⁹⁴³ *Ladeur* K&R 2001, 496, 499.

⁹⁴⁴ OVG Bremen K&R 2000, 43, 44.

⁹⁴⁵ *Bauer*, Netz und Nutzung, 95, vgl. auch *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 149.

⁹⁴⁶ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 264; *Bauer*, Netz und Nutzung, 90 ff.

⁹⁴⁷ So auch *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 14; *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 99; *Ladeur* K&R 2001, 496, 499 f.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 90 ff.; *Degenhart*, in: BK GG, Art. 5, Rn. 750a.

⁹⁴⁸ Ausführlich problematisiert bei *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 256 ff.

⁹⁴⁹ *Bauer*, Netz und Nutzung, 94.

⁹⁵⁰ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 116 ff.; *Ladeur* K&R 2001, 496, 499 f.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 94.

7.1.3.2.4 Allgemeine Handlungsfreiheit

Die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG fungiert als Auffanggrundrecht für die spezielleren Schutzrechte der Verfassung. Insofern wird sie vorliegend in den meisten Aspekten durch die Berufsfreiheit, den Schutz des Eigentums und die Rundfunkfreiheit überlagert. Ein nicht zu vernachlässigender Aspekt ist jedoch der der Privatautonomie. Art. 2 Abs. 1 GG schützt das Recht des Bürgers, über eigene Rechtspositionen zu disponieren und sie gegen Gegenleistungen einzutauschen.⁹⁵¹ Aus Art. 2 Abs. 1 GG ergibt sich somit, dass ein Bürger – innerhalb gewisser Grenzen⁹⁵² – nicht vor sich selbst geschützt werden muss.⁹⁵³ Das gilt auch und gerade für den Plattformbereich: Hier stehen sich die Parteien ja nicht in einem reinen Konfrontationsverhältnis gegenüber, sondern meist im einvernehmlichen Leistungsaustausch.

Der Schutz der Privatautonomie gewinnt insbesondere im Bereich der Preisregulierung Bedeutung.⁹⁵⁴ Sowohl im Urheberrecht als auch im Rundfunkrecht finden sich Bestimmungen, nach denen Vergütungen „angemessen“ sein sollen.⁹⁵⁵ Aus Art. 2 Abs. 1 GG ergibt sich die Wertung, dass das Recht der Parteien, über die „Angemessenheit“ der Vergütung selbst zu bestimmen, grundrechtlichen Schutz genießt, solange hierüber Einigkeit besteht. Selbstverständlich gilt dieser Schutzanspruch nicht schrankenlos, sondern steht unter der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG.⁹⁵⁶

7.1.3.3 Rechtfertigung von Eingriffen

Nach den bisherigen Ergebnissen liegt in den §§ 52 ff. RStV ein Eingriff in die Berufsfreiheit, das Eigentumsgrundrecht, die Rundfunkfreiheit und (in Teilbereichen) auch die allgemeine Handlungsfreiheit der Plattformbetreiber vor. Diese Eingriffe können aber gerechtfertigt sein. In die Prüfung hierzu sind sowohl die *speziellen* Schranken-Schranken der *Rundfunkfreiheit* einzubeziehen, als auch die *allgemeinen* Schranken-Schranken, die für alle Grundrechtseingriffe gelten.

⁹⁵¹ BVerfGE 70, 1, 25 - *Orthopädietechniker-Innungen*.

⁹⁵² Dazu instruktiv BVerfGE 89, 214, 231 ff. – *Bürgschaftsverträge*.

⁹⁵³ Spindler MMR-Beil. Heft 2/2003, 6.

⁹⁵⁴ Spindler MMR-Beil. Heft 2/2003, 6; Engel RTkom 2000, 189, 196.

⁹⁵⁵ Zur Preisregulierung vgl. ab S. 11

⁹⁵⁶ BVerfGE 89, 214, 231 – *Bürgschaftsverträge*; BVerfGE 70, 1, 26 ff. - *Orthopädietechniker-Innungen*.

7.1.3.3.1 Gebot der Meinungsneutralität

Nach den bisher gefundenen Ergebnissen sind die Plattformbetreiber auch Träger der Rundfunkfreiheit, die §§ 52 ff. RStV greifen in dieses Grundrecht ein. Damit gelten auch die qualifizierten Schrankenvorbehalte, die sich aus Art. 5 Abs. 2 GG ergeben. Demnach muss zur Einschränkung der Rundfunkfreiheit ein qualifiziertes Schrankengesetz vorliegen, das entweder dem Schutz der Jugend oder der persönlichen Ehre dient – dies ist hier offensichtlich nicht gegeben – oder ein „allgemeines Gesetz“ ist. Ein allgemeines Gesetz ist jedes Gesetz, das sich nicht gegen eine bestimmte Meinung oder Äußerung als solche richtet, sondern vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes dient.⁹⁵⁷

Auch die hier nicht vertretene h.M.,⁹⁵⁸ die auf Ausgestaltungsgesetze die Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 GG nicht anwenden will, kommt zu einer Anforderung der „Meinungsneutralität“.⁹⁵⁹ Insofern hat das BVerfG schon in seiner Entscheidung zum *Bayerischen Landesmediengesetz* festgestellt, dass die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit eine „Einwirkung auf das Programmverhalten der Anbieter [...] nicht ermöglicht“.⁹⁶⁰ Und auch seiner Entscheidung zur *Parteienbeteiligung an Rundfunkunternehmen* urteilte das BVerfG, dass der Grundsatz der Staatsfreiheit „alle mittelbaren und subtilen Einflussnahmen des Staates“ verbietet.⁹⁶¹

An diesem Maßstab gemessen bestehen gegen die Must Carry-Regeln überwiegend keine Bedenken: Der größte Teil der §§ 52 ff. RStV orientiert sich ausschließlich an dem objektiven, meinungsneutralen Prinzip der kommunikative Chancengleichheit.⁹⁶² Dabei wird keine Meinungsrichtung um ihrer selbst willen bevorzugt – dies setzt der Begriff der *Chancengleichheit* ja sogar zwingend voraus. Dies gilt auch für die Privilegierung der öffentlich-rechtlichen Programme, denn diese sind dem Grundsatz der Binnenpluralität verpflichtet und folglich meinungsneutral.⁹⁶³

⁹⁵⁷ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 7, 198, 209 – *Lüth*; vgl. *Ladeur/Gostomzyk* JuS 2002, 1145, 1152; *Hain/Poth* JA 2010, 572, 574.

⁹⁵⁸ Siehe dazu ab S. 159.

⁹⁵⁹ *Degenhart* AfP 2010, 324, 326; *Gersdorf* MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1, 3.

⁹⁶⁰ BVerfGE 114, 371, 390 – *Landesmediengesetz Bayern*.

⁹⁶¹ BVerfGE 121, 30, 53 – *Parteienbeteiligung an Rundfunkunternehmen*; siehe außerdem auch BVerfGE 83, 238, 322 ff. – *WDR*

⁹⁶² Anders insofern *Ruck* AöR 1992, 534, 556 f., die bereichsspezifische Rundfunkvorschriften nicht als „allgemeine Gesetze“ betrachten will.

⁹⁶³ So auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 98; a.A. *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 268.

Ebenfalls über den Gedanken der kommunikativen Chancengleichheit rechtfertigbar ist die Privilegierung von Programmen, die abstrakte Vielfaltsvorgaben erfüllen, wie z.B. die Sendung von Regionalfenstern.

Auf einem schmalen Grat bewegen sich aber Vorgaben, die das Must Carry-Privileg in die Nähe von bestimmten *Programminhalten* rücken, insbesondere in die Nähe einer politischen oder sonstigen inhaltlichen Ausrichtung des Programms.⁹⁶⁴ Problematisch ist demnach, dass § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) RStV auch regionale und lokale Fernsehprogramme Must Carry-privilegiert.⁹⁶⁵ Auch Fremdsprachenprogramme und Teleshoppingkanäle genießen den Vorteil, als solche zumindest im Can-Carry-Bereich nach § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV berücksichtigt werden zu müssen.⁹⁶⁶

7.1.3.3.1.1 Privilegierung von regionalen und lokalen Programmen

Ob regionale und lokale Fernsehprogramme sich einer „Meinungsströmung“ zuordnen lassen, der gegenüber der Staat folglich neutral stehen müsste, lässt sich diskutieren. Einerseits ließe sich vertreten, dass sich lokale und regionale TV-Programme lediglich durch ihren örtlich kleineren *Wirkungskreis* von den bundesweit ausgerichteten Programmen unterscheiden.⁹⁶⁷ Andererseits lässt sich vertreten, dass durch die Begünstigung der Einspeisung gezielt die Perspektive der örtlichen Gemeinschaft im medialen Diskurs gefördert werden soll. Dies wäre als ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot zu werten, da sich die demokratische Gesellschaft zwischen örtlicher und überörtlicher Perspektive frei entscheiden können soll.⁹⁶⁸ An der einen oder anderen Sichtweise orientieren sich politische Grundentscheidungen, z.B. zwischen Rural- und Urbanisierung oder zwischen Zentralstaatlichkeit und Föderalismus.

In der Entscheidung zum *Bayerischen Mediengesetz* hat das BVerfG allerdings das gezielt auf die Förderung lokaler TV-Anbieter ausgerichtete bayerische Teilnehmerentgelt grundsätzlich unbeanstandet gelassen – und dies, obwohl

⁹⁶⁴ Siehe auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 99; *Gersdorf* MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1, 8, unter Verweis auf BVerfGE 114, 371, 390 - *Landesmediengesetz Bayern*.

⁹⁶⁵ Siehe dazu ab S. 359.

⁹⁶⁶ Siehe dazu ab S. 368.

⁹⁶⁷ In diese Richtung BVerfGE 114, 371, 392 - *Landesmediengesetz Bayern*.

⁹⁶⁸ Eben aus diesem Grund wurden die ersten Must Carry-Regeln in den USA für rechtswidrig erklärt, vgl. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, Urt. v. 19.7.1985, *Quincy Cable TV v. FCC*, 768 F2d 1434, Rn. 55 ff.; *Baramizide/Kapanadze*, Must Carry Legislation and Practice, 5 ff.

Vertreter der bayerischen Landesmedienanstalt gegenüber dem BVerfG sogar ausdrücklich *gelobt* hatten, solche Programme „vermittelten Informationen über die Kommunalpolitik“ und „die lokale Wirtschaft“. ⁹⁶⁹ Das BVerfG hielt dies für zulässig, da das BayMG die Vorteile der Programmveranstalter „nicht an die konkreten Inhalte der Sendungen“ anknüpfte, insbesondere nicht an „die in ihnen verbreiteten Informationen und Meinungen oder gar die politische oder sonstige Ausrichtung der Anbieter oder einzelner Beiträge“. ⁹⁷⁰ Es hielt die Förderung vielmehr für zulässig, denn sie orientiere sich „im Wesentlichen an bestimmten Typen von Programmen und Sendungen“. ⁹⁷¹ Eine Förderung von Lokal-TV-Veranstaltern sieht das BVerfG als zulässig an, solange der Gesetzgeber gewährleistet, dass „in den Programmen der geförderten Anbieter die bestehende Meinungsvielfalt – *bei lokalen und regionalen Programmen im jeweiligen engeren räumlichen Bereich* – in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck kommt“. ⁹⁷² Auch das BVerfG will die Bevorzugung solcher Anbietertypen aber nur zulassen, wenn damit *zusätzliche* Anforderungen zur Sicherung der Rundfunkvielfalt verknüpft werden, z.B. die Einrichtung eines Programmbeirats. ⁹⁷³

Die Begünstigung von lokalen und regionalen TV-Programmen ist insofern nicht unproblematisch. ⁹⁷⁴ Schon die Ansicht des BVerfG, die es offenbar für zulässig hält, Regional- und Lokal-TV-Anbieter *als solche* zu bevorzugen, lässt sich kritisieren: Mit der Förderung von Programmen eines bestimmten „Wirkungskreises“ geht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch die Förderung einer bestimmten inhaltlichen Tendenz einher. Dass diese nur in einem „engeren räumlichen Bereich“ wirkt, kann daran nichts ändern. Auch *mit* dem BVerfG wäre zu verlangen, dass die Gesetzgeber die Privilegierung von Lokal- und Regional-TV-Programmen im Must Carry-Bereich mit *zusätzlichen* Anforderungen zur Gewährleistung von Rundfunkvielfalt verknüpfen. Dies ist im Fall von § 52b RStV nicht gegeben: Lokale und regionale TV-Anbieter werden unabhängig davon gefördert, ob im Landesmedienrecht solche besonderen Anforderungen vorgesehen sind.

⁹⁶⁹ BVerfGE 114, 371, 381 – *Landesmediengesetz Bayern*.

⁹⁷⁰ BVerfG a.a.O., 390.

⁹⁷¹ BVerfG a.a.O., 390.

⁹⁷² BVerfG a.a.O., 392; Hervorhebung nicht im Original.

⁹⁷³ BVerfGE 114, 371, 393 f. – *Landesmediengesetz Bayern*.

⁹⁷⁴ A.A. *Bauer*, Netz und Nutzung, 185 und *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 182 f.

7.1.3.3.1.2 Privilegierung von Fremdsprachen- und Teleshopping-Kanälen

Ebenfalls problematisch erscheint die Begünstigung von Fremdsprachenprogrammen und Teleshoppingkanälen im Can Carry-Bereich.⁹⁷⁵

Ähnlich wie bei den oben beschriebenen Lokal- und Regionalfernsehprogrammen geht mit der Bevorzugung dieses Veranstaltertyps fast zwangsläufig die Bevorzugung einer bestimmten inhaltlichen Tendenz einher. Bei Fremdsprachenprogrammen wäre dies die internationale Perspektive (relevant z.B. bei politischen Debatten zu Fragen der Immigration oder der internationalen Kooperation), bei Teleshopping-Programmen deren Fokussierung auf Kommerz.

Diese Programme sind zwar nicht mit einem Must Carry-Status ausgestattet. Sie sind aber dahingehend bevorzugt, als dass Plattformbetreiber sie bei der Auswahl der verbreiteten Programme zumindest berücksichtigen müssen.⁹⁷⁶

7.1.3.3.2 Schrankenvorbehalt der Verhältnismäßigkeit

Unabhängig davon, welches Grundrecht jeweils einschlägig ist, gilt jedenfalls die Anforderung der Verhältnismäßigkeit.⁹⁷⁷ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass jede Einschränkung von Grundrechten in einem angemessenen Ausgleich zu den Rechtsgütern stehen muss, die sie beeinträchtigt.

Grundsätzlich stehen sich im Bereich der Auferlegung von Übertragungspflichten zwei Rechtspositionen gegenüber, die jeweils verschiedene Verfassungsrechtsgüter für sich in Anspruch nehmen können:⁹⁷⁸

- Auf der einen Seite stehen die Plattformbetreiber, die für sich die Berufsfreiheit, die Eigentumsgarantie, die allgemeine Handlungsfreiheit und auch die Rundfunkfreiheit in Anspruch nehmen können. Das Interesse der Plattformbetreiber besteht darin, bei der Nutzung ihrer

⁹⁷⁵ Vgl. auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 189 ff.: Dieser verneint bei einigen Programmen die Geeignetheit.

⁹⁷⁶ Zu den konkreten Vorgaben im Can Carry-Bereich siehe ab S. 368.

⁹⁷⁷ Ausführlich zur Grundrechtskonkurrenz *Bauer*, Netz und Nutzung, 107 ff.

⁹⁷⁸ „Multipolare Interessenabwägung“, vgl. *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 12.

Plattformen, insbesondere bei der Programmbelegung und Preisgestaltung, möglichst frei von staatlichen Eingriffen zu bleiben.

- Auf der anderen Seite steht das hoheitliche Interesse, die Rundfunkvielfalt gegen Bedrohungen abzusichern, die aus der Sphäre der Plattformbetreiber stammen. Die Plattformregulierung schützt Interessen der Rundfunkvielfalt und der Bürger, insbesondere deren Interesse am Empfang der durch sie solidarisch finanzierten Programme.⁹⁷⁹ Dies sind wichtige Interessen des Allgemeinwohls: Sie dienen ebenfalls Verfassungsrechtsgütern und können außerdem die verfassungsrechtlich vorgesehenen Schrankenbestimmungen für sich in Anspruch nehmen.⁹⁸⁰

Grundrechte der Plattformbetreiber sind demnach grundsätzlich einschränkbar:

- Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die *Berufsfreiheit* vertritt das BVerfG als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die sog. Drei-Stufen-Theorie. Reine Berufsausübungsregeln sind demnach schon durch reine Zweckmäßigkeitserwägungen zu rechtfertigen.⁹⁸¹ Erst subjektive oder objektive Berufszugangsregeln erfordern auf der anderen Seite verhältnismäßig stärker geschützte Interessen. Abgesehen von § 52 Abs. 2 RStV enthält die Plattformregulierung reine Berufsausübungsregeln.⁹⁸² Für diese reichen zur Rechtfertigung schon reine Zweckmäßigkeitserwägungen aus.⁹⁸³ Für die Berufszugangsregel des § 52 Abs. 2 RStV gilt, dass diese durch die Abwehr einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt sein muss.⁹⁸⁴
- Beim *Eigentum* gilt für Inhalts- und Schrankenbestimmungen ebenfalls der Maßstab der Verhältnismäßigkeit.⁹⁸⁵ Inhalts- und

⁹⁷⁹ Dörr ZUM 2013, 81, 97; Wille/Heckel ZUM 1997, 240, 242 ff.; Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 24; Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 32.

⁹⁸⁰ BVerfGE 97, 228, 255 ff. – *Kurzberichterstattung*.

⁹⁸¹ BVerfGE 7, 377, 406 f. – *Apotheken-Urteil*.

⁹⁸² *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 54; zur Verpflichtung der unentgeltlichen Einspeisung bestimmter Programme *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 104.

⁹⁸³ BVerfGE 7, 377, 406 f. – *Apotheken-Urteil*.

⁹⁸⁴ BVerfGE 7, 377, 407 – *Apotheken-Urteil*.

⁹⁸⁵ BVerfGE 100, 226, 244 – *Denkmalschutz*; Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 13; zurückzuweisen ist freilich die von Gersdorf vertretene Ansicht, die Verpflichtung zur „unentgeltlichen“ Einspeisung sei generell unverhältnismäßig. Diese Ansicht vernachlässigt,

Schrankenbestimmungen sind unverhältnismäßig, wenn das Ausmaß der Beschränkung der Eigentumsrechte in keinem Verhältnis zur Sozialpflicht des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) steht. Das Ausmaß, in dem Sozialpflichten auferlegt werden dürfen, beurteilt sich danach, wie stark einerseits das Eigentum der Persönlichkeitsentfaltung dient (sog. personaler Bezug des Eigentums) und andererseits das betreffende Eigentumsrecht im Austausch mit Rechten und Bedürfnissen der Gemeinschaft steht.⁹⁸⁶

- Die Plattformbetreiber können grundsätzlich auch die *Rundfunkfreiheit* für sich in Anspruch nehmen. Allerdings besteht hier die Sonderkonstellation, dass die Rundfunkfreiheit auf Seiten der Plattformbetreiber in Form ihrer abwehrrechtlichen Komponente streitet (status negativus) – demgegenüber beruhen auch die Eingriffe in diese Rechtsposition auf der Rundfunkfreiheit, allerdings in ihrer Form als „dienender Freiheit“ (status positivus).⁹⁸⁷

Letztlich gilt damit für alle betroffenen Grundrechte der allgemeine Verhältnismäßigkeitsmaßstab. Demnach sind Eingriffe nur dann gerechtfertigt, wenn sie einem legitimen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sind.

7.1.3.3.2.1 Legitimer Zweck

Die Regeln des Plattformregimes dienen verschiedenen legitimen Zwecken. Diese lassen sich unter dem Oberbegriff der Erfüllung des Rundfunkauftrags durch die Gewährleistung von Vielfalt zusammenfassen.⁹⁸⁸ Im Einzelnen verfolgen die Regeln der Plattformregulierung die folgenden Partikularziele:⁹⁸⁹

dass Plattformbetreiber häufig ihre Einnahmen ohnehin auf der anderen Marktseite erzielen (siehe dazu noch ab S. 188). In ökonomischer Hinsicht ist die Erhebung einer zusätzlichen Transportvergütung durch Plattformbetreiber deshalb eher als Missbrauch von Marktmacht einzustufen, denn als legitimes ökonomisches Interesse. In jedem Fall wäre es nicht gleich unverhältnismäßig, den Plattformbetreibern keinen gesetzlichen Anspruch gegen die Programmveranstalter zuzugestehen.

⁹⁸⁶ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 310 ff.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 121 ff.

⁹⁸⁷ *Bauer*, Netz und Nutzung, 101 f.

⁹⁸⁸ Siehe dazu ausführlich ab S. 146.

⁹⁸⁹ Vgl. auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 101 f.

1. Die *Gewährleistung der Empfangbarkeit* der für die Grundversorgung wichtigsten Programme und allgemein eines möglichst vielfältigen und gehaltvollen Rundfunkangebots.⁹⁹⁰
2. Sicherung der *Programmgestaltungs- und Verbreitungsautonomie* der Programmveranstalter gegenüber Plattformanbietern.
3. Die Verbesserung der Verbreitung von *lokalen und regionalen Fernsehsendern und offenen Kanälen*.⁹⁹¹
4. Die Verhinderung von Ungleichgewichten im Machtverhältnis zwischen Rundfunksendern und Plattformbetreibern und damit die Gewährleistung *kommunikativer Chancengerechtigkeit*.

Dies sind sämtlich legitime Zwecke, die im Einklang mit Art. 5 GG stehen. Gleichzeitig belegen sie, dass das Eigentum des Plattformbetreibers einen starken Sozialbezug hat.⁹⁹²

7.1.3.3.2 Geeignetheit

Die Regeln der Plattformregulierung, speziell die Auferlegung von Übertragungspflichten, müsste zur Erreichung der oben genannten Ziele auch geeignet sein.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der demokratisch legitimierten Staatsführung ein gewisser Einschätzungsspielraum darüber zusteht, welche Methoden sie in welchem Ausmaß zur effektiven Zielerreichung für geeignet und erforderlich hält. Erst wenn der Staat diesen Einschätzungsspielraum überschreitet, darf eine Maßnahme als nicht verhältnismäßig verworfen werden.

Der Plattformregulierung liegt eine relativ *unbestimmte Gefahrenprognose* zugrunde: Die Gesetzgeber gehen davon aus, dass ohne die Maßnahmen der Plattformregulierung Beeinträchtigungen der oben genannten Interessen eintreten würden. Beispielsweise gehen die Plattformregeln davon aus, dass die Rundfunksender ohne gesetzlichen Schutz ihre Interessen gegen die

⁹⁹⁰ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 106.

⁹⁹¹ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 37 ff.; dass darin ein legitimer Zweck liegt, sieht dieser allerdings kritisch, vgl. *Demir* a.a.O., 90 ff. und 298 ff.

⁹⁹² *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 66; *Gersdorf* MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1, 9; *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 12 m.w.N.; allgemein *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 521.

Plattformbetreiber nicht durchsetzen könnten, was zu Beeinträchtigungen der Grundversorgung führen würde.⁹⁹³

Insbesondere in Bereichen, wo sich einmal eingetretene Fehlentwicklungen nur schwer wieder beseitigen lassen,⁹⁹⁴ dürfen an die Belastbarkeit der Gefahrenprognose keine zu engen Anforderungen gestellt werden. Dies gilt für den Rundfunkbereich in besonderem Maße, weil hier wichtige Rechtsgüter in Frage stehen – bis hin zur Funktionsfähigkeit der Demokratie selbst. Insofern ist davon auszugehen, dass die Gesetzgeber im Rahmen ihres politischen Gestaltungsspielraums die Regeln der Plattformregulierung als geeignet betrachten dürfen.⁹⁹⁵

7.1.3.3.2.3 Erforderlichkeit

Die Regeln der §§ 52 ff. RStV, insbesondere die Auferlegung von Übertragungspflichten, müsste auch erforderlich sein. Erforderlich ist ein Eingriff in ein Grundrecht dann, wenn kein gleich effektives, das Grundrecht weniger stark beeinträchtigendes Mittel zu Verfügung steht. Für den Spielraum des Gesetzgebers gelten dieselben Ausführungen wie zur Geeignetheit.

Debattiert wird, ob die Auferlegung von zwingenden Übertragungspflichten wirklich notwendig ist.⁹⁹⁶ Denn in vielen Fällen sind die Must Carry-Programme für Plattformbetreiber so wichtig, dass diese sie ohnehin anbieten würden.⁹⁹⁷ Diese Annahme ist aber nicht in jedem Fall zutreffend. Gerade die Kabel-Regionalgesellschaften sind u.U. marktmächtig genug, um am Markt ggf. auch die Nicht-Einspeisung eines wichtigen Must Carry-Programms durchsetzen zu können.⁹⁹⁸

Es existieren außerdem keine Regelungsalternativen, die gleich effektiv wirken würden wie die Auferlegung durchsetzbarer Must Carry-Pflichten. Alternativen wie Verhandlungspflichten, Anreizregulierung oder eine

⁹⁹³ Zu politischen Gründen der Plattformregulierung siehe ab S. 130.

⁹⁹⁴ BVerfGE 119, 181, 217 - *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*; BVerfGE 57, 295, 323 - *FRAG*. BVerfGE 95, 163, 173 - *DSF*.

⁹⁹⁵ So auch *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 110 und *Bauer*, Netz und Nutzung, 102 f.

⁹⁹⁶ v. *Wichert-Nick*, Wirtschaftsfaktor Kabel, 43 f.; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 97.

⁹⁹⁷ Programmplattformen, die diesen Anreiz nicht haben, sind gem. § 52b Abs. 3 Nr. 2 RStV von Übertragungspflichten weitgehend freigestellt; siehe dazu ab S. 284.

⁹⁹⁸ Zum „Kabelstreit“ mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten siehe *Woldt* MP 2013, 339, 345 f.

Verpflichtung, Kapazitäten bis zu einem eventuellen Vertragsschluss mit den Programmveranstaltern nur *vorzuhalten* („Must Provide“)⁹⁹⁹ würden die Einspeisung der Must Carry-Programme letztlich zur Disposition des Plattformbetreibers stellen. Dies wäre mit den in § 52b RStV festgelegten Übertragungspflichten aber nicht vergleichbar.¹⁰⁰⁰

Die Auferlegung einer Must Carry-Pflicht beschränkt sich außerdem nicht auf eine reine Übertragungspflicht. Vielmehr bauen auf den Must Carry-Status eines Programms weitere Pflichten auf, z.B. der Schutz der Signalintegrität gem. § 52a Abs. 3 RStV,¹⁰⁰¹ die Gewährleistung einer Mindest-Übertragungsqualität („technisch gleichwertig“, § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 d) RStV)¹⁰⁰² und die Entgeltregulierung nach § 52d RStV.¹⁰⁰³ Die Must Carry-Regeln sind insofern nicht zu verstehen als eine Pflicht, Programme nur *irgendwie* zu übertragen, sondern dies *auf eine ganz bestimmte Art und Weise* zu tun.¹⁰⁰⁴ Auch dies könnten alternative Regelungen nicht gewährleisten.

Die Erforderlichkeit der Auferlegung von Übertragungspflichten ist deshalb zu bejahen.¹⁰⁰⁵

7.1.3.3.2.4 Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist danach zu fragen, ob die durch den Grundrechtseingriff geschützten Rechtsgüter ihrem Rang, aber auch dem Grad ihrer konkreten Beeinträchtigung nach, über den beeinträchtigten Grundrechten stehen. Vorliegend stehen auf beiden Seiten gewichtige Verfassungsgüter in Frage.

Zunächst zu dem Sonderfall der in § 52 Abs. 2 RStV geregelten *subjektiven Berufszugangsregel*: Für diese gilt die Besonderheit, dass sie sich nur durch die Abwehr einer nachweisbaren oder zumindest wahrscheinlichen Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut rechtfertigen lässt.¹⁰⁰⁶ Dies ist für

⁹⁹⁹ Zu der Frage, ob § 52b Abs. 1 RStV aktuell nur eine „Must Provide“-Pflicht vorsieht siehe ab S. 351.

¹⁰⁰⁰ Siehe dazu auch ab S. 320.

¹⁰⁰¹ Siehe hierzu ab S. 297 und ab S. 364.

¹⁰⁰² Siehe hierzu ab S. 364.

¹⁰⁰³ Siehe hierzu ab S. 398.

¹⁰⁰⁴ Zur räumlichen Reichweite siehe ab S. 360, zur notwendigen technischen Übertragungsqualität ab S. 364.

¹⁰⁰⁵ So im Ergebnis auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 103 f.

¹⁰⁰⁶ BVerfGE 7, 377, 407 - *Apotheken-Urteil*.

Plattformbetreiber zu bejahen. Wie auch Rundfunkveranstalter¹⁰⁰⁷ sind Plattformanbieter in einem für die Demokratie sensiblen Bereich tätig; Mängel bei ihrer Zuverlässigkeit können schnell zu großen Schäden führen. Die Gesetzgeber sind durch die Rundfunkfreiheit verpflichtet, sicherzustellen, dass Gestaltungsmöglichkeiten des Rundfunks nur solchen Personen anvertraut werden, die geeignet sind, im Sinne der Allgemeinheit mit ihnen umzugehen.¹⁰⁰⁸ Dies rechtfertigt die in § 52 Abs. 2 RStV enthaltene Berufszugangsregel.

Für alle weiteren Normen der Plattformregulierung gilt: Es handelt sich um herkömmliche Berufsausübungsregeln bzw. Sozialpflichten. Diese können durch legitime Allgemeininteressen gerechtfertigt werden. Soweit es um den Maßstab des Art. 14 Abs. 2 GG geht, ist zwischen dem sozialen Bezug des Eigentums einerseits und der Intensität der Inhalts- und Schrankenbestimmungen andererseits abzuwägen. Je stärker der Sozialbezug, desto intensivere Eingriffe in das Eigentum sind zulässig.¹⁰⁰⁹

Ähnliches gilt auch für die Rundfunkfreiheit: Diese ist gem. Art. 5 Abs. 2 GG grundsätzlich einschränkbar. Die Untergrenze des Zulässigen bildet neben dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch der Ausgestaltungsauftrag. Das heißt, eine Einschränkung ist nur zulässig, solange dem Grundversorgungsauftrag und der Rolle des Rundfunks als „Medium und Faktor“ der öffentlichen Meinungsbildung dabei noch ausreichend Rechnung getragen wird.¹⁰¹⁰

Anhand dieses Maßstabs ist zwischen den Grundrechten der Plattformbetreiber und den geschützten Rechtsgütern abzuwägen. Dabei lässt sich auf die oben angestellten Überlegungen zurückgreifen:¹⁰¹¹ Die Gesetzgeber handeln bei der Plattformregulierung nicht frei im eigenen Ermessen, sondern kommen ihrerseits einem verfassungsrechtlichen *Ausgestaltungsauftrag* nach. Der Ausgestaltungsauftrag resultiert aus einer „Sondersituation“ des Rundfunks, die sich u.a. aus Konzentrationstendenzen und der Gefahr einseitiger Einflussnahme auf den Rundfunk ergibt.¹⁰¹² Das BVerfG hat hier gerade die „Telekommunikationsunternehmen als Betreiber

¹⁰⁰⁷ Zur Parallele siehe ab S. 156.

¹⁰⁰⁸ BVerfGE 57, 295, 326 – FRAG; BVerfGE 73, 118, 199 – Niedersachsen.

¹⁰⁰⁹ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 312; Bauer, Netz und Nutzung, 121 ff.

¹⁰¹⁰ Siehe zum hier vertretenen verfassungsrechtlichen Konzept, bei dem Eingriffs- und Ausgestaltungsdogmatik einander nicht ausschließen, ab S. 159.

¹⁰¹¹ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 11; Bauer, Netz und Nutzung, 121.

¹⁰¹² Siehe dazu ab S. 147

von Plattformen für Rundfunkprogramme“ als Gefahrenpunkt ausgemacht.¹⁰¹³

Soweit Eingriffe in die Grundrechte von Plattformbetreibern erfolgen, folgt dies somit unmittelbar aus der Rundfunkfreiheit, das geschützte Rechtsgut hat Verfassungsrang. Im Rahmen der Abwägung ist dies einerseits im Rahmen der Schrankenregelungen zu berücksichtigen, denen die Grundrechte der Plattformbetreiber unterworfen sind; andererseits hat der Ausgestaltungsauftrag selbst den Rang von (konkurrierendem) Verfassungsrecht.

Wie im Prüfungsschritt zum „legitimen Zweck“ bereits erwähnt, verfolgen die Gesetzgeber bei der Plattformregulierung mehrere Ziele nebeneinander; im Wesentlichen lassen diese sich auf die Umsetzung des Ausgestaltungsauftrags zurückführen.¹⁰¹⁴ In Abschnitt 7.1.2.2¹⁰¹⁵ wurde außerdem unter Rückgriff auf die in den Eingangskapiteln angestellten Überlegungen zu den technischen und ökonomischen Rahmenbedingungen bereits herausgearbeitet, dass insbesondere die folgenden Eigenschaften von Plattformbetreibern diese regulierungsbedürftig machen:

- Die Möglichkeit einseitiger Einflussnahme auf die Meinungsbildung, die sich aus der Kontrolle über technische und ökonomische Flaschenhälse ergibt und so das Potential zur Bildung von „Informationsmonopolen“ verleiht;¹⁰¹⁶
- die Einflussnahme speziell auf *Rundfunkangebote*, denen besondere Aktualität, Suggestivkraft und Breitenwirkung zugeschrieben wird;
- die Möglichkeit zur Einflussnahme auf Zusammenstellung, Art und Inhalt der Inhalte, die von den Rezipienten wahrgenommen werden und damit die „inhaltliche Verantwortung für das Endprodukt“.¹⁰¹⁷

Letztlich läuft die Überlegung darauf hinaus, dass Plattformbetreiber in einem besonders sensiblen Bereich – der Rundfunkverbreitung – eine

¹⁰¹³ BVerfGE 119, 181, 216 f. – *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*.

¹⁰¹⁴ Siehe dazu ab S. 179.

¹⁰¹⁵ Siehe dazu ab S. 147.

¹⁰¹⁶ Siehe zur „Flaschenhalsfunktion“ von Kabelnetzen, Verschlüsselungssystemen und proprietären Endgeräten insbesondere ab S. 120.

¹⁰¹⁷ Ricke MMR 2011, 642, 644; BayVGh ZUM-RD 2013, 28, 32.

besonders missbrauchsanfällige Position besetzen, nämlich eine *Gatekeeper-Stellung*.¹⁰¹⁸

Wie weit diese Gatekeeper-Position ausgeprägt ist, unterscheidet sich von Plattformbetreiber zu Plattformbetreiber. Einige Plattformbetreiber – z.B. die Betreiber der überregionalen Breitbandkabelnetze – kontrollieren den Zugang zu sehr großen Zuschauergruppen, sie sind durch Netzwerkeffekte und hohe Markteintrittsbarrieren abgesichert und deshalb sehr marktmächtig.¹⁰¹⁹ Andere Plattformbetreiber sind eher in technologischen Nischen etabliert (z.B. Streaming über das Internet) und einem hohen Wettbewerbsdruck ausgesetzt, weil die Wechselkosten der Kunden in diesem Bereich fast gleich Null sind.¹⁰²⁰ Von solchen Anbietern geht kaum eine Gefahr für die Rundfunkvielfalt aus.

Diese Divergenz in der Regulierungsbedürftigkeit der einzelnen Plattformbetreiber macht es notwendig, auch bei der Intensität der zulässigen Eingriffe abzustufen: Einige Typen von Plattformbetreibern stellen ein erhebliches (zumindest abstraktes) Risiko für die Rundfunkvielfalt dar, was auch intensive Grundrechtseingriffe notwendig macht (und dadurch rechtfertigt). Für andere Plattformbetreiber gilt dies nicht oder nur in geringerem Ausmaß. Die Gesetzgeber haben diesem Zusammenhang durch ein abgestuftes Regelungskonzept Rechnung getragen; hierauf wird noch in einem gesonderten Abschnitt eingegangen.¹⁰²¹

Jedenfalls für die großen, überregionalen Kabelnetze ist festzuhalten, dass deren Sozialbezug generell als hoch einzustufen ist:¹⁰²² Sie haben eine „Gatekeeper“-Position, die besonders regulierungsbedürftig ist.¹⁰²³ Breitbandkabelnetze dienen der Massen- und Individualkommunikation und stehen damit unmittelbar in Bezug zu verschiedenen Grundrechten sowie zum Demokratieprinzip des Art. 20 GG.¹⁰²⁴ Je nach Größe und

¹⁰¹⁸ Siehe dazu ab S. 150.

¹⁰¹⁹ *Ladeur* MMR 1999, 266, 269; *Gersdorf*, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 78; a.A. *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 304.

¹⁰²⁰ Siehe zur Bedeutung von Netzwerkeffekten ab S. 110, zur Bedeutung von Wechselkosten und Multihoming ab S. 122.

¹⁰²¹ Siehe dazu ab S. 193.

¹⁰²² Das ist unstrittig, vgl. nur *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 521; *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 66 ff.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 126 ff.

¹⁰²³ Siehe dazu ab S. 147.

¹⁰²⁴ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehtz, 111; *Gersdorf*, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 79; *Vesting*, Rechtsprobleme der

Rahmensituation sind solche Verbreitungsnetze auch *unverzichtbar* für die Informationsansprüche der bei ihnen angeschlossenen Nutzer.¹⁰²⁵ Dies sind gewichtige Interessen der Allgemeinheit, die Eingriffe in die Grundrechte der Plattformanbieter rechtfertigen können.

Die *maximal zulässige Eingriffsintensität* ist somit als hoch einzuschätzen: Aufgrund der hohen Sozialbindung, dem geringen personalen Bezug der Kabelnetze und dem verfassungsrechtlichen Gewicht der geschützten Interessen (Rundfunkvielfalt, Grundversorgung) sind auch intensive Eingriffe zulässig.¹⁰²⁶ Der EuGH hat in einer Entscheidung zu der in Art. 31 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie festgelegten Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits ausgesprochen, dass Eingriffe in die Belegungshoheit von Kabelnetzbetreibern verhältnismäßig sind, solange der Betroffene die Übertragungspflichten „gegebenenfalls im Hinblick auf die Gesamtheit seiner Tätigkeiten“ noch „unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen erfüllen“ kann.¹⁰²⁷ Diese Wertung baut auf denselben Überlegungen auf wie die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, sie lässt sich auf die hiesige Frage übertragen.

Vor diesem Hintergrund erweisen sich die §§ 52 ff. RStV zumindest bezogen auf ihren Hauptanwendungsfall, die großen Kabelnetzbetreiber, als verhältnismäßig. Die Eingriffe in die Sphäre der Plattformanbieter sind zwar durchaus spürbar: Must Carry-Regeln schränken die Belegungshoheit des Plattformbetreibers ein; auch die Möglichkeiten zur Vermarktung einer „Einspeiseleistung“ an Programmveranstalter werden eingeschränkt.¹⁰²⁸ In einem weiteren Kapazitätsbereich ist die Belegungsautonomie des Plattformbetreibers zumindest noch abstrakten Vielfaltsvorgaben unterworfen.¹⁰²⁹ Hinzu kommen weitere Vorgaben zur Gestaltung eines eventuell vorhandenen elektronischen Programmführers oder Verschlüsselungssystems (§ 52c RStV), der Übertragungsqualität (§ 52b Abs.

unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 56 f.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 128; *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 104 f.; kritisch *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 300 ff.

¹⁰²⁵ Wohl a.A. *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 306; zur Informationsfreiheit siehe auch noch ab S. 195.

¹⁰²⁶ Siehe dazu ausführlich auch *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 24 ff.

¹⁰²⁷ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07 - *Kabel Deutschland*, Rn. 46; ausführlich zur Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 31 UDRL ab S. 222.

¹⁰²⁸ Siehe dazu ab S. 376.

¹⁰²⁹ Siehe zu den Auswirkungen der Can Carry-Vielfaltsvorgaben ab S. 368.

1 Satz 1 Nr. 1 d) RStV) sowie diverse, u.U. kostenintensiv einzuhaltende Verfahrensvorschriften.¹⁰³⁰

Die §§ 52 ff. RStV erreichen damit jedoch an keiner Stelle die Qualität eines enteignenden Eingriffs, bzw. sie überschreiten nicht die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit (zum speziellen Fall der „kompensationslosen“ Must Carry-Pflichten sogleich ausführlich auch noch unten). Insbesondere der Kern des unternehmerischen Geschäftsbetriebs eines Plattformbetreibers – die Vermarktung von Programmbündelprodukten an Endkunden – bleibt letztlich unbeeinträchtigt; dies zeigen die Geschäftszahlen der großen Kabelnetzbetreiber.¹⁰³¹ Die Plattformregeln betreffen in wirtschaftlicher Hinsicht eher *Randbereiche* der Tätigkeit von Plattformbetreibern oder verbieten Tätigkeiten, die ohnehin einen Missbrauch von Marktmacht darstellen würden, z.B. die Erhebung prohibitiver Preise.

Gerade die *Praxis* zeigt, dass der Markt auch unter den Rahmenbedingungen der Plattformregulierung funktioniert und die Plattformbetreiber – teilweise mit sehr positiven Betriebsergebnissen – wirtschaften können.¹⁰³² Tatsächlich ist es vielfach sogar *gerade* die Rundfunkrechtsordnung, die erst die Grundlage für die Geschäftstätigkeit der Plattformbetreiber legt: Vor allem die (sich aus der Finanzierung aus Rundfunkbeiträgen ergebende) Hochwertigkeit der öffentlich-rechtlichen Programme¹⁰³³ macht die Produkte von Plattformbetreibern wertvoll. Dieser Wert fließt den Plattformbetreibern zu, er ermöglicht die Vermarktung der Plattformprodukte an Endkunden.¹⁰³⁴ Dass der Plattformbetreiber von rundfunkrechtlichen Vorgaben nicht nur negativ betroffen ist, sondern auch von ihnen *profitiert*, ist die Güterabwägung mit einzubeziehen.¹⁰³⁵

Die Regulierung von Plattformanbietern lässt sich aus diesem Grund jedenfalls *grundsätzlich* verfassungsrechtlich rechtfertigen.¹⁰³⁶ Belegungs-

¹⁰³⁰ Zusammenfassung bei Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52e Rn. 3.

¹⁰³¹ Siehe insbesondere Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 21 ff.

¹⁰³² Am Beispiel von Kabel Deutschland Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 21 ff.

¹⁰³³ Siehe dazu Zubayr/Geese MP 2011, 230.

¹⁰³⁴ Am Beispiel von Kabel Deutschland Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 40 ff.

¹⁰³⁵ Zu „Must Offer“-Ansprüchen von Plattformbetreibern, die ihnen den den Zugriff auf die werthaltigen Programme ermöglichen, siehe ab S. 423.

¹⁰³⁶ So auch Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 12; Gersdorf, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 75 ff.

vorgaben sind zulässig, soweit sie Rundfunkinhalte privilegieren, die besonders schutz- oder förderungswürdig sind.¹⁰³⁷ Ebenfalls zulässig ist, den Plattformveranstaltern weitere Ge- und Verbote bei der Auswahl der zu transportierenden Programme aufzuerlegen, z.B. ein allgemeines Diskriminierungsverbot.

Auf die vieldiskutierte Frage, ob Plattformbetreiber dann unverhältnismäßig betroffen sind, wenn sie zwar Must Carry-Pflichten erfüllen müssen, dafür von den Programmveranstaltern aber keine *Kompensation* erhalten, wird im folgenden Abschnitt gesondert eingegangen. Im Anschluss wird dann noch problematisiert, ob die Plattformregulierung auch in jedem *Einzelfall* verhältnismäßig ist oder ob es zu sog. Härtefällen kommt.

7.1.3.3.2.4.1 *Insbesondere: Unkompensierte Must Carry-Pflichten*

Diskutiert wird insbesondere die Verhältnismäßigkeit von Must Carry-Pflichten für den Fall, dass die Programmveranstalter nicht im Gegenzug Einspeiseentgelte zahlen.¹⁰³⁸

Teils wird behauptet, die Must Carry-Regeln seien unverhältnismäßig, wenn die Programmveranstalter nicht im Gegenzug Einspeiseentgelte zahlen würden. Die Vertreter der sog. „Must Pay“-Theorie argumentieren, der Verhältnismäßigkeitsanspruch der Rechtsordnung verdichte sich zu einem Kontrahierungszwang zu Lasten der Programmveranstalter.¹⁰³⁹ Auch ziehen diese Stimmen eine Parallele zur Entscheidung des BVerfG zum Kurzberichterstattungsrecht.¹⁰⁴⁰ Dort hatte das BVerfG entschieden, dass zwar Interessen der Rundfunkvielfalt Eingriffe in Rechte Privater rechtfertigen können; geschehe dies aber unmittelbar mit dem Zweck, Wettbewerber zu bereichern, sei dies ohne gegenläufige

¹⁰³⁷ OVG Bremen K&R 2000, 43, BayVGHZ 2006, 495, 499; *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 56 ff.

¹⁰³⁸ Siehe insbesondere *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 25 ff.; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 40 ff.; *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 83 ff; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung.

¹⁰³⁹ Dieser Streit ist unten ab S. 320 dargestellt. Hier wird lediglich zur Verhältnismäßigkeit ausgeführt.

¹⁰⁴⁰ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37; *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 26; *Engel* RTKom 2000, 189, 201; vgl. auch *Gersdorf* K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 13 f.

Kompensationspflicht „im Verhältnis zu dem Sicherungszweck der Norm unangemessen“.¹⁰⁴¹

Bei der Untersuchung der Eingriffsintensität von „kompensationslosen Must Carry-Pflichten“ sind zwei Fallgruppen zu differenzieren:

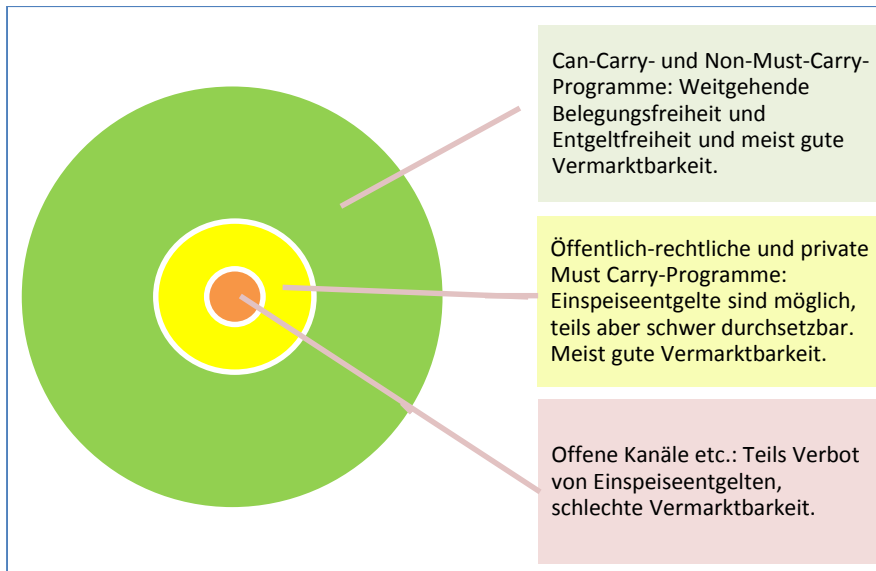


Abbildung 20: Intensität der Grundrechtseingriffe bei Must Carry

Die erste, oben als mittlerer Ring dargestellte Fallgruppe betrifft die Mehrzahl der Must Carry-Programme: Bei diesen ist es den Plattformanbietern nicht *verboten*, bei Programmveranstaltern Entgelte zu erheben.¹⁰⁴² Die Must Carry-Regeln *erschweren* es allerdings, den Programmtransport gleichzeitig als Leistung an die Programmveranstalter zu vermarkten.¹⁰⁴³ Einige Programmveranstalter zahlen für den Transport von Must Carry-Programmen, andere nicht. Die Must Carry-Programme sind aber überwiegend bei den Endkunden sehr beliebte Programme, die zur Vermarktungsfähigkeit des Plattformangebotes stark beitragen.

¹⁰⁴¹ BVerfGE 97, 228, 262 f. - *Kurzberichterstattung*; anders nunmehr aber EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, Rn. 54 ff. - *Sky Österreich*.

¹⁰⁴² Siehe zu „Must Carry for Free“ noch ab S. 376.

¹⁰⁴³ Siehe dazu ausführlich ab S. 376.

Die zweite, oben als innerer Ring dargestellte Fallgruppe betrifft die gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) RStV ebenfalls Must Carry-privilegierten Regional- und Lokalprogramme und die offenen Kanäle. Bei dieser Fallgruppe kann es (je nach Landesrecht) vorkommen, dass den Kabelnetzbetreibern die Entgelterhebung gesetzlich verboten ist.¹⁰⁴⁴ Diese Programme sind außerdem bei den Endkunden nicht stark nachgefragt, so dass sie auch die Vermarktungsfähigkeit des Plattformangebots nicht spürbar verbessern.¹⁰⁴⁵ Für diese Programme bleibt damit keine wirksame Finanzierungsvariante, Plattformbetreiber müssen diesen Signaltransport „quersubventionieren“.¹⁰⁴⁶

Nun zur Abwägung:

Schon im Ausgangspunkt betreffen die Must Carry-Regeln nie mehr als ein Drittel der digital genutzten Übertragungskapazität.¹⁰⁴⁷ Der Plattformanbieter entscheidet selbst, in welchem Umfang er seine Kapazität für analoge oder digitale Rundfunkübertragung einsetzt – und damit auch, ob bzw. in welchem Umfang ihn die Must Carry-Regeln treffen.¹⁰⁴⁸ Kein Plattformanbieter ist gezwungen, sich als ein solcher zu betätigen.¹⁰⁴⁹ Wenn er die Regulierung für zu stark eingreifend hält, steht es ihm frei, sein Geschäftsmodell so auszurichten, dass er den §§ 52 ff. RStV nicht bzw. nur in geringerem Ausmaß unterfällt. In der Praxis belegen die digitalen Must Carry-Signale meist weniger als 5 % der Gesamtkapazität der Plattform.

Die ganz überwiegende Zahl der Must Carry-Pflichten (erste Fallgruppe, oben als mittlerer Ring dargestellt) betrifft außerdem reichweitenstarke und bei den Endkunden beliebte Programme. Für solche Programme sind Einspeiseentgelte ohnehin eher die Ausnahme.¹⁰⁵⁰ Ein Großteil der

¹⁰⁴⁴ Vgl. § 52d Satz 4 und 5 RStV sowie § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) Halbsatz 2, RStV i.V.m. den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften; siehe dazu *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, S. 2 (Fn. 7) und 18 ff.; siehe auch *HRKDSC*, RStV, § 52d Rn. 11.

¹⁰⁴⁵ Siehe zur Zweiseitigkeit des Plattform-Geschäftsmodells ab S. 117; kritisch zum Beitrag dieser Programme zur Rundfunkvielfalt *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 90 f.

¹⁰⁴⁶ Ähnlich *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 109.

¹⁰⁴⁷ LG Berlin ZUM 2013, 954, 960; *HRKDSC*, RStV, § 52a Rn. 5; *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 113.

¹⁰⁴⁸ Siehe dazu ab S. 253.

¹⁰⁴⁹ Ähnlich *Hain* et al. MMR 2014, 24, 27.

¹⁰⁵⁰ Aus diesem Grund verfängt auch die Analogie zur Kurzberichterstattungs-Entscheidung des BVerfG nicht: In der Diktion des BVerfG wären Kompensationspflichten nur notwendig, wenn es sich bei den Must Carry-Regeln um zwangsweise zu erbringende Leistungen an Konkurrenten handeln würde, die im Verhältnis zum „Sicherungszweck der Norm“ unangemessen wären. § 52b RStV fordert aber keine Leistung an Programmveranstalter (und

Plattformbetreiber kommt komplett ohne Einspeiseentgelte aus¹⁰⁵¹ bzw. erzielt daraus nur sehr geringe Einnahmen.¹⁰⁵² Denn das Geschäftsmodell eines Plattformanbieters lebt ganz überwiegend von der *Vermarktung* der Programmsignale an *Endkunden* bzw. andere Abnehmer.¹⁰⁵³ Die Must Carry-Programme sind für die Plattformanbieter also eher ein wertvolles Vorprodukt, auf das sie im eigenen Interesse zugreifen, um es zu den Signalabnehmern transportieren.¹⁰⁵⁴ Es entspricht der Logik eines zweiseitigen Marktes, diese Marktseite zu subventionieren, so dass die Preise auf Null sinken oder sogar negativ werden.¹⁰⁵⁵

Die *Vermarktung* der Plattformprodukte an Dritte bleibt durch die Must Carry-Regeln weitgehend unbeeinträchtigt,¹⁰⁵⁶ Plattformanbieter können sich auf dieser Marktseite also problemlos und kostendeckend finanzieren, solange die ihnen überlassenen Programme werthaltig sind.¹⁰⁵⁷ Für die erste Fallgruppe bestehen also keine Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Must Carry-Pflichten, selbst wenn die Programmveranstalter keine Einspeiseentgelte zahlen.¹⁰⁵⁸

Die zweite Fallgruppe (oben als innerer Ring dargestellt) betrifft die wenigen Programme, deren *kostenlose* Einspeisung gesetzlich angeordnet ist, die aber (mangels Beliebtheit bei den Endkunden) wenig zum Wert der Plattformprodukte beitragen. Dies gilt für die offenen Kanäle und in

erst Recht nicht an Konkurrenten), sondern geht zu Recht davon aus, dass die Plattformbetreiber die fremden Programme grundsätzlich im Eigeninteresse transportieren und schränkt lediglich die *Auswahl* dieser Programme ein (*Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 21 ff.; *Dörr* ZUM 2013, 81, 106). Die Analogie zur Kurzberichterstattungsentscheidung ist damit nicht zutreffend (*Hain* et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 93 f.; *Vesting*, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten, 59 ff.

¹⁰⁵¹ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 17 ff.

¹⁰⁵² *Gerpott/Winzer* ebd., 21 ff.

¹⁰⁵³ *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 21 ff.; *Holznagel/Salwitzek* K&R 2013, 454, 458.

¹⁰⁵⁴ *Schütz/Schreiber* MMR 2013, 544, 545 f.; *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 165; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 311 ff.; so auch schon *Ladeur* K&R 2001, 496, 498.

¹⁰⁵⁵ Siehe dazu ab S. 115.

¹⁰⁵⁶ § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV erlaubt Rundfunkveranstaltern, eine „Vermarktung“ ihrer Programme zu verbieten, siehe dazu ab S. 299.

¹⁰⁵⁷ A.A. *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 38 mit der unbegründeten Behauptung, Kabelnetzbetreiber dürften bei Endkunden nur die Transportkosten erstattet verlangen.

¹⁰⁵⁸ So auch *Ladeur* ZUM 2012, 939, 943; *Hain* et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 83 ff.; *Bauer*, Netz und Nutzung, 125 ff.; wohl auch *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 312 ff. (insb. Fn. 1522).

Einzelfällen auch für Lokal- und Regional-TV-Programme.¹⁰⁵⁹ Diese sind – trotz aller „Förderungswürdigkeit“, die ihnen die Gesetzgeber in Einzelfällen zumessen – auch keine öffentlich-rechtlichen Programme mit Grundversorgungsauftrag, sondern private, meist gewinnorientiert veranstaltete Programme.¹⁰⁶⁰

Ein Eingriff in die Grundrechte der Plattformbetreiber wäre auch bei dieser Programmgruppe nur dann unverhältnismäßig, wenn er *unzumutbare Folgen* hätte oder den Grundrechtsträger in einer Gruppe gleichermaßen Normunterworfenen mit außergewöhnlicher Intensität träfe.¹⁰⁶¹ Dies ist hier aber nicht der Fall: Allein die Pflicht zum unentgeltlichen Transport *einzelner* Programmsignale führt nicht zur Unverhältnismäßigkeit, solange hierfür sachlich nachvollziehbare Gründe bestehen.¹⁰⁶² Es kann Plattformanbietern aufgebürdet werden, einzelne Bestandteile ihres Geschäftes unprofitabel zu betreiben, solange die Möglichkeit zur gewinnbringenden Nutzung ihres Geschäftsbetriebs *insgesamt*¹⁰⁶³ noch gewährleistet ist.¹⁰⁶⁴ Daraus kann sich auch ein Zwang zur „Quersubventionierung“ ergeben, solange dies den Geschäftsbetrieb nicht *insgesamt* unrentabel macht.¹⁰⁶⁵

Somit bestehen hinsichtlich der Auferlegung von Must Carry-Pflichten auch dann keine Bedenken, wenn die Programmveranstalter keine Einspeiseentgelte zahlen.¹⁰⁶⁶ Dass § 52b RStV keine unverhältnismäßigen Folgen hat, belegt denn auch die Praxis: Die große Mehrheit der Plattformanbieter speist Programme ohne Erhebung von Einspeiseentgelten ein, unabhängig davon, ob Must Carry-Pflichten greifen oder nicht. Ein Plattformbetreiber kann im deutschen Markt gewinnbringend wirtschaften, auch wenn er keine Einspeiseentgelte erhebt bzw. erheben kann.¹⁰⁶⁷ Allgemein spielen die Einspeiseentgelte im Geschäftsmodell von

¹⁰⁵⁹ Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 312 f.

¹⁰⁶⁰ Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 316 ff.

¹⁰⁶¹ BayVGh ZUM 2006, 495, 499.

¹⁰⁶² Gersdorf, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 78 ff.; Schulz/Held, Regulierung durch Anreize, 72; a.A. Bauer, Netz und Nutzung, 186.

¹⁰⁶³ So ausdrücklich auch EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 46, 55 - *Kabel Deutschland*: „ggf. im Hinblick auf die Gesamtheit seiner Tätigkeiten“; a.A. Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 315 f.

¹⁰⁶⁴ BayVGh ZUM 2006, 495, 500; Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 112; Hain et al. MMR 2014, 24, 28.

¹⁰⁶⁵ BayVGh ZUM 2006, 495, 499.

¹⁰⁶⁶ So auch LG Bremen MMR 2013, 816, 818; Hain et al. MMR 2014, 24, 27 f.

¹⁰⁶⁷ Zusammenfassend Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht.

Plattformbetreibern eine nachgeordnete Rolle.¹⁰⁶⁸ Ihr Verlust mag in einzelnen Fällen spürbar sein, ist jedoch für das gewählte Plattformgeschäftsmodell nie substanziell. Dies spricht deutlich gegen eine Unverhältnismäßigkeit.

7.1.3.3.2.4.2 *Ausnahmen für Härtefälle und ‚ungefährliche‘ Plattformanbieter*

Die Verhältnismäßigkeit der Plattformregeln ist noch in einem zweiten Aspekt problematisch: Es ist fraglich, ob das sog. abgestufte Schutzkonzept, das die §§ 52 ff. RStV vorsehen, in allen Aspekten schlüssig ist.¹⁰⁶⁹

Dem liegt die folgende Überlegung zugrunde: Die §§ 52 ff. RStV sollen verhindern, dass Plattformbetreiber ihre Gatekeeper-Stellung zu Lasten der Rundfunkvielfalt missbrauchen. Nur vor diesem Hintergrund können die Übertragungspflichten nach § 52b RStV, die Vorgaben zur Offenhaltung bestimmter „Flaschenhälse“ in § 52c RStV und die Preisregulierung in § 52d RStV gerechtfertigt sein.¹⁰⁷⁰ Oben ist aber bereits herausgearbeitet worden, dass die Gatekeeper-Problematik für die Plattformbetreiber in *unterschiedlichem* Ausmaß vorhanden ist: Einige Plattformbetreiber nehmen zwar unbestreitbar eine für die Rundfunkvielfalt zentrale Position ein, ihre Marktmacht hat Missbrauchs-potential. Andere Plattformbetreiber haben dieses Missbrauchspotential aber nicht oder nur eingeschränkt.¹⁰⁷¹ In deren Grundrechte sind demnach auch nicht so weitreichende Eingriffe notwendig und zulässig.

Die Gesetzgeber haben dem unterschiedlichen Gefährdungspotential von Plattformbetreibern durchaus Rechnung getragen. Zwar richten sie die Plattformregulierung im *Ausgangspunkt* an einen sehr großen Personen- bzw. Unternehmenskreis, indem sie eine eher weit gefasste Definition des Plattformanbieters verwenden (§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV).¹⁰⁷² Viele der Unternehmen, die im Ausgangspunkt von der Plattformdefinition erfasst

¹⁰⁶⁸ Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 21 ff.; Holznagel/Salwitzek K&R 2013, 454, 458.

¹⁰⁶⁹ Siehe hierzu ab S. 271.

¹⁰⁷⁰ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 35.

¹⁰⁷¹ Siehe dazu insbesondere auf S. 185.

¹⁰⁷² Siehe zur Auslegung von § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ausführlich ab S. 232.

sind, werden aber durch Rückausnahmen wieder ausgeklammert. Auf diese Weise entsteht ein abgestuftes Schutzkonzept.¹⁰⁷³

Die Frage ist nun, ob dieses System ausreichend ist, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen vollständig zu entsprechen. Notwendig ist aus verfassungsrechtlicher Sicht, dass *nur* die Plattformbetreiber den Must Carry-Vorgaben unterworfen werden, bei denen dies aus Gründen der Vielfaltssicherung notwendig ist. Wenn von bestimmten Plattformbetreibern keine reale Gefahr für die Rundfunkvielfalt ausgeht, fehlt den sie betreffenden Vorschriften die Erforderlichkeit (wenn weniger eingriffsintensive Maßnahmen zur Zweckerreichung ausreichend wären) oder zumindest die Angemessenheit.

Die Frage ist insofern, ob die Ausnahmetatbestände des „abgestuften Schutzkonzepts“ passgenau formuliert sind, d.h. ob sie *alle* Plattformbetreiber, von denen keine abstrakte Gefahr ausgeht, aus dem Anwendungsbereich der eingriffsintensiven Normen ausklammern.

Dies ist vorliegend durchaus problematisch: Zwar sieht das Gesetz Ausnahmen für die Betreiber von *Programmplattformen* (§ 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV) und *Plattformen auf offenen Netzen* (§ 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV) Ausnahmevorschriften vor; diese Arten von Plattformen belegen in der Tat im Normalfall keine Gatekeeper-Stellung. Allerdings sind die Ausnahmevorschriften für diese Unterkategorien des Plattformbegriffs im Wortlaut sehr eng formuliert. Es ist fraglich, ob alle „Härtefälle“ durch diese Tatbestände erfasst werden.

Diese Problematik lässt sich nicht sinnvoll erörtern, bevor die jeweiligen Regelungen auch anhand ihres Tatbestands besprochen wurden. Auf die Frage der Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeiten zur verfassungskonformen Auslegung der Tatbestände wird dann in diesem Kontext eingegangen.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷³ Dies betrifft insbesondere Plattformen in offenen Netzen, Kleinstplattformen (§ 52 Abs. 1 Satz 2 RStV) und Programmplattformen (§ 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV). Ausführlich zu den Rückausnahmen siehe ab S. 269.

¹⁰⁷⁴ Siehe zu Plattformen in offenen Netzen ab S. 278, zu Programmplattformen ab S. 284.

7.1.4 Grundrechte der Veranstalter und Rezipienten

Im Gesamtkomplex der Rundfunkverbreitung darf nicht übersehen werden, dass die Plattformregulierung nicht nur eine *Ausgestaltung* von Grundrechten ist und in dieser Funktion in Grundrechte *eingreift*; gleichzeitig *schützt* sie auch Grundrechte der Programmveranstalter und der Rezipienten.

7.1.4.1 Rundfunkfreiheit der Programmveranstalter

Die Rundfunkfreiheit verleiht den Programmveranstaltern zunächst die Autonomie, selbst zu entscheiden, in welcher Weise sie ihre Programme verbreiten wollen.¹⁰⁷⁵ Dies gilt unabhängig davon, welches Geschäftsmodell die Veranstalter verfolgen. Insbesondere spielt es keine Rolle, ob Programmveranstalter ihr Programm gegen Entgelt vermarkten (lassen) wollen oder ob sie eine andere Finanzierungsvariante wählen.¹⁰⁷⁶

Fraglich ist, ob und inwieweit Programmveranstalter aus ihrer Rundfunkfreiheit auch einen öffentlich-rechtlichen *Anspruch* ableiten können, auf einer bestimmten Plattform vorzukommen. Ein aus den Grundrechten abgeleiteter Schutzanspruch wäre nicht gegen die Plattformbetreiber selbst, sondern gegen die grundrechtsverpflichtete Hoheitsgewalt gerichtet (Art. 1 Abs. 3 GG). Der Staat müsste also gegenüber den Plattformbetreibern aktiv werden, um diesen den Transport der betreffenden Programme vorzuschreiben.

Der Staat kann die Verhältnisse zwischen Privaten zwar im Rahmen des verfassungsrechtlichen Ordnungsrahmens frei gestalten; die Grenze setzt allerdings das Untermaßverbot.¹⁰⁷⁷ Das Untermaßverbot wäre vorliegend aber verletzt, wenn der Staat nicht sicherstellen würde, dass auf reichweitenstarken Plattformen kein Standard gleichgewichtiger Vielfalt abgebildet wird, insbesondere hinsichtlich der Grundversorgungsprogramme.¹⁰⁷⁸ Aus der Rundfunkfreiheit ergibt sich für

¹⁰⁷⁵ BVerwG ZUM 1999, 339, 345 - *Sputnik*; BVerfGE 119, 181, 218 f. –

Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; Degenhart, in: BK GG, Art. 5, Rn. 472.

¹⁰⁷⁶ Zu diesem mittlerweile abgeschlossenen Streit *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 50.

¹⁰⁷⁷ BVerfGE 81, 242, 253 ff. – *Handelsvertreter*; zu Schutzpflichten bei der Rundfunkfreiheit allgemein *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 35 ff.

¹⁰⁷⁸ Ähnlich Nds. OVG, Beschl. v. 10.5.2013, Az. 10 ME 21/13, openJur 2013 - 27382, Rn. 29; OVG Bremen K&R 2000, 43, 44; *Dörr* ZUM 2013, 81, 102.

die Anbieter ohne Must Carry-Status außerdem das Recht, bei hoheitlich gesteuerten *Auswahlverfahren* zumindest angemessen berücksichtigt zu werden.¹⁰⁷⁹ Beide Gewährleistungspflichten gelten nicht nur objektiv gegenüber dem aus Art. 5 GG abgeleiteten Ausgestaltungsauftrag, sondern auch subjektiv gegenüber den Programmveranstaltern.¹⁰⁸⁰ Damit ist eine dahingehende *Schutzpflicht* des Staates anzunehmen.¹⁰⁸¹

7.1.4.2 Informationsfreiheit der Rundfunkteilnehmer

Neben der Rundfunkfreiheit ist auch die Informationsfreiheit betroffen. Die Informationsfreiheit schützt den Zugriff der Bürger auf allgemein zugängliche Informationsquellen. Sie verleiht jedoch kein subjektives Recht darauf, dass eine bestimmte Information erst *bereitgestellt* wird.¹⁰⁸² Als Abwehrrecht schützt sie vielmehr die Bürger davor, dass ihnen bestimmte Informationswege, die bereits bestehen, abgeschnitten werden. Dies betrifft grundsätzlich auch den Bezug von Rundfunkprogrammen über die Infrastrukturen von Plattformanbietern.¹⁰⁸³

Allerdings gilt auch die Informationsfreiheit der Bürger nicht im Verhältnis zum Plattformanbieter, sondern im Verhältnis zur grundrechtsverpflichteten öffentlichen Gewalt. Diese unterliegt außerdem nicht nur der Informationsfreiheit, sondern noch anderen verfassungsrechtlichen Pflichten, insbesondere der Pflicht zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit.¹⁰⁸⁴ Aus der Informationsfreiheit ergibt sich deshalb nicht, dass die Bürger von der Hoheitsgewalt verlangen können, dass ihnen über eine bestimmte Plattform ein *bestimmter* Medieninhalt zugänglich gemacht wird.¹⁰⁸⁵ Falls der Staat jedoch über die Belegung von Plattformen entscheidet, greift er dadurch in die Dispositionsfreiheit der Rezipienten ein.¹⁰⁸⁶ Daraus ergibt sich, dass zumindest „legitime Auswahlkriterien

¹⁰⁷⁹ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 114 m.w.N.; Nds. OVG, Beschl. v. 10.5.2013, Az. 10 ME 21/13, openJur 2013 - 27382, Rn. 32.

¹⁰⁸⁰ OVG Bremen K&R 2000, 43, 44.

¹⁰⁸¹ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 108; *Degenhart*, in: BK GG, Art. 5, Rn. 743; differenzierend *Bauer*, Netz und Nutzung, 130 ff.

¹⁰⁸² Eine Bereitstellungspflicht der öffentlich-rechtlichen Veranstalter ablehnend *Stettner* ZUM 1991, 441, 446.

¹⁰⁸³ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 89 m.w.N.; *Wille et al.*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 51b Rn. 16.

¹⁰⁸⁴ *Dörr* ZUM 2013, 81, 103.

¹⁰⁸⁵ *Dörr* ZUM 1997, 337, 359; *Thomaschki/Krakies* ZUM 1995, 368, 374 f.; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 106; OVG Bremen K&R 2000, 43, 45.

¹⁰⁸⁶ *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 95 f.; BayVGH ZUM-RD 1998, 22, 27.

angewendet werden müssen, die der Informationsfreiheit und dem dahinter stehenden Demokratieprinzip in besonderer Weise Rechnung tragen.“¹⁰⁸⁷ Dementsprechend sind die Zuschauerinteressen bei der Auswahl der Programme mit einzubeziehen.¹⁰⁸⁸

Einige Autoren leiten aus der Informationsfreiheit auch eine konkrete staatliche Schutzpflicht ab, die sich gegen die *Kabelnetzbetreiber* richten solle: Da viele Rezipienten auf diesen Empfangsweg angewiesen seien, müsse der Staat sicherstellen, dass über das Kabel die Grundversorgung gewährleistet sei.¹⁰⁸⁹ Andere wollen aus der Informationsfreiheit zumindest eine „Wertentscheidung für prinzipielle Transparenz und Offenheit des informationellen Vermittlungsprozesses“ ableiten.¹⁰⁹⁰

Hierzu ist anzumerken, dass die Informationsfreiheit mit der Meinungs- und Rundfunkfreiheit ohnehin letztlich in einem gemeinsamen verfassungsrechtlichen Kommunikationskonzept zusammenwirkt.¹⁰⁹¹ Im Bereich der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit lässt sich der Informationsfreiheit damit entnehmen, dass der Gesetzgeber die Rundfunkfreiheit *auch im Sinne der Rezipienten* ausgestalten muss.¹⁰⁹² Die Länder sind deshalb auch gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 *Halbsatz 2* GG verpflichtet, im Rahmen der Regulierung der Verbreitungswege die Interessen der Rezipienten zu berücksichtigen und die Grundversorgung zu gewährleisten.¹⁰⁹³ Dies gilt jedoch nur im Rahmen des technisch Möglichen.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁸⁷ Dörr ZUM 1997, 337, 359; ähnlich Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 95 f.; Degenhart, in: BK GG, Art. 5, Rn. 287.

¹⁰⁸⁸ BayVGH ZUM-RD 1998, 22, 27.

¹⁰⁸⁹ Dörr ZUM 1997, 337, 359 ff.; Irion/Schirmbacher CR 2002, 61, 64; ähnlich Nds. OVG, Beschl. v. 10.5.2013, Az. 10 ME 21/13, openJur 2013 - 27382, Rn. 29; VG Berlin ZUM-RD 2002, 506, 508.

¹⁰⁹⁰ Stettner ZUM 1991, 441, 446; Stettner ZUM 2000, 204, 206.

¹⁰⁹¹ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 94 ff.; v. Herget, Rundfunk und Grundgesetz, 54 ff.; Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 29; Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 106 f.

¹⁰⁹² Zu einer wohl mittlerweile aufgegebenen Ansicht vgl. noch Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 90 ff.

¹⁰⁹³ Nds. OVG, Beschl. v. 10.5.2013, Az. 10 ME 21/13, openJur 2013 - 27382, Rn. 29 ff.

¹⁰⁹⁴ Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 89 f.

7.2 Europarechtlicher Rahmen

Die Plattformregulierung ist in verschiedener Hinsicht auch Teil des Europäischen Medienrechts. Auf europäischer Ebene gelten mehrere Grundrechtekataloge – hiermit befasst sich Abschnitt 7.2.1. Auch die Grundfreiheiten der EU haben Bedeutung für die Plattformregulierung; dies wird in Abschnitt 7.2.2 beschrieben. Und insbesondere wirken auf die Plattformregulierung auch verschiedene EU-Richtlinien ein; hierum geht es in Abschnitt 7.2.3.¹⁰⁹⁵

7.2.1 EMRK und Grundrechtecharta

Die Plattformregulierung betrifft auch auf europäischer Ebene Grundrechte. Dies sind insbesondere Art. 10 EMRK (hierzu Abschnitt 7.2.1.1) und Art. 11 der EU-Grundrechtecharta (hierzu Abschnitt 7.2.1.2).

Die EMRK und die EU-Grundrechtecharta sind zwar unterschiedlichen internationalen Organisationen zugeordnet: einerseits dem Europarat und andererseits der Europäischen Union. Beide Kataloge sind aber auf verschiedenen Wegen miteinander verbunden.¹⁰⁹⁶ Für die Plattformregulierung haben beide gleichermaßen Bedeutung.

7.2.1.1 EMRK

Die Europäische Konvention über die Menschenrechte (EMRK) wurde 1950 mit dem Ziel eingeführt, einen europaweit einheitlichen Mindeststandard beim Grundrechtsschutz festzulegen.¹⁰⁹⁷ Der räumliche Geltungsbereich der EMRK entspricht dem Gebiet des Europarats. Diese Organisation umfasst neben den west- und zentraleuropäischen Ländern auch noch die osteuropäischen Länder, bis hin zu Russland. Die EMRK ist seit 1998 voll justizierbar, d.h. dem Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zugänglich.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ Nicht erörtert wird an dieser Stelle die eher fernliegende (und abzulehnende) Frage, ob die Must Carry-Regeln eine an die Programmveranstalter gerichtete Beihilfe i.S.d. 107 AEUV sein könnten. Siehe dazu *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 133 ff.

¹⁰⁹⁶ *Schwartmann/Lamprecht-Weißborn* in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 2 Rn. 23.

¹⁰⁹⁷ Vgl. aber gerade auch zur Ambivalenz dieses Vorhabens *Bates*, The evolution of the European Convention on Human Rights, 33 ff.

¹⁰⁹⁸ *Bates*, The evolution of the European Convention on Human Rights, 461.

Die EMRK erhält in Art. 10 eine zentrale Medienfreiheit, unter die der EGMR auch die Rundfunkfreiheit subsummiert, insbesondere schon seit jeher den Grundsatz des „Free Flow of Information“.¹⁰⁹⁹ Demnach dürfen die Staaten Rundfunksignale bei der Weitersendung über Staatsgrenzen hinweg nicht behindern.¹¹⁰⁰ Auf dieses Prinzip können sich Plattformbetreiber bis heute berufen, wenn sie Rundfunkprogramme aus dem Geltungsbereich der EMRK weitersenden.¹¹⁰¹ Ausgestaltet wurde dieses Prinzip durch das Europäische Übereinkommen zum grenzüberschreitenden Fernsehen¹¹⁰² und umgesetzt u.a. durch § 51a RStV.

Art. 10 EMRK enthält in Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 EMRK Schrankenbestimmungen. Der EGMR legt Art. 10 EMRK entsprechend nicht als reine „Laissez-faire“-Freiheit aus, insbesondere nicht allein als Abwehrrecht der privaten Rundfunkveranstalter.¹¹⁰³ Der EGMR erkennt vielmehr eine besondere Situation des Hörfunks und Fernsehens an, da diese auf Rezipienten einen unmittelbareren und stärkeren Effekt haben als Textmedien. Er leitet deshalb aus Art. 10 EMRK auch eine positive Pflicht der Staaten zur Vielfaltssicherung ab.¹¹⁰⁴

Zu einem Schutzauftrag betreffend *Rundfunkplattformen* hat der EGMR soweit ersichtlich noch nicht geurteilt. Er hat es aber bereits als mit Art. 10 EMRK vereinbar angesehen, dass Mitgliedsstaaten die Weiterverbreitung von Programmen eingeschränkt haben, um die Pluralität und die Verwaltung der knappen Ressource „Frequenzen“ zu sichern.¹¹⁰⁵ Der EGMR betont auch, dass die Mitgliedsstaaten eine Pflicht haben, die Rundfunkordnung für Programmveranstalter zugangsoffen zu halten.¹¹⁰⁶ Es liegt damit nahe, aus Art. 10 EMRK auch abzuleiten, dass die Mitgliedsstaaten eine Pflicht zur Verhinderung von „Meinungsmonopolen“ haben – auch solchen, die durch

¹⁰⁹⁹ EGMR, Urt. v. 28.3.1990, App. no. 14/1988/158/214 – *Groppera*; Urt. v. 22.5.1990, App. no. 15/1989/175/231 – *Autronic*, Urt. v. 24.11.1993, App. no. 36/1992/381/455-459 – *Informationsverein Lentia*.

¹¹⁰⁰ EGMR, Urt. v. 28.3.1990, App. no. 14/1988/158/214 – *Groppera*; Urt. v. 22.5.1990, App. no. 15/1989/175/231 – *Autronic*; Urt. v. 24.11.1993, App. no. 36/1992/381/455-459 – *Informationsverein Lentia*.

¹¹⁰¹ *Bauer*, Netz und Nutzung, 152 f.; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 178 ff.

¹¹⁰² *Fink et al.* ZUM 2011, 292.

¹¹⁰³ *HRKDSC*, RStV, Teil B4 Rn. 8.

¹¹⁰⁴ EGMR, Urt. v. 7.6.2012, App. no. 38433/09, Rn. 132 m.w.N. – *Centro TV*, 134; *Degenhart K&R* 2000, 49, 54.

¹¹⁰⁵ EGMR, Urt. v. 28.3.1990, App. no. 14/1988/158/214, Rn. 69 ff. – *Groppera*.

¹¹⁰⁶ EGMR, Urt. v. 7.6.2012, App. no. 38433/09, Rn. 130 – *Centro TV*.

Plattformanbieter verursacht werden.¹¹⁰⁷ Es lassen sich hier ähnliche Überlegungen anstellen wie zu Art. 5 GG.¹¹⁰⁸

Nach Art. 10 Abs. 2 EMRK müssen Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit „gesetzlich vorgesehen“ und „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein.¹¹⁰⁹ In einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist ein Eingriff dann, wenn er legitimen Interessen dient, die ihrerseits gewichtig genug sind, um eine Einschränkung des für die Demokratie wichtigen öffentlichen Diskurses zu rechtfertigen.¹¹¹⁰ Dies ist hier der Fall: Die §§ 52 ff. RStV dienen der Gewährleistung von Rundfunkpluralität und damit einem Interesse, das der EGMR ausdrücklich als legitim und schützenswert anerkennt.¹¹¹¹ Die §§ 52 ff. RStV sind auch ausreichend bestimmte Parlamentsgesetze, die von demokratisch gewählten Landesparlamenten erlassen wurden – sie sind also „gesetzlich vorgesehen“ i.S.d. Art. 10 Abs. 2 EMRK. Sie sind auch „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“, d.h. verhältnismäßig.¹¹¹²

Nach dem Vorgesagten ergibt sich, dass die deutsche Plattformregulierung nicht nur dem Schutzauftrag des Art. 10 EMRK folgt, sondern auch mit dessen Schranken vereinbar ist.

7.2.1.2 EU-Grundrechtecharta

Neben der EMRK greift auch die EU-Grundrechtecharta.¹¹¹³ Diese steht seit dem Vertrag von Lissabon auf dem Rang des EU-Primärrechts (Art. 6 EUV) und damit auf einer Stufe mit den sonstigen Vorschriften der EU-Verträge. Die Bedeutung der EU-Grundrechtecharta wächst; auch weil sowohl das BVerfG als auch der EGMR sich für unzuständig erklären, soweit ein vergleichbarer Schutz im Bereich der EU gegeben ist.¹¹¹⁴

¹¹⁰⁷ Dörr ZUM 2013, 81, 106; Dörr ZUM 1997, 337, 362 ff.

¹¹⁰⁸ Siehe dazu ab S. 147.

¹¹⁰⁹ St. Rspr., vgl. EGMR, Urt. v. 7.6.2012, App. no. 38433/09, Rn. 140 - *Centro TV*.

¹¹¹⁰ Ausführlich hierzu *Castendyk*, in: Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht, Band 1 Kapitel 3 Rn. 59 ff.

¹¹¹¹ EGMR, Urt. v. 7.6.2012, App. no. 38433/09, Rn. 134 - *Centro TV*; *Degenhart* K&R 2000, 49, 54.

¹¹¹² Der Prüfungsmaßstab ist vorliegend derselbe wie im deutschen Verfassungsrecht; siehe dazu ab S. 177.

¹¹¹³ Der folgende Abschnitt basiert auf einer früheren Veröffentlichung des Autors in *Telemedicus* v. 13.5.2011, <http://tlmd.in/a/2000>.

¹¹¹⁴ Vgl. nur BVerfGE 73, 339, 378 – *Solange II*; BVerfGE 89, 155, 386 – *Maastricht*; zur „Equivalent Protection“-Formel des EMRK *C. Janik* ZaöRV 2010, 127.

Relevant für die Plattformregulierung sind vor allem Bestimmungen in Art. 11 EU-GrCh (Freiheit der Meinungsäußerung, Informationsfreiheit, Freiheit und Pluralität der Medien), Art. 16 EU-GrCh (Unternehmerische Freiheit), Art. 22 EU-GrCh (Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen) und Art. 36 EU-GrCh (Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse). Nur Art. 11 und Art. 16 sind *Grundrechte*, demgegenüber sind Art. 22 und 36 EU-GrCh *Grundsätze*. Grundsätze gelten zwar unmittelbar und direkt, begründen aber (vergleichbar den deutschen Staatszielbestimmungen) keine subjektiven Rechte (Art. 51 Abs. 1 S. 1, Art. 52 Abs. 5 EU-GrCh).

Zentrales „Medien“-Grundrecht der EU-GrCh ist Art. 11 EU-GrCh. Dieser schützt u.a. die Meinungsäußerungsfreiheit und die Freiheit und Pluralität der (Massen-)Medien. Die Rundfunkfreiheit ist ein Teilaspekt dieser Freiheit.¹¹¹⁵ Die Freiheit und Pluralität der Medien steht in Abs. 2 der Vorschrift etwas herausgehoben; dies spricht dafür, insofern von einem eigenen Grundrecht auszugehen.¹¹¹⁶ Dieses Pluralitätserfordernis geht – zumindest dem Wortlaut nach – über die eher subjektiv-rechtlich orientierte Formulierung des Art. 10 EMRK hinaus. Hier hat der EU-Gesetzgeber gezielt die objektiv-rechtliche, dienende Funktion der Medienfreiheit verankert.¹¹¹⁷

Gem. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrCh gilt die EU-Grundrechtecharta „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“.¹¹¹⁸ Die deutschen Regeln der Plattformregulierung sind in wesentlichen Aspekten stark durch Art. 31 Universaldienstrichtlinie und einige Bestimmungen der Zugangsrichtlinie vorgeprägt.¹¹¹⁹ Dies spricht dafür, auch die §§ 52 ff. RStV als „Durchführung“ des EU-Rechts zu betrachten und damit auch die EU-Grundrechtecharta auf sie anzuwenden.¹¹²⁰

Die Plattformbetreiber sind zumindest Träger der Unternehmerfreiheit nach Art. 16 EU-GrCh.¹¹²¹ Es sprechen gute Gründe dafür, sie auch als Träger der Medienfreiheit nach Art. 11 anzusehen: Art. 11 EU-GrCh berechtigt

¹¹¹⁵ Schladebach/Simantiras EuR 2011, 748, 789.

¹¹¹⁶ Schladebach/Simantiras EuR 2011, 748, 790 f.

¹¹¹⁷ HRKDSC, RStV, Teil B4 Rn. 15; Schladebach/Simantiras EuR 2011, 748, 791.

¹¹¹⁸ Das Thema ist stark umstritten, vgl. nur Ohler NVwZ 2013, 1433.

¹¹¹⁹ Zur Universaldienstrichtlinie siehe ab S. 207, zur Zugangsrichtlinie ab S. 226.

¹¹²⁰ So auch Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 52 f.

¹¹²¹ So wohl auch Hain et al. ebd., 52 f.

Rundfunkveranstalter, aber auch sonstige Medienschaffende.¹¹²² Dies wäre auch den Plattformanbietern zuzugestehen, denn sie sind selbstständige Teilnehmer am Kommunikationsprozess.¹¹²³

Die Grundrechte der EU-GrCh stehen unter einem allgemeinen Schrankenvorbehalt, der in Art. 52 Abs. 1 EU-GrCh geregelt ist. Aus dieser Vorschrift lassen sich sowohl die Schranken als auch die Schranken-Schranken entnehmen.¹¹²⁴ Gem. Art. 52 Satz 2 der EU-GrCh gelten zumindest das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Verbot von Eingriffen in den Kernbereich.¹¹²⁵

Zu Art. 11 EU-GrCh liegen bisher nur wenige Entscheidungen des EuGH vor.¹¹²⁶ Der EuGH hat allerdings bereits hervorgehoben, dass er die Sicherung der Meinungsvielfalt und Pluralität der Medien, die in Art. 11 Abs. 2 der Charta geschützt werden, als „ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel“ betrachtet.¹¹²⁷ Insofern dürften letztlich dieselben Erwägungen gelten wie bei der EMRK und den deutschen Grundrechten. Demnach sind auch die §§ 52 ff. RStV grundsätzlich mit den Grundrechten der EU-GrCh vereinbar.

¹¹²² Schladebach/Simantiras EuR 2011, 748, 792.

¹¹²³ Zum „Tendenzschutz“ für Plattformbetreiber siehe ab S. 134, zur parallelen Erwägung bei Art. 5 GG vgl. ab S. 171.

¹¹²⁴ Grundsätzlich ist jedes Grundrecht der EU-GrCh einschränkbar. Eine vorbehaltlose Gewährleistung wird lediglich bei wenigen besonders formulierten Grundrechten diskutiert (z.B. Art. 1 EU-GrCh, der Menschenwürde). Die Einschränkung ergibt sich im Normalfall als allgemeiner Gesetzesvorbehalt aus Art. 52 Abs. 1 EU-GrCh. Im Ausnahmefall der Kongruenz (ein EU-Grundrecht ist auch an anderer Stelle in den Verträgen geregelt) greift gem. Art. 52 Abs. 2 GrCh der Vorrang der Verträge: Es sind dann allein die dort formulierten (qualifizierten) Schrankenregelungen einschlägig. Das betrifft im Bereich der Mediengrundrechte nur den Datenschutz, der nicht nur in Art. 8 EU-GrCh, sondern auch in Art. 16 AEUV geregelt ist.

¹¹²⁵ Bisher noch umstritten ist, ob daneben auch die Schranken-Schranken der EMRK Anwendung finden sollen. Ob Eingriffe in die Medienfreiheiten nicht nur den Anforderungen der Grundrechtscharta genügen, sondern auch denen von Art. 10 Abs. 2 EMRK genügen müssen, ist umstritten, vgl. Schladebach/Simantiras EuR 2011, 748, 792 ff. Das Problem wird hier nicht weiter vertieft, da (wie oben bereits erörtert wurde) auch die Anforderungen des Art. 10 Abs. 2 EMRK eingehalten sind.

¹¹²⁶ EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11 – *Sky Österreich*; EuGH, Urt. v. 24.11.2011, Rs. C-70/10 – *Scarlet Extended*.

¹¹²⁷ EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, Rn. 52 – *Sky Österreich*.

7.2.2 Grundfreiheiten

Im Unterschied zu den Grundrechten sind die EU-Grundfreiheiten schon länger Teil des europäischen Primärrechts. In früheren Entscheidungen hat der EuGH staatliche Einschränkungen der Rundfunkverbreitung bereits am Maßstab der Grundfreiheiten geprüft.

Die Grundfreiheiten betreffen den freien Verkehr von Wirtschaftsgütern im gemeinsamen Binnenmarkt. Grundfreiheiten sind von den Mitgliedsstaaten zu beachten, soweit der Rechtsbereich noch nicht abschließend sekundärrechtlich geregelt ist. Ist der Bereich vollständig harmonisiert, ergeben sich die Vorgaben des Europarechts allein aus der Maßnahme des Sekundärrechts; die Wertungen des Primärrechts sind dann aber im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen.¹¹²⁸

7.2.2.1.1 Rundfunkverbreitung als Teil der Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV verbietet „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“. Als Beschränkung behandelt der EuGH jede staatliche Maßnahme, die geeignet ist, den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr „zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“. ¹¹²⁹ Unter die Dienstleistungsfreiheit fasst der EuGH seit jeher auch die grenzüberschreitende Verbreitung von Rundfunk. ¹¹³⁰ Damit sind grundsätzlich auch Must Carry-Regeln als Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit zu behandeln. ¹¹³¹

Für die *Einschränkbarkeit* der Dienstleistungsfreiheit gilt gem. Art. 58 AEUV die Schrankenbestimmung der Warenverkehrsfreiheit, Art. 36 AEUV. Die Dienstleistungsfreiheit kann also aus „Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von

¹¹²⁸ EuGH, Urt. v. 11.12.2003, Rs. C-322/01, Rn. 64 ff. - *Doc Morris*.

¹¹²⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06, Rn. 29 m.w.N - *United Pan-Europe Communications Belgium*.

¹¹³⁰ EuGH, Urt. v. 30.4.1974, Rs. 155/73, Rn. 6 - *Sacchi*; Urt. v. 26.4.1988, Rs. 352/85, Rn. 14 ff. - *Bond van Adverteerders*; Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-23/93 Rn. 12 ff. - *TV10 / Commissariaat voor de Media*; Urt. v. 18.3.1980, Rs. 52/79, Rn. 8 ff. - *Debaue*; zuletzt EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06, Rn. 28 - *United Pan-Europe Communications Belgium*.

¹¹³¹ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 157 ff.; siehe zur Rechtsprechung des EuGH auch sogleich ab S. 205.

künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums“ eingeschränkt werden.

Bezüglich des Titels „Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert“ ließe sich argumentieren, dies umfasse auch den Bereich der Meinungsvielfalt. Dem hat sich der EuGH in seinem Urteil zur *Buchpreisbindung* jedoch ausdrücklich nicht angeschlossen.¹¹³²

Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen erkennt der EuGH jedoch nach der sog. Gebhard-Formel auch „zwingende Allgemeinwohlinteressen“ als Rechtfertigungsgrund an. Der EuGH urteilt in diesem Fall allerdings, dass nationale Maßnahmen nur zulässig sind, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen und verhältnismäßig sind.¹¹³³ Zu den „zwingenden Allgemeinwohlinteressen“ zählt der EuGH unter anderem die folgenden Rechtsgüter:

- In ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*¹¹³⁴ eine Kulturpolitik, die „die Meinungsfreiheit der verschiedenen gesellschaftlichen, kulturellen, religiösen und geistigen Strömungen“ eines Nationalstaats schützt, die sich „in der Presse, im Hörfunk oder im Fernsehen“ entfalten solle. Die „Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens“ die diese Politik gewährleisten solle, stehe nämlich „in einem Zusammenhang mit der durch Artikel 10 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Meinungsfreiheit“.¹¹³⁵
- In seinem Urteil *ARD* „die Erhaltung einer bestimmten Programmqualität im Rahmen der Kulturpolitik“.¹¹³⁶

¹¹³² EuGH, Urt. v. 30.4.2009, Rs. C-531/07, Rn. 31 f. – *Buchpreisbindung*.

¹¹³³ EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Rn. 37 – *Gebhardt*; siehe mit Bezug zu Must Carry-Regeln auch ausführlich *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 159 ff.

¹¹³⁴ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-288/89, Rn. 22 ff. – *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*.

¹¹³⁵ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-288/89, Rn. 22 ff. – *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*; bestätigt mit Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-353/89, 29 ff. – *Kommission gegen Niederlande*; Urt. v. 3.2.1993, Rs. C-148/91, Rn. 9 ff. – *Veronica Omroep*; Urt. v. 16.12.1992, Rs. C-211/91, Rn. 11 – *Kommission gegen Belgien*; Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-23/93, Rn. 12 ff. – *TV10 / Commissariaat voor de Media*; EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 37 – *Kabel Deutschland*.

¹¹³⁶ Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-6/98, Rn. 51 – *ARD*.

- In seinem Urteil *Sky Österreich* „die Wahrung der durch Art. 11 der Charta geschützten Freiheiten“, d.h. insbesondere die Meinungsfreiheit und die Pluralität der Medien.¹¹³⁷

Die deutschen Regeln zur Plattformregulierung dienen der Vielfalt, der Grundversorgung und der Qualitätssicherung im Rundfunk. Insofern sind Übertragungspflichten jedenfalls *grundsätzlich* durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ rechtfertigbar.¹¹³⁸

7.2.2.1.2 Das Urteil *United Pan-Europe Communications Belgium*

Mit der Frage der primärrechtlichen Zulässigkeit von Must Carry-Regeln hat der EuGH sich 2007 bereits auseinandergesetzt (Urteil *United Pan-Europe Communications Belgium*).¹¹³⁹ Das Urteil betraf belgische Must Carry-Regeln. Der EuGH urteilte zwar nach Einführung der Universaldienstrichtlinie, der streitige Sachverhalt hatte sich aber *vor* Erlass der Richtlinie abgespielt, daher war noch unmittelbar Primärrecht anzuwenden.¹¹⁴⁰

In dem Urteil hat der EuGH festgestellt, dass Übertragungspflichten zwar grundsätzlich eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, aber aus den oben bereits genannten Gründen gerechtfertigt sein können.¹¹⁴¹ Der EuGH hob hervor, dass den Mitgliedsstaaten bei Maßnahmen zur „Aufrechterhaltung des Pluralismus“ bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit ein „weites Ermessen“ zustehe.¹¹⁴² Die Grenze sei aber erreicht, wenn eine „Ermessensausübung der nationalen Behörden“ dazu geeignet sei, „den eine Grundfreiheit betreffenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen“.¹¹⁴³

Daraus abgeleitet formulierte der EuGH an die Verhältnismäßigkeit von Übertragungspflichten sehr konkrete und weitreichende Anforderungen. Die „Erteilung des ‚Must carry‘-Status“ muss demnach einem „transparenten Verfahren unterliegen, das auf den Rundfunkveranstaltern im Voraus

¹¹³⁷ EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, Rn. 52 – *Sky Österreich*.

¹¹³⁸ So auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 160 f.; offenbar a.A. *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 168 ff.

¹¹³⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06 – *United Pan-Europe Communications Belgium*.

¹¹⁴⁰ EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06 Rn. 25 f – *United Pan-Europe Communications Belgium*; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 12.

¹¹⁴¹ EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06, Rn. 40 ff. – *United Pan-Europe Communications Belgium*.

¹¹⁴² EuGH ebd., Rn. 44.

¹¹⁴³ EuGH ebd., Rn. 44 f.

bekannten Kriterien beruht“.¹¹⁴⁴ Insbesondere müssten „die Rundfunkveranstalter in der Lage sein, im Voraus die Art und den Umfang der zu erfüllenden Voraussetzungen [...] genau festzustellen“. Die „bloße Formulierung von Grundsatzserklärungen und allgemeinerpolitischen Zielen in der Begründung der nationalen Regelung“ hielt der EuGH für nicht ausreichend.¹¹⁴⁵

Die „Erteilung des ‚Must carry‘-Status“ müsse des Weiteren „auf objektiven Kriterien beruhen, die geeignet sind, den Pluralismus sicherzustellen“. Der Must Carry-Status dürfe daher „nicht automatisch allen Fernsehsendern gewährt werden, die von einem privaten Rundfunkveranstalter ausgestrahlt werden“, sondern sei „streng auf diejenigen zu beschränken, deren gesamter Programminhalt geeignet ist, ein solches Ziel zu erreichen.“¹¹⁴⁶ Auch dürfe „die Zahl der Kanäle, die für private Rundfunkveranstalter mit diesem Status reserviert sind, nicht offensichtlich höher sein, als zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist.“¹¹⁴⁷

Des Weiteren stellt der EuGH fest, dass die Staaten bei der Verleihung eines Must Carry-Status nicht zwischen In- und Ausländern diskriminieren dürfen.¹¹⁴⁸ Insbesondere dürfe die Verleihung dieses Status „weder rechtlich noch faktisch von einer Niederlassung im Inland abhängig sein“.¹¹⁴⁹ Soweit die nationalen Must Carry-Anforderungen von inländischen Rundfunkveranstaltern *faktisch* leichter erfüllbar seien, müsse dies „zur Erreichung des verfolgten berechtigten Ziels des Allgemeininteresses unerlässlich sein.“¹¹⁵⁰

Die Anforderungen des EuGH entsprechen fast aufs Wort denen des Art. 31 der Universaldienstrichtlinie. Der Gerichtshof hat sich offensichtlich an der zum Urteilszeitpunkt bereits geltenden, aber im konkreten Fall nicht anwendbaren Regelung orientiert.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁴ EuGH ebd., Rn. 46.

¹¹⁴⁵ EuGH ebd., Rn. 46.

¹¹⁴⁶ EuGH ebd., Rn. 47.

¹¹⁴⁷ EuGH ebd., Rn. 47.

¹¹⁴⁸ EuGH ebd., Rn. 48.

¹¹⁴⁹ EuGH ebd., Rn. 48.

¹¹⁵⁰ EuGH ebd., Rn. 49.

¹¹⁵¹ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 12; *van Eijk/van der Sloot* IRIS plus 2012-5, 7, 12.

Da der EuGH sein Urteil formal aber auf die Dienstleistungsfreiheit gestützt hat, muss nun gelten: Für staatlich festgelegte Übertragungspflichten ergeben sich aus dem Primärrecht annähernd dieselben Anforderungen wie aus Art. 31 der Universaldienstrichtlinie.¹¹⁵²

7.2.3 Sekundärrecht

Das europäische Sekundärrecht umfasst das aus den EU-Verträgen abgeleitete Recht. Relevant für die Must Carry-Pflichten sind vor allem zwei telekommunikationsrechtliche Richtlinien, nämlich die Universaldienstrichtlinie (hierzu Abschnitt 7.2.3.1) und die Zugangsrichtlinie (Abschnitt 7.2.3.2). Der EU-Gesetzgeber behandelt die Rundfunkverbreitung als Teil des Telekommunikationsrechts, weil er dem Leitgedanken folgt, alle Infrastrukturen der elektronischen Kommunikation gleich zu behandeln – unabhängig davon, welche Art von Inhalten sie transportieren.¹¹⁵³ Neben den telekommunikationsrechtlichen Richtlinien gilt noch die AVMD-Richtlinie, die die *Inhaltsregulierung* betrifft, aber auch das für die Rundfunkverbreitung relevante „Sendestaatsprinzip“ enthält (hierzu Abschnitt 7.2.3.3).

7.2.3.1 Universaldienstrichtlinie

Die Universaldienstrichtlinie¹¹⁵⁴ (UDRL) hat ausweislich ihres Erwägungsgrundes 4 den Zweck, für die Endnutzer den „Universaldienst“ zu gewährleisten, d.h. die „Bereitstellung eines festgelegten Mindestangebots an Diensten für alle Endnutzer zu einem erschwinglichen Preis“.¹¹⁵⁵ Sie steht also dem Konzept der Grundversorgung recht nahe, wie es im deutschen Recht z.B. für Telekommunikationsdienste in Art. 87f Abs. 1 GG niedergelegt ist.¹¹⁵⁶

In diesem Kontext regelt Art. 31 UDR auch die Festsetzung von Must Carry-Pflichten. Art. 31 Abs. 1 UDRL betrifft die hoheitliche Festsetzung von

¹¹⁵² Aus diesem Grund wird vorliegend auch nicht weiter erörtert, ob Art. 56 AEUV neben dem einschlägigen Sekundärrecht noch weitere Wirkung hat; siehe dazu *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 146 ff.

¹¹⁵³ *DG INFSO*, Working Document v. 14.6.2002: Regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting, 2; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 189 ff.

¹¹⁵⁴ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie).

¹¹⁵⁵ Ausführlich zu der (nach dem Wortlaut des Art. 31 UDRL irrelevanten) Frage, ob die Erfüllung einer Must Carry-Pflicht ein „Universaldienst“ ist vgl. *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 65 ff.

¹¹⁵⁶ *Bauer*, Netz und Nutzung, 53 ff.

Übertragungspflichten, Abs. 2 die Festsetzung von hierfür zu zahlenden *Entgelten*.

7.2.3.1.1 *Vorbemerkung: Schutzzweck und Sperrwirkung*

Art. 31 Abs. 1 UDRL legt die Voraussetzungen fest, unter denen die Mitgliedsstaaten Übertragungspflichten vorsehen dürfen.¹¹⁵⁷

Die Vorschrift ist ihrem Wortlaut nach als *Erlaubnisvorschrift* formuliert. Dennoch ist primäre Rechtsfolge des Art. 31 UDRL nicht, den Mitgliedsstaaten die Einführung von Must Carry-Regeln zu *erlauben* – er soll die Betreiber von Kommunikationsnetzen vor einer übermäßigen und schlecht begründeten Gemeinwohlverpflichtung *schützen*.¹¹⁵⁸ Sein Zweck ist es demnach, den Mitgliedsstaaten bei der Festsetzung von Must Carry-Pflichten bestimmte Maßnahmen zu *verbieten*.¹¹⁵⁹ Diese eigentlich triviale Feststellung führt zu der komplexen Frage, wie *weit* der von Art. 31 statuierte Schutz reichen soll: Was genau soll Art. 31 UDRL verbieten? Die Reichweite seiner „Sperrwirkung“ regelt Art. 31 UDRL nicht vollständig.¹¹⁶⁰

In einigen Aspekten ist Art. 31 UDRL zu dieser Frage unmissverständlich. Übertragungspflichten sind z.B. zweifellos unzulässig, falls sie *unverhältnismäßige* Folgen auslösen. Problematischer sind andere Fragen: Beschränkt Art. 31 UDRL die Mitgliedsstaaten bei Eingriffen in die Belegungsfreiheit der Netzbetreiber auf „Übertragungspflichten“, oder erlaubt er auch andere Belegungsvorgaben? Erlaubt Art. 31 UDRL die Must Carry-Pflichten *nur* für „elektronische Kommunikationsnetze“, d.h. *verbietet* er die Auferlegung von Must Carry-Regeln auf Anbieter ohne eigenes Kommunikationsnetz? Ob diese Fälle von Art. 31 UDRL gesperrt sein sollen oder nicht, wird aus dem Wortlaut nicht klar.

Die Reichweite der Sperrwirkung von Art. 31 UDRL ist damit Aufgabe der Rechtsauslegung, die mangels eindeutiger Wortlautaussagen auch auf

¹¹⁵⁷ VG Berlin ZUM-RD 2006, 202, 208; V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 31; vgl. auch Dörr ZUM 2013, 81, 83 ff.

¹¹⁵⁸ Vgl. Erwägungsgrund 43 der UDRL sowie oben zur Entstehungsgeschichte ab S. 26.

¹¹⁵⁹ Valcke, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, IRIS Spezial 2005 – Haben oder nicht haben, 31, 33 ff.; van Eijk/van der Sloot IRIS plus 2012-5, 7, 9; dies verkennt Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 76.

¹¹⁶⁰ Zur Problematik auch Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 67 ff.; eine ähnliche Problematik diskutiert die Verwaltungsrechtslehre unter dem Stichwort „Sperrwirkung der Spezialermächtigung“, vgl. z.B. Schoch, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 2 Rn. 53 ff.

Historie, Systematik und Teleologie zurückgreifen muss. Die Problematik wird im Folgenden im Rahmen der einzelnen Tatbestandsmerkmale näher erörtert.

7.2.3.1.2 *Betreiber von öffentlichen elektronischen Kommunikationsnetzen*

Gem. Art. 31 UDRL können die Mitgliedstaaten solchen Unternehmen Must-Carry-Pflichten auferlegen, „die für die öffentliche Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehrundfunkkanälen genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben“.

Der Begriff „elektronisches Kommunikationsnetz“ ist in Art. 2 Buchstabe a der Rahmenrichtlinie definiert. Demnach gehören zu den elektronischen Kommunikationsnetzen insbesondere auch „Satellitennetze, [...] terrestrische Netze, [...] Netze für Hör- und Fernsehfunk sowie Kabelfernsehtetze“. Art. 31 UDRL bezieht damit zweifelsfrei sämtliche *physischen* Infrastrukturen mit ein, die für die Übertragung von Fernsehen und Hörfunk genutzt werden.

Damit stellt sich die bereits angesprochene Frage, ob die Mitgliedsstaaten *nur* den Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze Must Carry-Pflichten auferlegen dürfen. Mit anderen Worten: Welche Folgen löst Art. 31 UDRL für Must Carry-Regeln gegenüber Unternehmen aus, die zwar Rundfunkprogramme bündeln und weitersenden, dabei aber *keine* eigenen „elektronischen Kommunikationsnetze“ kontrollieren?

Die Frage ist für das deutsche Recht relevant: Der deutsche Gesetzgeber hat Übertragungspflichten auch solchen Unternehmen als „Programmplattformen“ auferlegt.¹¹⁶¹

Denkbar wäre, aus Art. 31 UDRL abzuleiten, dass Must Carry-Pflichten für Programmplattformen unzulässig sind, da Art. 31 UDRL Must Carry-Regeln nur für Betreiber von Kommunikationsnetzen zulässt, nicht aber für sonstige Anbieter.¹¹⁶²

An dieser Stelle ist allerdings auf Art. 1 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie hinzuweisen, nach der die Richtlinien des TK-Pakets, also auch die UDRL, die

¹¹⁶¹ Zum Begriff der Programmplattform siehe ab S. 284. Die Betreiber sog. „Programmplattformen“ sind nach der hier vertretenen Ansicht Plattformanbieter i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13, siehe dazu ab S. 256.

¹¹⁶² So *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 9.

„Regulierung von Inhalten und die audiovisuelle Politik“ unberührt lassen sollen.¹¹⁶³ Dies konkretisiert Erwägungsgrund 45 der UDRL. Die Vorschrift stellt klar, dass „die Bereitstellung von Inhalten wie das Angebot des Verkaufs eines Bündels von Hörfunk- oder Fernsehinhalten“ von der Richtlinie *nicht* als elektronisches Kommunikationsnetz reguliert wird; „einzelstaatliche Maßnahmen“ bezüglich dieser Dienste bleiben unberührt.¹¹⁶⁴

Somit ist davon auszugehen, dass die deutschen Programmplattformen von Art. 31 UDRL nicht betroffen sind, also auch nicht von seiner „Sperrwirkung“.¹¹⁶⁵ Da mitgliedersstaatliche Regelungen hinsichtlich solcher Dienste „unberührt“ bleiben sollen, dürfen die deutschen Länder den Programmplattformen Übertragungspflichten auferlegen, ohne dabei Art. 31 UDRL beachten zu müssen. Dass das deutsche Plattformregime auch Programmplattformen erfasst, ist also nicht europarechtswidrig.

7.2.3.1.3 Übertragungspflichten

Art. 31 der Universaldienstrichtlinie betrifft (bzw. erlaubt) nur die Auferlegung von *Übertragungspflichten*. Das Wort „Übertragungspflichten“ wird weder in der UDRL noch in anderswo im EU-Recht definiert. Hinsichtlich des deutschen Rechts wirft es aber Probleme auf. Denn § 52b enthält mehrere, verschiedene Arten von Belegungsvorgaben – welche davon als „Übertragungspflichten“ i.S.d. Art. 31 UDRL zu werten sind, wird nicht unmittelbar klar.

Aus dem Wortbestandteil „Pflicht“ ergibt sich, dass Art. 31 UDRL hoheitliche Vorgaben meint, die dem Netzbetreiber den Transport bestimmter Programme *ultimativ vorschreiben*. Regelungen, die dem Netzbetreiber noch einen Spielraum lassen, sind demnach nicht erfasst. Dies bestätigt sich darin, dass einige Sprachversionen der Richtlinie, z.B. die französische Version, nach dem Begriff „Übertragungspflichten“ noch in Klammern den englischen

¹¹⁶³ *van Eijk/van der Sloot*, IRIS plus 2012-5, 7, 10; vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 32 - *Kabel Deutschland*.

¹¹⁶⁴ Aus dem zweiten Satz von Erwägungsgrund 45 ergibt sich, dass solche Dienste zwar keine Übertragungspflichten tragen *sollen*. Dies ist jedoch nichts weiter als eine einfache Willensbekundung des EU-Gesetzgebers ohne Regelungswirkung. Dies stellt auch Satz 3 des Erwägungsgrundes 45 klar.

¹¹⁶⁵ *Roukens*, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 208; *Schütz/Attendorn* MMR-Beil. zu Heft 4/2002, 1, 23.

Begriff „must carry“ ergänzen¹¹⁶⁶ – ein „must“ ist aber ein „muss“, kein „kann“ oder ein „soll“. Ob die „Übertragungspflicht“ sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt oder erst durch eine Behörde verfügt wird, spielt allerdings keine Rolle.¹¹⁶⁷ Vor diesem Hintergrund hat der EuGH eine Kanalbelegungsentscheidung der Niedersächsischen Landesmedienanstalt (NLM) als Auferlegung von Must Carry-Pflichten behandelt.¹¹⁶⁸

Für die in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV vorgesehenen „Must Carry-Pflichten“ ergibt sich damit, dass es sich um Übertragungspflichten i.S.d. Art. 31 UDRL handelt. Dies gilt jedenfalls, wenn man entsprechend der in dieser Arbeit vertretenen Lösung annimmt, dass § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV den Netzbetreibern den Transport bestimmter Programme *bedingungslos* vorschreibt. Nach der von einigen Stimmen vertretenen „Must Provide“-Theorie¹¹⁶⁹ wäre konsequenterweise auch § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV nicht als Übertragungspflicht i.S.d. Art. 31 UDRL zu werten. Dies würde dann aber nicht nur dem erklärten Willen der Gesetzgeber widersprechen.¹¹⁷⁰ Diese Ansicht führte auch zur Europarechtswidrigkeit des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV, denn Art. 31 UDRL erlaubt nur eng definierte „Übertragungspflichten“, keine sonstigen Indienstnahmen der Kapazitäten der Netzbetreiber.¹¹⁷¹ Eine europarechtskonforme Auslegung des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV ergibt somit, dass diese Bestimmung „Übertragungspflichten“ meint, keine von Art. 31 Abs. 1 UDRL untersagten „atypischen Maßnahmen“.

¹¹⁶⁶ Die Sprachversion benennt die Must Carry-Pflichten als „obligations raisonnables de diffuser («must carry») pour la transmission de chaînes de radio et de télévision spécifiées [...]“.

¹¹⁶⁷ Falls der Mitgliedsstaat die Programme mit Must Carry-Privileg nicht konkret festlegt, kann dies allerdings einen Verstoß gegen Art. 31 UDRL darstellen, weil die Übertragungspflichten dann nicht bestimmt genug sind; vgl. dazu ab S. 219.

¹¹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 42 bis 45 und 53 - *Kabel Deutschland*.

¹¹⁶⁹ Nach der „Must Provide“-Theorie verlangen die deutschen Must Carry-Regeln keinen Programmtransport, sondern nur, dass die Netzbetreiber ihre Kapazitäten „reservieren“, bis der Programmveranstalter einen Vertrag mit ihnen abschließt. Siehe zu diesem Meinungsstreit noch ab S. 351.

¹¹⁷⁰ *Hain et al.* MMR 2013, 769, 770.

¹¹⁷¹ Dies entspricht den obigen Ausführungen zur „Sperrwirkung“ des Art. 31 UDRL: Art. 31 UDRL soll die Netzbetreiber vor übermäßigen Belastungen schützen, indem er hoheitliche Eingriffe in ihre Belegungsfreiheit nur zulässt, wenn dem ein konkret feststellbarer Vorteil für die Rundfunkvielfalt gegenüber steht. Eine reine „Must Provide“-Pflicht würde die Kapazitäten der Netzbetreiber wie eine „Must Carry“-Pflicht hoheitlicher Belegung unterwerfen, gleichzeitig aber nicht die Verfügbarkeit der Rundfunkprogramme für die Endkunden sichern. Sie wäre somit zur Zweckerreichung ungeeignet, folglich unverhältnismäßig und mit dem Schutzanspruch des Art. 31 UDRL nicht vereinbar. So auch *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 8 f. und *Hain et al.* MMR 2014, 24, 24.

Demgegenüber ist die in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV vorgesehene „Can Carry“-Pflicht für sich gesehen von Art. 31 UDRL *nicht* erfasst. Denn nach dieser Vorgabe darf ein Netzbetreiber noch auswählen, welche Programme er transportiert. Anders verhält es sich allerdings, wenn der Netzbetreiber die Vielfaltsvorgaben nicht beachtet, so dass die zuständige Landesmedienanstalt ihm gem. § 52b Abs. 4 Satz 3 RStV eine bestimmte Plattformbelegung vorschreibt. Hierdurch würde aus der abstrakten Belegungsvorgabe dann eine konkrete Übertragungspflicht, die an Art. 31 UDRL zu messen wäre. Die „Can Carry“-Regeln des § 52b Abs. 1 Nr. 2 RStV bewegen sich folglich in einem europarechtlichen Graubereich: § 52b Abs. 1 Nr. 2 RStV selbst enthält zwar noch keine Übertragungspflicht i.S.d. Art. 31 UDRL, aber dessen *Durchsetzung* muss sich an den in Art. 31 UDRL festgelegten Kriterien messen lassen.

7.2.3.1.4 Hör- und Fernsehrundfunkkanäle und ergänzende Dienste

Nach Art. 31 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie dürfen die Mitgliedsstaaten Übertragungspflichten nur zugunsten von Hör- und Fernsehrundfunkkanälen sowie „ergänzenden“ Diensten auferlegen.

„Hör- und Fernsehrundfunkkanäle“ sind – schlecht übersetzt vom englischen Original „channels“ – nicht die „Kanäle“, sondern Hörfunk- und Fernsehprogramme.

Der Begriff „ergänzende Dienste“ wird in Erwägungsgrund 48 der Citizens Rights-Richtlinie näher definiert.¹¹⁷² Ergänzende Dienste sind demnach „unter anderem Dienste, die den Zugang für behinderte Endnutzer erleichtern, beispielsweise Videotext, Untertitel, Audiobeschreibung und Gebärdensprache.“ Aus der Verwendung des Wortes „ergänzend“ (englisch „complementary services“, französisch „services complémentaires“) folgt, dass keine Dienste gemeint sind, die eigenständig, d.h. ohne die gleichzeitige Verbreitung von linearem Rundfunk funktionieren.¹¹⁷³

Folglich erfassen sowohl die „Fernseh- und Hörfunkkanäle“, als auch die „ergänzenden Dienste“ nur lineare Sendeformen. Die Auferlegung von Übertragungspflichten auch im Bereich des nichtlinearen Fernsehens, d.h. für

¹¹⁷² Die Citizens Rights-Richtlinie (RL 2009/136/EG) ist eine von zwei Richtlinien, mit der das Telekommunikationspaket von 2009 eingeführt wurde. Die Richtlinie hatte auch den Begriff „ergänzende Dienste“ in die UDRL eingeführt.

¹¹⁷³ Roukens, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 210.

Video on Demand, ist damit nicht zulässig.¹¹⁷⁴ Dies ergibt sich auch daraus, dass im Verlauf der Verhandlungen um das Richtlinienpaket 2009 entsprechende Vorschläge im Raum standen, diese aber nicht übernommen wurden.¹¹⁷⁵

7.2.3.1.5 Erhebliche Zahl von Endnutzern

Die Auferlegung von Übertragungspflichten ist nur zulässig, wenn das betreffende Netz von einer „erheblichen Zahl von Endnutzern“ genutzt wird und für diese das „Hauptmittel zum Empfang“ ist. Diese Vorgabe folgt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:¹¹⁷⁶ Die „allgemeinen Interessen“, denen die Auferlegung von Must-Carry-Pflichten dienen muss, erfordern nicht die Präsenz der fraglichen Programme auch noch in den kleinsten Kabelnetzen.

Mit der Frage, wann eine „erhebliche Zahl von Endnutzern“ vorliegt, hat sich der EuGH in dem Verfahren *KDG gegen Niedersächsische Landesmedienanstalt* beschäftigt. Der EuGH verneinte im Fall von KDG dieses Ausschlusskriterium, da „in Deutschland diese Art der Übertragung rund 57 % der Haushalte erreiche und damit das meistgenutzte Übertragungsmedium darstelle.“¹¹⁷⁷ Der EuGH stellte damit aber auf den *Übertragungsweg* ab, nicht auf das konkrete *Netz*. Der Lösung des EuGH ist deshalb nicht zu folgen. Denn Art. 31 UDRL meint eindeutig nicht die jeweils genutzte *Verbreitungstechnologie* (Kabel, Terrestrik, etc.), sondern das konkrete Netz und dessen Reichweite.¹¹⁷⁸

Richtigerweise dürfte auf die Frage abzustellen sein, ab welcher Größe ein Verbreitungsnetz ökonomische bzw. publizistische Relevanz hat.¹¹⁷⁹ Die von § 52 Abs. 1 RStV gewählten Zahlen erscheinen praktikabel und dürften noch innerhalb des Einschätzungsspielraums der Mitgliedstaaten liegen.¹¹⁸⁰ Die

¹¹⁷⁴ *Roukens*, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 209 f.

¹¹⁷⁵ Siehe dazu auf S. 30.

¹¹⁷⁶ *DG INFSO*, Working Document v. 14.6.2002: Regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting, 11.

¹¹⁷⁷ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 23 - *Kabel Deutschland*.

¹¹⁷⁸ A.A. *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 75 ff.

¹¹⁷⁹ Vgl. auch *Roukens*, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 209: Dieser geht von einer Grenze von 40 % aller Endnutzer des betreffenden Verbreitungswegs aus und stützt sich dabei auf kartellrechtliche Erwägungen. Diese Grenze dürfte deutlich zu hoch gegriffen sein – in einem Markt mit mehr als drei etwa gleich großen Teilnehmern wäre kein einziger mehr Must-Carry-pflichtig.

¹¹⁸⁰ *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52b Rn. 11.

Umsetzung in § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 des RStV begegnet also aus europarechtlicher Sicht keinen Bedenken.

7.2.3.1.6 *Hauptmittel zum Empfang*

Auch dann, wenn ein bestimmtes Netz eine hinreichende Größe hat, sind Übertragungspflichten dennoch unzulässig, wenn das Netz für seine Nutzer nicht das „Hauptmittel zum Empfang“ ist. Der Begriff „Hauptmittel“ lässt sich etwa mit dem in der Medienforschung gebräuchlichen Begriff des „Erstgerätes“ gleichsetzen, d.h. es geht um die Bezugsquelle, an die das im jeweiligen Haushalt meistgenutzte Empfangsgerät angeschlossen ist.¹¹⁸¹

Der Bezug auf Nutzer, die das jeweilige Netz als „Hauptmittel zum Empfang“ nutzen, soll die Entwicklung neuer Verbreitungswege wie z.B. Handy-TV erleichtern: Auf diese Weise können sich innovative Angebote besser entwickeln, da sie von den Must Carry-Pflichten freigestellt bleiben, solange sie keine Gatekeeper-Position erreichen.¹¹⁸²

Die Freistellung folgt aber auch dem Gedanken der Grundversorgung: Must-Carry-Pflichten werden auferlegt, um sicherzustellen, dass ein Großteil der Bevölkerung einzelne, für besonders wichtig erachtete Rundfunksender empfangen kann. Dieses Ziel wird schon erreicht, wenn der Empfang nur über *ein* Netz möglich ist. Es ist nicht notwendig, den Empfang über *mehrere* Verbreitungswege zu gewährleisten.

Diese Ausnahmeregelung für Netze, die nicht „Hauptmittel zum Empfang“ sind, ist im deutschen Recht nicht umgesetzt. Für den (nicht ganz unwahrscheinlichen) Fall, dass ein Netz zwar der *Reichweite* nach die de minimis-Grenze des Art. 31 UDRL bzw. § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 RStV überschreitet, gleichwohl aber für die Nutzer nicht das „Hauptmittel zum Empfang“ darstellt, führt dies zur Europarechtswidrigkeit der Norm. Must Carry-Pflichten für solche Netze (z.B. für die größeren Mobile TV-Anbieter) sind demnach mit dem Europarecht nicht vereinbar.

¹¹⁸¹ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 81.

¹¹⁸² Solange ein Netz nicht das „Hauptmittel zum Empfang“ ist, ist Multihoming gewährleistet; siehe dazu ab S. 122.

7.2.3.1.7 Ziele von allgemeinem Interesse

Nach Art. 31 Abs. 1 Satz 2 der Universaldienstrichtlinie dürfen Übertragungspflichten nur zur Verwirklichung von „Zielen von allgemeinem Interesse“ auferlegt werden. Der EuGH hat bereits mehrfach festgestellt, dass die „Ziele von allgemeinem Interesse“ exakt den „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ entsprechen, die nach der sog. Gebhard-Formel¹¹⁸³ zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit heranzuziehen sind.¹¹⁸⁴

Insofern ergeben sich bei der Auslegung von Art. 31 UDRL auch keine Abweichungen von der Rechtslage im Primärrecht:¹¹⁸⁵ Der EuGH erkennt das Ziel, ein „möglichst breites Angebot im analogen Kabelnetz und die Vielfalt der Meinungen in einer pluralistischen Gesellschaft unter Berücksichtigung der regionalen Besonderheiten und Themenstellungen sicherstellen“ als Ziel von allgemeinem Interesse an.¹¹⁸⁶ Er führt im Urteil *KDG gegen Niedersächsische Landesmedienanstalt* weiter aus:

„(37) In dieser Hinsicht ist daran zu erinnern, dass die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens, die die im Ausgangsverfahren streitige Regelung gewährleisten soll, im Zusammenhang steht mit der durch Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Meinungsfreiheit, die zu den von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehört [...].

(38) Demnach ist festzustellen, dass die betreffende Regelung ein Ziel des Allgemeininteresses verfolgt, da sie den pluralistischen Charakter des

¹¹⁸³ EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Rn. 37 – *Gebhardt*.

¹¹⁸⁴ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 35 ff. – *Kabel Deutschland*; EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10, Rn. 42.

¹¹⁸⁵ So auch *van Eijk/van der Sloot* IRIS plus 2012-5, 7, 13.

¹¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 36 – *Kabel Deutschland*; vgl. auch *Dörr* ZUM 2013, 81, 84.

Fernsehtkanalangebots im Land Niedersachsen erhalten soll und damit Teil einer Kulturpolitik ist, die die Meinungsfreiheit der verschiedenen gesellschaftlichen, kulturellen und sprachlichen Strömungen im audiovisuellen Bereich in diesem Land schützen soll (vgl. in diesem Sinne Urteil United Pan-Europe Communications Belgium u. a., Randnr. 42).“¹¹⁸⁷

Der heutige § 52b RStV weicht nicht relevant von der durch den EuGH beurteilten Rechtslage ab. Welche Ziele die Plattformregulierung verfolgt, ergibt sich aus dem Text der §§ 52 ff. RStV und aus ihrer offiziellen Begründung:¹¹⁸⁸ Schon § 52b Abs. 3 Nr. 2 RStV verweist auf „das Gebot der Meinungsvielfalt und Angebotsvielfalt“ und lässt damit Rückschlüsse auf die Zielsetzung des § 52b RStV insgesamt zu.¹¹⁸⁹ Hinzu kommt die Präambel des RStV, die auf die Fragen der Digitalisierung Bezug nimmt. Dort findet sich die Aussage, „im Zuge der Vermehrung der Rundfunkprogramme in Europa durch die neuen Techniken“ sollten „Informationsvielfalt und kulturelles Angebot im deutschsprachigen Raum verstärkt werden“. Die Begründung des 10. RÄStV spricht außerdem davon, § 52b RStV gewährleiste „primär die Verbreitung gebührenfinanzierter Angebote und solcher, die für die Sicherung der Meinungsvielfalt als unverzichtbar angesehen werden“. ¹¹⁹⁰ In der Begründung wird weiter ausgeführt, der Staatsvertrag diene insgesamt der Leistung von „Rechts- und Planungssicherheit“ für „bundesweite Rundfunkveranstalter und Plattformanbieter“ sowie der „Fortentwicklung des dualen Rundfunksystems“. ¹¹⁹¹ Ziele von Allgemeininteresse liegen damit den digitalen Must Carry-Regeln zugrunde. ¹¹⁹²

¹¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 37 f. - *Kabel Deutschland*; ähnlich auch EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10, Rn. 44.

¹¹⁸⁸ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 19 f.

¹¹⁸⁹ Hain et al. ebd., 19 f.

¹¹⁹⁰ Begründung zum 10. RÄStV, S. 30.

¹¹⁹¹ Begründung zum 10. RÄStV, S. 2.

¹¹⁹² So auch VG Berlin ZUM-RD 2006, 202, 209; Hain et al. MMR 2014, 24, 25, zum analogen Bereich *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 87.

7.2.3.1.8 Ziele ausdrücklich festgelegt

Nach Art. 31 Abs. 1 Satz 2 der Universaldienstrichtlinie dürfen Übertragungspflichten nur auferlegt werden, wenn die Ziele, die damit verfolgt werden, „von den einzelnen Mitgliedstaaten“ „ausdrücklich festgelegt“ sind.¹¹⁹³ Die Vorschrift fordert ähnlich zum deutschen Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) vom Mitgliedsstaat, dass er seine Ziele erklärt und fixiert.¹¹⁹⁴ Dieser soll damit für die Probleme seines Vorhabens besonders sensibilisiert werden, aber auch seine Motivation für Bürger und Betroffene transparent machen. Denn alle Beteiligten (Plattformbetreiber, Rundfunkveranstalter und Dritte) müssen wissen, welche Ziele die Verwaltung verfolgt, speziell bei Ermessensentscheidungen.¹¹⁹⁵

Der EuGH hat sich mit dem Tatbestandsmerkmal bereits beschäftigt. In seiner Entscheidung *Kommission gegen Belgien* befasste der EuGH sich mit Art. 13 des belgischen Brüssel-Rundfunknetzgesetzes,¹¹⁹⁶ das nur sehr unspezifisch bezeichnete Übertragungspflichten vorgesehen hatte. Das belgische Gesetz hatte seinen Zweck mit den Worten „zur Gewährleistung des Pluralismus und der kulturellen Vielfalt“ schon im Gesetzestext angegeben.¹¹⁹⁷ Dies lehnte der EuGH als zu unbestimmt ab:

„(54) Die bloße Angabe eines allgemeinen politischen Ziels, die im Übrigen mit keinem zusätzlichen Hinweis verbunden ist, der es den Betreibern erlauben könnte, im Voraus Art und Umfang der genauen Voraussetzungen und Verpflichtungen, die zu erfüllen sind, festzustellen, wenn sie sich um die Gewährung des Status des

¹¹⁹³ Die Formulierung wurde erst mit der Novelle 2009 eingeführt. Zuvor hatte Art. 31 UDRL noch „klar umrissene Ziele von allgemeinem Interesse“ gefordert. Die Änderung betraf allerdings in dieser Form nur die deutsche Sprachfassung der Richtlinie und sollte keine Bedeutungsänderung nach sich ziehen. Die anderen Sprachversionen der Richtlinie haben sich durch die Novelle in diesem Punkt nur marginal oder gar nicht geändert.

¹¹⁹⁴ Roukens, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 210 f.

¹¹⁹⁵ Ähnlich Roukens, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 216.

¹¹⁹⁶ Voller Name: „Gesetz vom 30. März 1995 betreffend die Netze zur Verbreitung von Rundfunksendungen und die Ausübung von Rundfunkaktivitäten im zweisprachigen Gebiet Brüssel-Hauptstadt“ (*Moniteur belge* vom 22. Februar 1996, S. 3797) in der durch das Gesetz vom 16. März 2007 (*Moniteur belge* vom 5. April 2007, S. 19229) geänderten Fassung.

¹¹⁹⁷ EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10, Rn. 4.

Trägers der Übertragungspflicht bewerben, kann diesen Anforderungen nicht genügen.

(55) Daher ist festzustellen, dass Art. 13 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich des Gesetzes vom 30. März 1995 nicht klar die konkreten Kriterien festlegt, die von den nationalen Behörden für die Auswahl der Fernsehkanäle, die Träger der Übertragungspflicht sind, verwendet werden, und dass diese Bestimmung daher nicht hinreichend genau ist, um zu gewährleisten, dass die auf diese Weise ausgewählten Kanäle diejenigen sind, deren gesamter Programminhalt geeignet ist, das verfolgte kulturelle Ziel des Allgemeininteresses zu erreichen“¹¹⁹⁸

Der EuGH formuliert an dieser Stelle missverständlich und irreführend. Er verwechselt die Ziele von allgemeinem Interesse – diese müssen „ausdrücklich festgelegt“ sein – mit den Übertragungspflichten – diese müssen „bestimmt“ sein. Anders als der EuGH offenbar meint, werden die spezifischen Kanäle, die übertragen werden, nicht zwangsläufig *anhand* der „ausdrücklich festgelegten Ziele“ bestimmt – sie können (wie z.B. auch im deutschen Recht) anhand von Kriterien festgelegt sein, die anderweitig im Gesetz festgehalten sind.¹¹⁹⁹

Art. 31 der Universaldienstrichtlinie schreibt nicht vor, *in welcher Weise* sich der Nationalstaat festlegen muss, abgesehen davon, dass die Festlegung „ausdrücklich“ sein soll. Die Vorgaben an die Einzelstaaten dürfen nicht übertrieben eng ausgelegt werden.¹²⁰⁰ Es reicht insofern ein Hinweis des Mitgliedsstaats darauf, dass er bestimmte Ziele festgelegt hat und sich an diesen Zielen messen lassen will. Notwendig ist also lediglich, die Ziele in einem offiziellen und öffentlich zugänglichen Dokument niederzulegen, dessen Inhalt dem Mitgliedsstaat zurechenbar ist. Dies ist mit dem Verweis

¹¹⁹⁸ EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10, 54.

¹¹⁹⁹ Siehe S. 219 ff.

¹²⁰⁰ So auch *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 88.

in Präambel und Begründung¹²⁰¹ des RStV erfüllt.¹²⁰² Der EuGH hat in seiner Entscheidung *KDG gegen Niedersächsische Landesmedienanstalt* die Bestimmungen des § 37 NMedienG und § 52 RStV (in der Fassung vor dem 10. RÄStV) daher richtigerweise unbeanstandet gelassen.¹²⁰³

7.2.3.1.9 Bestimmtheit der Verpflichtungen / Transparenzpflicht

Gem. Art. 31 Abs. 1 Satz 1 der Universaldienstrichtlinie dürfen Übertragungspflichten nur für „bestimmte“ Kanäle auferlegt werden (englisch „specified“, französisch „spécifiées“). Zudem schreibt Satz 2 vor, die Pflichten müssten „transparent“ sein (englisch „transparent“, französisch „transparentes“). Die beiden Anforderungen besagen dasselbe; die Vorgabe zu der „Bestimmtheit“ der privilegierten Kanäle ist letztlich nur ein Unterfall der allgemeinen Transparenzpflicht.

Die Aussage, die privilegierten Programme müssten „bestimmt“ sein, zielt darauf, dass bei Erlass der UDRL viele Must-Carry-Verpflichtungen – gerade auch deutsche Landesmediengesetze¹²⁰⁴ – nur bestimmte Rundfunkveranstalter privilegierten, nicht konkrete Programme. Die Mitgliedsstaaten sollten zur Rechtssicherheit beitragen, indem sie konkrete Programme benennen.

In der deutschen Literatur war lange diskutiert worden, ob sich aus dem Begriff der „Bestimmtheit“ ergibt, dass eine Vollbelegung der Übertragungskapazität unzulässig ist.¹²⁰⁵ Der EuGH ist dieser Überlegung nicht gefolgt: In seiner Entscheidung *KDG gegen Niedersächsische*

¹²⁰¹ Zu den Rundfunkänderungsstaatsverträgen werden jeweils Begründungen herausgegeben. Diese „Begründungen“ geben keinen Autorennamen an; in der Praxis stammen sie in der Regel aus einer Zusammenarbeit der sog. Rundfunkreferenten der Länder. „Rundfunkreferenten“ sind Mitarbeiter in Staatskanzleien, d.h. Exekutivvertreter. Der Sache nach entspricht die Begründung des jeweiligen RÄStV deshalb in etwa der Begründung eines Referentenentwurfs. In vielen Fällen wird die „offizielle Begründung“ des jeweiligen Rundfunkänderungsstaatsvertrags auch dem Regierungsentwurf des Ratifikationsgesetzes beigelegt. In diesem Fall hat sich die Landesregierung dessen Inhalte zu Eigen gemacht, sie wird dann Teil der Entwurfsbegründung im betreffenden Land. Darüber hinaus sind die Begründungen Teil der Literatur und vielfach auch im Internet abrufbar (z.B. über die Webseite der Staatskanzlei Rheinland-Pfalz).

¹²⁰² So auch VG Berlin ZUM-RD 2006, 202, 210.

¹²⁰³ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 35 - *Kabel Deutschland*.

¹²⁰⁴ *Schmittmann/Kempermann AfP* 2009, 31, 31 f.

¹²⁰⁵ *Dörr* ZUM 2013, 81, 84 m.w.N.

*Landesmedienanstalt*¹²⁰⁶ sah der Gerichtshof in dem Begriff der „Bestimmtheit“ kein quantitatives Kriterium.¹²⁰⁷

Eine genauere Auslegung des Begriffs der „Bestimmtheit“ ergibt sich vielmehr aus einer zweiten Entscheidung des EuGH i.S. *Kommission gegen Belgien*.¹²⁰⁸ Bei dieser Entscheidung hatte der EuGH im Jahr 2011 das belgische Brüssel-Kabelbelegungsgesetz zu beurteilen.¹²⁰⁹ Dieses Gesetz schrieb die Übertragung bestimmter Programme im Bereich der belgischen Hauptstadt vor. Es benannte aber nicht konkrete Rundfunkprogramme, sondern nur unspezifisch mehrere Veranstalter, deren Programme alle übertragen werden mussten. Diese mussten vom belgischen König noch gesondert benannt werden.

Der EuGH hielt diese Vorgaben nicht für hinreichend transparent genug. Bezüglich der allgemeinen Transparenz forderte er ein „objektives und im Voraus bekanntes Kriterium“, aus dem sich im ergebe, welche Programme durch die Must-Carry-Regeln privilegiert werden.¹²¹⁰ Zu der Pflicht, die Programme müssten spezifisch bezeichnet werden, führt der Gerichtshof sodann aus:

„(64) Nach dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich des Gesetzes vom 30. März 1995 ist nicht ausgeschlossen, dass der König als Träger der Übertragungspflicht¹²¹¹ nichtöffentliche Rundfunkveranstalter bezeichnet, die der Zuständigkeit der Französischen und der Flämischen Gemeinschaft unterstehen, so dass für alle von diesen Rundfunkveranstaltern übertragenen Programme automatisch diese Pflicht gilt, unabhängig vom gesamten Inhalt

¹²⁰⁶ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 26 - *Kabel Deutschland*.

¹²⁰⁷ Dies betont Dörr ZUM 2013, 81, 84.

¹²⁰⁸ EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10.

¹²⁰⁹ Das Gesetz war bereits Gegenstand des Urteils *Pan-Europe Communications Belgium*, siehe S. 205 ff.; ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren wegen dieses Gesetzes ist aktuell anhängig.

¹²¹⁰ EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10, Rn. 59.

¹²¹¹ Gemeint sind die Programme, die Must-Carry-privilegiert sind, vgl. *Lehofer*, e-comm v. 3.3.2011, <http://blog.lehofer.at/2011/03/eugh-neuerlich-zu-belgischen-must-carry.html> (Fußnote nicht im Original).

dieser Programme und ihrer Eignung, die berechtigten Ziele des Allgemeininteresses zu erreichen, die mit der fraglichen nationalen Regelung verfolgt werden.

(65) Daraus ergibt sich, dass Art. 13 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich des Gesetzes vom 30. März 1995 nicht hinreichend klar vorschreibt, dass die Stellung eines Trägers der Übertragungspflicht nur bestimmten Fernsehkanälen gewährt werden kann, wie Art. 31 Abs. 1 der Universal-dienstrichtlinie verlangt.“

Der EuGH verlangt demnach nicht nur, es müsse ein „im Voraus bekanntes objektives Kriterium“ geben: Der Gerichtshof verlangt auch, dass dieses Kriterium zur *schneidigen Abgrenzung* geeignet sein muss. Ist das Gesetz so schwammig formuliert, dass die zuständigen Behörden (im konkreten Fall der belgische König) effektiv keinen Restriktionen unterliegen, genügt die Übertragungspflicht nicht Art. 31 UDRL. Das Kriterium muss außerdem so formuliert sein, dass nur solche Programme bezeichnet werden, die mit ihrem *gesamten* Programminhalt den „Zielen von allgemeinem Interesse“ dienen.

Daraus ergibt sich noch keine Pflicht, die betroffenen Rundfunkprogramme unmittelbar mit Namen zu bezeichnen. Wenn die privilegierten Programme sich ohne Weiteres und zweifelsfrei anhand des Gesetzestextes ermitteln lassen, reicht aus, wenn der Mitgliedsstaat nur die *Kriterien* angibt, nach denen sich diese privilegierten Programme bestimmen. Dennoch ist die Vereinbarkeit von § 52b Abs. 1 RStV mit Art. 31 UDRL in diesem Punkt nicht ganz unkritisch: § 52b RStV ist an zentralen Stellen unscharf formuliert. So ist zum Beispiel nicht ohne Auslegung zu ermitteln, was „gesetzlich bestimmte beitragsfinanzierte Programme“ sind.¹²¹² Auch über die Frage, was „Dritte Programme“ sind bzw. in welchem Umfang die Übertragungspflicht für diese gilt, besteht Uneinigkeit.¹²¹³

¹²¹² Siehe dazu ab S. 354.

¹²¹³ Siehe dazu ab S. 360.

Nicht unproblematisch ist auch, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einigen ihrer Programme mittlerweile andere Namen und Programmkonzepte gegeben haben, als dies gesetzlich bestimmt ist. Auch die *räumliche* Reichweite der Must Carry-Pflichten ist vielfach nur durch Auslegung zu ermitteln.¹²¹⁴ An der „Bestimmtheit“ der deutschen Must Carry-Regeln bestehen vor diesem Hintergrund Zweifel.

7.2.3.1.10 Zumutbarkeit / Verhältnismäßigkeit

Übertragungspflichten dürfen nach Art. 31 Abs. 1 Satz 1 der Universaldienstrichtlinie nur auferlegt werden, soweit sie „zumutbar“ sind. In Art. 31 Abs. 1 Satz 2 UDRL ist außerdem festgelegt, dass die Übertragungspflichten „verhältnismäßig“ sein müssen.

Der Begriff „Zumutbarkeit“ ist dem der allgemeinen Verhältnismäßigkeit zwar ähnlich, er ist aber nicht vollständig deckungsgleich.¹²¹⁵ Dies ergibt sich schon daraus, dass die Verhältnismäßigkeit in Satz 2 noch einmal gesondert festgelegt ist. Die *englische* und *französische* Sprachfassung gehen auch im Wortsinn über die einfache Verhältnismäßigkeit hinaus; die dort verwendeten Begriffe bedeuten eher „sinnvoll“ bzw. „vernünftig“ (englisch: „reasonable“, französisch: „raisonnable“). Die Folge ist, dass gem. Art. 31 Abs. 1 UDRL nicht nur allgemein zu prüfen ist, ob Übertragungspflichten verhältnismäßig sind. Zusätzlich ist – ähnlich wie auch nach der deutschen Grundrechtsdogmatik – zu prüfen, ob sie einen „legitimen Zweck“ verfolgen. Im Übrigen bleibt es aber bei der herkömmlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹²¹⁶

Der EuGH hat sich vor allem in seiner Entscheidung *Kabel Deutschland* mit der Verhältnismäßigkeit von Must Carry-Pflichten befasst.¹²¹⁷ Seine Prüfung folgte hierbei weitgehend dem bekannten Prüfschema nach „Geeignetheit,

¹²¹⁴ Siehe dazu ab S. 360.

¹²¹⁵ Der Hinweis auf die „Zumutbarkeit“ war in frühen Entwurfsfassungen der UDRL nicht enthalten und wurde erst in der finalen Version eingefügt. Gegenüber früheren Entwurfsfassungen war in dieser letzten Version die in Abs. 2 vorgesehene Pflicht zur Zahlung einer Gegenleistung an die Netzbetreiber herausgenommen worden. Insofern lässt sich argumentieren, der Hinweis auf die Zumutbarkeit verstehe sich als „Ausgleich“ für die Beschneidung des Absatzes 2 (so *Roukens*, Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, 207 f.) Auch Erwägungsgrund 43 legt dies nahe, stellt er doch eine direkte Verbindung zwischen dem Begriff „Zumutbarkeit“ und dem „angemessenen Entgelt“ her (*Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 8).

¹²¹⁶ Ähnlich *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 84.

¹²¹⁷ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07 - *Kabel Deutschland*; zur Vorgeschichte *Schmittmann/Kempermann* AfP 2009, 31, 31.

Erforderlichkeit, Angemessenheit“, die Angemessenheitsprüfung legte er allerdings weitgehend mit einer Prüfung des Zumutbarkeitsbegriffs zusammen.¹²¹⁸ Er sprach in diesem Zusammenhang davon, es gelte „unzumutbare und willkürliche“ Übertragungspflichten zu verhindern.¹²¹⁹ Der EuGH urteilte, ein Zustand der „Unzumutbarkeit“ sei dann erreicht, wenn der Betroffene der Übertragungspflichten diese „gegebenenfalls im Hinblick auf die Gesamtheit seiner Tätigkeiten – nicht unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen erfüllen“ könne.¹²²⁰ Dies könne im Einzelfall auch eine Vollbelegung des Kabelnetzes erlauben.¹²²¹ Der EuGH führt weiter aus:

„(48) Bei der Beurteilung, ob die dem Kabelnetzbetreiber mit der streitigen Regelung auferlegten Pflichten unzumutbar sind, muss das vorlegende Gericht demnach [...] berücksichtigen, dass [...] Art. 31 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, ein angemessenes Entgelt festzulegen. Insoweit ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die auferlegten Pflichten die Gewährung eines solchen Entgelts erforderlich machen.“¹²²²

Der EuGH zieht in der Entscheidung also eine direkte Verbindung zwischen der *Verhältnismäßigkeit* des Eingriffs und der Frage, wie hoch die evtl. hierfür geleistete *Kompensation* ist. Damit deutet er an, dass zwischen dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit und dem der Kompensation ein Zusammenhang bestehen kann.¹²²³ Weil der EuGH diese Frage der Prüfung des vorlegenden Gerichts überließ, äußerte er sich aber auch nicht abschließend zu der Frage, ob eine Kompensation im konkreten Fall notwendig war. Kabel Deutschland nahm die Klage nach dem Urteil des EuGH

¹²¹⁸ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 14 f.

¹²¹⁹ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07 - *Kabel Deutschland*, Rn. 41.

¹²²⁰ EuGH ebd., Rn. 46.

¹²²¹ EuGH ebd., Rn. 53.

¹²²² EuGH ebd., Rn. 48.

¹²²³ Unter Verweis auf verschiedene Arbeitspapiere der EU-Kommission *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 15 ff.

zurück, so dass auch das vorlegende Gericht, das VG Hannover, nicht mehr zu einer Entscheidung in dieser Frage kam.¹²²⁴

Ob Übertragungspflichten nur bei gleichzeitiger Festlegung einer Kompensationspflicht verhältnismäßig sind, ist im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung bereits erörtert worden.¹²²⁵ Insofern wird auf die dortige Betrachtung verwiesen und hier nur das Ergebnis wiederholt:¹²²⁶ Auch ohne Kompensationspflicht sind Must Carry-Regeln dann verhältnismäßig, wenn dem Netzbetreiber die Möglichkeit bleibt, sich zu finanzieren – und zwar, wie der EuGH ausdrücklich sagt, „gegebenenfalls im Hinblick auf die Gesamtheit seiner Tätigkeiten“.¹²²⁷ Dies ist bei den deutschen Must Carry-Regeln schon deshalb gegeben, weil die Must Carry-Programme sich im bestehenden Marktumfeld größtenteils gewinnbringend an die Endkunden vermarkten lassen. Nur kleinere Teile seines Geschäftsfeldes (offene Kanäle, lokale und regionale Programme) muss der Netzbetreiber „quersubventionieren“, was ihm aber zumutbar ist.¹²²⁸

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung erneuerte der EuGH außerdem seine Feststellung, „dass der ‚Must carry‘-Status nicht automatisch allen Fernsehsendern gewährt werden kann, die von einem privaten Rundfunkveranstalter ausgestrahlt werden, sondern strikt auf diejenigen zu beschränken ist, deren gesamter Programminhalt geeignet ist, ein solches Ziel zu erreichen. Außerdem darf die Zahl der Kanäle, die für private Rundfunkveranstalter mit diesem Status reserviert sind, nicht offensichtlich höher sein, als zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist.“¹²²⁹

Bedenklich ist auch vor dem Maßstab des Art. 31 UDRL die Nennung von *Teleshopping*-Sendern und bestimmten anderen Programmen im Rahmen des Can Carry-Abschnitts des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV: Diese sind

¹²²⁴ *van Eijk/van der Sloot* IRIS plus 2012-5, 7, 22; *Schmittmann/Kempermann* AfP 2009, 31, 32, gehen davon aus, dass die KDG verloren hätte, da sie ein „auskömmliches Einspeiseentgelt“ erhebe.

¹²²⁵ So auch das Ergebnis der Prüfung im Verfassungsrecht, siehe ab S. 188.

¹²²⁶ Eine ausführliche Prüfung findet sich bei *Hain et al.* MMR 2014, 24, 25 ff.

¹²²⁷ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 46 - *Kabel Deutschland*.

¹²²⁸ So auch *Dörr* ZUM 2013, 81, 96; *Hain et al.* MMR 2014, 24, 25 f.; a.A. *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 125.

¹²²⁹ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 41 ff. - *Kabel Deutschland*.

sicherlich nicht geeignet, „nach ihrem gesamten Programminhalt“ der Rundfunkvielfalt zu dienen.¹²³⁰

7.2.3.1.11 Preisregulierung nach Art. 31 Abs. 2

Art. 31 Abs. 2 UDRL beschäftigt sich mit der Zulässigkeit von Einspeiseentgelten. Die Regelung sollte nach den Absichten der Generaldirektion Informationsgesellschaft, die frühere Entwürfe des heutigen Art. 31 UDRL erarbeitet hatte, „Entschädigungen“ bzw. eine „Kompensation“ für Netzbetreiber zwingend vorschreiben.¹²³¹ Nach verschiedenen Interventionen legte der Rat aber schließlich eine Variante vor, die es den Mitgliedsstaaten offen ließ, ob sie die Zahlung von Einspeiseentgelte vorschreiben.¹²³² Nur *für den Fall*, dass eine Kompensation überhaupt festgelegt wurde, sollen die Regeln des Art. 31 Abs. 2 UDRL gelten.

Art. 31 UDRL Abs. 2 sieht deshalb keine Pflicht vor, Programmveranstaltern Kompensationszahlungen abzuverlangen.¹²³³ Auch aus der Zumutbarkeits-Verpflichtung in Art. 31 Abs. 1 UDRL ergibt sich nicht, dass Must Carry-Pflichten zwingend mit einer Festlegung von Entgelten verbunden sein müssten. Die Verhältnismäßigkeit der Auferlegung solcher Pflichten beantwortet sich jeweils nach dem Einzelfall.¹²³⁴ Art. 31 UDRL überlässt es somit vollständig den Mitgliedsstaaten, ob sie Einspeiseentgelte festsetzen.

Falls die Mitgliedsstaaten Einspeiseentgelte festsetzen, sieht Art. 31 Abs. 2 hierfür Vorgaben vor. Die Regelung des Mitgliedsstaates darf dann „bei vergleichbaren Gegebenheiten“ nicht zwischen verschiedenen Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze differenzieren. Des Weiteren müssen die Mitgliedsstaaten, falls ein Entgelt vorgegeben ist, auch hierbei die Verhältnismäßigkeit und die Transparenz sicherstellen.

Die deutschen Gesetzgeber haben von der in Art. 31 Abs. 2 UDRL vorgesehenen Möglichkeit, jedenfalls was den RStV angeht, keinen Gebrauch

¹²³⁰ Siehe zu verfassungsrechtlichen Bedenken auch ab S. 177. Auch Can Carry-Vorgaben sind dann als Übertragungspflichten i.S.d. Art. 31 UDRL zu behandeln, wenn sie in Form einer Belegungsanordnung durchgesetzt werden (siehe dazu ab S. 210).

¹²³¹ Siehe dazu ab S. 26.

¹²³² Siehe dazu ab S. 29.

¹²³³ *Holznagel/Salwitzek* K&R 2013, 454, 455; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 16.

¹²³⁴ Auch bei einer Unzumutbarkeit der nationalen Must Carry-Pflichten wäre die Folge nicht eine Pflicht zur Festlegung von Entgelten, sondern lediglich die Europarechtswidrigkeit der betreffenden Normen.

gemacht.¹²³⁵ Teils wird hieraus abgeleitet, dass die deutschen Gesetzgeber die Must Carry-Pflichten zugunsten der Programmveranstalter uneingeschränkt *kostenfrei* erfüllt sehen wollen.¹²³⁶ Dem ist nicht zuzustimmen: Aus dem „Schweigen“ der Gesetzgeber zu Art. 31 Abs. 2 UDRL ergibt sich zunächst nur, dass sie nicht *selbst* eine Entgeltpflicht für Programmveranstalter festsetzen wollten. Dass die Gesetzgeber darüber hinausgehend den Plattformbetreibern die Erhebung von Entgelten sogar *verbieten* wollten, ergibt sich aus Art. 31 Abs. 2 UDRL nicht.¹²³⁷ Denn die Plattformbetreiber als Privatrechtssubjekte sind nicht Adressaten der Vorgabe aus Art. 31 Abs. 2 UDRL. Entgelte, die von ihnen auf privatrechtlicher freiwilliger Basis mit Programmveranstaltern vereinbart werden, sind auch im RStV nicht untersagt.¹²³⁸

Art. 31 Abs. 2 UDRL hat, soweit ersichtlich, in keinem EU-Mitgliedsstaat praktische Bedeutung erlangt.¹²³⁹ In der wirtschaftlichen Praxis erzielen fast alle europäischen Kabelnetzbetreiber ihre Einnahmen bei den *Abnehmern* der Signale, nicht bei den Programmveranstaltern. Die Mitgliedsstaaten haben wenig Anlass, dieses (wohlfahrtsökonomisch sinnvolle) Verhalten durch Regulierung abzuändern.¹²⁴⁰

7.2.3.2 Zugangsrichtlinie

Die Zugangsrichtlinie¹²⁴¹ dient der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte, die europaweit durch marktmächtige ehemalige Staatsunternehmen geprägt werden. Die Zugangsrichtlinie regelt in diesem Zusammenhang insbesondere Zugangsansprüche, die Betreiber von Telekommunikationsnetzen gegeneinander haben.¹²⁴² Das Wort „Zugang“ steht dabei (ungenau

¹²³⁵ Siehe aber *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 104 f., der zumindest in den Regelungen zur unentgeltlichen Einspeisung offener Kanäle etc. eine „Entgeltfestsetzung auf Null“ erkennen will.

¹²³⁶ Siehe hierzu ab S. 376.

¹²³⁷ *Holznagel/Salwitzek* K&R 2013, 454, 455.

¹²³⁸ *Holznagel/Salwitzek* K&R 2013, 454, 455.

¹²³⁹ Übersicht zu den Regelungen in den Mitgliedsstaaten bei *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 18 ff.

¹²⁴⁰ Zur Situation in Großbritannien siehe *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 15.

¹²⁴¹ RL 2002/19/EG, abgeändert über die Richtlinie „Bessere Rechtssetzung“, RL 2009/140/EG.

¹²⁴² Erwägungsgrund 1 der Richtlinie spricht von „Zugangs- und Zusammenschaltungsvereinbarungen zwischen Diensteanbietern“.

übersetzt vom englischen Begriff „Access“) für das Recht auf Mitbenutzung an fremder Telekommunikations-Infrastruktur.¹²⁴³

Daneben regelt die Zugangsrichtlinie auch den Zugang zu Diensten und Einrichtungen, die von Betreibern im Zusammenhang mit der *Rundfunkverbreitung* erbracht werden, insbesondere auch hinsichtlich von Endgeräten und elektronischen Programmführern.¹²⁴⁴ Im Kontext der *Zugangsrichtlinie* sind diese Regelungen ein Fremdkörper. Der Betrieb solcher Einrichtungen ist keine Telekommunikationsdienstleistung, er steht nicht einmal häufig mit ihr in Zusammenhang.¹²⁴⁵ Es bedarf deshalb einiger Bemühungen des Gesetzgebers, um diese Dienste überhaupt unter den Anwendungsbereich der Zugangsrichtlinie zu fassen.¹²⁴⁶

7.2.3.2.1 Allgemeine Zugangsansprüche

Die allgemeinen Zugangsansprüche sind in den Art. 8 ff. der Zugangsrichtlinie geregelt. Insbesondere können Programmveranstalter, die auf den Transport ihrer Signale in Rundfunkkabelnetzen angewiesen sind, auf Basis von Art. 12 der Richtlinie von den Netzbetreibern den Transport verlangen.¹²⁴⁷ Dies kann einer hoheitlich auferlegten Must Carry-Pflicht im Ergebnis ähneln.¹²⁴⁸ Die Pflichten nach der Zugangsrichtlinie können aber gem. Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 nur Betreibern mit überwiegender Marktmacht auferlegt werden, nachdem zuvor ein Marktdefinitions- und –analyseverfahren durchgeführt wurde.¹²⁴⁹ Diese Zugangsansprüche dienen zudem auch einem anderen Ziel als Must Carry-Pflichten: Während die Ansprüche nach den Art. 8 ff. Zugangsrichtlinie

¹²⁴³ Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz, 76 f.; Schulte, Handbuch des Technikrechts, 129 f.

¹²⁴⁴ Die Legaldefinition des Begriffs „Zugang“ in Art. 2 b) der Richtlinie erfasst ausdrücklich auch die „Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten [...] auch bei deren Verwendung zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft oder *Rundfunkinhaltsdiensten*. Dies umfasst unter anderem Folgendes: [...] Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen für Digitalfernsehdienste und Zugang zu Diensten für virtuelle Netze.“

¹²⁴⁵ Siehe zur aktuellen Marktentwicklung ab S. 100.

¹²⁴⁶ Insbesondere richtet die Richtlinie die Zugangsverpflichtungen gem. Art. 2 c) an „ein Unternehmen, das ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellt [...]“. Der Begriff „zugehörige Einrichtung“ ist in Art. 2 e) der Rahmenrichtlinie definiert. Dort wird ausdrücklich festgehalten, dass zu den zugehörigen Einrichtungen „auch Zugangsberechtigungssysteme und elektronische Programmführer“ zählen.

¹²⁴⁷ DG INFSO, Working Document v. 14.6.2002: Regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting, 12; kritisch Wagner, Rechtsfragen digitalen Kabelfernsehens, 49.

¹²⁴⁸ Zur (nur teilweisen) Umsetzung dieser Vorschrift siehe ab S. 336.

¹²⁴⁹ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 8 f.; Wagner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 49. In Deutschland gibt es die sog. SMP-Regulierung bei Rundfunkplattformen nicht mehr, vgl. dazu ab S. 336.

dazu dienen, einen Machtmissbrauch von Netzbetreibern zu Lasten des *Wirtschaftswettbewerbs* zu verhindern, zielen die Übertragungspflichten i.S.d. Art. 31 Universaldienstrichtlinie und des RStV auf die Gewährleistung von Vielfalt und kommunikativer Grundversorgung.

7.2.3.2.2 Zugang zu Zugangskontrollsystemen

Regelungen betreffend Zugangskontrollsysteme bzw. Conditional-Access-Systeme finden sich in Art. 6 der Zugangsrichtlinie i.V.m. Art. 2 Buchstabe 2 der Rahmenrichtlinie, sowie im Anhang I der Zugangsrichtlinie. Art. 2 e) der Rahmenrichtlinie definiert den Begriff „Zugangsberechtigungssystem“ als „jede technische Maßnahme und/oder Vorrichtung, die den Zugang zu einem geschützten Hörfunk- oder Fernsehdienst in unverschlüsselter Form von einem Abonnement oder einer vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig macht“. ¹²⁵⁰ Daran knüpft Art. 6 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie an, der die Rechte und Pflichten der Betreiber von Zugangsberechtigungssystemen regelt und im Wesentlichen auf den Anhang I der Zugangsrichtlinie verweist. Anhang I, Teil 1 der Zugangsrichtlinie verlangt unter anderem, dass Betreiber von Zugangskontrollsystemen eine vollständige „Kontrollübergabe“ vom Netzbetreiber auf die Anbieter von Rundfunk gestatten. ¹²⁵¹ Ohne kostengünstige Kontrollübergabe können die Betreiber von Zugangsberechtigungssystemen diese nicht betreiben. ¹²⁵² Anhang I, Teil 1 der Zugangsrichtlinie besagt außerdem, dass die Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen ihre Dienste „allen Sendeanstalten zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen“ zur Verfügung stellen müssen.

Die in Art. 6 Abs. 1 genannten Zugangsverpflichtungen finden auch Anwendung auf solche Wettbewerbsteilnehmer, die keine überwiegende Marktmacht haben. ¹²⁵³ Art. 6 Abs. 3 enthält aber die Möglichkeit für die nationalen Regulierungsbehörden, Vorgaben nach Art. 6 aufzuheben, nachdem sie ein erneutes Marktanalyseverfahren durchgeführt haben. Das Recht, die Vorgaben nach Art. 6 abzuändern, wird allerdings nach Satz 2 des Abs. 3 wieder eingeschränkt. Insbesondere müssen die Mitgliedsstaaten gem.

¹²⁵⁰ Zur Funktionsweise eines Conditional Access-Systems siehe ab S. 65.

¹²⁵¹ Dieser Vorgang wird erklärt von *Merkel et al.*, Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 45 f.

¹²⁵² *DG INFSO*, Working Document v. 14.6.2002: Regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting, 13.

¹²⁵³ *DG INFSO* ebd., 13.

Art. 6 Abs. 3 a) den Zugang der Endnutzer zu Must-Carry-Programmen nach Art. 31 der Universaldienstrichtlinie sicherstellen.

7.2.3.2.3 Zugang zu EPGs und APIs

Die Regulierung von Zugangsansprüchen zu elektronischen Programmführern (EPGs) und den Schnittstellen, die Betreiber von Dritt-Anwendungen benötigen (APIs) wurden aus der TV-Normrichtlinie in die Zugangsrichtlinie übernommen.¹²⁵⁴ Die heutige Rechtslage ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 b) in Verbindung mit Anhang I der Zugangsrichtlinie. Art. 5 Abs. 1 b) der Zugangsrichtlinie besagt, dass die Mitgliedstaaten die Betreiber von Kommunikationsnetzen dazu verpflichten können, anderen den „Zugang“ zu ihren Einrichtungen zu ermöglichen. Anhang I Teil II der Richtlinie nennt als Einrichtungen, zu denen Zugang gewährt werden kann, auch „Anwendungsprogramm-Schnittstellen (APIs)“ und „Elektronische Programmführer (EPGs)“.

Wird den Netzbetreibern eine Zugangsverpflichtung auferlegt, müssen sie diese Nutzung zu „fairen, ausgewogenen und angemessenen Bedingungen“ ermöglichen. Die Mitgliedsstaaten dürfen dies festlegen, soweit es erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass die Endnutzer auf bestimmte, zuvor vom Mitgliedstaat festgelegte, Fernseh- und Rundfunkprogramme Zugriff haben. Hier ergeben sich ähnliche Probleme wie bei Art. 31 der Universaldienstrichtlinie, allerdings mit weit weniger praktischer Relevanz.

7.2.3.3 AVMD-Richtlinie

Die vorher beschriebenen telekommunikationsrechtlichen Richtlinien regeln die technische Seite der *Verbreitung* von Rundfunk. Die Harmonisierung der *Inhaltsregulierung* fällt demgegenüber in den Regelungsbereich der AVMD-Richtlinie.¹²⁵⁵

Die AVMD-Richtlinie ersetzte die ältere Fernsehrichtlinie.¹²⁵⁶ Diese war mit dem Hauptziel ergangen, ein „Fernsehen ohne Grenzen“ sicherzustellen.¹²⁵⁷ Die AVMD-Richtlinie behält dieses Ziel bei und nutzt wie ihre Vorgängerin dazu das sog. Sendestaatsprinzip, das die grenzüberschreitende Verbreitung

¹²⁵⁴ Siehe zu dieser Richtlinie ab S. 17.

¹²⁵⁵ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste.

¹²⁵⁶ Schulz EuZW 2008, 107, 107 f.; Rieke, IPTV und Mobile TV, 190 f.

¹²⁵⁷ Kempfmann, Content-Regulierung in konvergierenden Medien, 37.

von Fernsehen und Mediendiensten sichern soll.¹²⁵⁸ Das Sendestaatsprinzip besagt, dass ein Rundfunkprogramm grundsätzlich nur der Hoheit des Landes unterliegen soll, in dem es seinen Ursprung hat.¹²⁵⁹ Für grenzüberschreitende Dienstleister, vor allem Medienunternehmen, wäre es andernfalls kaum möglich, die Rechtsordnungen aller 28 EU-Mitgliedsstaaten einzuhalten.

Ziel des Sendestaatsprinzips ist es, Handelsschranken innerhalb Europas abzubauen: Dienstleistungen (dazu zählen Rundfunksendungen) sollen frei über Landesgrenzen hinweg fließen dürfen.¹²⁶⁰ Daher sollen sie als Veranstalter nur von dem Staat überwacht werden, in dem sie niedergelassen sind. Im Gegenzug wird dieser Staat auf einen Mindeststandard an Regulierung verpflichtet.

Soweit es die Verbreitung von *Fernsehen* betrifft, ist das Sendestaatsprinzip in den Artikeln 2 und 3 der Fernsehrichtlinie geregelt. Es besteht aus zwei Teilen: einerseits einer Verpflichtung des Sendestaats, die bei ihm ansässigen Rundfunkprogramme zu *regulieren* (Art. 2 Abs. 1 AVMD-RL), andererseits gem. Art. 3 AVMD-RL das an alle anderen Staaten gerichtete Gebot, die Verbreitung dieses Angebots innerhalb Europas *nicht zu behindern*. Gem. Art. 2a Abs. 1 AVMD-RL gilt das Sendestaatsprinzip allerdings nur in den Bereichen, „die durch diese Richtlinie koordiniert sind“. Die Fernsehrichtlinie verbietet damit nicht *jede* Behinderung der Weiterverbreitung, sondern nur betreffend der Bereiche, die von der Fernsehrichtlinie geregelt werden.

Der EuGH hat in seinen Entscheidungen *De Agostini/TV-Shop*¹²⁶¹ und *Roj-TV*¹²⁶² die Tendenz erkennen lassen, den „koordinierten Bereich“ eher weit, das Behinderungsverbot jedoch eher eng zu fassen: Der EuGH erlaubt es den Mitgliedsstaaten, Maßnahmen gegen ausländische Rundfunkprogramme einzuleiten, solange diese nicht *unmittelbar* die Weiterverbreitung betreffen – unabhängig davon, ob die Gründe für diese Maßnahmen im „koordinierten Bereich“ der Richtlinie liegen.¹²⁶³

¹²⁵⁸ Die Darstellung zum Sendestaatsprinzip beruht auf einer früheren Veröffentlichung des Autoren, vgl. Assion, *Telemedicus* v. 29.9.2011, <http://tlmd.in/a/2078>.

¹²⁵⁹ *Schwartmann/Lamprecht-Weißborn* in: Schwartmann, *Praxishandbuch Medienrecht*, Kapitel 2 Rn. 33; *Schulz* EuZW 2008, 107, 111.

¹²⁶⁰ Allgemein zur Dienstleistungsfreiheit siehe ab S. 203.

¹²⁶¹ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 - *De Agostini/TV-Shop*.

¹²⁶² Urt. v. 22.9.2011, Rs. C-244/10 und C-245/10 - *Roj TV*.

¹²⁶³ *Assion*, *Telemedicus* v. 29.9.2011, <http://tlmd.in/a/2078>.

Relevanz hat die AVMD-Richtlinie damit vorrangig für diejenigen Maßnahmen der Plattformregulierung, die eine Weiterverbreitung ausländischer Rundfunkprogramme behindern können. Dies gilt vor allem für die Ermächtigung zum Erlass von Sperrverfügungen in § 52a Abs. 2 Satz 3 RStV.¹²⁶⁴ Die Must Carry-Regeln hingegen sind keine „Behinderung“ der Verbreitung bestimmter Programme, denn es können ja – schon wegen der Beschränkung auf 1/3 der Gesamtkapazität – weiterhin alle Programme eingespeist werden.¹²⁶⁵

¹²⁶⁴ Siehe dazu ausführlich ab S. 294.

¹²⁶⁵ Offen gelassen bei *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 128 ff.

8. Der Begriff des Plattformanbieters

Die Must Carry-Regeln richten sich an „Plattformanbieter“. Es handelt sich um einen juristisch gebildeten Kunstbegriff, der so im allgemeinen Sprachgebrauch nicht vorkommt. Schon dies macht es notwendig, sich dem Begriff aus verschiedenen Perspektiven zu nähern.

Im folgenden Kapitel wird der Begriff des Plattformanbieters ausgeleuchtet. Zunächst stellt Abschnitt 8.1 einige Überlegungen voran, die die Auslegung der juristischen Legaldefinition vorbereiten. In Abschnitt 8.2 wird dann die Legaldefinition des Plattformanbieters (§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV) im Detail ausgelegt.

8.1 Vorüberlegungen

Der Begriff des Plattformanbieters ist in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV sehr abstrakt beschrieben und der Rechtsauslegung nur schwer zugänglich.¹²⁶⁶ Aus diesem Grund sollen zunächst einige Überlegungen vorangestellt werden, die den Zugang zu dieser Legaldefinition erleichtern.

8.1.1 Plattformanbieter als Informationsvermittler

Die erste Vorüberlegung betrifft die generell-abstrakte Rolle von Plattformanbietern als Informationsvermittler.

8.1.1.1 Die Plattform als einer von mehreren Intermediären

Die gesamte Medienwelt wird geprägt durch sog. *Intermediäre*¹²⁶⁷ – Übermittler von Informationen.¹²⁶⁸ Intermediäre erfüllen ihre Aufgabe primär durch die Vermittlung von Informationen, ohne selbst Sender oder Empfänger zu sein. Nicht notwendigerweise liegen dabei alle Tätigkeiten in einer Hand: In den komplexen Informationsvermittlungsprozessen der heutigen Medienwelt arbeiten Intermediäre üblicherweise nicht eigenständig, sondern im Verbund mit anderen. Häufig teilen sich die Aufgaben zwischen mehreren Akteuren auf. Kennzeichnend für die Verteilung der Arbeitsaufgaben ist, dass diese *aufeinander aufbauen*: Die

¹²⁶⁶ Ricke MMR 2011, 642, 643.

¹²⁶⁷ Wäre der Begriff nicht missverständlich, ließe sich auch direkt von „Medien“ sprechen.

¹²⁶⁸ Clement/Schreiber, Internet-Ökonomie, 367 ff.

Intermediärsleistung des einen (z.B. Netzbetrieb) schafft erst die Voraussetzung für die Leistung des anderen (z.B. Transport von Datenpaketen), die wieder Voraussetzung für die Leistung des Dritten ist (z.B. Angebot einer Videoplattform im WWW).

Um diesen Gedanken etwas näher auszuführen, soll auf ein Modell aus der Nachrichtentechnik zurückgegriffen werden. Dort werden die unterschiedlichen Übermittlungsvorgänge in *Schichtenmodelle* eingeteilt.¹²⁶⁹ Das wohl bekannteste Schichtenmodell ist das OSI-Schichtenmodell. Es teilt die zur Informationsvermittlung gehörenden Handlungen in sieben Schichten („Layer“¹²⁷⁰) ein:



Abbildung 21: OSI-Schichtenmodell

Das OSI-Modell dient vor allem dazu, die Vermittlung von Informationen als mehrschichtigen Vorgang zu erklären: Der Betrieb der *physischen* Schicht ist Voraussetzung für den *Datentransport*, und dieser wiederum erlaubt erst die Nutzung für bestimmte *Dienste* und *Anwendungen*. Das Modell führt gleichzeitig vor Augen, dass Intermediäre – auch Plattformanbieter – im

¹²⁶⁹ Eingängige Erklärung bei Kurose/Ross, Computernetzwerke, 70 ff.

¹²⁷⁰ Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 31.

Zusammenhang mit der Übermittlung von Informationen ganz unterschiedliche Funktionen haben können. Häufig beschränkt diese Funktion sich auf eine einzelne „Schicht“ und damit nur auf einen *Teil*-Aspekt der Übermittlung.¹²⁷¹

Weder die Plattformregulierung noch irgendeine andere Art von Intermediärsregulierung können deshalb voraussetzen, dass im Zwischenbereich zwischen Sender und Empfänger nur ein *einzig* Vermittler aktiv ist. Auch sollten die verschiedenen Funktionen von Intermediären sauber voneinander getrennt werden. Ein Anbieter, der das physische Netz betreibt, ist z.B. nicht zwangsläufig identisch mit demjenigen, der die Transportschicht oder die Anwendungsschicht kontrolliert.¹²⁷²

In juristischer Hinsicht lässt sich eine eigene Kategorie von Normen bilden, die der „Intermediärsregulierung“ zugeordnet werden können.¹²⁷³ Hier wäre z.B. die Regulierung von Telekommunikationsdiensteanbietern, Telemediendiensten oder den verschiedenen Providern der §§ 8 ff. TMG einzuordnen.¹²⁷⁴ Auch Rundfunkveranstalter, Presseverlage und andere Massenmedien sind bei genauer Betrachtung Intermediäre.¹²⁷⁵

Die verschiedenen Normen der Intermediärsregulierung tragen durchaus der Tatsache Rechnung, dass die Intermediäre auf verschiedenen Ebenen (und ggf. auch gleichzeitig nebeneinander) aktiv sein können. Eine saubere Abstimmung dieses Konzeptes ist den verschiedenen beteiligten Gesetzgebern jedoch noch nicht gelungen.¹²⁷⁶

Auch bei der Verbreitung von Rundfunk sind Intermediäre aktiv. Dies betrifft insbesondere die folgenden Tätigkeiten:

- Die *Zusammenfassung* der einzelnen Programme zu *Multiplex-Transportdatenströmen* („Playout“).

¹²⁷¹ Bleich, c't 7/2005, 88 ff.

¹²⁷² Bleich, c't 7/2005, 88 ff.

¹²⁷³ Zur Intermediärsregulierung allgemein siehe ab S. 133.

¹²⁷⁴ Assion, Telemedicus v. 30.05.2007, <http://tlmd.in/a/230>.

¹²⁷⁵ Siehe dazu auch ab S. 133.

¹²⁷⁶ Zur Einpassung der Plattformregulierung in die Intermediärsregulierung siehe auch noch ab S. 444.

- Den Betrieb von *physischen Netzinstallationen*, z.B. Funkantennen oder unterirdisch verlegten Kabeln.¹²⁷⁷
- Die *Aufmodulation* der Datenströme auf dieses jeweilige Trägermedium.¹²⁷⁸
- Den *Transport* der Inhalte bis zum Endkunden und ggf. deren *Vermarktung*, inkl. Betrieb eines Conditional Access-Systems und Administration der Endkundenbeziehungen (inkl. der zugehörigen Endgerätepopulation).

Der Betrieb einer Plattform umfasst in der Praxis häufig mehrere der oben genannten Schichten, nicht zwangsläufig aber alle davon.¹²⁷⁹ Es ist daher nicht möglich, Plattformbetreiber generell einer oder mehrerer dieser Schichten zuzuordnen.

Auf die Frage, welche Handlung genau für die rechtliche Einordnung als Plattformanbieter maßgeblich ist, wird unten noch eingegangen.¹²⁸⁰ Hier kann allerdings als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass Plattformanbieter Intermediäre sind und die Tätigkeiten, die zur Rundfunkverbreitung (und damit auch zum Plattformbetrieb) notwendig sind, sich auf unterschiedlichen „Schichten“ des Kommunikationsvorgangs abspielen können. Die Kontrolle über die „physische Schicht“, d.h. die eigentliche Netzinfrastruktur, kann nicht mit der Kontrolle über den gesamten Verbreitungsvorgang gleichgesetzt werden.

8.1.1.2 Plattformen als Nutzer von Verbreitungswegen

Ein Plattformbetreiber ist, wie ausgeführt, mit dem Betreiber der von ihm genutzten physischen Verbreitungsinfrastruktur nicht zwangsläufig identisch.¹²⁸¹ Vielmehr gibt es auch Plattformen, die fremde Netze nutzen. Häufig betrifft dies die sog. *Programmplattformen*. Der Betreiber einer Programmplattform hat seine Haupttätigkeit in der Bündelung und

¹²⁷⁷ Ob dies zwangsläufig Voraussetzung des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ist, ist umstritten. Vgl. dazu ausführlich ab S. 256.

¹²⁷⁸ A. Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 17.

¹²⁷⁹ Marek, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 5 ff.; Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 80.

¹²⁸⁰ Siehe zur Auslegung der Legaldefinition im Anschluss ab S. 241.

¹²⁸¹ Dies ergibt sich nicht nur aus dem vorigen Abschnitt, sondern auch aus einer juristischen Bewertung; siehe dazu ab S. 256.

Vermarktung von Programmen und betreibt nicht notwendigerweise auch den Verbreitungsweg.¹²⁸²

Für das Verhältnis zwischen Plattform und Verbreitungsweg sind grundsätzlich vier Konstellationen denkbar:

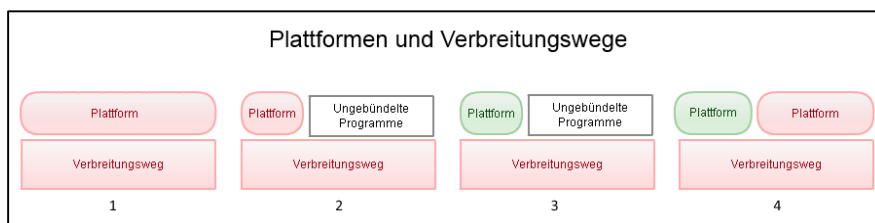


Abbildung 22: Plattformen und Verbreitungswege¹²⁸³

In der *ersten*, links dargestellten Variante sind Verbreitungsweg und Plattform identisch. Der Inhaber des Verbreitungswegs nutzt also seinen eigenen Verbreitungsweg vollständig zum Betrieb einer eigenen Plattform.

In der *zweiten*, links-mittig dargestellten Variante vermarktet der Betreiber des Verbreitungsnetzes eine *eigene* Plattform, nutzt aber für diese Plattform nicht seinen gesamten Kapazitätsbereich. Soweit der Anbieter nur *einzelne* der von ihm verbreiteten Programme zusammenfasst, z.B. indem er diese verschlüsselt, bilden sie eine Plattform.¹²⁸⁴

In der *dritten*, rechts-mittig dargestellten Variante werden die zusammengefassten (d.h. meist verschlüsselten) Programme nicht vom Inhaber des Verbreitungsnetzes angeboten, sondern von einem unabhängigen (Programm-)Plattformbetreiber.¹²⁸⁵ Dieser teilt sich das fremde Netz mit ungebündelten, „plattformfreien“ Programmen.

In der *vierten*, rechts dargestellten Variante sind die Programme, die *zusätzlich* zur Programmplattform verbreitet werden, ebenfalls

¹²⁸² Siehe dazu ab S. 99.

¹²⁸³ Vgl. auch die Darstellung bei Ricke, IPTV und Mobile TV, 127.

¹²⁸⁴ Eine „Zusammenfassung“ kann sich aus einer Verschlüsselung ergeben, jedoch auch aus anderen Handlungen des Plattformanbieters. Siehe dazu ab S. 242.

¹²⁸⁵ Zur rechtlichen Einordnung von Programmplattformen siehe ab S. 284.

„zusammengefasst“.¹²⁸⁶ Das heißt, der Inhaber des Verbreitungswegs verbreitet auf der gesamten übrigen Kapazität eine eigene Plattform.

Alle vier Varianten kommen in der Praxis vor. Netzbetreiber, deren gesamtes Netz (jedenfalls, soweit es zur Rundfunkverbreitung genutzt wird) als Plattform gilt, sind insbesondere die Kabelnetzbetreiber (Variante 1).¹²⁸⁷ Ein Beispiel für einen Netzbetreiber, der sowohl ungebundelte Programme als auch ein eigenes Plattformangebot abstrahlt, wäre SES Astra mit ihrer Programmplattform HD+ (Variante 2).¹²⁸⁸ Eine typische Nutzerin von für sie „fremden“ Verbreitungswegen ist z.B. Sky Deutschland; je nach Charakteristik des Trägernetzes agiert Sky Deutschland dann entweder als einzige Plattform auf einem sonst plattformfreien Verbreitungsweg (Variante 3) oder als „Plattform in der Plattform“ (Variante 4).¹²⁸⁹

8.1.2 Abgrenzung zum reinen TK-Diensteanbieter

Ausweislich der Begründung zum 10. RÄStV ist der Begriff „Anbieter einer Plattform“ einerseits von einem reinen Telekommunikationsdiensteanbieter, andererseits vom Rundfunkveranstalter abzugrenzen.¹²⁹⁰ Ein „Diensteanbieter“ ist gem. § 3 Nr. 6 TKG, wer ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Telekommunikationsdienste sind nach § 3 Nr. 24 TKG „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der

¹²⁸⁶ Diese Situation liegt maßgeblich vor, wenn unabhängige (Programm-) Plattformbetreiber Kabelnetze oder andere „vollintegrierte“ Verbreitungswege nutzen, wie sie in Variante 1 dargestellt sind.

¹²⁸⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung ist bei Kabelnetzen eine „Zusammenstellung“ schon deshalb gegeben, weil das Kabelnetz selbst einen Flaschenhals darstellt und eine unmittelbare Geschäftsbeziehung zum Kunden ermöglicht (siehe zur Auslegung des Begriffs „Zusammenfassung“ ab S. 242). Anders als bei drahtlosen Angeboten (Terrestrik, Satelliten) kommt es also nicht darauf an, ob das Angebot verschlüsselt übertragen wird. Diese Variante ist aber auch bei anderen Übertragungswegen als im Kabel denkbar, z.B. bei einem Satellitenbetreiber, der sein gesamtes Angebot grundverschlüsselt.

¹²⁸⁸ Satellitenbetreiber strahlen, genauso wie terrestrische Sendernetzbetreiber, ihre Programme üblicherweise „free to air“ ab, d.h. unverschlüsselt und an einen ihnen unbekannten Empfängerkreis. In diesem Fall fehlt es an einer „Zusammenfassung“ dieser Programme, so dass sie nicht als Plattform gelten. Vgl. zur Auslegung des Begriffs „Zusammenfassung“ ab S. 242.

¹²⁸⁹ Die Einordnung von „verbreitungswegelosen“ Programmvermarktern ist umstritten. Nach der hier vertretenen Ansicht sind auch solche Anbieter als Plattformanbieter zu behandeln. Siehe zum Streit ab S. 256.

¹²⁹⁰ Begründung zum 10. RÄStV, S. 3; vgl. dazu *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 8 ff.

Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“.

Aus der Aussage, Plattformbetreiber seien von Telekommunikationsdienstleistern *abzugrenzen*, ergibt sich damit, dass ein Plattformanbieter nicht (ausschließlich) dadurch definiert sein kann, dass er Rundfunk in einem Telekommunikationsnetz überträgt.¹²⁹¹ Ein Plattformbetreiber muss also durch ein „Mehr“ gekennzeichnet sein, als (nur) durch die Erbringung einer technischen Transportleistung.¹²⁹² Es ist dieses „Mehr“, das ihn vom Telekommunikationsdienstleister abhebt und gleichzeitig regulierungsbedürftiger macht.¹²⁹³ Dies deckt sich mit dem obigen Befund, dass Plattformanbieter im mehrschichtigen Informationsvermittlungsprozess auf einer Ebene aktiv sind, die *zwischen* der physischen Schicht und dem eigentlichen transportierten Inhalt liegt, also mit den Netzbetreibern nicht zwangsläufig identisch sind.

8.1.3 Entstehungsgeschichte

Bei der Interpretation des Plattformbegriffs hilft auch ein Blick auf dessen Entstehungsgeschichte, maßgeblich die Verhandlungen zum 10. RÄStV. Im Vorfeld dieser Novelle hatte es unter anderem den Versuch gegeben, im Satelliten eine „Grundverschlüsselung“ durchzusetzen; auch IPTV- und Mobile-TV-Anbieter versuchten, sich am Markt zu etablieren.¹²⁹⁴ Durch diese Entwicklung zeigte sich, dass nicht mehr nur Kabelnetzbetreiber bei der Rundfunkverbreitung eine Schlüsselposition einnehmen konnten, sondern Unternehmen aus ganz unterschiedlichen Technologie- und Geschäftsfeldern. Das bisherige Rundfunkrecht war in seiner Fixierung auf Programmveranstalter und Kabelnetzbetreiber nicht in der Lage, diese neuen Entwicklungen sinnvoll zu begleiten.¹²⁹⁵ Gleichzeitig war die Problemlage aber auch so komplex und unübersichtlich, dass für die Gesetzgeber nur schwer neue Orientierungspunkte auszumachen waren.¹²⁹⁶

Die Plattformregulierung entstand deshalb mit dem Ziel, „technikneutral“ alle Unternehmen zu erfassen, die statt eines „Transportmodells“ auch ein

¹²⁹¹ HRKDSC, RStV, § 2 Rn. 49 f.

¹²⁹² BayVGH ZUM-RD 2013, 28, 32

¹²⁹³ Martini, in: BeckOK-InfoMedienR, § 2 RStV Rn. 52.

¹²⁹⁴ Siehe dazu ab S. 32.

¹²⁹⁵ Zur Entwicklungsgeschichte des 10. RÄStV siehe ab S. 32.

¹²⁹⁶ Schütz MMR 2007, Heft 9, X; HRKDSC, RStV, § 2 Rn. 49.

„Vermarktungsmodell“ realisieren konnten.¹²⁹⁷ Diskutiert wurde der kommunikative Einfluss, der sich aus einer gebündelten Vermarktung von Programmen ergibt: Indem der Plattformbetreiber über die Zusammenstellung von Programmen entscheidet, beeinflusst er die Auswahl der Kunden und damit auch die kommunikativen Chancen der Programmveranstalter.¹²⁹⁸

Die Gesetzgeber entwarfen damit einen „technologieneutralen“ Plattformbegriff. Die zugehörige Regulierung, die Plattformregulierung, erfanden die Gesetzgeber allerdings nicht neu – sie *übernahmen* größtenteils bereits existente Normen in das Plattformregime, indem sie deren Adressaten änderten. Konkret betrifft dies zwei Normen bzw. deren Adressaten:

- Der wohl wichtigste Vorläufer des Plattformregimes ist der ehemalige § 52 RStV i.d.F.d. 8. RÄStV, der die *Übertragungspflichten* regelte. Adressat dieser Vorschrift war der „Betreiber einer Kabelanlage“.
- Einen zweiten Vorläufer haben die Regeln der Plattformregulierung in § 53 Abs. 1 RStV i.d.F.d. 8. RÄStV („technische Zugangsfreiheit“). Dieser adressierte „Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, die Rundfunk und vergleichbare Telemedien verbreiten“. *Inhaltlich* bezog er sich nicht auf „normale“ Telekommunikationsdienstleister, sondern sehr spezielle Anbieter, die Schnittstellen, Zugangsberechtigungssysteme und elektronische Programmzeitschriften kontrollierten.¹²⁹⁹ Die Gesetzgeber schätzten diese Systeme als vielfaltsrelevante Flaschenhälse ein, die es besonders zu regulieren gelte.¹³⁰⁰

Beide Normen sollen nach dem Willen der Gesetzgeber auch nach Einführung der Plattformregulierung ihre bisherigen Adressaten weiterhin erfassen.¹³⁰¹ Daraus lässt sich ableiten, dass auch der heutige Plattformbegriff eine Weiterführung *beider* Adressatenkreise darstellt und demnach zumindest die Kabelnetzbetreiber und solche Telekommunikationsdiensteanbieter umfasst, die die genannten vielfaltsrelevanten „Flaschenhälse“ kontrollieren.

¹²⁹⁷ Ricke MMR 2011, 642, 644; Ricke, IPTV und Mobile TV, 241.

¹²⁹⁸ Ladeur K&R 2001, 496, 498.

¹²⁹⁹ Allgemein hierzu Schulz K&R 2000, 9.

¹³⁰⁰ Schulz K&R 2000, 9, 10 ff.

¹³⁰¹ Begründung zum 10. RÄStV, 1.

8.1.4 Verwendung des Plattformbegriffs im RStV

Der RStV verwendet den Plattformbegriff an verschiedenen Stellen. Neben den Vorschriften der Plattformregulierung verwenden ihn auch § 51a Abs. 1 und § 51b Abs. 2 Satz 2 RStV.

- Nach § 51a Abs. 1 kann ein Plattformbetreiber auch Adressat einer Frequenzzuweisung sein; als (potentiellem) Frequenzinhaber kommen ihm insofern alle Rechte und Pflichten zu, die auch Programmveranstaltern zukommen.
- Gem. § 51b Abs. 2 Satz 2 RStV ist es Plattformanbietern möglich, die Weiterverbreitung von EU-ausländischen Programmen bei den Landesmedienanstalten selbst anzuzeigen.

Auch die Plattformregulierung selbst nutzt den Plattformbegriff, bildet allerdings eine ganze Reihe von Untergruppen.

Insgesamt lassen sich die folgenden Typen von Plattformen benennen:

- Plattformen in offenen Netzen, § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV,
- Plattformen, die ein fremdes Plattformangebot unverändert weiterleiten, § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 RStV,
- Kleinstplattformen, § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und Nr. 4 RStV,
- Plattformen privater Anbieter mit Programmen, § 52b Abs. 1, Abs. 2 RStV,
- Plattformen mit hybriden Endgeräten (Programmplattformen), § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV,
- Plattformen mit Frequenzzuweisung, § 52b Abs. 3 Nr. 2 RStV.

Ein naheliegendes Ergebnis systematischer Auslegung wäre, aus der Existenz dieser *Unterkategorien* zu schließen, dass die genannten Plattfortmtypen auch Teil der *Oberkategorie* „Plattform“ sein müssen. Ebenfalls spricht einiges dafür, aus der Benennung der Unterkategorien abzuleiten, dass diese mit der Oberkategorie nicht identisch sind, sondern nur *Teilmengen* bilden.¹³⁰²

¹³⁰² Beispiel: Wenn z.B. in § 52b RStV die Rede von „Plattformen mit Programmen“ ist, müsste dies im Umkehrschluss bedeuten, dass es auch Plattformen gibt, die nicht (nur) Programme beinhalten.

Dieser Zusammenhang erscheint auf den ersten Blick zwingend, erweist sich bei der konkreten Rechtsanwendung aber als problematisch:¹³⁰³ Ein genauer Blick auf die systematischen Zusammenhänge zeigt, dass den Gesetzgebern nicht immer eine schlüssige Verknüpfung von Unter- und Oberkategorien gelungen ist.¹³⁰⁴ Die systematische Auslegung kann deshalb nur begrenzt weiterhelfen.

8.2 Legaldefinition des Plattformbegriffs

Als Zwischenergebnis der vorangestellten Vorüberlegungen lässt sich festhalten, dass Plattformanbieter gegenüber herkömmlichen Telekommunikationsdiensteanbietern durch ein „mehr“ gekennzeichnet sind, das sie von diesen unterscheidet. Es spricht einiges dafür, dass dieses „mehr“ sich aus spezifischen Tätigkeiten bei der Programmverbreitung ergibt; dies muss nicht zwangsläufig identisch mit dem Betrieb der Verbreitungsinfrastruktur („physische Schicht“) sein. Die Historie der Norm deutet darauf hin, dass vom Plattformbegriff alle Rundfunkverbreiter erfasst sind, die im Sinne des sog. „Vermarktungsmodells“ Endkundenkontakt aufbauen – insbesondere die Kabelnetzbetreiber, die Mobile- und IPTV-Anbieter sowie solche Unternehmen, die anderweitig „technische Flaschenhälse“ der Rundfunkverbreitung kontrollieren (z.B. Endgeräte oder Verschlüsselungssysteme).

Die konkrete Rechtsauslegung jedoch muss vom Gesetzestext ausgehen. Dieser definiert in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV den Begriff Plattformanbieter. Die Definition ist insgesamt wenig gelungen.¹³⁰⁵ Da die §§ 52 ff. RStV vielfach nicht Plattformanbieter adressieren, sondern „Plattformen“, soll im Folgenden versucht werden, den Plattformbegriff vom Begriff des *Plattformanbieters* zu trennen und eine eigene Definition hierzu zu bilden.

Teilt man die Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV entsprechend auf, ergibt sich die folgende grobe Einteilung:

¹³⁰³ Die verschiedenen Unterkategorien von Rundfunkplattformen werden ab S. 269 beschrieben.

¹³⁰⁴ So auch *HRKDSC*, RStV, § 52 Rn. 9.

¹³⁰⁵ *Ricke* MMR 2011, 642, 643.

Plattform:

- Zusammenfassung
- von Rundfunk *und* vergleichbaren Telemedien
- *auch* von Dritten
- auf digitalen
- Übertragungskapazitäten *oder* Datenströmen.

Damit verbleibt für die Definition des Plattformanbieters:

- Natürliche oder juristische Person, die
- die Programme zusammenfasst *oder* über die Auswahl der Zusammenfassung entscheidet,
- aber nicht Rundfunk oder vergleichbare Telemedien ausschließlich vermarktet.

Im Folgenden werden die Tatbestandsmerkmale der Begriffe „Plattform“ und „Plattformanbieter“ getrennt voneinander erörtert.

8.2.1 Plattform

Nach der oben herausgearbeiteten Aufteilung der Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ist eine Plattform eine „Zusammenfassung von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien, auch von Dritten, auf digitalen Übertragungskapazitäten oder Datenströmen“. Dies wird im Folgenden näher dargestellt.

8.2.1.1 Zusammenfassung, Gesamtangebot

Eine Plattform betreibt gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nur, wer die verschiedenen Inhalte „zusammenfasst“ bzw. über „die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet“. Daraus lässt sich ableiten, dass eine Plattform nur vorliegt, wenn Programme in irgendeiner Weise *zusammengefasst* wurden.¹³⁰⁶ Daneben spricht § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV auch von einem „Gesamtangebot“.

Das Merkmal „Zusammenfassung“ bezieht sich unmittelbar auf die Programme der Rundfunkplattform; das Merkmal „Gesamtangebot“ ist demgegenüber (bezogen auf den *Anbieter* der Plattform) subjektiv formuliert. Dem Wortlaut nach müsste es das *Ziel* des Anbieters gewesen sein,

¹³⁰⁶ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 161; Christmann ZUM 2009, 7, 10; Holznagel/Kibele, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 Rn. 95.

ein „Gesamtangebot“ zu erschaffen. Aus dem Strafrecht ist diese Konstruktion als „überschießende Innentendenz“ bekannt und wird meist angewendet, wenn der Unwertgehalt einer Tat vor allem aus der Gesinnung des Täters folgt, nicht aus dessen Handlung.¹³⁰⁷ Eine überschießende Innentendenz in die Definition des Plattformanbieters aufzunehmen, war jedoch, glaubt man der Begründung, nicht das Ziel der Gesetzgeber. Es wäre auch unsinnig.¹³⁰⁸ Stattdessen spricht einiges dafür, die Merkmale „Gesamtangebot“ und „Zusammenfassung“ gemeinsam zu interpretieren:¹³⁰⁹ Es liegt ein *Gesamtangebot* demnach nur vor, wenn Rundfunkinhalte *zusammengefasst* wurden.¹³¹⁰ Auch die Begründung des 10. RÄStV formuliert ähnlich.¹³¹¹

Sowohl aus dem Wort „Zusammenfassung“ als auch aus dem Begriff „Gesamtangebot“ ergibt sich, dass mehrere Rundfunkinhalte miteinander in eine gewisse, feste Verbindung gebracht werden müssen.¹³¹² Wie genau diese aussehen muss, lässt sich aus den vorangestellten Überlegungen zur Gesetzgebungsgeschichte¹³¹³ und zum verfassungsrechtlichen Rahmen¹³¹⁴ ableiten: Es kommt vor allem darauf an, ob der betreffende Anbieter eine Gatekeeper-Stellung innehat, aus der eine „inhaltliche Verantwortung für das Endprodukt“ folgt.¹³¹⁵ Insbesondere liegt eine „Zusammenfassung“ in den Handlungen, die die Vorgängernormen der Plattformregulierung (§§ 52 und 53 RStV i.d.F.d. 8. RÄStV) als „vielfaltsrelevant“ eingeordnet und deshalb reguliert hatten.¹³¹⁶

Letztlich ist damit entscheidend, ob durch die Handlung des Plattformanbieters ein eigenständiges Produkt entstanden ist, das im Geschäftsverkehr auch als solches wahrgenommen wird. Darauf deutet z.B. hin, wenn das Programmbündel einen eigenen Markennamen hat und unter

¹³⁰⁷ Vgl. z.B. § 242 StGB: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen...“.

¹³⁰⁸ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 14.

¹³⁰⁹ *Christmann ZUM* 2009, 7, 10.

¹³¹⁰ So auch *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 161; *Christmann ZUM* 2009, 7, 10; *Holznagel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 Rn. 95.

¹³¹¹ Vgl. die Begründung zum 10. RÄStV, S. 4: „Nummer 10 definiert als Plattformanbieter jemanden, der ein Gesamtangebot zusammenstellt, um es anderen zugänglich zu machen.“

¹³¹² *Christmann ZUM* 2009, 7, 8.

¹³¹³ Siehe zur Vorgeschichte allgemein ab S. 32, speziell zur historischen Auslegung des Plattformbegriffs ab 238.

¹³¹⁴ Siehe zur Regulierungsbedürftigkeit von Plattformanbietern ab S. 147.

¹³¹⁵ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 270; *Gummer*, in: *BeckOK-InfoMedienR*, § 52 Rn. 11 ff.; *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 8.

¹³¹⁶ Konkret betrifft dies den Betrieb eines Kabelnetzes, eines Mobile TV- oder IPTV-Angebotes, oder die Kontrolle über ein Verschlüsselungssystem oder die Endgeräte; vgl. ab S. 238.

einem eigenen Gesamtpreis verkauft wird. Ein Plattformangebot erfordert zudem, dass die Kunden die Programme nicht einzeln („à la carte“¹³¹⁷), sondern nur als Bündel erwerben können.

Eine Zusammenfassung ist nach dem Vorgesagten insbesondere anzunehmen, wenn die Programme durch ein gemeinsames Conditional Access-System gesichert sind.¹³¹⁸ Gleiches gilt für Verfahren, die die Programme zwar nicht *verschlüsseln*, diese aber nur ausliefern, wenn der Nutzer sich zuvor beim Anbieter *angemeldet und ausgewiesen* hat.¹³¹⁹ Auch aus einer gemeinsamen Darstellung der Programme in einer vom Plattformanbieter kontrollierten Benutzeroberfläche kann sich die „Zusammenfassung“ ergeben.¹³²⁰

Auch ein Vertrieb im Kabelnetz führt zu einer „Zusammenfassung“ der Programme, selbst wenn diese nicht verschlüsselt werden. Kabelnetzbetreiber kontrollieren die „Zusammenfassung“ der Programme schon durch ihr Eigentum an den Netzen, sie sind nicht auf eine Verschlüsselung angewiesen. Schon im Rahmen ihrer tatsächlichen Zugriffsmacht sowie kraft ihrer Befugnisse nach § 903, § 1004 BGB, § 265a StGB kontrollieren Kabelnetzbetreiber, wer sich an ihr Netz ankoppeln und seine Programme durchleiten darf.¹³²¹ Zudem kontrollieren die Kabelnetzbetreiber aus Sicht der Programmveranstalter den Zugang zu einer (meist größeren) Gruppe von Endkunden.¹³²²

Beschränkt ein Anbieter das „Zusammenfassen“ der fremden Programme lediglich auf die Bildung von standardüblichen *Multiplexen*, führt dies nach der hier vertretenen Auffassung *nicht* zu einer Zusammenfassung bzw. einem Gesamtangebot i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV.¹³²³ Denn die Multiplex-Datenströme können, wenn sie nicht verschlüsselt sind, von herkömmlichen

¹³¹⁷ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 14.

¹³¹⁸ BayVGH ZUM-RD 2013, 28, 32; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 13.

¹³¹⁹ Solche Verfahren kommen teils zum Einsatz, wenn der betreffende Plattformanbieter die Programme per Unicast oder Multicast ausliefert (siehe dazu ab S. 45) und das Netz über einen Rückkanal verfügt; maßgeblich gilt dies für das IPTV-Angebot der Deutschen Telekom.

¹³²⁰ *Schütz/Schreiber* MMR 2012, 659, 660; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 13.

¹³²¹ BGH NJW 2003, 3762; BGH NJW 1996, 2656 - *Pay-TV-Durchleitung*; *Wielsch*, Zugangsregeln, 138 ff.

¹³²² BayVGH ZUM-RD 2013, 28, 32

¹³²³ So auch *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 512 und *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 10; ähnlich auch *Merkel* et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 19; wohl a.A. *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 68 ff.

Digitalreovern einfach wieder aufgetrennt werden.¹³²⁴ Aus der Kontrolle über einen Multiplex-Datenstrom¹³²⁵ folgt zwar ein gewisser Entscheidungsspielraum, z.B. beim Bitratenmanagement.¹³²⁶ Dies stellt für sich gesehen aber noch keine Machtposition dar, die der des historischen Vorbildes des Plattformanbieters, eines Kabelnetzbetreibers, gleichkommt.

Allgemein sind Anbieter, die fremde Programme unverschlüsselt, nach offenen Standards codiert und „Free to Air“ abstrahlen, keine Plattformanbieter. Dies betrifft z.B. Satellitenbetreiber, soweit sie nur Transponder vermieten oder technische Dienstleister, die im Auftrag der Programmveranstalter terrestrische Signale abstrahlen.¹³²⁷

8.2.1.2 Von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien

Die Plattform muss gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV „Rundfunk und vergleichbare Telemedien“ zusammenfassen. Im Rahmen der Auslegung der Vorschrift ergeben sich mehrere Probleme.

Zunächst ist problematisch, was unter den Begriffen „Rundfunk“ und „vergleichbare Telemedien“ zu verstehen ist. Insbesondere ist fraglich, ob Plattformen im Sinn des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nur Rundfunk in *linearer* Art und Weise zusammenfassen, oder ob auch nicht-lineare Inhalte als „Rundfunk und vergleichbare Telemedien“ zu werten sind. Als zweites Problem wird in der Literatur diskutiert, in welchem *Zusammenhang* Rundfunk und Telemedien stehen müssen. Bei einer strengen Wortlautauslegung wäre die Formulierung „Rundfunk *und* vergleichbare Telemedien“ so zu verstehen, als ob auf der Plattform immer *beide* Kategorien vertreten sein müssen.

8.2.1.2.1 Rundfunk

Der in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV genannte Begriff „Rundfunk“ nimmt Bezug auf den einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff, der in § 2 Abs. 1 und Abs. 3 RStV geregelt ist.¹³²⁸ Diese Rundfunkdefinition ist mit dem 12. RÄStV 2008 an die

¹³²⁴ Vgl. auch Marek, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 8.

¹³²⁵ Zur Stellung des Multiplexbetreibers siehe oben ab S. 63.

¹³²⁶ Schulz/Kühlers, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 69.

¹³²⁷ BayVGH ZUM-RD 2013, 28, 32; HRKDSC, RStV, § 52 Rn. 9.

¹³²⁸ Der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff ist mit dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff nicht gleichzusetzen. Der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff ist enger, denn nach h.M. unterfallen dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff auch die Telemedien,

Systematik der AVMD-Richtlinie angepasst worden. Seitdem ist Rundfunk in § 2 Abs. 1 RStV definiert als *lineares* Angebot, nämlich „die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen“.¹³²⁹ In § 2 Abs. 3 RStV sind bestimmte lineare Dienste vom Rundfunkbegriff ausgenommen, z.B. bei fehlender journalistisch-redaktioneller Gestaltung.

Der Gesetzgeber hat somit durch den 12. RÄStV den Streit, ob nicht-lineare Angebote wie z.B. Video on Demand dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff zuzuordnen sind, entschieden. Zum Rundfunk zählen nur lineare Inhalte. Zum (einfachgesetzlichen) Rundfunk gehören unstrittig jedenfalls die klassischen Fernseh- und Radioprogramme, um die es in § 52b RStV geht.

8.2.1.2.2 Vergleichbare Telemedien

Der Terminus „vergleichbare Telemedien“ ist in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV legaldefiniert als „Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind“.¹³³⁰ Der Begriff der mit dem Rundfunk *vergleichbaren* Telemedien stellt sprachlogisch eine Unterkategorie des *allgemeinen* Telemedienbegriffs dar. Die Frage, wie sich „vergleichbare“ Telemedien von „einfachen“ Telemedien abgrenzen, ist bisher nur wenig aufgearbeitet worden.

Einfache Telemedien sind gem. § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV, § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste,¹³³¹ telekommunikationsgestützte Dienste oder Rundfunk i.S.d. § 2 Abs. 1 RStV sind. Telemedien sind demnach die Restmenge der elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die verbleibt, wenn der Rundfunk, die TK- und die TK-gestützten Dienste abgezogen werden. *Näherungsweise* bezeichnet der Begriff Angebote, die klassische Internet-Technologien nutzen, z.B. das Angebot von E-Mail-Übermittlung, von Speicherplatz oder von Webseiten.¹³³²

insbesondere deren Unterkategorie der „audiovisuellen Mediendienste auf Abruf“ (§ 2 Satz 1 Nr. 6 RStV). Vgl. Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 18 ff.

¹³²⁹ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 10; Bornemann ZUM 2013, 845, 847.

¹³³⁰ Der folgende Abschnitt wurde abgewandelt bereits veröffentlicht in Telemedicus v. 18.1.2012, <http://tlmd.in/a/2155>.

¹³³¹ Vollständig formuliert: „Telekommunikationsdienste, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen“.

¹³³² In diese Richtung auch die Begründung zum 9. RÄStV.

Die *vergleichbaren* Telemedien sind jedoch ein Sonderfall, die mit den *einfachen* Telemedien nicht gleichgesetzt werden können, wie im Folgenden zu zeigen ist.

8.2.1.2.2.1 Entstehungsgeschichte

Der *einfache* Telemedienbegriff war ursprünglich entstanden, als Bund und Länder die Regulierung der „Teledienste“ im Teledienstegesetz (TDG) und der „Mediendienste“ im Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) aufgaben und stattdessen eine gemeinsame Regulierung unter der Oberkategorie „Telemedien“ einführten.¹³³³ Eine Vorreiterrolle übernahm dabei der JMStV, der schon ab 2003 Telemedien adressierte. Die große Novelle, durch die das TDG und der MDStV durch das TMG und den 6. Abschnitt des RStV ersetzt wurden, erfolgte jedoch erst 2007, u.a. mit dem 9. RÄStV.

Schon vor dem 9. RÄStV, der den *einfachen* Telemedienbegriff in den RStV einführte, fand aber der Begriff der *vergleichbaren* Telemedien seinen Weg in den RStV. Schon mit dem 8. RÄStV 2005 nahmen die Länder den Begriff der *vergleichbaren* Telemedien auf – dies geschah sehr punktuell im Bereich der Kabelbelegungsregeln in § 52 und § 53 RStV a.F.¹³³⁴ Die vergleichbaren Telemedien waren – ähnlich wie heute – von den Übertragungspflichten umfasst und vor Diskriminierung bei Verschlüsselungs- und Conditional Access-Systemen geschützt.¹³³⁵ Eine Legaldefinition des Begriffs enthielt der RStV damals noch nicht.

Als Bund und Länder mit dem 9. RÄStV und dem TMG 2007 vollständig auf den *einfachen* Telemedienbegriff umstellten, wurde der Begriff „vergleichbare Telemedien“ nicht aufgehoben oder dem *einfachen* Telemedienbegriff angeglichen, sondern erhielt sogar noch eine eigene Legaldefinition als „Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind“ (damals § 50 RStV a.F.).

Die wohl h.M. verstand unter den „vergleichbaren Telemedien“ bestimmte Dienste, die damals aufgrund einer Negativdefinition in § 1 Abs. 1 Satz 4 RStV a.F. nicht zum Rundfunk zu zählen waren, ihm im äußeren Erscheinungsbild

¹³³³ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 6 ff.

¹³³⁴ Ausweislich der Begründung zum 8. RÄStV bezogen sich die Gesetzgeber auf § 2 Abs. 6 TKG: Dort hatte der Bund schon im Jahr 2004 auf Betreiben des Bundesrats den Hinweis aufgenommen, bei der TK-Regulierung seien „Belange von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien zu berücksichtigen“.

¹³³⁵ Zum 8. RÄStV siehe oben ab S. 31.

jedoch ähnelten. Gemeint waren damit Teleshopping-Sender und Videotext.¹³³⁶ Diese Deutungsvariante ist jedoch von der Rechtslage überholt worden: Mit dem 12. RÄStV haben die Gesetzgeber § 1 Abs. 1 Satz 4 RStV aufgehoben.¹³³⁷ In der Begründung zum 12. RÄStV wird mehrfach und eindeutig klargestellt, dass Teleshopping und Videotext nunmehr als Rundfunk i.S.d. RStV zu behandeln sind.¹³³⁸ Am Begriff der „vergleichbaren Telemedien“ haben die Gesetzgeber freilich festgehalten.

Zusammengefasst ergibt sich aus der Historie, dass der *einfache* Telemedienbegriff und der Begriff der *vergleichbaren* Telemedien keineswegs gleichgesetzt werden können, sondern zwei unterschiedliche Entwicklungspfade verfolgten. Der Begriff der *vergleichbaren* Telemedien ist (jedenfalls was den RStV anbelangt) der *ältere* Telemedienbegriff. Aus der Geschichte des einfachen Telemedienbegriffs kann daher nur bedingt auf die vergleichbaren Telemedien rückgeschlossen werden.¹³³⁹

8.2.1.2.2 Systematik

Der Begriff „vergleichbare Telemedien“ wird neben § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV auch in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV verwendet, wo angeordnet wird, dass „vergleichbare Telemedien“ im Rahmen des Can Carry-Vielfaltsbegriffs zu berücksichtigen sind. Für vergleichbare Telemedien wird in § 58 Abs. 4 RStV zudem die Geltung der Gewinnspielregeln nach § 8a RStV angeordnet. Gem. § 51a Abs. 1 RStV können Anbieter von vergleichbaren Telemedien auch eine eigene Frequenz im terrestrischen Spektrum zugewiesen bekommen.¹³⁴⁰

Eine Frequenznutzungserlaubnis wird typischerweise nur für lineare Nutzungsformen, d.h. für die Übertragung von Programmen verliehen. Auch § 52b Abs. 1 RStV betrifft nur Übertragungspflichten für *Programme* – das sind gesetzlich festgelegt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV) nur lineare Inhalte.¹³⁴¹ Dies spricht dafür, dass vergleichbare Telemedien vorrangig *lineare*, programmartige Zusammenstellungen von Inhalten sind.

¹³³⁶ VG Oldenburg ZUM 2013, 601, 602; *Reinemann* ZUM 2006, 523, 528.

¹³³⁷ *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52c RStV Rn. 25; *Schmittmann*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 10 Rn. 27.

¹³³⁸ Vgl. die Begründung zum 12. RÄStV, z.B. auf Seite 3, 4 und 6.

¹³³⁹ Dies übersehen *Holznagel/Hahne*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 50 RStV Rn. 4 ff. und VG Münster, JurPC Web-Dok. 124/2010, Rn. 50 ff.

¹³⁴⁰ *Assion*, Telemedicus v. 18.1.2012, <http://tlmd.in/a/2155>; *Assion* ZUM 2013, 603.

¹³⁴¹ *Bornemann* ZUM 2013, 845.

8.2.1.2.2.3 Legaldefinition und Gesetzesbegründung

Nach ihrer *Legaldefinition* in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV sind „vergleichbare Telemedien“ solche, die „an die Allgemeinheit gerichtet sind“. Diese Aussage ist nichtssagend:¹³⁴² Beinahe alle Telemedien sind an die Allgemeinheit gerichtet, einschließlich fast aller Dienste im Internet.¹³⁴³ Dafür, dass die Gesetzgeber *all* diese Dienste unter die „vergleichbaren Telemedien“ fassen wollten, sind keine Hinweise vorhanden. Im Gegenteil bezieht sich der Begriff offensichtlich auf eine Unterkategorie, die vergleichsweise klein sein soll, weil sie große Privilegien genießt bzw. stark reguliert wird.¹³⁴⁴

Laut der *Gesetzesbegründung* sind „vergleichbare Telemedien“ solche, die dem Schutzbereich des Art. 5 GG unterfallen.¹³⁴⁵ Auch diese Aussage trägt zur Klärung kaum bei: Es sind kaum Telemedien denkbar, die *nicht* dem Schutzbereich des Art. 5 GG unterfallen – schon, weil dieser neben der Rundfunkfreiheit auch noch andere Kommunikationsgrundrechte enthält. Würde man der Gesetzesbegründung folgen, wären quasi *alle* Telemedien vergleichbare Telemedien.¹³⁴⁶ Dies ist vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollt und wäre auch mit Sinn und Zweck der jeweiligen Gesetze nicht vereinbar.¹³⁴⁷

8.2.1.2.2.4 Lösungsansätze in der Literatur und eigene Ansicht

Die Frage ist, welche Auslegung des Begriffs sich aus dem Vorgesagten ergibt. In der Literatur werden dazu unterschiedliche Lösungsansätze vertreten:

- Eine stark in der Literatur vertretene Ansicht meint, dass die „vergleichbaren Telemedien“ solche sind, die eine *besondere* „Relevanz für den gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess“ haben, ohne dabei Rundfunk zu sein.¹³⁴⁸

¹³⁴² *Holznagel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 Rn. 63b.

¹³⁴³ *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 71; VG Oldenburg ZUM 2013, 601, 602.

¹³⁴⁴ VG Oldenburg ZUM 2013, 601, 602 ff.; *Holznagel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 Rn. 63b.

¹³⁴⁵ Begründung zum 8. RÄStV.

¹³⁴⁶ So aber BayVGH ZUM-RD 2010, 102, 112 f., der auch „Gewinnspielangebote im Internet“ als vergleichbare Telemedien ansieht.

¹³⁴⁷ VG Oldenburg ZUM 2013, 601, 602 f.

¹³⁴⁸ *HRKDSC* § 52 Rn. 13; *Martini*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 2 RStV Rn. 53; *Ricke* MMR 2011, 642, 643; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 269 f.; *Holznagel/Hahne*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 50 RStV Rn. 7; *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 4 ff. – Die vergleichbaren Telemedien wären insofern neben eine ganze Reihe von Unterkategorien des Begriffs „Telemedien“ einzuordnen, denen besondere Meinungsbildungsrelevanz zugesprochen wird. (*Holznagel/Nolden*, in:

Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, dass nach dieser Lösung auch Angebote erfasst wären, die primär aus Hypertext im Internet bestehen – insbesondere herkömmliche Webseiten.¹³⁴⁹ Diese sollen von den verschiedenen Vorschriften, die „vergleichbare Telemedien“ adressieren, aber offensichtlich nicht erfasst werden.¹³⁵⁰

- Ein Teil der Literatur will – analog der Abgrenzung zwischen Rundfunk und einfachen Telemedien¹³⁵¹ – auch bei den *vergleichbaren* Telemedien danach abgrenzen, ob es sich um lineare oder nicht-lineare Zusammenstellungen handelt: Telemedien, die mit Rundfunk „vergleichbar“ sind, seien solche Angebote, die zwar aufgrund ihrer Nicht-Linearität nicht dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff unterfallen, aber dem herkömmlichen Rundfunk auf andere Weise ähnlich sind. Dies wären insbesondere Video on Demand-Angebote wie z.B. die ZDF-Mediathek.¹³⁵²

Dieser Meinung ist allerdings entgegenzuhalten, dass sie mit verschiedenen anderen Normen des RStV nicht in Einklang steht: Zum einen geht eine Reihe von Normen des Rundfunkrechts offensichtlich davon aus, dass „vergleichbare“ Telemedien *lineare* Inhalteangebote sein können. Die Ansicht würde zum anderem zu einem unauflösbaren systematischen Widerspruch führen: Denn einerseits soll *Plattformanbieter* sein, wer „vergleichbare Telemedien“ zusammenfasst und gemeinsam zugänglich macht (§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV). Andererseits ist aber auch *Telemediendiensteanbieter*, wer „die Auswahl und Gestaltung der angebotenen Inhalte wirksam kontrolliert“ (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 RStV). Dies gilt speziell auch für „Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 6

Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 5 Rn. 84). So kennt der RStV unter anderem auch die „Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten“ (§ 55 Abs. 2 Satz 1 RStV) und „Telemedien mit Inhalten, die nach Form und Inhalt fernsehähnlich sind“ (§ 58 Abs. 3 Satz 1 RStV; hierzu *Lent* ZUM 2013, 914; *Schmittmann*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 10 Rn. 31 ff.; *Schulz/Held*, Regulierung durch Anreize, 34 f.). In § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 TMG sind als Unterkategorie der Telemedien auch noch die „audiovisuellen Mediendienste“ legaldefiniert.

¹³⁴⁹ Vgl. auch *Schwartmann*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 3 Rn. 13.

¹³⁵⁰ VG Oldenburg ZUM 2013, 601, 602 f.

¹³⁵¹ Statt vieler *Martini*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 2 RStV Rn. 6; *Schwartmann*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 3 Rn. 18.

¹³⁵² *Schütz/Schreiber* MMR 2012, 659, 660 f.

TMG). Die Meinung, „vergleichbare Telemedien“ seien nicht-lineare Dienste, würde also darauf hinauslaufen, dass eine Person, die vergleichbare Telemedien bündelt, *gleichzeitig* Telemedien-Diesteanbieter und Plattformanbieter ist. Dies wäre systematisch widersprüchlich.¹³⁵³

Damit bleibt nur noch eine Auslegungsvariante: Vergleichbare Telemedien sind – wie wohl ursprünglich historisch beabsichtigt – *lineare* Inhalte („Programme“), die aber nicht dem Rundfunk im einfachgesetzlichen Sinn zuzurechnen sind. Hierfür bestehen kaum noch praktische Anwendungsfälle, seit Teleshopping-Angebote dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff zugeschlagen wurden.¹³⁵⁴ Hinzuweisen ist allenfalls noch auf die sog. „Multithek“. Dies ist ein auf verschiedenen Verbreitungswegen ausgestrahltes Angebot, das in der Programmliste der Kunden wie ein Programm auftaucht. Es handelt sich jedoch nicht um ein Rundfunkprogramm, sondern lediglich um ein per Broadcast ausgestrahltes *Videostandbild*, das per HbbTV¹³⁵⁵ mit einem Internetportal verknüpft ist, das hauptsächlich VoD-Inhalte anbietet. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre die Multithek nicht als Rundfunk, sondern als vergleichbares Telemedium zu behandeln.

8.2.1.2.3 Verbindung von Rundfunk und Telemedien

Die Gesetzgeber haben in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV formuliert, es müsse sich um eine Zusammenstellung von Rundfunk *und* vergleichbaren Telemedien handeln.

In der juristischen Methodik meint das Wort „und“, dass die hiermit verbundenen Tatbestandsmerkmale *kumulativ* vorliegen müssen. Ist nur eins der beiden Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, tritt also auch die Rechtsfolge nicht ein. Aus diesem Grund wird von einigen Stimmen in der Literatur problematisiert, ob eine Plattform zwingend *sowohl* Rundfunk *als auch* vergleichbare Telemedien enthalten muss. Teils wird dabei die Verwendung des Wortes „und“ als einfaches Redaktionsversehen abgetan.¹³⁵⁶

¹³⁵³ Plattformanbieter stehen mit Rundfunk- und Telemedienanbietern nicht auf einer Stufe, sondern stellen in der Systematik des Rundfunkrechts die nächsthöhere Aggregationsebene dar.

¹³⁵⁴ *Holznapel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 Rn. 63b.

¹³⁵⁵ Zur Funktionsweise von HbbTV siehe ab S. 102.

¹³⁵⁶ *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 161.

Auch wenn es angesichts der Vorgeschichte schwer fällt:¹³⁵⁷ Es kann sich in der Tat nur um ein Versehen der Gesetzgeber handeln. Würde man die „und“-Verknüpfung wortlautgenau auslegen, könnte sich ein Plattformanbieter der Regulierung schon dadurch entziehen, dass er keine vergleichbaren Telemedien in sein Plattformangebot aufnimmt. Zudem gibt es keinen sachlichen Grund, einen Plattformbetreiber nur dann als regulierungsbedürftig einzuordnen, wenn er nicht nur Rundfunk, sondern auch vergleichbare Telemedien transportiert.¹³⁵⁸ Auch aus der Gesetzgebungsgeschichte oder der Begründung ergibt sich kein Hinweis darauf, dass die Gesetzgeber die Plattformregulierung an dieser Stelle in ihrem Anwendungsbereich einschränken wollten.

Es ist somit dem Befund, es handele sich um ein „Redaktionsversehen“, zuzustimmen: Ein Anbieter ist dann als Plattformbetreiber zu regulieren, wenn er Rundfunkprogramme bündelt, unabhängig von der Frage, ob daneben auch noch „vergleichbare Telemedien“ aufgenommen werden.¹³⁵⁹

8.2.1.3 Auch von Dritten

Die zusammengefassten Inhalte müssen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV „auch von Dritten“ stammen. Dieses Tatbestandsmerkmal dient der Abgrenzung der Plattformanbieter von den Rundfunkveranstaltern: Wer nur *eigene* Inhalte zusammenfasst, wird bereits streng als Programmveranstalter reguliert¹³⁶⁰ und muss nach dem Willen der Gesetzgeber nicht noch zusätzlich der Plattformregulierung unterworfen werden.¹³⁶¹

Aus dem Wort „auch“ ließe sich bei einer strengen Wortlautbetrachtung ableiten, dass eine Rundfunkplattform, um von § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV erfasst zu werden, immer *auch eigene* Inhalte des Plattformanbieters enthalten

¹³⁵⁷ Die §§ 52 und 53 RStV i.d.F.d. 8. RÄStV enthielten ursprünglich die Formulierung „Rundfunk *oder* vergleichbare Telemedien“, was auch auch Anbieter verpflichtet hätte, die nur vergleichbare Telemedien einspeisten. Dies war von den Gesetzgebern nicht beabsichtigt gewesen, so dass sie mit dem 9. RÄStV (nur für § 53 RStV) die Formulierung „Rundfunk *und* vergleichbare Telemedien“ wählten. Mit dem 10. RÄStV wurde dann auch in § 2 Abs. 2 Nr. 13 und 52b RStV die „und“-Version aus § 53 RStV übernommen – vielleicht, weil sie ungeprüft als die „richtigere“ empfunden wurde. Vgl. dazu auch *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52c RStV Rn. 20 f.; *HRKDSC*, RStV, § 52c Rn. 12.

¹³⁵⁸ *HRKDSC*, § 2 Rn. 50.

¹³⁵⁹ *Broemel* ZUM 2012, 866, 873; *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 12; *Gummer*, in: *BeckOK-InfoMedienR*, § 52 Rn. 5.

¹³⁶⁰ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 721.

¹³⁶¹ *Ricke* MMR 2011, 642, 643.

muss. Denn anderenfalls wären die fremden Inhalte ja nicht „auch“ von den Dritten, sondern *ausschließlich* von Dritten.¹³⁶²

Ebenso wie bei der Formulierung „Rundfunk und vergleichbare Telemedien“ würde es auch in diesem Fall aber keinen Sinn machen, einen Plattformanbieter nur deshalb freizustellen, weil er *ausschließlich* fremde Programme bündelt und keine eigenen Programme in das Gesamtangebot integriert. Schließlich ergibt sich die besondere Meinungsbildungsrelevanz des Plattformbetreibers gerade daraus, dass er Einfluss auf *fremde* Programme nehmen kann.¹³⁶³ Entsprechend formuliert auch die Begründung zum 10. RÄStV, es müsse sich bei den zusammengefassten Inhalten „zumindest auch um Angebote Dritter und nicht nur um eigene Angebote handeln“. ¹³⁶⁴ Dem ist zu folgen.¹³⁶⁵

8.2.1.4 Digitale Übertragungskapazitäten oder Datenströme

Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ist Plattformanbieter nur, wer Rundfunkinhalte auf *digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen* zusammenfasst.

8.2.1.4.1 Widmungsrecht des Netzbetreibers

Die Plattformregulierung greift nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nur, *falls* eine Zusammenfassung von Rundfunkinhalten auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen stattfindet. Die §§ 52 ff. RStV *zwingen* also die Plattformanbieter nicht zur (digitalen) Übertragung.¹³⁶⁶ Landesrechtliche Gesetze, die Betreiber von Telekommunikationsnetzen *gegen* ihren Willen zur Rundfunkverbreitung zwingen, wären auch nicht mit dem höherrangigen Recht vereinbar.¹³⁶⁷ Sinn

¹³⁶² Ricke, IPTV und Mobile TV, 270; Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 13; Gummer, in: BeckOK InfoMedienR, § 52b Rn. 7.

¹³⁶³ Zur Regulierungsbedürftigkeit von Plattformbetreibern siehe insbesondere ab S. 105 (hinsichtlich der tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklung), S. 117 (aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht) und S. 147 (aus verfassungsrechtlicher Sicht).

¹³⁶⁴ Begründung zum 10. RÄStV, S. 4.

¹³⁶⁵ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 13; Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 7.

¹³⁶⁶ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 14; zum sog. Widmungsrecht vgl. Schütz, Kommunikationsrecht, Rn. 441 ff.; Spoerr/Luczak ZUM 2010, 553, 555; vgl. auch Irion/Schirmbacher CR 2002, 61, 66; HRKDSC, RStV, § 52b Rn. 10.

¹³⁶⁷ Spoerr/Luczak ZUM 2010, 553, 555; Bauer, Netz und Nutzung, 74 ff.; Irion/Schirmbacher CR 2002, 61, 64 ff.; VG Berlin MMR 1998, 164, 165.

und Zweck der Regelungen im RStV ist es allein, die bereits *bestehende* Rundfunkverbreitung im Sinne der Rundfunkvielfalt zu regulieren.

Daraus ergibt sich ein banaler Gedanke, der aber für die rechtliche Einordnung von Bedeutung ist:¹³⁶⁸ Plattformanbieter wird nur, wer sich selbst *freiwillig dazu entscheidet*, Rundfunkprogramme in digitaler Form zusammenzufassen und zu verbreiten. Ein Netzbetreiber hat die freie Wahl, ob er die analoge oder die digitale Rundfunkverbreitungstechnik wählt oder komplett von einer Verbreitung bzw. Zusammenfassung von Rundfunkprogrammen absieht. Nur wenn er sich für die Zusammenfassung von digitalen Rundfunkprogrammen entscheidet, wird er als Plattformanbieter reguliert.¹³⁶⁹

8.2.1.4.2 Übertragungskapazitäten und Datenströme

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV muss die Zusammenfassung „auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen“ stattfinden.

Das Wort „Übertragungskapazität“ entstammt bereits dem 8. RÄStV; die „Datenströme“ wurden erst mit dem 10. RÄStV ergänzt. Der Begriff des „Datenstroms“ ist Teil des Versuchs, die Plattformregulierung technikneutral auszugestalten. Denn bei einigen Plattformen (insb. IPTV) gibt es in Teilbereichen des Netzes keine festgelegte „Gesamtkapazität“, sondern nur Datenströme, die in die eine oder die andere Richtung fließen, *so lange sie eben gebraucht werden* (Unicast bzw. Multicast).¹³⁷⁰ Die Gesetzgeber versuchen diesen Zusammenhang durch das Wort „Datenströme“ zu erfassen.

Sowohl der Begriff der Übertragungskapazität als auch der Begriff des Datenstroms sind missverständlich, denn sie beschreiben nicht korrekt, was die Gesetzgeber meinen.

¹³⁶⁸ Siehe zur Einordnung der Must Carry-Regeln als Inhalts- und Schrankenbestimmung ab S. 170, zur Bedeutung des Widmungsrechtes der Netzbetreiber für die Verhältnismäßigkeit der Must Carry-Regeln ab S. 188.

¹³⁶⁹ Damit in Zusammenhang steht auch das Recht des Plattformanbieters zu entscheiden, in welchem *Umfang* er seine Kapazitäten zur digitalen Rundfunkverbreitung nutzt. Die Must- und Can-Carry-Pflichten belegen immer nur jeweils max. 1/3 der Gesamtkapazität. Vgl. dazu ab S. 365.

¹³⁷⁰ Siehe dazu ab S. 45.

- Eine Übertragungskapazität ist eigentlich das jeweilige *Fassungsvermögen* des Übertragungswegs.¹³⁷¹
- Ein „Datenstrom“ ist die Zusammenfassung von Daten (d.h. in Zeichen gefasste Informationen) in Form eines „Stroms“, d.h. linear über einen längeren Zeitraum hinweg.

Die Gesetzgeber wollten aber weder auf das „Fassungsvermögen“ des Übertragungswegs abstellen, noch auf eine bestimmte „stromförmige“ Übertragung von Daten. Die Tatbestandsmerkmale sollen lediglich klarstellen, dass eine Rundfunkplattform i.S.d. RStV nur vorliegt, wenn und soweit digitale Übertragungsverfahren eingesetzt werden. Gemeint sind von den Gesetzgebern deshalb weder Kapazitäten noch Datenströme, sondern schlicht digitale *Übertragungsverfahren*.

8.2.1.4.3 Digital

Das Tatbestandsmerkmal „digital“ dient vorrangig dazu, die Regulierung der Kabelnetze im *analogen* Bereich auszuklammern und so den einzelnen Landesmediengesetzen zu überlassen. Die §§ 52 ff. RStV sollen gezielt nur den digitalen Bereich betreffen.

Digital sind Übertragungsverfahren dann, wenn sie *diskrete Signale* transportieren. Diskret ist ein Signal dann, wenn sein Inhalt in jeweils nur eine von mehreren, jeweils voneinander abgrenzbaren (d.h. „diskreten“) Werte übersetzbar ist.¹³⁷² Herkömmliche digitale Verfahren verwenden dabei zwei Werte, die mathematisch in einem binären Zahlensystem mit „0“ und „1“ codiert werden. Informationen dieser Art sind computierbar, d.h. sie können mithilfe einer programmierbaren Rechenvorschrift verarbeitet werden.

Der Unterschied zwischen „analog“ und „digital“ läuft letztlich darauf hinaus, dass analog gefasste Daten an einen ganz bestimmten Zweck geknüpft sind – sie geben ausschließlich an, wie ein bestimmtes Signal *wiedergegeben* ist. Dies ist bei digitalen Daten nicht der Fall: Digitale Daten sind manipulier- und nutzbar, auch ohne dass sie dazu wiedergegeben werden müssten.

¹³⁷¹ Vgl. z.B. die Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 6 ThürLMG: „terrestrische Frequenzen, Satellitenfrequenzen und Kabelkanäle“.

¹³⁷² Zum Begriff A. Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 4.

Entsprechend sind die Möglichkeiten bei der Verarbeitung digitaler Daten wesentlich größer.¹³⁷³

Die Beschränkung auf den digitalen Bereich hätten die Gesetzgeber nicht zwangsläufig in der Legaldefinition des Begriffs „Plattformanbieter“ unterbringen müssen. Der Sinn und Zweck dieser Regelung hätte eher dafür gesprochen, die Beschränkung auf digitale Übertragungsverfahren an den Beginn der Vorschriften zur Plattformregulierung zu stellen (d.h. § 52 Abs. 1 Satz 1 RStV).¹³⁷⁴

8.2.1.5 Meinungsstreit zur Kontrolle über die Infrastruktur

Der wohl wichtigste Streit um § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV betrifft die Frage, ob der Plattformbegriff nur solche Unternehmen erfasst, die auch die Verbreitungswege kontrollieren. An diesem Streit entscheidet sich die Frage, ob auch Unternehmen als Plattformen reguliert werden, die zwar fremde Programme zusammenfassen, sie aber über *fremde* Netze verbreiten (sog. „Programmplattformen“).¹³⁷⁵ Der Gesetzeswortlaut ist insofern nicht eindeutig.

8.2.1.5.1 Erste Meinung: Kontrolle über die Infrastruktur notwendig

Einige Stimmen der juristischen Literatur meinen, dass § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nur Anbieter erfasst, die auch die physische Verbreitungsinfrastruktur kontrollieren.¹³⁷⁶ Dies begründen die Vertreter dieser Ansicht primär in dem Tatbestandsmerkmal „auf digitalen Kapazitäten oder Datenströmen“, stützen sich zugleich aber auch auf systematische und teleologische Erwägungen.¹³⁷⁷

Diese Ansicht kann sich darauf stützen, dass die Begründung des 10. RÄStV stellenweise von einer „technischen Plattform“ spricht, was traditionell nur die physikalischen Verbreitungswege meint.¹³⁷⁸ Auch der Wortlaut des § 52 Abs. 1 RStV deutet in diese Richtung: Nach der Vorschrift gelten die Regeln

¹³⁷³ Ausführlich zur Digitalisierung des Rundfunks ab S. 61.

¹³⁷⁴ Siehe dazu noch den Änderungsvorschlag 13.1.2.4.1.3 ab S. 460.

¹³⁷⁵ Broemel MMR 2013, 83; Ricke MMR 2011, 642.

¹³⁷⁶ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 162; Holznagel/Kibele, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 Rn. 95; Christmann ZUM 2009, 7, 7 ff.; Weisser/Glas ZUM 2009, 914, 916.

¹³⁷⁷ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 162; Christmann ZUM 2009, 7, 11.

¹³⁷⁸ Ricke MMR 2011, 642, 644; Broemel MMR 2013, 83, 84.

des Plattformregimes für „Plattformen auf allen *technischen* Übertragungskapazitäten“. ¹³⁷⁹

Zudem adressierten die *Vorgängervorschriften* der Plattformregulierung überwiegend nur solche Anbieter, die auch die Verbreitungswege kontrollierten. ¹³⁸⁰ Dies gilt insbesondere für § 52 RStV a.F., der Must-Carry-Vorschriften auf „Betreiber von Kabelnetzen“ anwendete und (eingeschränkt) auch für § 53 RStV a.F., der Vorgaben zur technischen Zugangsfreiheit an „Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen“ richtete. ¹³⁸¹

Die Vertreter dieser Ansicht können außerdem für sich in Anspruch nehmen, dass nur in ihrer Lesart einige Vorschriften der §§ 52 ff. RStV einen sinnvollen Anwendungsbereich haben. Dies gilt vor allem für § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 RStV. Diese Vorschrift privilegiert sog. Kleinstplattformen, wenn sie auf ihren „drahtlosen“ bzw. „drahtgebundenen“ Plattformen nur wenige Nutzer haben. ¹³⁸² Plattformen, die „drahtlos“ oder „drahtgebunden“ sind, sind aber nur solche, die mit den Verbreitungswegen verkoppelt sind. *Programmplattformen*, die ggf. mehrere unterschiedliche Verbreitungswege nutzen, sind *weder drahtlos noch drahtgebunden*.

Teils wird noch damit argumentiert, für eine Bündelung von Programmen *ohne* Kontrolle über Verbreitungswege sei (nur) der Begriff „Programmbouquet“ in § 2 Abs. 2 Nr. 12 RStV vorgesehen. ¹³⁸³ Bei der Legaldefinition des Begriffs „Programmbouquet“ handelt es sich freilich um ein offensichtliches Redaktionsversehen, da der Begriff im RStV keine Anwendung mehr findet; er ist eine „Definitionsruine“. ¹³⁸⁴

Ein zwingendes Argument für diese Ansicht bestände jedenfalls darin, wenn jede andere Auslegung europarechtswidrig wäre. Insbesondere *Wagner* argumentiert, Art. 31 der Universaldienstrichtlinie (UDRL) lasse Übertragungspflichten nur für „Unternehmen, die [...] elektronische Kommunikationsnetze betreiben“ zu. ¹³⁸⁵ Allerdings gehören Programmplattformen, die *nicht* von Netzbetreibern betrieben werden,

¹³⁷⁹ *Ricke* MMR 2011, 642, 644; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 273; *Broemel* ZUM 2012, 866, 874.

¹³⁸⁰ *Broemel* MMR 2013, 83, 85; vgl. aber auch *Schulz* K&R 2000, 9, 11.

¹³⁸¹ Siehe dazu auf S. 23.

¹³⁸² Siehe hierzu noch ab S. 282.

¹³⁸³ *Christmann* ZUM 2009, 7, 11.

¹³⁸⁴ *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 160.

¹³⁸⁵ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 20.

schon im Ausgangspunkt gar nicht zum koordinierten Bereich der UDRL.¹³⁸⁶ Art. 31 UDRL kann somit für solche Plattformen keine Wirkung haben.¹³⁸⁷ Der Ansicht von *Wagner* ist also nicht zu folgen, Art. 31 UDRL verbietet nicht die Regulierung von Programmplattformen.

8.2.1.5.2 Zweite Meinung: Kontrolle über die Infrastruktur nicht notwendig

Maßgeblich von Seiten der Landesmedienanstalten wird die Ansicht vertreten, es sei unerheblich, ob ein Unternehmen die genutzten Verbreitungswege selbst betreibt oder nicht.¹³⁸⁸ Die Landesmedienanstalten behandeln deshalb Unternehmen wie Sky oder Zattoo, die keine eigenen Leitungs- oder Funknetze betreiben, als Plattformanbieter.¹³⁸⁹ Auch die Definition des Begriffs „Plattformanbieter“ in § 2 Abs. 1 der Zugangs- und Plattformsatzung¹³⁹⁰ verzichtet auf das Tatbestandsmerkmal „auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen“.¹³⁹¹

Für die Ansicht, auch „Programmplattformen“ seien erfasst, spricht zunächst, dass der Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV keinen *zwingenden* Hinweis auf die genutzten Verbreitungswege enthält.¹³⁹² Es reicht tatbestandlich aus, wenn Rundfunk und Telemedien „zusammengefasst“ werden.¹³⁹³

Die Ansicht kann auch für sich in Anspruch nehmen, dass die offizielle Begründung zum 10. RÄStV ausführt, der Plattformanbieter sei vom Telekommunikationsdienstleister abzugrenzen.¹³⁹⁴ Offenbar geht also die Begründung davon aus, die reine Transport-Dienstleistung sei *nicht* konstituierend für den Plattformbegriff.¹³⁹⁵

¹³⁸⁶ Siehe ab S. 209.

¹³⁸⁷ *Schütz/Attendorn* MMR-Beil. zu Heft 4/2002, 1, 23.

¹³⁸⁸ So außerdem auch *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 14 ff.; *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 5 ff.; unentschieden *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 273.

¹³⁸⁹ *Ricke* MMR 2011, 642, 644; siehe außerdem die im Internet abrufbare Liste der Plattformanbieter: http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/ZAK_PDZ/Liste_Plattformanbieter.pdf.

¹³⁹⁰ Allgemein zu dieser Satzung siehe ab S. 311.

¹³⁹¹ *Ricke* MMR 2011, 642, 643.

¹³⁹² *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 16

¹³⁹³ *Broemel* MMR 2013, 83, 84.

¹³⁹⁴ *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 10 f.; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 18 ff.

¹³⁹⁵ Siehe dazu ab S. 237.

Für die These der Landesmedienanstalten spricht zudem, dass auch nach der oben dargestellten Gegenansicht einige Vorschriften des Plattformregimes weitgehend ohne Anwendungsbereich wären. Im Einzelnen:

- § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV nimmt Plattformen *in offenen Netzen* weitgehend von den Vorschriften des Plattformregimes aus.¹³⁹⁶ Aus dem Wortlaut wird deutlich, dass Plattformbetreiber und Netzbetreiber dabei nicht identisch sind, sondern in dieser Konstellation der Plattformanbieter ein *fremdes* Netz nutzt.¹³⁹⁷
- Auch § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV wäre weitgehend überflüssig, würde sich die Plattformregulierung von vornherein nur auf Netzbetreiber beziehen. Die Vorschrift stellt Plattformanbieter von Must-Carry-Pflichten frei, wenn die privilegierten Programme auf einem „gleichartigen Übertragungsweg“ erlangt werden können. Die Vorschrift zielt erkennbar auf Pay-TV-Plattformen wie Sky, die primär auf fremden Verbreitungswegen verbreitet werden.¹³⁹⁸
- Auch das negative Tatbestandsmerkmal „Plattformanbieter ist nicht, wer Rundfunk oder vergleichbare Telemedien ausschließlich vermarktet“ in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV wäre ohne Anwendungsbereich, wenn sich die vorherige Definition nur auf die Betreiber der physischen Infrastruktur beschränken würde.¹³⁹⁹ Denn wer Rundfunk *ausschließlich* nur vermarktet, hat ohnehin keine Kontrolle über die Verbreitungswege.¹⁴⁰⁰

Auch aus teleologischer Sicht wäre es nicht sinnvoll, die Plattformregulierung nur auf Anbieter zu beschränken, die die zugrundeliegende Infrastruktur kontrollieren. Denn die Plattformregulierung zielt letztlich auf die Begrenzung von Macht, die sich bei Vermittlern von Rundfunk anreichern kann – und eine solche Machtposition kann sich auch aus der Kontrolle über Teile der Wertschöpfungskette ableiten, die nicht zur Verbreitungsinfrastruktur gehören, z.B. aus einer marktbeherrschenden Position im Endgerätemarkt (so z.B. zeitweise Apple) oder der Kontrolle über

¹³⁹⁶ Ricke MMR 2011, 642, 645.

¹³⁹⁷ Broemel MMR 20013, 83, 84; In der Praxis sind Plattformen in offenen Netzen gerade solche, die das Internet zur Verbreitung nutzen, worauf der Gesetzgeber in seinem beispielhaften Verweis auf „Internet, UMTS“ auch Bezug genommen hat. Das Internet ist aber kein Netz, das überhaupt irgendeinem Netzbetreiber gehören würde. Es handelt sich um ein rein virtuelles Netz, das auf einer Vielzahl physikalischer Netze aufbaut; vgl. dazu ab S. 55.

¹³⁹⁸ Siehe hierzu noch ab S. 284.

¹³⁹⁹ A.A. Ricke MMR 2011, 642, 644, der die Bestimmung als reine Klarstellung auslegt.

¹⁴⁰⁰ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 13.

Verschlüsselungssysteme oder proprietäre Standards.¹⁴⁰¹ Hierauf deutet in gleicher Weise der wirtschaftswissenschaftliche Befund: Allein schon der Lock-in-Effekt, der sich aus Netzwerkeffekten in zweiseitigen Märkten ergeben kann, kann unter Umständen für eine Gatekeeper-Position ausreichen, wenn Multihoming im betreffenden Markt nicht weit verbreitet ist und die Wechselkosten hoch sind.¹⁴⁰²

Die jüngere Literatur – selbst die, die nur Plattformbetreiber mit Kontrolle über die eigene Verbreitungs-Infrastruktur erfassen will – bestreitet denn auch nicht, dass es aus Sicht der Rundfunkvielfalt sinnvoller wäre, Plattformanbieter ohne Eigentümerstellung an der physischen Infrastruktur zu erfassen.¹⁴⁰³

8.2.1.5.3 *Stellungnahme*

Der Meinungsstreit zu einer Kontrolle über die „Infrastruktur“ lässt schon im Ausgangspunkt eine wichtige Frage ungeklärt – nämlich, was diese „Infrastruktur“ eigentlich sein sollte. Generell zerfällt der Plattformbetrieb nämlich nicht nur in die Bereiche „Infrastruktur“ und „Vermarktung“, sondern in eine Vielzahl von Einzelaktivitäten, die sich auf unterschiedlichen „Schichten“ des Kommunikationsvorgangs abspielen.¹⁴⁰⁴ Es kommen deshalb in der Praxis durchaus Fälle vor, in denen die vermeintlichen „Netzbetreiber“ gar nicht das volle Eigentum an der von ihnen genutzten Infrastruktur haben, sondern diese selbst wiederum von Dritten anmieten.¹⁴⁰⁵ Die „Gatekeeper-Position“ dieser Unternehmen ergibt sich in diesem Fall nicht aus ihrer Eigentümerstellung an den Verbreitungswegen, sondern aus Frequenznutzungsrechten oder der vertraglich eingeräumten Hoheit bei der Nutzung des jeweiligen Verbreitungswegs.¹⁴⁰⁶

Umgekehrt betreiben Anbieter, die das Internet zur Verbreitung nutzen und deshalb (angeblich) kein eigenes Netz betreiben, zum Teil umfangreiche Infrastruktur, z.B. Content Delivery Networks. Zudem kann „Kontrolle“ über

¹⁴⁰¹ *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 6; *Broemel* MMR 2013, 83, 85; *Broemel* ZUM 2012, 866, 874; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 17.

¹⁴⁰² Zum „Lock-in-Effekt“ siehe oben ab S. 122.

¹⁴⁰³ *Broemel* MMR 2013, 83, 86; *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 162; *Ricke* MMR 2011, 642, 647; *Marek*, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 5 ff.

¹⁴⁰⁴ Siehe dazu ab S. 232.

¹⁴⁰⁵ *Ricke* MMR 2011, 642, 644.

¹⁴⁰⁶ *Ricke* MMR 2011, 642, 644.

Netze auf verschiedene Weisen ausgeübt werden: Durch sachenrechtliches Eigentum genauso wie durch vertragliche Absprachen.¹⁴⁰⁷ Kontrolle über ein Netz kann sich insbesondere ergeben, wenn ein Anbieter zwar nicht Eigentümer des Netzes ist, aber die Transportschicht des Netzes kontrolliert.¹⁴⁰⁸ Dies alles zeigt, dass die erstgenannte Ansicht schon deswegen auf Probleme stößt, weil sich zwischen Anbietern mit und ohne „Kontrolle“ über den „Verbreitungsweg“ nicht sinnvoll differenzieren lässt.

Für die zweite Ansicht sprechen noch in einigen weiteren Punkten die besseren Gründe. Die Plattformregulierung zielt auf die Begrenzung von Macht, die sich aus der Kontrolle über eine Flaschenhalposition bei der Rundfunkverbreitung ergibt. Eine solche Flaschenhalposition *kann* sich aus der Kontrolle über die physikalischen Verbreitungs-Infrastrukturen ergeben. Sie kann aber, wie beschrieben, auch an ganz anderer Stelle liegen. Dies spricht dafür, den Plattformbegriff *technikneutral* auszulegen – in dem Sinn, dass eine Kontrolle über die physische Netz-Infrastruktur nicht notwendig ist.

Zwingende Wortlautargumente stehen dem letztlich nicht entgegen. Zwar bleiben nach diesem Auslegungsergebnis einige Bestimmungen der Plattformregulierung ohne Anwendungsbereich. Dies wäre aber bei *beiden* vertretenen Ansichten die Folge – das Gesetz ist widersprüchlich, was durch Auslegung nicht heilbar ist. Damit setzt sich letztlich die teleologische Auslegung durch: Als Plattformbetreiber werden *Gatekeeper* reguliert, unabhängig davon, ob sie konkrete Kontrolle über bestimmte Teile der Verbreitungsinfrastruktur haben.

¹⁴⁰⁷ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 81.

¹⁴⁰⁸ Siehe dazu ab S. 232.

8.2.2 Anbieter einer Plattform

§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV definiert nicht den Begriff der Plattform selbst, sondern den Begriff ihres „Anbieters“. Dies macht es notwendig, auch auf diesen „Anbieterbegriff“ näher einzugehen.

8.2.2.1 Ziel des Gesamtangebots

Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV muss ein Plattformanbieter, während er die gegenständliche Tathandlung (das Zusammenfassen) vornimmt, das „Ziel“ haben, ein „Gesamtangebot“ zu schaffen. Wie bereits oben ausgeführt worden ist, handelt es sich bei der subjektiven Formulierung des Tatbestandsmerkmals „Gesamtangebot“ um ein reines Redaktionsversehen.¹⁴⁰⁹ Es finden sich weder in der Historie noch in der Begründung des RStV irgendeine Hinweise darauf, dass die Gesetzgeber dem Tatbestand eine überschießende Innentendenz zuweisen wollten. Vielmehr ist der Satzteil rein objektiv zu lesen: Das Merkmal des Gesamtangebots entspricht dem der Zusammenfassung und zielt auf die Entscheidungsbefugnis darüber, welche Programme auf der Plattform enthalten sind.

8.2.2.2 Handlung des Plattformanbieters

Anders als es der Terminus „Anbieter einer Plattform“ vermuten lässt, muss ein Adressat des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV die Programmbündel am Markt nicht tatsächlich *anbieten*. Als Plattformanbieter wird vielmehr derjenige behandelt, der die Programme (selbst) *zusammenfasst* oder zumindest über die Zusammenstellung der Plattform *entscheidet*.¹⁴¹⁰ Diese Differenzierung ergibt sich auch aus der Formulierung „Plattformanbieter ist nicht, wer Rundfunk oder vergleichbare Telemedien ausschließlich vermarktet“. Die Gesetzgeber machen an dieser Stelle deutlich, dass alleine das Auftreten gegenüber den Endkunden nicht hinreichend dafür ist, ein Unternehmen auch als Plattformanbieter zu behandeln.¹⁴¹¹ Es kommt darauf an, wer durch seine Position im Plattformbetrieb den tatsächlichen (potentiell „bestimmenden“) Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung erlangt.

Es kommen Konstellationen vor, in denen das Zusammenfassen und das Anbieten der Programme nicht in den Verantwortungsbereich derselben

¹⁴⁰⁹ Siehe dazu ab S. 242.

¹⁴¹⁰ Ricke, IPTV und Mobile TV, 272.

¹⁴¹¹ Ausführlich Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 11 ff.

Person fallen. Insbesondere kleine Kabelnetzbetreiber nutzen für ihr Endkundenprodukt häufig „White Label“-Vorleistungsprodukte von Dritten. Adressat der Plattformregulierung ist dann nicht der Kabelnetzbetreiber, sondern der Vorleistungsanbieter, denn dieser entscheidet über die Zusammenstellung der Programme.

9. Die Plattformregulierung

An den Begriff des Plattformanbieters knüpfen die §§ 52 ff. RStV an, die die Plattformregulierung bilden. Diese Normen folgen einem Verfassungsauftrag: Sie sollen die spezifischen Gefahren, die sich für die Rundfunkvielfalt aus dem Betrieb von Plattformen ergeben, eindämmen und kontrollieren.¹⁴¹²

Im folgenden Kapitel geht es zunächst um den räumlichen (Abschnitt 9.1) und den sachlichen (Abschnitt 9.2) Anwendungsbereich der Plattformregulierung. Abschnitt 9.3 gibt dann einen allgemeinen Überblick über die einzelnen Vorschriften.

9.1 Räumlicher Anwendungsbereich

Die Must Carry-Vorschriften betrafen ursprünglich nur Kabelnetze. Der räumliche Anwendungsbereich dieser Normen bedurfte deshalb ursprünglich keiner Erörterung: Die Netze unterfielen schlicht und einfach der Rechtshoheit des Staates, auf dessen Gebiet sie verlegt waren. Seit der Novelle des 10. RÄStV betreffen die §§ 52 ff. RStV aber auch Plattformen, bei denen die *sendende* Infrastruktur unter Umständen im Ausland, der *Empfangsort* der Programme aber im Bundesgebiet liegt. Insbesondere gilt dies für Plattformen, die Satelliten oder das Internet nutzen. Für diese Fälle stellt sich nun die Frage, ob auch *ausländische* Plattformanbieter den §§ 52 ff. RStV unterfallen können, wenn ihr Programmangebot im Inland *empfangbar* ist.

Grundlegend gilt für das öffentliche Wirtschaftsrecht das sog. Niederlassungsprinzip:¹⁴¹³ Es ist jeweils das Recht anwendbar, in dessen Geltungsbereich der Anbieter *niedergelassen* ist. Allerdings kennt dieses Prinzip auch Abweichungen, wenn die Tätigkeit eines Anbieters auch *Effekte* auf Gebiete außerhalb seines Niederlassungsortes auslöst. Knüpft das Recht hieran an, spricht man vom sog. Auswirkungsprinzip.¹⁴¹⁴

Für die Rundfunkverbreitung haben die deutschen Gesetzgeber das Auswirkungsprinzip gewählt: Gem. § 1 Abs. 1 RStV gilt der RStV nicht nur für

¹⁴¹² Zum Verfassungsauftrag siehe ab S. 146.

¹⁴¹³ Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 276.

¹⁴¹⁴ Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 277.

die Veranstaltung, sondern auch für die *Verbreitung* von Rundfunk *in Deutschland*.¹⁴¹⁵ Ein Vorgang der „Verbreitung“ in Deutschland ist nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls dann anzunehmen, wenn die betreffenden Rundfunkinhalte innerhalb deutscher Landesgrenzen *bestimmungsgemäß zu empfangen* sind.¹⁴¹⁶ Dies spricht dafür, dass ausländische Plattformanbieter, soweit sich ihr Plattformangebot auch an deutsche Rundfunkteilnehmer richtet, nach deutschem Recht (zweit-)reguliert werden sollen.

Diese Grundregel wird teils durch spezielleres Rundfunkrecht oder Europarecht überlagert. Die Rechtslage variiert, je nachdem ob die betreffende Plattform europarechtlich eher den Telekommunikations- oder eher den Inhaltsdiensten zuzuordnen ist. Die Rechtslage wird daher im Folgenden für Satellitenplattformen und Web TV-Plattformen getrennt erörtert.

9.1.1 Satellitenplattformen

Die beiden wichtigsten Satellitenbetreiber, die auf dem deutschen Markt aktiv sind (SES Astra und Eutelsat), sind im Ausland niedergelassen und nutzen auch ausländische Orbitpositionen.¹⁴¹⁷ Die Frage, ob diese Anbieter als Plattformanbieter¹⁴¹⁸ nach deutschem Recht reguliert werden dürften, hat sich aber dennoch in der Praxis bisher nicht gestellt, da beide Satellitenbetreiber für ihre „hauseigenen“ Programmplattformen deutsche Tochtergesellschaften gegründet haben – diese werden von den Landesmedienanstalten als Plattformanbieter behandelt. Fraglich ist somit allein *theoretisch*, ob die §§ 52 ff. RStV gelten würden, *falls* die Satellitenbetreiber auf zwischengeschaltete deutsche Tochtergesellschaften verzichteten. Soweit zu dieser Frage Literaturmeinungen vorliegen, halten diese die Auferlegung von deutschen Übertragungspflichten für „ausländische“ Satellitenbetreiber für unzulässig.¹⁴¹⁹ Soweit ersichtlich existiert aber keine genaue Untersuchung dieses Problems.

¹⁴¹⁵ *Vesting*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 1 Rn. 30.

¹⁴¹⁶ Vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.9.2011, Rs. C-244/10 und C-245/10, Rn. 48 ff. - *Roj TV*.

¹⁴¹⁷ *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 427 ff.

¹⁴¹⁸ Allein der Betrieb von Fernsehsatelliten führt nach der hier vertretenen Ansicht nicht zum Betrieb einer Plattform – anders ist dies aber, soweit der Satellitenbetreiber die Programme (selbst) verschlüsselt und dadurch „zusammenfasst“; siehe dazu ab S. 242.

¹⁴¹⁹ So offenbar *Roßnagel et al.*, Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung, 189; *Castendyk*, in: Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht, Band 1, Kapitel 3 Rn. 145; *Wagner*, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 47; *Eberle/Gersdorf*, Der grenzüberschreitende Rundfunk im

Für Satellitenfernsehen enthält § 1 Abs. 3 RStV eine Spezialregelung, die allerdings nur für Programmveranstalter gilt. Demnach sind im Ausland niedergelassene *Programmveranstalter* dem deutschen Recht auch dann unterworfen, „wenn eine in Deutschland gelegene Satelliten-Bodenstation für die Aufwärtsstrecke genutzt wird“.¹⁴²⁰

Denkbar wäre, diese Regelung *analog* auf *Plattformbetreiber* anzuwenden. Der europarechtliche Hintergrund spricht allerdings eher dagegen: § 1 Abs. 3 RStV stellt eine ungenaue Umsetzung des Sendestaatsprinzips nach Art. 2 und 3 der AVMD-Richtlinie bzw. des Fernsehübereinkommens des Europarats (FsÜ) dar.¹⁴²¹ Das Sendestaatsprinzip nach der AVMD-RL bzw. dem FsÜ soll aber eine Zweitregulierung bezüglich des *Programminhalts* verhindern, nicht bezüglich der Programmbündelung und -vermarktung.¹⁴²² Plattformanbieter werden deshalb von der AVMD-Richtlinie bzw. dem FsÜ nicht betroffen. Demnach sind Plattformanbieter auch von § 1 Abs. 3 RStV nicht erfasst, es bleibt bei der Grundregel des Abs. 1 und damit beim Auswirkungsprinzip.

Auch anderweitiges EU-Recht und internationales Recht stehen einer Regulierung ausländischer Satellitenplattformbetreiber nicht entgegen, soweit diese Regulierung ausschließlich an die *Auswirkungen* anknüpft, die das Handeln von Plattformbetreibern innerhalb des deutschen Staatsgebietes entfaltet.

Im Einzelnen:

- Das *EU-Telekommunikationsrecht* betrifft zwar grundsätzlich die Rundfunkverbreitung und damit auch den Betrieb von Plattformen.¹⁴²³ Die TK-rechtlichen Richtlinien enthalten aber – anders als die AVMD-

deutschen Recht, 22; *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 427; *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 50 Rn. 41.

¹⁴²⁰ In der Vorschrift folgen noch einige Spezial- und Ausnahmenvorschriften, auf die hier nicht eingegangen wird. Sie sind im Grundsatz aber ebenfalls analog auch auf Plattformen anwendbar.

¹⁴²¹ *Vesting*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 1 Rn. 18 ff.

¹⁴²² Die AVMD-Richtlinie gilt nur „audiovisuelle Mediendienste“, die in Art. 1 a) der AVMD-Richtlinie als Dienstleistungen, „für die ein Mediendienstanbieter die redaktionelle Verantwortung trägt“ definiert sind. Das FsÜ verbietet zwar eine Einschränkung der „Weiterverbreitung“ von Programmen (Art. 4 FsÜ), bezieht dies aber ebenfalls nur auf Beschränkungen wegen des Programminhalts (vgl. insb. Art. 5 und 7 FsÜ).

¹⁴²³ Siehe dazu S. 207 ff.

Richtlinie – weder ein Verbot der Zweitregulierung im Empfangsstaat, noch vergleichbare Regelungen.¹⁴²⁴

- Auch aus Art. 31 der *Universaldienstrichtlinie* ergibt sich nichts anderes. Nach dieser Bestimmung dürfen Mitgliedsstaaten zwar nur solchen Unternehmen Übertragungspflichten auferlegen, die ihrer „Rechtshoheit“ unterliegen. Dies ist aber rein deklaratorisch. Denn welche Personen der Rechtshoheit eines Mitgliedsstaats unterfallen, entscheidet zunächst der jeweilige Mitgliedsstaat selbst.
- Auch *urheberrechtliche* Richtlinien enthalten Prinzipien, die dem Herkunftslandsprinzip ähneln (speziell Art. 1 i) der Kabel- und Satelliten-Richtlinie¹⁴²⁵). Diese betreffen allerdings lediglich die urheberrechtliche Zulässigkeit der Programmverbreitung, nicht die Plattformregulierung als solche.
- Auch die *Dienstleistungsfreiheit* selbst verbietet nicht die Regulierung ausländischer satellitengestützter Rundfunkplattformen. Nach Art. 56 AEUV ist zwar jede Behinderung der grenzüberschreitenden Rundfunkverbreitung rechtfertigungsbedürftig.¹⁴²⁶ Die deutschen Regeln zur Plattformregulierung können sich jedoch, wie oben bereits erörtert wurde, auf valide Rechtfertigungsgründe berufen.¹⁴²⁷
- Auch auf *völkerrechtlicher* Ebene gibt es kein Verbot der Zweitregulierung. Art. IX des Weltraumvertrags, das einschlägige ITU-Recht und § 56 Abs. 1 TKG verbieten zwar die Behinderung fremder Satellitenbetreiber bei der Frequenznutzung, nicht jedoch eine Regulierung ihrer allgemeinen wirtschaftlichen Aktivitäten.¹⁴²⁸

¹⁴²⁴ Insbesondere verlangt Art. 3 Abs. 2 Genehmigungsrichtlinie (RL 2002/20/EG i.d.F. der RL 2009/140/EG), dass eine sog. Allgemeingenehmigung in jedem Mitgliedsstaats vorliegen muss, in dem der Netzbetreiber seine Dienstleistungen erbringt. Der Staat darf also für die Netze keine spezifische Zulassungspflicht festsetzen, sondern nur die allgemeinen Bedingungen definieren, unter denen Netze in Betrieb genommen werden dürfen.

¹⁴²⁵ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung.

¹⁴²⁶ Siehe zur Dienstleistungsfreiheit oben ab S. 203.

¹⁴²⁷ EuGH, Urt. v. 4.10.2011, Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Murphy*; EuGH Urt. v. 16.12.1992, Rs. C-211/91; EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06 – *United Pan-Europe Communications Belgium*, kritisch aber *Wagner*, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 51.

¹⁴²⁸ Der jeweilige ausländische ITU-Mitgliedsstaat hat Frequenzhoheit, vgl. *Koenig/Busch* K&R 2013, 712, 714. Solange aber die deutschen Behörden nicht die Frequenznutzung selbst eingreifen, sondern nur an die Auswirkungen der Verbreitung in Deutschland anknüpfen, wird diese Frequenzhoheit nicht verletzt.

Damit bleibt es für Satellitenplattformen im Ergebnis bei der Anwendbarkeit von § 1 Abs. 1 RStV. Wenn Betreiber von Fernsehsatelliten, die ausländische Orbitpositionen nutzen und nicht in Deutschland niedergelassen sind, Rundfunk „in Deutschland“ verbreiten, sind demnach die Regeln des RStV grundsätzlich anwendbar. Eine Plattformregulierung von ausländischen Satellitenanbietern wäre also durchaus zulässig, wenn das Plattformangebot in Deutschland bestimmungsgemäß zu empfangen ist.

9.1.2 Web TV-Plattformen

Auch für Web-TV-Plattformen gilt grundsätzlich der Maßstab von § 1 Abs. 1 RStV. Die Frage, ob vorrangiges Europarecht eine Abweichung verlangt, stellt sich hier aber unter einem anderen Gesichtspunkt. Denn anders als Satelliten lassen sich Web-TV-Streamingdienste nicht ohne weiteres als „Telekommunikationsnetz“ einordnen; sie unterfallen europarechtlich einer anderen Kategorie, nämlich der *Inhaltsdienste*.¹⁴²⁹

Im Rahmen der Prüfung von Art. 31 UDRL wurde bereits erörtert, dass die TK-rechtlichen EU-Richtlinien zwar auch für die Verbreitung von Rundfunk gelten – sie betreffen jedoch *nicht* solche Dienste, die sich auf „die Bereitstellung von Inhalten wie das Angebot des Verkaufs eines Bündels von Hörfunk- oder Fernsehinhalten“ beschränken.¹⁴³⁰ Plattformen, die *nicht mit dem Betrieb eines eigenen Telekommunikationsnetzes verknüpft sind*,¹⁴³¹ werden deshalb von den TK-rechtlichen Richtlinien nicht erfasst. Sie sind demnach europarechtlich als *Inhaltsdienste* zu behandeln.

Web TV-Plattformen sind demnach europarechtlich entweder als *Dienst der Informationsgesellschaft*¹⁴³² und/oder als *audiovisueller Mediendienst*¹⁴³³ einzuordnen. Das Verhältnis dieser beiden Kategorien zueinander ist weitgehend ungeklärt.¹⁴³⁴ Die Frage muss aber auch hier nicht geklärt werden, da *beide* Richtlinien einem modifizierten Herkunftslandsprinzip

¹⁴²⁹ I.S.v. Art. 2 c) und d) der TK-Rahmenrichtlinie.

¹⁴³⁰ Siehe dazu ab S. 209.

¹⁴³¹ Siehe zur technischen Realisierung von Streaming ab S. 60, zur wirtschaftlichen Seite ab S. 99.

¹⁴³² I.S.v. Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG bzw. Art. 3 E-Commerce-Richtlinie.

¹⁴³³ I.S.v. Art. 1 a) der AVMD-Richtlinie.

¹⁴³⁴ Betrachtet man Systematik und Entstehungsgeschichte von E-Commerce- und AVMD-RL, sprechen die besseren Gründe dafür, kein Alternativverhältnis der beiden Kategorien anzunehmen – eine Rundfunkplattform kann demnach gleichzeitig sowohl Dienst der Informationsgesellschaft als auch audiovisueller Mediendienst sein; vgl. *Castendyk*, in: Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht, Band 1, Kapitel 3 Rn. 140 f.

folgen (Art. 2 und 3 AVMD-Richtlinie, Art. 3 E-Commerce-Richtlinie). Streaming-Plattformen, die von im EU-Ausland niedergelassenen Anbietern betrieben werden, dürfen deshalb in Deutschland nicht (zweit-)reguliert werden – zumindest nicht, soweit dies den von den Richtlinien „koordinierten Bereich“ betrifft.

Im EU-Ausland niedergelassene Streaming-Plattformanbieter dem deutschen Plattformregime zu unterwerfen wäre deshalb aus europarechtlicher Sicht unzulässig. Damit sprechen die besseren Gründe dafür, § 1 Abs. 1 RStV europarechtskonform einschränkend auszulegen, so dass der RStV auf diese Anbieter keine Anwendung findet.

9.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Der Begriff des Plattformanbieters markiert im Ausgangspunkt den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 52 ff. RStV; auf seine Auslegung wurde im vorigen Kapitel eingegangen.

Allerdings gelten die §§ 52 ff. nicht ausnahmslos für alle Plattformanbieter: Eine ganze Reihe von *Unterkategorien* des Plattformbegriffs ist aus der Plattformregulierung ausgeklammert.¹⁴³⁵ Dies betrifft konkret Anbieter von Plattformen nach § 52 Abs. 1 Satz 1 RStV (offene Netze, unveränderte Weiterleitung, Kleinstnetze) und § 52b Abs. 3 RStV (hybride Endgeräte, Frequenzinhaber).¹⁴³⁶

Der Gesamtzusammenhang soll im folgenden Flowchart verdeutlicht werden:

¹⁴³⁵ *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 3; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 25.

¹⁴³⁶ Ausführlich ab S. 271.

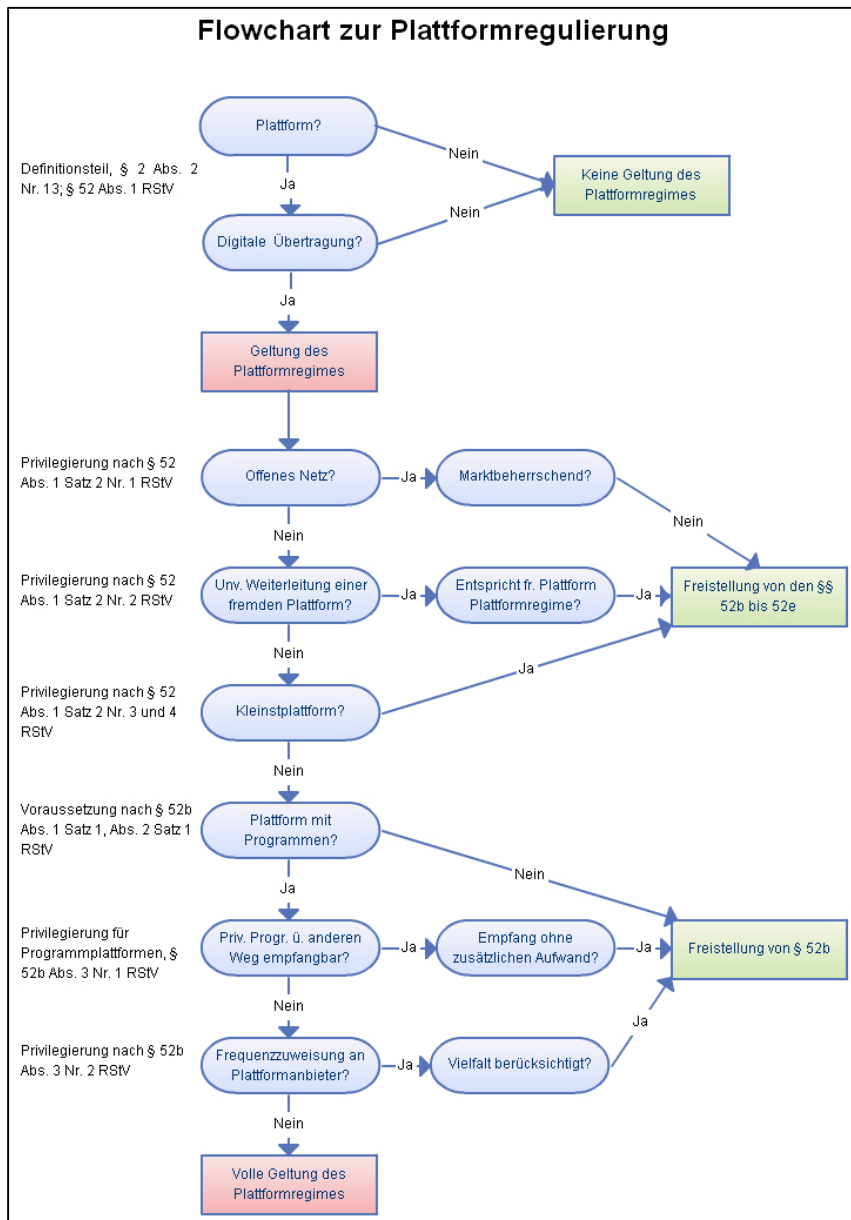


Abbildung 23: Flowchart zur Plattformregulierung

9.2.1 Allgemeiner Grundsatz

Grundsätzliche Voraussetzung der Geltung des Plattformregimes ist das Vorliegen einer Plattform, die digitale Übertragungsverfahren nutzt. Dies ergibt sich aus § 52 Abs. 1 Satz 1 RStV, der bestimmt, dass die „nachstehenden Regelungen“, d.h. die §§ 52 bis 53b RStV, für „Plattformen auf allen technischen Übertragungskapazitäten“ gelten.

Der Begriff „Plattform“ nimmt Bezug auf die Definition in § 3 Abs. 2 Nr. 13 RStV – nur, dass dort nicht der Begriff „Plattform“ legaldefiniert wird, sondern der Begriff *Plattformanbieter*. Den Gesetzgebern ist an dieser Stelle der systematische Anschluss nicht gelungen.¹⁴³⁷ Um das Tatbestandsmerkmal „Plattformen“ selbstständig anwenden zu können, musste daher aus der Definition des „Plattformanbieters“ eine eigene Unterdefinition herausgearbeitet werden, was in Abschnitt 8.2 bereits erfolgt ist.¹⁴³⁸

Neben das Merkmal der „Plattform“ stellt der Gesetzgeber in § 52 Abs. 1 Satz 1 RStV noch das Tatbestandsmerkmal „auf allen technischen Übertragungskapazitäten“. Das ist sprachlich etwas unglücklich formuliert, denn „technisch“ sind üblicherweise nicht Übertragungskapazitäten, sondern allenfalls Übertragungsverfahren.¹⁴³⁹ Gemeint ist von den Gesetzgebern ein Hinweis auf den „verbreitungswegeneutralen“ Ansatz der Plattformregulierung:¹⁴⁴⁰ Solange der übertragene Programminhalt digital codiert ist, soll es nicht darauf ankommen, welches technische Verfahren der Plattformbetreiber zur Übertragung nutzt. Die Regulierung soll auf diese Weise nicht nur die Kabelnetzbetreiber erfassen, sondern auch andere, vergleichbare Anbieter.¹⁴⁴¹ Dies ergibt sich eigentlich bereits aus der

¹⁴³⁷ Zur Entstehungsgeschichte siehe ab S. 34.

¹⁴³⁸ Demnach ist eine Plattform eine Zusammenfassung bzw. ein Gesamtangebot von digital übertragenen Rundfunkprogrammen oder vergleichbaren Telemedien, die nicht oder nicht vollständig vom Plattformanbieter selbst stammen. Die Begriffe „Zusammenfassung“ bzw. „Gesamtangebot“ sind dabei (etwas losgelöst von der reinen Wortlautauslegung) gemeinsam so auszulegen, dass sie sich vor allem auf die *Entscheidungsmacht* des Plattformanbieters beziehen; je mehr Einfluss dieser auf die Austauschbeziehung zwischen Programmveranstaltern und Rezipienten nehmen kann, desto eher ist von einer Zusammenfassung der Programme auszugehen, die als Plattform zu behandeln ist. Siehe dazu ausführlich ab S. 241.

¹⁴³⁹ Zur irreführenden Verwendung des Wortes „Kapazitäten“ vgl. auch ab S. 254.

¹⁴⁴⁰ Vgl. die Begründung zum 10. RÄStV, S. 26.

¹⁴⁴¹ Streitig ist, ob nur solche Anbieter reguliert werden sollen, die auch die physische Verbreitungsinfrastruktur kontrollieren; siehe dazu ausführlich ab S. 256.

Definition in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV, so dass die Wiederholung in § 52 Abs. 1 RStV letztlich überflüssig ist.

9.2.2 Privilegierungen nach § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV

Gem. § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV sind bestimmte Typen von Plattformen vom Regime der Plattformregulierung weitgehend frei gestellt. Die Vorschrift schließt die „nachstehenden“ Regeln aus, also auch die in § 52 Abs. 2 RStV geregelten materiellen Bedingungen zum Plattformbetrieb und die in Abs. 3 geregelte Anzeigepflicht.¹⁴⁴² Es gilt für diese lediglich die Pflicht, die allgemeinen Gesetze einzuhalten (§ 52a Abs. 1 RStV), sie können zum Adressaten von Sperrverfügungen werden (§ 52a Abs. 2 Satz 3 RStV) und unterliegen dem Vermarktungs- und Veränderungsverbot bezüglich fremder Programme (§ 52a Abs. 3 RStV). Auch § 52f RStV bleibt anwendbar, so dass den aufsichtsführenden Landesmedienanstalten das Recht gegeben ist, Ordnungsverfügungen zu erlassen.¹⁴⁴³

Die Privilegierung betrifft drei Kategorien von Plattformen: Plattformen in offenen Netzen, ein fremdes Plattformangebot weiterleitende Plattformen und Plattformen in Kleinstnetzen. Zweck der Privilegierung in § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV ist es, Plattformanbieter auszuklammern, die keine Bedrohung für die Rundfunkvielfalt darstellen,¹⁴⁴⁴ weshalb für sie „kein Regelungsbedürfnis besteht“.¹⁴⁴⁵ Die Ausnahmeregeln *müssen* aus verfassungsrechtlichen Gründen auch alle „harmlosen“ Plattformanbieter ausklammern, da die Regeln der Plattformregulierung sonst unverhältnismäßig sind.¹⁴⁴⁶

9.2.2.1 Plattformen in offenen Netzen

Nach § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV sind *Plattformen in offenen Netzen* privilegiert. Die Norm soll diese Plattformen ausklammern, weil ihre Einbeziehung in die herkömmliche Plattformregulierung weder sinnvoll noch verhältnismäßig wäre: Eine Plattform in einem „offenen Netz“ stellt keinen Flaschenhals dar,¹⁴⁴⁷ denn der Plattformbetreiber hat für die

¹⁴⁴² A.A. Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 26 ff.

¹⁴⁴³ HRKDSC, RStV, § 52f Rn. 2.

¹⁴⁴⁴ Rieke, IPTV und Mobile TV, 275.

¹⁴⁴⁵ Begründung zum 10. RÄStV, S. 26.

¹⁴⁴⁶ Vgl. dazu ab S. ab S. 193.

¹⁴⁴⁷ Zum Regulierungsziel Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 2.

Austauschbeziehung zwischen Programmveranstaltern und Rezipienten keine Gatekeeper-Position.¹⁴⁴⁸

Den Begriff „offenes Netz“ zu konkretisieren, ist allerdings alles andere als trivial.

9.2.2.1.1 „Internet, UMTS“

Der Begriff „offenes Netz“ ist nicht gesetzlich definiert. Der Normtext ergänzt lediglich zwei Beispiele: „Internet“ und „UMTS“. Beweggrund für die diese Ergänzung war offenbar Kritik während der Verhandlungen zum 10. RÄStV. Es wurde angemerkt, die Plattformregulierung liefe Gefahr, auch herkömmliche Mobilfunknetze zu erfassen.¹⁴⁴⁹ Daraufhin wurde die Ausnahme, die in der vorhergehenden Entwurfsversion¹⁴⁵⁰ noch fehlte, ergänzt.

Die Nennung der beiden Beispiele „Internet, UMTS“ ist unglücklich, denn weder das Internet noch UMTS sind „Netze“ im eigentlichen Sinn.¹⁴⁵¹ „Netze“ im Sinn der Plattformregulierung sind die physischen Trägernetze, über die Telekommunikationsdienstleistungen erbracht werden (vgl. auch § 3 Nr. 27 TKG), z.B. Kabelnetze oder terrestrische Sendernetze. Weder das Internet noch „UMTS“ lassen sich aber als Beispiele für solche „Netze“ einordnen.

- Das Internet hat zwar im Ergebnis einige Eigenschaften, die denen eines physischen Netzes *ähneln*. Das Internet „besteht“ aber nicht aus einer einheitlichen Verbreitungs-Infrastruktur, sondern aus *verschiedenen* Telekommunikationsnetzen, die mittels der Internet-Protokolle zusammengeschaltet sind („Netz der Netze“).¹⁴⁵² Aus Sicht des Endnutzers *wirkt* es deshalb so, als ob er an ein einzelnes, die gesamte Welt umspannendes Kommunikationsnetz angeschlossen wäre. Dies ist aber nur der Fall, weil die *verschiedenen* Netze in der Kommunikation zwischeneinander *einheitlich* die Internet-Protokolle anwenden. Das „Internet“ als solches ist

¹⁴⁴⁸ Plattformen in offenen Netzen belegen keine Gatekeeper-Stellung, weil offene Netze durch ihre Offenheit keine Flaschenhälse zulassen (zur Auslegung des Begriffs ‚Offenheit‘ insbesondere ab S. 275). In einem offenen Netz besteht damit für beide Marktseiten die Möglichkeit zum Anbieterwechsel (Multihoming, siehe dazu ab S. 122).

¹⁴⁴⁹ Schütz MMR 2007, Heft 9, X.

¹⁴⁵⁰ Siehe zu den Entwürfen des 10. RÄStV ab S. 34.

¹⁴⁵¹ HRKDSC, RStV, § 52 Rn. 4.

¹⁴⁵² Siehe dazu ab S. 55.

demnach kein Netz, sondern eine *Anwendung* der Netze, die darin besteht, ein einheitliches Netz quasi zu simulieren.

- Das zweite Beispiel, das der Gesetzgeber nennt, ist „UMTS“. UMTS steht für „Universal Mobile Telecommunications System“ und bezeichnet einen Mobilfunkstandard. Der Begriff geht zurück auf eine Definition des Europäischen Instituts für Rundfunknormen (ETSI) und wurde von der ITU als einer der Standards für Mobilfunk der dritten Generation ausgewählt.¹⁴⁵³ UMTS fasst verschiedene Regeln zusammen, die die Verständigung zwischen Mobilfunkgerät und Basisstation betreffen. UMTS ist ohne Zweifel kein Netz.

Die beiden von den Gesetzgebern genannten Beispiele sind damit für die Normauslegung weitgehend nutzlos und ohne Aussagekraft.

9.2.2.1.2 *Ansicht der Landesmedienanstalten*

Die Landesmedienanstalten haben ein Diskussionspapier veröffentlicht, in dem sie die Begriffe „Plattform“ und „offenes Netz“ als eine Art Gegensatzpaar darstellen: Ein Netz sei entweder offen *oder* es würde als Plattform reguliert.¹⁴⁵⁴

Auch in § 1 Abs. 2 Nr. 1 der Zugangs- und Plattformsetzung wählen die Landesmedienanstalten einen ähnlichen Ansatz. Diese Norm definiert offene Netze als die „Übertragungskapazitäten innerhalb dieser Netze, die dadurch gekennzeichnet sind, dass keine Vorauswahl durch einen Plattformanbieter erfolgt, so dass Anbieter von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien ihre Angebote unmittelbar bereit stellen können.“¹⁴⁵⁵ Offenbar meinen die Landesmedienanstalten damit, „offen“ müssten gar nicht die *Netze* selbst sein, sondern *Übertragungskapazitäten* – und zwar nicht die Kapazitäten der Netze allgemein, sondern spezielle Kapazitäten *innerhalb* dieser Netze.¹⁴⁵⁶

Diese Überlegungen sind nicht zutreffend. Zum einen meint der Wortlaut des Gesetzes eindeutig, dass das *Netz* offen sein muss, keine Teilkapazität des

¹⁴⁵³ Kaaranen et al., UMTS Networks 6 ff.; Kappler, UMTS networks and beyond, 17 ff.

¹⁴⁵⁴ ZAK, Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität; dazu auch Assion, Telemedicus v. 24.01.2011, <http://tlmd.in/a/1929>.

¹⁴⁵⁵ Die Satzung ähnelt hier einer Formulierung aus der Begründung zum 10. RÄStV: Diese führt aus, die „Anbieter von Rundfunk oder Telemedien“ könnten in offenen Netzen ihre Angebote „unmittelbar und ohne die Zusammenfassung des Plattformanbieters bereitstellen“.

¹⁴⁵⁶ Broemel ZUM 2012, 866, 874.

Netzes.¹⁴⁵⁷ Zum anderen sind, wie im vorigen Kapitel ausgeführt, Plattformen nicht zwangsläufig gleichzeitig auch Netze – Netze nicht zwangsläufig gleichzeitig auch Plattformen. Plattform- und Netzbetreiber sind deshalb nicht zwangsläufig identisch.¹⁴⁵⁸ Schon deswegen kann es nicht stimmen, dass ein „nicht-offenes Netz“ automatisch zur Plattform wird.

Die Ansicht der Landesmedienanstalten ist daher abzulehnen, die Zugangs- und Plattformsetzung ist in diesem Punkt mit höherrangigem Recht nicht vereinbar und nichtig.

9.2.2.1.3 Eigener Ansatz zur „Offenheit“

Nach den bisher gefundenen Ergebnissen sind zur Konkretisierung des Tatbestands sowohl die von den Gesetzgebern genannten Beispiele „Internet, UMTS“ als auch die Definition der Zugangs- und Plattformsetzung untauglich. Damit wird es notwendig, ausgehend vom Gesetzeswortlaut zu einer eigenständigen Auslegung zu finden. Dazu sollen zunächst die beiden Begriffe „Netz“ und „offen“ getrennt voneinander ausgelegt werden.

Ein Netz i.S.d. § 52 RStV ist – entsprechend der Legaldefinition in § 3 Nr. 27 TKG – die Gesamtheit der physischen Infrastrukturen, die zur Übertragung von Kommunikationsinhalten genutzt werden.¹⁴⁵⁹ Folglich ist ein Netz zumindest jede Übertragungsinfrastruktur, die zur Distribution von Rundfunk oder vergleichbaren Telemedien genutzt werden kann.¹⁴⁶⁰ Das Netz ist nicht ein bestimmter *Kapazitätsbereich* des Netzes; gemeint ist das Netz (d.h. die Infrastruktur) selbst. Dieses Netz muss in seiner Gesamtheit „offen“ sein.

Auch der Begriff *offen* ergibt sich im Wege einer funktionalen Auslegung. Die Privilegierung der „Plattformen in offenen Netzen“ soll die Plattformen ausscheiden, die aufgrund der *technischen Eigenschaften ihrer Trägernetze*

¹⁴⁵⁷ Broemel ZUM 2012, 866, 874.

¹⁴⁵⁸ Hain AfP 2012, 313, 324 f.

¹⁴⁵⁹ So die etwas verkürzt dargestellte Legaldefinition nach § 3 Nr. 27 TKG: „die Gesamtheit von Übertragungssystemen und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitigen Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetzen, festen und mobilen terrestrischen Netzen, Stromleitungssystemen, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netzen für Hör- und Fernsehfunk sowie Kabelfernsehtetzen, unabhängig von der Art der übertragenen Information“.

¹⁴⁶⁰ Zur Auslegung der Begriffe „Rundfunk“ und „vergleichbare Telemedien“ siehe ab S. 245.

keinen größeren Einfluss auf die Rundfunkvielfalt, den Grundversorgungsauftrag oder die Interessen der Rezipienten haben können.¹⁴⁶¹

Ein Netz wäre demnach dann als „offen“ anzusehen, wenn auf irgendeine Weise sichergestellt ist, dass Plattformbetreiber, die dieses Netz zur Distribution ihrer Rundfunkinhalte nutzen, keine Gatekeeper-Position erlangen können (es sei denn durch Marktmacht).¹⁴⁶² Dies ist dann der Fall, wenn die Programmveranstalter und die Rezipienten die Möglichkeit haben, über dieses Netz auch *ohne* Einflussnahme des Plattformbetreibers eine Austauschbeziehung einzugehen („Multihoming“¹⁴⁶³).¹⁴⁶⁴

Daraus ergibt sich, dass sichergestellt sein muss, dass sowohl die Anbieter¹⁴⁶⁵ als auch die Empfänger von Rundfunkprogrammen das Netz *ohne Zugangsschranken* nutzen können, um miteinander in Austausch zu treten. Dies lässt sich in Richtung der folgenden Eigenschaften konkretisieren:

- Das Netz muss die *Einspeisung* und den *Empfang* von Inhalten über *zugangsoffene Schnittstellen* erlauben (z.B. über angeschlossene andere Netze oder frei zugängliche Einspeisepunkte).
- Das Netz muss offene *Standards* zur Übertragung verwenden, d.h. solche, deren Anwendung für jedermann ohne weiteres möglich ist und keine Genehmigung erfordert.
- Das Netz muss diskriminierungsfrei die *Einspeisung aller Inhalte und Inhaltstypen* erlauben, es darf kein Content blockiert werden.¹⁴⁶⁶
- Das Netz muss alle Inhalte etwa innerhalb derselben technischen Qualitätsparameter transportieren; es darf beim Transport nicht bestimmte Inhalte *diskriminieren*.¹⁴⁶⁷

Nicht zwingend muss demnach die *gesamte* Kapazität des Netzes für „offene“ Übertragungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Wenn nur eine Teilkapazität die oben genannten Eigenschaften erfüllt, das Netz aber bereits

¹⁴⁶¹ So auch HRKDSC, RStV, § 52 Rn. 4.

¹⁴⁶² Ähnlich Klickermann/Lotz MMR 2012, 801, 804.

¹⁴⁶³ Siehe dazu ab S. 122.

¹⁴⁶⁴ Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 7; HRKDSC, RStV, § 52 Rn. 4.

¹⁴⁶⁵ Gemeint sind sowohl Programmveranstalter als auch Plattformanbieter.

¹⁴⁶⁶ Die bisher h.M. beschränkt sich, ebenso wie die Begründung zum 10. RÄStV, auf diesen Punkt. Vgl. Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 6.

¹⁴⁶⁷ Also z.B. mit derselben Latenz, mit der gleichen Qualitätsgüte (Packet Loss, Jitter), etc.

hierdurch genug Daten durchlässt, um funktionierende Austauschbeziehungen zwischen Rezipienten und Inhaltenanbietern zu ermöglichen, ist das *Gesamtnetz* als ausreichend „offen“ einzustufen.¹⁴⁶⁸ Das Netz muss dafür aber an allen Endknoten ausreichend Up- und Downstreamkapazität zur Verfügung stellen, anderenfalls taugt es nicht zur Übertragung audiovisueller Medien – und kann damit auch nicht die „Gatekeeper“-Stellung des Plattformanbieters aufheben.

Problematisch sind in diesem Zusammenhang insbesondere die sog. „Volumendrosseln“, die ab Überschreiten einer bestimmten Datenmenge den Nutzern die Durchsatzstärke ihres Netzzugangs beschränken. Mögen solche Volumenbeschränkungen *ökonomisch* gesehen sinnvoll sein, so führen sie doch dazu, dass das betreffende Netz nicht mehr effektiv zum Konsum audiovisueller Medien genutzt werden kann. Die „Offenheit“ eines solchen Netzes aus rundfunkrechtlicher Sicht wäre fraglich.

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass es nicht unmittelbar zur Offenheit eines Netzes führt, wenn auf dem Netz auch „Internet“ bzw. „UMTS“ angeboten wird:

- Die Anwendung des Mobilfunkstandards *UMTS* auf Netze bietet keinerlei Gewähr für deren Offenheit, denn UMTS ist in keiner denkbaren Hinsicht „offen“. ¹⁴⁶⁹ UMTS-Netzbetreiber können in die übertragenen Datenströme der Kunden eingreifen und z.B. den Datenverkehr drosseln, blockieren oder während des Transports abändern. Der UMTS-Standard wurde gerade mit dem Ziel entworfen, Netzbetreibern eine größere Kontrolle darüber zu verschaffen, wer ihr Netz wozu benutzt. ¹⁴⁷⁰
- Demgegenüber gewährleistet eine Anwendung der *Internetprotokolle* die Offenheit von Netzen deutlich besser. Unterstützt ein Netz das Senden und Empfangen von Datenpaketen gemäß der Internet-Protokolle, so kann dieses Netz mit fast jedem Endgerät, von fast jeder Person für fast jede Form der digitalen

¹⁴⁶⁸ ZAK, Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität.

¹⁴⁶⁹ Kritisch auch Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 18; Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 33.

¹⁴⁷⁰ Kaaranen et al., UMTS Networks, 256 ff.

Datenübertragung eingesetzt werden.¹⁴⁷¹ Dennoch wäre es falsch anzunehmen, Netze, die Zugang zum Internet ermöglichen, seien ausnahmslos „offen“. ¹⁴⁷² Voll ausgebaute Kommunikationsnetze – sog. Next Generation Networks – können auch beim Internetzugang bestimmte Datenpakete nach Inhalt, Absender oder verwendetem Endgerät diskriminieren oder sogar während des Transports Inhalte austauschen.¹⁴⁷³ Einige Netzbetreiber nutzen diese Möglichkeit, um ihre eigenen IPTV-Angebote oder ausgesuchte Vertragspartner beim Datentransport zu privilegieren.¹⁴⁷⁴ Außerdem beeinträchtigen einige Internet-Zugangsanbieter die „Offenheit“ ihrer Netze, indem sie (z.B. durch selektiv wirkende Volumendrosselungen) das Nutzungsverhalten ihrer Kunden gezielt auf bestimmte (meist eigene) Inhalteangebote lenken, während die Nutzung anderer Angebote erschwert wird.

Im Ergebnis folgt hieraus, dass weder die Anwendung der Internet-Protokolle noch die Anwendung des UMTS-Standards automatisch dazu führt, dass Netze als „offen“ zu betrachten sind. Die beiden Regelbeispiele sind damit letztlich ohne Anwendungsbereich.¹⁴⁷⁵ Es bleibt bei der oben gefundenen, ausschließlich vom Text des Tatbestandsmerkmals „offen“ ausgehenden Auslegung. Die Offenheit von Netzen ist damit eine Einzelfallfrage.

9.2.2.1.4 Rechtsfolge der Nicht-Offenheit von Netzen

Die §§ 52 ff. RStV adressieren nicht die Betreiber von Netzen, sondern Plattformbetreiber. Entsprechend wirkt sich auch die *Rechtsfolge* des § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV nicht auf Netzbetreiber, sondern auf Plattformbetreiber aus: Ist das Netz, das Plattformbetreiber zum Transport nutzen, nicht „offen“, verlieren sie ihre Privilegierung; sie müssen dann die gesamten Regeln der Plattformregulierung einhalten.

Dies zeigt deutlich, dass § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV – anders als die Landesmedienanstalten sich das offenbar wünschen – *nicht* der

¹⁴⁷¹ Ausführlich zur Offenheit des Internets *Bärwolff*, End-to-End Arguments in the Internet; *van Schewick*, Internet architecture and innovation; *Cooper*, Open Architecture as Communications Policy.

¹⁴⁷² So aber *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 32.

¹⁴⁷³ *S. Möller*, in: Krone/Pellegrini, Netzneutralität und Netzbewirtschaftung, 17, 24 ff. m.w.N.

¹⁴⁷⁴ Kritisch deshalb auch *HRKDSC*, RStV, § 52 Rn. 4.

¹⁴⁷⁵ *A.A. Broemel* MMR 2013, 83, 85.

„Offenhaltung“ der Distributionswege gewidmet ist. Die Norm soll lediglich einige Plattformanbieter von den gesetzlichen Pflichten freistellen, wenn sichergestellt ist, dass diese keine Gatekeeper-Stellung einnehmen.¹⁴⁷⁶ Die oben dargestellte Ansicht der Landesmedienanstalten versucht, die Norm über ihren Anwendungsbereich hinaus auszudehnen, indem sie versucht, auch die Netze selbst offen zu halten.¹⁴⁷⁷

Unabhängig davon, ob eine solche Regulierung rechtspolitisch wünschenswert und verfassungsrechtlich zulässig wäre, ist sie im Wortlaut der Norm eindeutig nicht angelegt.¹⁴⁷⁸

9.2.2.1.5 Keine marktbeherrschende Stellung

§ 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV enthält noch eine Rückausnahme; selbst Plattformanbieter in offenen Netzen sind nicht freigestellt, falls sie eine marktbeherrschende Stellung einnehmen.

Sinn und Zweck der Rückausnahme ist es, Plattformanbieter von der Freistellung auszunehmen, wenn sie trotz des offenen Netzes eine Gatekeeper-Position haben, weil sie aufgrund von *Marktkräften* unumgebar sind. Der *technische* Flaschenhals „Netz-Infrastruktur“ kann nämlich (wie im Kapitel 5, insbesondere Abschnitt 5.2.2.1 erörtert) durch einen *wirtschaftlichen* Flaschenhals ersetzt werden, der sich aus den Netzwerkeffekten ergibt (sog. Lock-in-Effekt).¹⁴⁷⁹

Der Terminus „marktbeherrschende Stellung“ nimmt Rekurs auf das Kartellrecht.¹⁴⁸⁰ Er kann ohne weiteres entsprechend der Legaldefinition des GWB ausgelegt werden.¹⁴⁸¹ Es besteht in diesem Fall kein Grund, von der Wertung des Kartellrechts abzuweichen: Auch dem Rundfunkrecht kommt es

¹⁴⁷⁶ Konkret knüpft § 52 Abs. 1 Nr. 1 RStV eine (negative) Sanktion gegenüber einem *Plattformbetreiber* an das Verhalten eines *Netzbetreibers*. Da der Netzbetreiber nicht zwangsläufig einen Anreiz dazu hat, eine Plattformregulierung des Plattformanbieters zu vermeiden, gibt es für ihn auch keinen Anreiz zur Offenhaltung seines Netzes. Folglich ist die Norm nicht geeignet, eine „Offenhaltung“ der Netze sicherzustellen. Vgl. dazu auch *Hain*, AfP 2012, 313, 325.

¹⁴⁷⁷ Durch die Vermischung der Kategorien „Plattformanbieter“ und „Netzbetreiber“ versuchen die Landesmedienanstalten, die Adressierung der Plattformregulierung auf die Netzbetreiber umzuleiten, weil nur diese auch zum (aus Sicht der Landesmedienanstalten) gewünschten Handeln in der Lage sind.

¹⁴⁷⁸ So auch *Hain* AfP 2012, 313, 324 f.

¹⁴⁷⁹ BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 63.

¹⁴⁸⁰ So auch die Landesmedienanstalten in § 1 Abs. 2 Nr. 1 der Zugangs- und Plattformsetzung.

¹⁴⁸¹ *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 35.

an dieser Stelle auf die *wirtschaftliche* Macht an.¹⁴⁸² Denn es ist nicht die „Meinungsmacht“ des Plattformanbieters, die seine Gatekeeper-Funktion begründet, sondern die Kontrolle über die wirtschaftlichen Austauschbeziehungen zwischen Programmveranstaltern und Endkunden.¹⁴⁸³ Der Begriff der „Marktbeherrschung“ ist deshalb eine dynamische Verweisung auf das GWB, eine eigene „rundfunkrechtliche“ Auslegung des Begriffs muss nicht erfolgen.

Gem. § 18 Abs. 1 GWB gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, „soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt (1.) ohne Wettbewerber ist, (2.) keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder (3.) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.“ Gem. § 18 Abs. 3 ff. GWB gelten Vermutungsregeln, wenn das betreffende Unternehmen bei den Marktanteilen bestimmte Schwellenwerte überschreitet.¹⁴⁸⁴

Auf *welchem Markt* der betreffende Plattformanbieter beherrschend sein muss, sagt § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV nicht. Aus dieser Norm ergibt sich lediglich, dass der Plattformanbieter „dort“, d.h. innerhalb des offenen Netzes marktbeherrschend sein muss. Daraus lässt sich ableiten, dass konkret die Märkte gemeint sind, auf denen ein Plattformanbieter netzgebunden aktiv sein kann, also insbesondere der sog. Einspeisemarkt und die Märkte der Abnehmerseite (je nach Marktabgrenzung also entweder Gestattungsmarkt, Signallieferungsmarkt und Endkundenmarkt oder nur ein einheitlicher „Signalmarkt“).¹⁴⁸⁵

9.2.2.1.6 Bedeutung der Vorschrift

Die Ausnahmenvorschrift für marktbeherrschende Plattformbetreiber in offenen Netzen hat bisher keine praktische Anwendung gefunden. Folgt man der hiesigen Auslegung des § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV, wäre aber denkbar, dass die Vorschrift demnächst relevant wird. Kabelnetzbetreiber bieten ihren

¹⁴⁸² Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 35.

¹⁴⁸³ A.A. Broemel MMR 2013, 83, 87 ff.

¹⁴⁸⁴ Bei einem einzigen Unternehmen reicht ein Marktanteil von 40 %, es reicht aber auch aus, wenn das Unternehmen zu einer Gruppe von zwei oder drei Unternehmen gehört, die mehr als 50 % Marktanteil haben. Dasselbe gilt, wenn fünf oder weniger Unternehmen mehr als 2/3 des Marktes unter sich aufteilen.

¹⁴⁸⁵ Siehe zur Marktabgrenzung insb. OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.8.2013, Az. VI Kart 1/12 (V), openJur 2013 - 37190, Rn. 69 ff.

Kunden nämlich zusätzlich zum Plattformangebot auch *Internetzugänge* an. Soweit bzw. sobald diese ausreichen, um den „Flaschenhals“ der geschlossenen Kapazitäten der Breitbandkabel zu umgehen, wäre das *gesamte* Kabelnetz als offen zu betrachten.¹⁴⁸⁶ Kabelnetzbetreiber könnten also von den Vorschriften der Plattformregulierung freigestellt werden.

Nach der bisherigen Regulierungspraxis und Rechtsprechung ist allerdings im Regelfall anzunehmen, dass Kabelnetzbetreiber zumindest auf dem sog. Einspeisemarkt marktbeherrschend sind,¹⁴⁸⁷ so dass die Privilegierung durch die Rückausnahme ausgeschlossen wäre.

9.2.2.2 Plattformen, die unverändert weiterleiten

Gem. § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV sind Plattformen, die ein fremdes, den §§ 52 ff. RStV entsprechendes Plattformangebot weiterleiten, von allen Vorgaben außer § 52a und 52f RStV freigestellt. Die Vorschrift folgt ebenfalls dem Zweck, Plattformen ohne „Vielfaltsrelevanz“ aus dem Regulierungsbereich auszunehmen.¹⁴⁸⁸ Sie zielt offensichtlich auf die Betreiber von Hauskabelnetzen, die ein fremdes Angebot übernehmen und dann über ihre Netze weiterverbreiten („Lex NE 4“).¹⁴⁸⁹ Bei Netzen, die rechtskonforme Plattformangebote nur weiterleiten, bestehe kein Regelungsbedürfnis.¹⁴⁹⁰

Die Vorschrift baut freilich auf einem Denkfehler auf und ist deshalb völlig ohne Anwendungsbereich.¹⁴⁹¹ Denn gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV sind nur solche Unternehmen Plattformbetreiber, die fremde Programme *zusammenfassen* bzw. über die Zusammenstellung der gebündelten Rundfunkprogramme *entscheiden*.¹⁴⁹² Wenn Netzbetreiber ein fremdes Plattformangebot unverändert weiterleiten, ist aber genau dies nicht

¹⁴⁸⁶ Es kommt – anders als die Landesmedienanstalten in ihrer Plattformsatzung meinen – nicht darauf an, ob die Plattform im offenen Kapazitätsbereich transportiert wird, oder ob dieser Bereich nur der Konkurrenz zur Verfügung steht. Wenn die Kabelnetzbetreiber ausreichend gute Internetzugänge anbieten, so dass die Kunden die Rundfunkprogramme in vergleichbarer Qualität per Streaming und/oder per Download beziehen können, besteht auch teleologisch gesehen kein Grund mehr, dem betreffenden Netzbetreiber noch Vorschriften wie z.B. Übertragungspflichten aufzuerlegen.

¹⁴⁸⁷ Siehe dazu ab S. 343 und insbesondere ab S. 391.

¹⁴⁸⁸ *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 8.

¹⁴⁸⁹ *Christmann* ZUM 2009, 7, 12; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 277; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 36; *HRKDSC*, RStV, § 52 Rn. 5.

¹⁴⁹⁰ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 277.

¹⁴⁹¹ Kritisch auch *HRKDSC*, RStV, § 52 Rn. 5.

¹⁴⁹² Siehe dazu ab S. 242.

gegeben.¹⁴⁹³ Solche Anbieter haben keinen eigenen Einfluss auf die Programmzusammenstellung, sondern vermarkten sie nur. Sie sind also keine Plattformanbieter i.S. der §§ 52 ff. RStV.

9.2.2.3 Kleinstplattformen

Die letzte Privilegierung im Anwendungsbereich des § 52 Abs. 1 Satz 2 betrifft die sog. Kleinstplattformen. Plattformen mit nur wenigen angeschlossenen Nutzern sollen von allen Vorgaben der Plattformregulierung mit Ausnahme der §§ 52a und 52f RStV ausgenommen sein. Die Privilegierungen für drahtlose und drahtgebundene Plattformen stehen dabei in unterschiedlichen Ziffern.

§ 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und Nr. 4 RStV dient vor allem der Umsetzung von Art. 31 der Universaldienstrichtlinie.¹⁴⁹⁴ Dieser verbietet die Auferlegung von Übertragungspflichten für Netze, die nicht von einer erheblichen Zahl von Endnutzern als Hauptmittel zum Empfang von den Must Carry-Programmen genutzt werden.¹⁴⁹⁵

§ 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RStV adressiert *drahtgebundene* Plattformen. Die Privilegierung greift, wenn an das jeweilige Kabelnetz weniger als 10.000 *Wohneinheiten* angeschlossen sind. Für *drahtlose* Plattformen gilt § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 RStV. Die Privilegierung greift in diesem Fall ab 20.000 *Nutzern*.

Die beiden Tatbestände unterschieden sich damit primär anhand ihrer Maßeinheiten. Sachliche Unterschiede sind damit nicht bezweckt, sondern lediglich eine leichtere Handhabung für die Praxis. Für Kabelnetze und vergleichbare Infrastrukturen wird die Reichweite üblicherweise in Wohneinheiten angegeben.¹⁴⁹⁶ Innerhalb einer „Wohneinheit“, was etwa einem Haushalt entspricht, wohnen durchschnittlich etwas mehr als zwei Personen.

Die Praxis unterscheidet freilich zwischen den sog. „Homes Passed“ (die ans Netz angeschlossenen Wohneinheiten) und den „Homes Connected“ (die den

¹⁴⁹³ Zurückhaltend *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 277: „Beschränkt [der Plattformbetreiber] sich schon nur auf die Telekommunikationsdienstleistung, so unterfällt er bereits nicht der Definition eines Plattformanbieters [...]“

¹⁴⁹⁴ *Ritlewski* ZUM 2008, 403, 405.

¹⁴⁹⁵ Siehe ab S. 213.

¹⁴⁹⁶ *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 38 f.; *Holznapel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 9; *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 278.

Plattformdienst nutzenden Wohneinheiten).¹⁴⁹⁷ Von § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RStV gemeint sind die „Homes Connected“, d.h. die Wohneinheiten, die praktisch mit dem Plattformanbieter verbunden sind.¹⁴⁹⁸ Denn die Norm hat den Sinn und Zweck, die Plattformanbietern anhand ihrer *tatsächlichen* Machtstellung zu regulieren, nicht anhand ihrer potentiellen Reichweite.¹⁴⁹⁹ Haushalte, die an das Netz nur *anschließbar* wären, aber tatsächlich *nicht* angeschlossen sind, nutzen das Netz außerdem nicht als „Hauptmittel zum Empfang“; dies ist aber die Maßgröße, die in Art. 31 UDRL verlangt wird¹⁵⁰⁰.

Aus der Ergänzung „in der Regel“ ergibt sich, dass die Landesmedienanstalten von den genannten Zahlenangaben im Einzelfall auch abweichen können.¹⁵⁰¹ Streng genommen handelt es sich also bei dieser Vorgabe um Regelbeispiele, die im verwaltungsrechtlichen Sinn zu *intendiertem Ermessen* führen: Die Landesmedienanstalten dürfen vom Regelbeispiel nur abweichen, wenn es sich um einen „unbenannten Fall“ handelt.¹⁵⁰²

Die Landesmedienanstalten dürfen gem. § 52 Abs. 1 Satz 3 RStV in Satzungen und Richtlinien festlegen, „welche Anbieter unter Berücksichtigung der regionalen und lokalen Verhältnisse den Regelungen nach Satz 2 unterfallen“. Dem sind sie *nicht* nachgekommen, sondern haben in § 1 Abs. 2 Nr. 3 der Zugangs- und Plattformsetzung die Kleinstplattformen gleich von deren *Anwendungsbereich* ausgenommen.¹⁵⁰³

9.2.3 Privilegierungen nach § 52b Abs. 3 RStV

Den zweiten wichtigen Baustein des „abgestuften Schutzkonzeptes“ der Plattformregulierung bildet § 52b Abs. 3 RStV. Diese Ausnahmevorschrift führt zu einer Freistellung lediglich von den *Übertragungspflichten* des § 52b

¹⁴⁹⁷ Statt vieler *Rhein* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 3, Fn. 8.

¹⁴⁹⁸ *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 154 f.

¹⁴⁹⁹ *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 155, verweisen außerdem auf den Wortlaut des Art. 31 UDRL, der Must Carry-Pflichten nur zulässt, wenn eine erhebliche Anzahl von Endnutzern diese Netze „nutzt“ (siehe dazu auch ab S. 213).

¹⁵⁰⁰ Dieses Tatbestandsmerkmal wurde bei Umsetzung von Art. 31 UDRL ins deutsche Medienrecht leider übersehen, siehe ab S. 214. Gleichwohl ist Art. 31 UDRL für die europarechtskonforme Auslegung der §§ 52 ff. RStV heranzuziehen.

¹⁵⁰¹ *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 10.

¹⁵⁰² *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rn. 28 ff.; *Borowski* DVbl. 2000, 149.

¹⁵⁰³ Die Vorschrift gilt sogar *expressis verbis* „unbeschadet § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV“ und lässt „§ 52 Abs. 1 Satz 3“ (gemeint sein dürfte der zweite Satz von § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RStV) „unberührt“.

Abs. 1 und Abs. 2 RStV; die übrigen Vorschriften der Plattformregulierung gelten weiter.

Auch § 52b Abs. 3 soll solche Anbieter ausklammern, die keine „Gatekeeper“-Position haben, er soll so die Verhältnismäßigkeit der Plattformregulierung sichern.¹⁵⁰⁴ Anders als bei den zuvor beschriebenen Ausnahmevorschriften des § 52 Abs. 1 RStV geht es bei § 52b Abs. 3 RStV aber nur um die Gatekeeper-Stellung bezüglich des Angebots *bestimmter Programme*, denn nur diesbezüglich werden die Plattformanbieter freigestellt.

§ 52b Abs. 3 betrifft zwei unterschiedliche Fälle. § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV bezieht sich auf die sog. Programmplattformen, § 52b Abs. 2 Nr. 2 auf Plattformanbieter, die bereits Frequenznutzer sind.¹⁵⁰⁵

9.2.3.1 Privilegierung für Programmplattformen

Gem. § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV sind Plattformen, die „den Empfang der entsprechenden Angebote auf einem gleichartigen Übertragungsweg und demselben Endgerät unmittelbar und ohne zusätzlichen Aufwand“ ermöglichen, von den Übertragungspflichten des § 52b Abs. 1, Abs. 2 RStV freigestellt. Die Norm bezieht sich damit auf die sog. Programmplattformen, die selbst keine physischen Netze betreiben, sondern Nutzer fremder Netze sind.¹⁵⁰⁶

9.2.3.1.1 Voraussetzungen der Privilegierung

Tatbestandlich erfordert die Privilegierung, dass die „entsprechenden Angebote“ auf einem „gleichartigen Übertragungsweg“ und „demselben Endgerät“ empfangbar sind. Der Empfang muss zudem „unmittelbar“ und

¹⁵⁰⁴ Siehe zur Verhältnismäßigkeit und der Notwendigkeit von Ausnahmen ab S. 193.

¹⁵⁰⁵ Kritisch dazu *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, 239 f.

¹⁵⁰⁶ Der Begriff der „Programmplattform“ ist nicht gesetzlich definiert. Gemeint sind damit „kommerziell-technische Gesamtsysteme für die Vermarktung digitaler Fernsehangebote“ (so *Merkel* et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 23). Im Allgemeinen sind dies Plattformen, die Programme zusammenfassen und verbreiten, ohne dabei die physische Verbreitungsinfrastruktur zu kontrollieren (ähnlich *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 512; kritisch zum Begriff aber *Merkel* et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 23). Die Landesmedienanstalten verwenden den Begriff in ihrer Liste der Plattformveranstalter offenbar als Oberbegriff für alle Anbieter, die nach § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV privilegiert sind.

„ohne zusätzlichen Aufwand“ möglich sein.¹⁵⁰⁷ Diese Tatbestandsmerkmale werden im Folgenden einzeln erörtert.

9.2.3.1.1.1 Die entsprechenden Angebote

Erste Voraussetzung ist, dass den Endnutzern die *entsprechenden Angebote* zugänglich sind. Damit sind die Rundfunkprogramme gemeint, deren Verbreitung § 52b RStV sicherstellen soll. Es geht also einerseits um alle Must Carry-Programme, andererseits auch um die Programme, die im „Can Carry“-Kapazitätsdrittel unterzubringen sind.¹⁵⁰⁸

Zu berücksichtigen ist, dass der Gesamtumfang der Übertragungspflichten sich auf max. 2/3 der für die digitale Rundfunkverbreitung genutzten Gesamtkapazität beschränkt.¹⁵⁰⁹ Stellt man auf den Sinn und Zweck der Ausnahmegvorschrift ab, kann es bei § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV nur auf die Gesamtkapazität der *privilegierten* Plattform ankommen. Die „entsprechenden Angebote“ sind demnach die Programme und vergleichbaren Telemedien, die die *Programmplattform* anbieten *müsste*, würde die Ausnahmegvorschrift nicht greifen. Sind diese Programme auf einem alternativen Empfangsweg verfügbar, ist die erste Voraussetzung erfüllt.

9.2.3.1.1.2 Gleichartiger Übertragungsweg

Zweite Voraussetzung ist, dass die entsprechenden Angebote auf einem *gleichartigen Übertragungsweg* zur Verfügung stehen. „Gleichartig“ sind die Verbreitungswege laut der Begründung zum 10. RÄStV dann, wenn das nicht zur Plattform gehörende Programmangebot „in gleicher Weise – etwa mittels eines Leiters oder durch Funkausstrahlung – empfangbar“ ist.¹⁵¹⁰ Demnach wäre z.B. grundsätzlich denkbar, eine Plattform im terrestrischen Spektrum, die einen bestimmten Übertragungsstandard nutzt (z.B. DVB-H) zu

¹⁵⁰⁷ Letztlich umfasst das Tatbestandsmerkmal „unmittelbar und ohne zusätzlichen Aufwand“ das Tatbestandsmerkmal „gleichartig“. Denn jede Installation des Endgeräts zur Nutzung eines zusätzlichen Verbreitungswegs verursacht technischen Aufwand – und damit entfällt die Privilegierung. Das Merkmal „gleichartiger Übertragungsweg“ hat insofern kaum eigene Bedeutung; vgl. *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 91 f.

¹⁵⁰⁸ So wohl *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 46 („die zur Erreichung der hinreichenden Vielfalt erforderliche Programme“) [sic].

¹⁵⁰⁹ Siehe dazu ab S. 365.

¹⁵¹⁰ Begründung zum 10. RÄStV, S. 31 f.

privilegieren, wenn die „entsprechenden Angebote“ über einen *anderen* terrestrischen Übertragungsstandard erhältlich sind (z.B. DVB-T).¹⁵¹¹

Die in der Literatur teilweise vertretene Auffassung,¹⁵¹² *jedes* DVB-T-fähige Endgerät reiche aus, ist allerdings abzulehnen. Einige Verbreitungswege unterschieden sich von DVB-T substantiell, insbesondere auch in ihrer praktischen Nutzbarkeit für die Endkunden.¹⁵¹³ Satellitenfernsehen ist z.B. deutschlandweit empfangbar,¹⁵¹⁴ während DVB-T in einigen Gebieten nur mit zusätzlichem Antennenaufwand empfangen werden kann.¹⁵¹⁵

In der Praxis sind bisher keine Fälle relevant geworden, in denen es um *unterschiedliche* Verbreitungswege ging.¹⁵¹⁶ Der einzig relevante Anwendungsfall für „gleichartige“ Übertragungswege sind vielmehr *dieselben* Übertragungswege.¹⁵¹⁷ Es geht also um Konstellationen, bei denen eine Plattform den betreffenden Verbreitungsweg nicht alleine nutzt, sondern ihn sich mit ungebündelten Programmen oder einer anderen Plattform teilt.¹⁵¹⁸

9.2.3.1.1.3 Selbes Endgerät und ohne zusätzlichen Aufwand

Der Empfang der entsprechenden Angebote muss gem. § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV auf „demselben Endgerät unmittelbar und ohne zusätzlichen Aufwand“ möglich sein. Gemeint ist, dass der Nutzer *ohne Weiteres* Zugriff auf die entsprechenden Angebote haben muss – jede Zugangsbarriere führt schon zu einem Ausschluss der Privilegierung.¹⁵¹⁹ Dies betrifft sowohl technischen Mehraufwand (z.B. Installation einer weiteren Antenne, eines Adapters oder eines weiteren Kabels) als auch finanziellen Mehraufwand (Abschluss eines weiteren Abonnement-Vertrags).¹⁵²⁰ Auch hieraus ergibt sich, dass ein *anderer* Verbreitungsweg bzw. die dort enthaltenen „entsprechenden Angebote“ zur Erfüllung der Ausnahme kaum ausreichen können.

¹⁵¹¹ *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 171.

¹⁵¹² *Holzengel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 36; *Christmann* ZUM 2009, 7, 12.

¹⁵¹³ *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 170 f.

¹⁵¹⁴ Vgl. zu Satellitenfernsehen ab S. 53.

¹⁵¹⁵ Vgl. zu terrestrischem Fernsehen ab S. 49.

¹⁵¹⁶ *HRKDSC*, RStV, § 52b Rn. 27.

¹⁵¹⁷ *HRKDSC*, RStV, § 52b Rn. 27.

¹⁵¹⁸ Die verschiedenen Konstellationen sind ausführlich dargestellt ab S. 235.

¹⁵¹⁹ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 87.

¹⁵²⁰ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 87.

Grundsätzlich geeignet zur Erfüllung der Privilegierung sind aber Endgeräte, die auch die Programme wiedergeben können, die auf *demselben* Verbreitungsweg, aber nicht als Teil der Programmplattform ausgesendet werden. Dies wären z.B. herkömmliche Satellitenreceiverboxen mit CI+-Modul. Diese können sowohl die verschlüsselten Plattformprogramme als auch das (unverschlüsselte)¹⁵²¹ Basisangebot des jeweiligen Netzbetreibers wiedergeben.

9.2.3.1.1.4 Einordnung der Nachweispflicht

Gem. § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV werden Anbieter von Programmplattformen nicht schon dann von § 52b RStV freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen der Privilegierung erfüllen – sie müssen auch den entsprechenden *Nachweis* erbringen.¹⁵²² Eine solche Konstruktion ist im Verwaltungsrecht eher unüblich.¹⁵²³ Eine solche Nachweispflicht – häufig in Gestalt einer subjektiven Berufszugangsregel – kann zwar verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn ein Vorhaben *abstrakt* gefährlich ist, dies durch den Nachweis der „Ungefährlichkeit“ im konkreten Fall aber widerlegt werden kann.¹⁵²⁴ Allerdings muss den „ungefährlichen“ Normadressaten dann eine realistische Möglichkeit bleiben, sich als solche auszuweisen.

Problematisch ist, dass sich die Vorgaben des § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV für einige Plattformanbieter kaum erfüllen lassen.¹⁵²⁵ Folgte man dem Wortlaut der Norm, müssten Programmplattformbetreiber nicht nur nachweisen, dass *jedem* ihrer Kunden – egal auf welchem Verbreitungsweg – die „entsprechenden Angebote“ zugänglich sind. Sie müssten auch *sicherstellen*, dass der Empfang den Kunden „unmittelbar und ohne zusätzlichen Aufwand“ möglich ist. Verbindliche Zusagen dazu, welcher Art die eingesetzten Endgeräte sind und in welchen Umgebungen sie aufgestellt sind, können viele Plattformanbieter aber nicht machen.¹⁵²⁶ Endgeräte werden häufig von Dritt-

¹⁵²¹ Ist auch das Basisangebot verschlüsselt, reicht die Receiverbox mit CI+-Schnittstelle nur dann aus, wenn der Kunde für die Entschlüsselung des Basisangebots keinerlei zusätzlichen Aufwand hat, z.B. für den Erwerb einer zusätzlichen Keycard.

¹⁵²² Es handelt sich bei § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV bei strenger Sichtweise nicht um eine Beweispflicht, sondern um eine Darlegungs- und Beweis-*Obliegenheit*. Denn eine Verletzung der Beweisregel führt nicht zu einem Rechtsverstoß des Anbieters; er verliert lediglich die privilegierende Wirkung des § 52b Abs. 3 RStV.

¹⁵²³ Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 26 Rn. 50 ff.

¹⁵²⁴ Zum „Meisterzwang“ im Handwerksrecht vgl. z.B. Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 70 ff.

¹⁵²⁵ Unentschieden Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 92.

¹⁵²⁶ Christmann ZUM 2009, 7, 11.

anbietern hergestellt und über den freien Handel vertrieben. Plattformanbieter *können* in einigen Fällen über Lizenzabsprachen auf Endgerätehersteller Einfluss nehmen – selbstverständlich ist dies jedoch nicht.¹⁵²⁷

In ihrer derzeitigen Formulierung kann die Ausnahmegvorschrift des § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV deshalb *nicht* gewährleisten, dass jeder Plattformbetreiber, der durch die Übertragungspflichten unverhältnismäßig stark betroffen wäre, von diesen auch freigestellt ist.¹⁵²⁸ Ihrem Wortlaut nach ausgelegt, wäre § 52b RStV verfassungswidrig.

Dies verlangt nach einer verfassungskonformen Auslegung der Regeln der Plattformregulierung, die sich in diesem Fall auch vom Wortlaut lösen muss. Einen solchen Weg haben die ausführenden Landesmedienanstalten mit ihrer Zugangs- und Plattformsatzung beschritten. Die Satzung stellt Programmplattformen von § 52b RStV komplett frei, wenn auf demselben Übertragungsweg „auf der übrigen Übertragungskapazität die Belegungsvorgaben eingehalten werden können“ (§ 1 Abs. 3). Von einer Nachweispflicht ist dort ebenso wenig die Rede wie von der zusätzlichen Hürde, dass die Nutzung des Alternativangebotes ohne Aufwand möglich sein muss. Diese Bestimmung ist somit zwar wesentlich weniger streng als das Gesetz, gibt aber den Sinn und Zweck des § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV zutreffend wieder. Zudem reduziert sie die gesetzlichen Vorgaben auf ein Maß, das noch verfassungsrechtlich zulässig ist. Der Lösung der Zugangs- und Plattformsatzung ist damit zu folgen.

9.2.3.2 Freistellung für Angebote mit Frequenzzuweisung

Nach § 52b Abs. 3 Nr. 2 RStV sind Plattformen auch von den Übertragungspflichten befreit, wenn „das Gebot der Meinungsvielfalt und Angebotsvielfalt bereits im Rahmen der Zuordnungs- oder Zuweisungsentscheidung nach den §§ 51 oder 51a berücksichtigt wurde“. Die Vorschrift zielte ursprünglich auf Anbieter von DVB-H-Angeboten.¹⁵²⁹ Diese hatten im Rahmen eines von den Landesmedienanstalten geförderten Projektes darauf bestanden, selbst Inhaber der Frequenznutzungsrechte zu werden; die Landesmedienanstalten hatten dem zunächst auf Basis von

¹⁵²⁷ Absprachen zwischen Endgeräteherstellern und Plattformanbietern stehen zudem in der ständigen Gefahr, in Konflikt mit den §§ 1 ff. GWB zu geraten.

¹⁵²⁸ Dies ist aber verfassungsrechtlich notwendig, siehe dazu ab S. 193.

¹⁵²⁹ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 93 erwähnt auch DVB-T.

Experimentierklauseln nachgegeben.¹⁵³⁰ Später verankerten die Gesetzgeber die Möglichkeit, Frequenzen unmittelbar an Plattformanbieter zuzuweisen, in § 51a RStV.¹⁵³¹

Die Begründung zum 10. RÄStV begründet die Ausnahmeklausel mit dem Argument, die Zuweisungsentscheidung sei spezieller und insofern vorrangig.¹⁵³² Das ist falsch: Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, muss eine Plattform bei der Frequenzzuweisung *nicht* nachweisen, dass sie alle Belegungsvorgaben des § 52b RStV einhält.¹⁵³³ Vielmehr muss gem. § 52b Abs. 3 Nr. 2 RStV das Gebot der Meinungs- und Angebotsvielfalt lediglich „berücksichtigt“ worden sein. Auch der gem. § 51a Abs. 2, 3 und 4 RStV (nur) für das Zuweisungsverfahren geltende Vielfaltsmaßstab ist im Vergleich zu § 52b RStV relativ lax. Insbesondere schreibt § 51a Abs. 4 Satz 3 RStV bei der Zuweisung einer Frequenz an Plattformanbieter lediglich vor, die Landesmedienanstalten hätten „zu berücksichtigen, ob das betreffende Angebot den Zugang [...] zu angemessenen Bedingungen ermöglicht und [...] chancengleich und diskriminierungsfrei gewährt.“ Dies entspricht eher dem Vielfaltsmaßstab des § 52c Abs. 1 Satz 2 als dem des § 52b RStV. § 51a RStV ist auch systematisch nicht schlüssig, da er Plattformen und Programmveranstalter als „Konkurrenten“ um Frequenzzuweisungen ansieht, ohne einen Vielfaltsmaßstab festzulegen, anhand dessen die beiden Gruppen vergleichbar wären.¹⁵³⁴

Für Anbieter mit Frequenzzuweisung eine Ausnahme von den Must Carry-Regeln vorzusehen, ist deshalb widersprüchlich.¹⁵³⁵ Im Hinblick auf die Pflicht der Gesetzgeber, auch bei der Belegung von Plattformen die Grundversorgung sicherzustellen, ist die Norm auch verfassungsrechtlich problematisch.¹⁵³⁶

¹⁵³⁰ Siehe dazu ab S. 34.

¹⁵³¹ *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, 239 f.

¹⁵³² Begründung zum 10. RÄStV, S. 32.

¹⁵³³ A.A. *Holznagel/Hahne*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 51a RStV Rn. 8.

¹⁵³⁴ *Schuler-Harms*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 51a Rn. 58 f.; *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, 407.

¹⁵³⁵ *Ritlewski*, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, 239 f.

¹⁵³⁶ Siehe dazu ab S. 146.

9.3 Rechte und Pflichten des Plattformbetreibers

Mit den Rechten und Pflichten der Plattformen befassen sich die §§ 52 bis 53b RStV. Das Plattformregime ist insgesamt relativ unübersichtlich gestaltet und – neben zahlreichen normativen Problemen – auch in sprachlicher und systematischer Hinsicht wenig gelungen.

Nur beispielhaft sei an dieser Stelle erwähnt, dass § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV die Worte „für die“ doppelt enthält – ein offensichtliches Redaktionsversehen, das aber offenbar über mehrere Jahre hinweg niemandem aufgefallen ist.¹⁵³⁷ Insgesamt gehören zur Plattformregulierung zehn Paragraphen, die 10.356 Zeichen enthalten. Zum Vergleich: Der Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag“ aus dem BGB kommt auf 3.303 Zeichen.¹⁵³⁸ Die Normen der Plattformregulierung sind also recht umfangreich, gerade unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um einen sehr speziellen Regelungsgegenstand handelt.

Im Folgenden sollen die allgemeinen Regeln des Plattformregimes umrissen werden, um einen Blick auf das Gesamtbild zu ermöglichen.

9.3.1 Materielle allgemeine Pflichten

Plattformanbieter unterliegen verschiedenen Vorgaben, die eher mit allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu tun haben, weniger mit Spezifika der Rundfunkregulierung. So müssen Plattformanbieter unter anderem die folgenden Vorgaben umsetzen:

- Ein Plattformanbieter muss gem. § 52 Abs. 2 RStV den Anforderungen nach § 20a Abs. 1 und 2 RStV genügen, also unbeschränkt geschäftsfähig, innerhalb der EU oder des EWR ansässig sowie *zuverlässig* sein. Außerdem darf er als Vereinigung nicht verboten worden sein bzw. darf als natürliche Person nicht das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung oder die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, durch Richterspruch verloren haben.

¹⁵³⁷ Eine Übersicht über sämtliche missverständlichen Formulierungen und systematischen Fehler findet sich ab S. 451.

¹⁵³⁸ Jeweils gezählt ohne Leerzeichen, Überschriften miteinbezogen.

Auffällig ist, dass § 52 Abs. 2 RStV nicht auf § 20a Abs. 3 RStV verweist, wo das Gebot der Staatsfreiheit verankert ist.¹⁵³⁹ Diese Gestaltung soll offenbar ermöglichen, dass auch *Hoheitsträger* ggf. Plattformbetreiber sein dürfen; dies kommt gelegentlich vor, da kommunale Stadtwerke auch Fernseekabelnetze betreiben. Es ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zwingend, dass Plattformen „staatsfrei“ sein müssen, so dass diese Gestaltung zulässig ist.¹⁵⁴⁰

- Der Plattformanbieter muss gem. § 52a Abs. 1 die verfassungsmäßige Ordnung, die allgemeinen Gesetze und die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre einhalten. Dies nimmt Bezug auf verfassungsrechtliche Begriffe, und zwar zum einen auf Art. 2 Abs. 1 GG (verfassungsmäßige Ordnung), zum anderen auf zwei der drei Schranken der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 2 GG (allgemeine Gesetze und Recht der persönlichen Ehre).

Die Jugendschutzbestimmungen, die in Art. 5 Abs. 2 GG ebenfalls enthalten sind, sind im Plattformregime an dieser Stelle nicht enthalten; den Schutz der Jugend wollen die Gesetzgeber offenbar dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag vorbehalten.¹⁵⁴¹

Die verfassungsmäßige Ordnung umfasst alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen, also das gesamte kodifizierte Recht der Bundesrepublik Deutschland.¹⁵⁴² Dies umfasst ohnehin schon die allgemeinen Gesetze und die Ehrschutzbestimmungen, so dass auch deren Nennung an sich überflüssig ist.

- Ebenfalls rein deklaratorische Bedeutung hat § 52a Abs. 1 RStV, der besagt, dass Plattformanbieter für eigene Programme und Dienste

¹⁵³⁹ Kritisch *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 40 ff.

¹⁵⁴⁰ Fernseekabelnetze wurden in Deutschland jahrzehntelang in Bundesverwaltung betrieben, ohne dass dies vom BVerfG beanstandet wurde. Das vom BVerfG statuierte Gebot der Staatsfreiheit bezieht sich deshalb nicht zwangsläufig auf Plattformen. A.A. *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 40 ff.

¹⁵⁴¹ Das Verhältnis zwischen dem Anbieterbegriff des JMStV und dem Begriff des Plattformanbieters ist nicht ganz unkritisch; vgl. dazu *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52f Rn. 3 m.w.N.

¹⁵⁴² BVerfGE 6, 32, 37 f. – *Elfes*.

verantwortlich sind.¹⁵⁴³ Diese Verantwortlichkeit trifft sie nicht als Plattformanbieter, sondern bereits als Rundfunkveranstalter, bzw. Diensteanbieter.¹⁵⁴⁴

Die vorgenannten Normen sind größtenteils reine Programmvorschriften, deren wichtigster Zweck darin besteht, die Zuständigkeit der Plattformaufsicht nach § 52f RStV zu begründen.¹⁵⁴⁵ Einzig von größerer Relevanz ist § 52 Abs. 2, § 20a Abs. 1 Nr. 6 RStV, der den allgemeinen gewerberechtlichen Zuverlässigkeitsmaßstab umschreibt.¹⁵⁴⁶ Das heißt, die die Plattformaufsicht führenden Landesmedienanstalten ermitteln im Rahmen einer auf Tatsachen aufbauenden *Prognose*, ob der Plattformbetreiber seine Tätigkeit in der *Zukunft* ordnungsgemäß betreiben wird.¹⁵⁴⁷ Bietet er die Gewähr seiner zukünftigen Zuverlässigkeit nicht mehr, wird ihm der Betrieb der Plattform entweder nachträglich oder von vornherein untersagt (§ 52f i.V.m. § 38 Abs. 2 RStV).¹⁵⁴⁸

9.3.2 Anzeige- und Auskunftspflichten

Im Unterschied zur Rundfunkveranstaltung unterliegt der Betrieb einer Plattform keinem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Gem. § 52 Abs. 3 RStV muss ein Plattformbetreiber aber seine Tätigkeit einen Monat *vor* dem Start anzeigen.

Die Anzeigepflicht bezieht sich nicht auf die Anbieter, die nach § 52 Abs. 1 RStV privilegiert sind,¹⁵⁴⁹ also Plattformen in offenen Netzen und Kleinstplattformen.¹⁵⁵⁰ Betroffen von der Anzeigepflicht sind außerdem nur private Anbieter; damit wird klargestellt, dass (theoretisch denkbare) Plattformen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht der Zulassungskontrolle der Landesmedienanstalten unterliegen.¹⁵⁵¹

¹⁵⁴³ Holznel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52a Rn. 2.

¹⁵⁴⁴ Holznel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52a Rn. 6; Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 10.

¹⁵⁴⁵ HRCDSC, RStV, § 52a Rn. 4; Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52a Rn. 4.

¹⁵⁴⁶ HRCDSC, RStV, § 52 Rn. 10.

¹⁵⁴⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 42.

¹⁵⁴⁸ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52f Rn. 5.

¹⁵⁴⁹ Plattformen, die ein fremdes Angebot unverändert weiterleiten (§ 52 Abs. 1 Nr. 2 RStV), existieren per Definitionem des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nicht. Vgl. dazu ab S. 281.

¹⁵⁵⁰ A.A. Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52 Rn. 26 ff.

¹⁵⁵¹ HRKDS, RStV, § 52 Rn. 12.

Die Anzeige muss zum einen die Angaben nach § 20a Abs. 1 und 2 RStV enthalten, zum anderen muss der zukünftige Plattformanbieter auch darlegen, wie er den Anforderungen nach § 52a bis § 52d RStV entsprechen will. Die Landesmedienanstalten haben dies in § 5 ihrer Zugangs- und Plattformsatzung konkretisiert. Demnach müssen Plattformanbieter eine ganze Reihe von Unterlagen vorlegen, z.B. polizeiliche Führungszeugnisse, einen Handelsregistrauszug, einen Belegungsplan und eine Entgelt- und Tarifliste.¹⁵⁵²

Ein Verstoß gegen die Anzeigepflichten führt nicht automatisch zu einer Untersagung durch die Landesmedienanstalten.¹⁵⁵³ Weigert sich ein Anbieter aber beharrlich, seiner Anzeigepflicht nachzukommen, indiziert dies seine Unzuverlässigkeit nach § 52 Abs. 2, § 20a Abs. 1 Nr. 5 RStV und würde vermutlich auch weitere Untersuchungen der Landesmedienanstalt nach sich ziehen.

Auch im laufenden Betrieb haben Plattformanbieter einige Informationspflichten zu beachten.

- Gem. § 51b Abs. 2 Satz 1 und 2 RStV müssen Plattformanbieter (oder die Veranstalter selbst) es anzeigen, sobald sie ein Rundfunkprogramm weiterverbreiten, das nicht in Europa zugelassen ist. Die Gesetzgeber übersehen an dieser Stelle, dass es auch Anbieter gibt, die Rundfunk zwar (weiter-)verbreiten, dabei aber keine Plattform betreiben.¹⁵⁵⁴ Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift müsste sie sich eigentlich auf die *Inhaber der Verbreitungswege*, nicht auf die Betreiber einer eventuell vorhandenen Plattform beziehen.¹⁵⁵⁵
- Eine weitere Anzeigepflicht betrifft Änderungen der Belegung der Plattform.¹⁵⁵⁶ Will der Plattformbetreiber die Belegung ändern, muss er dies gem. § 52b Abs. 4 Satz 6 RStV einen Monat vor

¹⁵⁵² Hoeren/Neurauter, IPTV, 160 ff.; speziell zum Kanalbelegungsplan Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 66.

¹⁵⁵³ Bumke, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 21 Rn. 20 f., geht von einer Beweislastregel aus.

¹⁵⁵⁴ Insofern konsequent: BayVGH ZUM-RD 2013, 28.

¹⁵⁵⁵ An verschiedenen Stellen dieser Arbeit wurde herausgearbeitet, dass Netzbetreiber und Plattformanbieter nicht zwangsläufig identisch sein müssen. Vgl. zu den technischen Zusammenhängen insb. ab S. 232, zur rechtlichen Einordnung ab S. 256.

¹⁵⁵⁶ Dies betrifft aber nicht die Plattformanbieter, die gem. § 52 Abs. 1 oder § 52b Abs. 3 RStV freigestellt sind.

Belegungsänderung der aufsichtführenden Landesmedienanstalt anzeigen.

- Andere Anzeigepflichten bei Änderungen im System gelten gem. § 52c Abs. 2 Satz 2 RStV für Änderungen betreffend das Conditional Access-System und den Elektronischen Programmführer.
- Gem. § 52d Satz 3 RStV sind auch Änderungen beim Abschluss von Einspeiseverträgen anzuzeigen.
- § 52b Abs. 4 Satz 3 und § 52c Abs. 2 Satz 1 RStV haben demgegenüber keine eigenständige Bedeutung, da sie vollständig von § 52 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 RStV überlagert werden.¹⁵⁵⁷

Neben den genannten Informationspflichten, die Plattformbetreiber *von sich aus* erfüllen müssen, haben die Landesmedienanstalten noch selbstständige Ermittlungs- und Auskunftsbefugnisse.¹⁵⁵⁸ Diese ergeben sich aus einer Verweisung aus § 52e RStV auf die §§ 21 bis 24 RStV.¹⁵⁵⁹ Aus Sicht der Plattformbetreiber wichtig ist vor allem das Recht der Landesmedienanstalten, sich ggf. Aufzeichnungen, Bücher, Geschäftspapiere und andere Urkunden vorlegen zu lassen¹⁵⁶⁰ sowie jede Art von Auskünften zu verlangen (§ 22 Abs. 1 RStV).¹⁵⁶¹

9.3.3 Verantwortlichkeit für Inhalte Dritter

Das Plattformregime enthält in § 52a Abs. 2 RStV einen Abschnitt, in dem die Pflichten der Plattformbetreiber auch bezüglich der durch sie verbreiteten Programme geregelt werden. Die Vorschrift steht in Zusammenhang mit anderen Regeln zur Verantwortlichkeit von Intermediären, die insbesondere in den §§ 7 bis 10 TMG und § 59 Abs. 4 RStV geregelt sind.¹⁵⁶² Anders als § 52a Abs. 2 RStV zielen diese Vorschriften jedoch auf Anbieter von *Telemedien*.¹⁵⁶³

§ 52a Abs. 2 Satz 1 RStV bestimmt, dass Plattformbetreiber für *eigene* Programme verantwortlich sind, § 52a Abs. 2 Satz 2 RStV betrifft die Pflicht der *Programmveranstalter*, Verfügungen, die sich gegen sie richten,

¹⁵⁵⁷ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 100.

¹⁵⁵⁸ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52e Rn. 5 ff.; HRKDS, RStV, § 52e Rn. 4 ff.

¹⁵⁵⁹ Hierzu HRKDSC, RStV, § 52e Rn. 5 ff.

¹⁵⁶⁰ Zu den Schranken vgl. aber Bumke, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 22 Rn. 12.

¹⁵⁶¹ Dazu Bumke, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 22 Rn. 8 ff.

¹⁵⁶² Zur Stellung von Plattformanbietern als Intermediären siehe ab S. 232.

¹⁵⁶³ Der Begriff des Diensteanbieters, auf den die Vorschriften sich beziehen, ist in § 2 Abs. 1 Satz 1 RStV definiert als „jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“.

umzusetzen. Beide Bestimmungen haben formal gesehen rein deklaratorische Bedeutung, denn die Verantwortlichkeit für *eigene* Programme trifft Rundfunkveranstalter unabhängig vom Plattformregime.¹⁵⁶⁴ Die eigentliche Aussage der Vorschriften ergibt sich auch erst im Umkehrschluss: Plattformveranstalter sind, abgesehen von § 52a Abs. 2 Satz 3 RStV, für fremde Programme *nicht* verantwortlich.¹⁵⁶⁵

Der Terminus der Verantwortlichkeit ist im deutschen Recht nicht ganz konfliktfrei. In rechtlichen Zusammenhängen wird der Begriff eigentlich kaum gebraucht, hat aber Eingang in die deutsche Sprachfassung von Artikel 12 ff. der E-Commerce-Richtlinie¹⁵⁶⁶ und dann auch in das TMG gefunden.

Die Gesetzgeber des RStV haben sich in Wortlaut und Systematik eng an den Maßstab des TMG angelehnt. Daraus ist abzuleiten, dass der Begriff der Verantwortlichkeit parallel zu dem aus der E-Commerce-Richtlinie auszulegen ist.¹⁵⁶⁷ Die „Verantwortlichkeit“ nach dem TMG entspricht nicht vollständig dem Konzept der deutschen Haftung; ein Anbieter, der nicht „verantwortlich“ ist, kann insb. durchaus zu Unterlassungen und Sperrungen verpflichtet sein.¹⁵⁶⁸

Dies spezifiziert § 52a Abs. 2 Satz 3 RStV. Aus dieser Norm ergibt sich die Pflicht des Plattformbetreibers, trotz seiner „Nicht-Verantwortlichkeit“ Rechtsverletzungen durch fremde Programmveranstalter zu unterbinden, wenn er dazu explizit verpflichtet wird.¹⁵⁶⁹ Eine solche Maßnahme ist eine „Netzsperr“, vergleichbar mit den Sperranordnungen, die z.B. nach § 59 RStV¹⁵⁷⁰ oder den polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklauseln angeordnet werden können. Im Unterschied zu diesen Bestimmungen wird

¹⁵⁶⁴ *Holzengel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52a RStV Rn. 6; *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 10; *HRKDSC*, RStV, § 52a Rn. 6, *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 163.

¹⁵⁶⁵ *Holzengel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52a RStV Rn. 7.

¹⁵⁶⁶ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

¹⁵⁶⁷ *HRKDSC*, RStV, § 52a Rn. 3.

¹⁵⁶⁸ EuGH, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-324/09, Rn. 127 ff. - *L'Oréal*; EuGH, Urt. v. 24.11.2011, Rs. C-70/10, Rn. 31 - *Scarlet Extended*; im deutschen Recht st. Rspr, zuletzt BGH NJW 2012, 148 - *Blogspot*; BGH NJW 2013, 2348 - *Autocomplete*; BGH MMR 2014, 55 - *Kinderhochstühle im Internet II*.

¹⁵⁶⁹ *Ricke*, IPTV und Mobile TV, 282 f.

¹⁵⁷⁰ Diese Parallele zieht die amtliche Begründung zum 10. RÄStV, S. 29.

nach § 52a Abs. 2 Satz 3 RStV allerdings keine Sperrung von Internet-Inhalten angeordnet, sondern eine Sperrung von Rundfunkprogrammen.

Im Oberbegriff sind Netzsperrungen eine Sperrung eines Inhalts auf *Netzebene*; das heißt, nicht die (Aus-)Sendung des Inhalts wird verhindert, sondern erst dessen Verbreitung.¹⁵⁷¹ Eine solche Netzsperrung ist gegenüber einem Zugriff am *Endpunkt* des Netzes („Löschen“) die weniger geeignete Maßnahme, und schon deswegen ordnet § 52a Abs. 2 Satz 3 RStV eine strenge Subsidiarität an.¹⁵⁷² Darüber hinaus sind Netzsperrungen aber auch in verschiedener anderer Hinsicht rechtlich problematisch. Unter anderem beeinträchtigt eine solche Sperrung die Informationsfreiheit der Bürger, die Rundfunk- und Meinungsfreiheit der Rundfunkveranstalter und auch die Staatsfreiheit des politischen Diskurses.¹⁵⁷³ Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die Plattformanbieter die Rechtsverletzung nicht selbst geschaffen haben, im ordnungsrechtlichen Sinn also *Nichtstörer* sind.¹⁵⁷⁴ Insofern gilt hier ein strenger Verhältnismäßigkeitsmaßstab, der sich in den Tatbestandsmerkmalen „technisch möglich und zumutbar“ spiegelt.¹⁵⁷⁵

§ 52a Abs. 2 RStV ist isoliert verstanden nicht mit dem EU-Sendestaatsprinzip vereinbar: Programme, die aus dem EU-Ausland stammen, dürfen nicht ohne weiteres innerhalb von Deutschland gesperrt werden, nur weil sie mit dem *innerstaatlichen* Recht nicht vereinbar sind. Vielmehr unterliegen sie vorrangig dem Recht ihres Sendestaats; dieses muss sich selbst wieder am Mindestmaßstab der AVMD-Richtlinie messen lassen.¹⁵⁷⁶ Gleiches gilt auch im Anwendungsbereich des Übereinkommens für grenzüberschreitendes Fernsehen.¹⁵⁷⁷ Aus beiden Normwerken ergibt sich ein Verbot, Programme aus bestimmten privilegierten Herkunftsländern bei der Weiterverbreitung innerhalb Deutschlands zu behindern.

¹⁵⁷¹ Dem Wortlaut nach könnte es sich auch um andere Maßnahmen als die Einstellung des Gesamtprogramms handeln, z.B. die Verpflichtung zur Ausstrahlung einer Beanstandung. Dies ist jedoch sowohl aus Zumutbarkeitsgründen als auch rein praktisch gesehen unrealistisch. Vgl. dazu Ricke, IPTV und Mobile TV, 283.

¹⁵⁷² HRKDSC, RStV, § 52a Rn. 7.

¹⁵⁷³ Siehe nur Assion, K&R 2014, 333 m.w.N.

¹⁵⁷⁴ Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52a RStV Rn. 8; Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 11.

¹⁵⁷⁵ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52a Rn. 11 f.; Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52a RStV Rn. 8; vgl. auch die Begründung zum 10. RÄStV, S. 29.

¹⁵⁷⁶ Zum Sendestaatsprinzip siehe ab S. 229.

¹⁵⁷⁷ Zur verbleibenden Bedeutung des Übereinkommens vgl. Fink et al. ZUM 2011, 292.

Das Problem lässt sich über die Normenkonkurrenz lösen: Für den Fall, dass ein Programm aus dem EU-Ausland gegen deutsches Recht verstößt, verweist (nur) § 51b Abs. 1 Satz 2 RStV auf das Verfahren nach Art. 3 der AVMD-Richtlinie bzw. des Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen.¹⁵⁷⁸ Diese Vorschrift ist im Abschnitt zur Weiterverbreitung enthalten, gehört also formal *nicht* zum Plattformregime. § 51b Abs. 1 Satz 2 RStV muss aber dennoch im Rahmen der europarechts-konformen Auslegung als *lex specialis* Vorrang gegenüber § 52a Abs. 2 RStV haben.

9.3.4 Veränderungs- und Vermarktungsverbot

Gem. § 52a Abs. 3 RStV ist es Plattformanbietern verboten, die Programme, die sie übertragen, inhaltlich und technisch zu verändern oder sie ohne Zustimmung des Plattformanbieters zu vermarkten.

9.3.4.1 Veränderungsverbot

Der erste Teil des § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV verbietet Plattformbetreibern, die übertragenen Rundfunkprogramme inhaltlich und technisch ohne Zustimmung zu verändern. Satz 2 erlaubt von diesem Verbot unter bestimmten Voraussetzungen Abweichungen.

Die Vorschrift bezieht sich einerseits auf den Schutz der Integrität des Programminhaltes. Der Plattformanbieter darf deshalb nicht das Programm selbst ändern, indem er z.B. einzelne Teile überblendet. Er darf das Signal des Programms auch nicht gegen den Willen des Programmveranstalters verschlüsseln.¹⁵⁷⁹ Dieser Schutz ergibt sich parallel auch aus dem Urheberrecht, da solche Handlungen jeweils auch das Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens verletzen.¹⁵⁸⁰

Darüber hinaus schützt § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV aber nicht nur das Programm selbst, sondern auch den Multiplex-Datenstrom als solchen.¹⁵⁸¹ Dies ergibt sich u.a. aus der Begründung zum 10. RÄStV, nach der § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV insbesondere „Rundfunkveranstalter, die ihre Angebote bündeln“ schützen soll, und zwar auch vor „technischen“ Veränderungen.¹⁵⁸² Dies betrifft vor

¹⁵⁷⁸ Wille et al., in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 51b Rn. 34.

¹⁵⁷⁹ LG Bremen MMR 2013, 816, 818 f.; Hoeren/Neurauter, IPTV, 164.

¹⁵⁸⁰ Ausführlich Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 79 ff.

¹⁵⁸¹ Zum Multiplexing siehe oben ab S. 63.

¹⁵⁸² Siehe die Begründung zum 10. RÄStV, S. 29; vgl. auch Ricke, IPTV und Mobile TV, 284.

allein die öffentlich-rechtlichen Sender, die einigen Aufwand betreiben, um ihre „Multiplexhoheit“ zu gewährleisten.¹⁵⁸³

In diesem Konfliktfeld regeln § 52a Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 RStV einerseits und § 52a Abs. 3 Satz 2 RStV andererseits den Interessenausgleich.¹⁵⁸⁴ Plattformanbieter dürfen die fremden Multiplex-Datenströme grundsätzlich nicht „aufschnüren“ und in veränderter Form weitersenden.¹⁵⁸⁵ Anderes gilt aber, soweit es sich lediglich um „technische Änderungen“ handelt, die nicht den Inhalt des Programms betreffen, die Änderungen lediglich einer effizienten Kapazitätsnutzung dienen und die „vereinbarten Qualitätsstandards“ nicht beeinträchtigt werden.¹⁵⁸⁶

Anders als offenbar von den Gesetzgebern beabsichtigt, betrifft die Vorschrift vor allem Fälle, in denen es *keine* vertragliche Regelung zwischen den Parteien gibt.¹⁵⁸⁷ Denn Einspeiseverträge regeln häufig schon vertraglich, ob Veränderungen zulässig sind bzw. in welcher Form ein Plattformanbieter Programmsignale abändern darf. § 52a Abs. 3 RStV wird deshalb vor allem dann relevant, wenn ein Einspeisevertrag fehlt.¹⁵⁸⁸

Gerade aus diesem Grund hat die Vorschrift auch Bedeutung für einen Randaspekt der *gesetzlichen* Übertragungspflichten nach § 52b RStV: § 52a Abs. 3 RStV verhindert, dass Plattformanbieter die gesetzlichen Must-Carry-Pflichten unterlaufen, indem sie das Programmsignal während des Transports beeinträchtigen.¹⁵⁸⁹ Ein auf Effizienz angelegtes Bitratenmanagement ist Plattformanbietern aber auch *ohne* Zustimmung des Programmveranstalters erlaubt, solange die Übertragungsqualität noch dem marktüblichen Standard entspricht.¹⁵⁹⁰

¹⁵⁸³ Wille ZUM 2002, 261, 265; Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 905.

¹⁵⁸⁴ Marek, Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag, 9, sieht den Gesetzgeber durch Art. 5 GG gebunden.

¹⁵⁸⁵ HRKDSC, RStV, § 52a Rn. 9; a.A. offenbar V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 33 ff.

¹⁵⁸⁶ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 18.

¹⁵⁸⁷ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 18.

¹⁵⁸⁸ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 18.

¹⁵⁸⁹ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 17.

¹⁵⁹⁰ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 18; HRKDSC, RStV, § 52a Rn. 10.

Soweit es sich um Must Carry-Programme handelt, darf der Plattformbetreiber außerdem nicht den Mindeststandard der „technischen Gleichwertigkeit“ gem. § 52b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 d) RStV unterlaufen.¹⁵⁹¹

9.3.4.2 Vermarktungsverbot

Nach § 52a Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 RStV darf ein Plattformanbieter nicht einzelne Rundfunkprogramme oder Inhalte ohne Zustimmung des Programmveranstalters in Programmpakete aufnehmen oder in anderer Weise entgeltlich oder unentgeltlich vermarkten. Die Bestimmung erweitert also das Verfügungsrecht der Programmveranstalter auch auf die konkrete *Vermarktungsvariante*.

§ 52a Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 RStV ist die einzige Vorschrift der Plattformregulierung, die Aktivitäten des Plattformanbieters auf der Marktseite der *Abnehmer* betrifft. Auf dieser Marktseite erzielen die Plattformbetreiber den Löwenanteil ihrer Umsätze.¹⁵⁹² Diese Marktseite ist deshalb in wirtschaftlicher Hinsicht viel wichtiger als die Einspeiseentgelte; maßgeblich das dort angelegte Erlöspotential führt dazu, dass die Must Carry-Regeln nicht unverhältnismäßig sind.¹⁵⁹³

Das Vermarktungsverbot wurde ursprünglich eingeführt, um Befürchtungen der öffentlich-rechtlichen Veranstalter zu begegnen.¹⁵⁹⁴ Diese argwöhnten, die Kabelnetzbetreiber könnten bei den Endkunden für ihre gebührenfinanzierten Programme Zusatzentgelte verlangen.¹⁵⁹⁵

Die Vorschrift betrifft, wie auch der erste Halbsatz des § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV, einen Bereich, der häufig schon *vertraglich* geregelt ist. Bedeutung erhält aber auch das Vermarktungsverbot erst, wenn eine vertragliche Absprache zu den Vermarktungsmodalitäten fehlt. § 52a Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 RStV verleiht in diesem Fall dem Programmveranstalter das *gesetzliche* Recht, dem Plattformanbieter die Art der Vermarktung vorzugeben.¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹¹ Siehe dazu ab S. 364.

¹⁵⁹² *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 22 ff.

¹⁵⁹³ Zur Verhältnismäßigkeit von „unkompensierten“ Must Carry-Pflichten siehe ab S. 188.

¹⁵⁹⁴ Vgl. aber auch *HRKDSC*, RStV, § 52a Rn. 9.

¹⁵⁹⁵ *Wille* ZUM 2002, 261, 263 f.

¹⁵⁹⁶ LG Bremen MMR 2013, 816, 818

Untersagen darf ein Programmveranstalter gem. § 52a Abs. 3 RStV nur die „Vermarktung“ seiner Programme – allerdings auch, wenn diese Vermarktung „unentgeltlich“ erfolgt. Als Beispiel für eine (unzulässige) Vermarktung nennt das Gesetz, dass ein Plattformbetreiber „einzelne Rundfunkprogramme oder Inhalte“ in „Programmpakete“ aufnimmt.

Gerade daraus, dass § 52a Abs. 3 RStV von einer „unentgeltlichen Vermarktung“ spricht, ergibt sich, dass die Vorschrift einen *weiten Schutzzweck* verfolgt: Der Programmveranstalter soll die (Mit-)Kontrolle über sämtliche Aspekte der Vermarktung haben, soweit diese Vermarktung seine Programminteressen berührt. Entsprechend ist „Vermarktung“ i.S.d. § 52a Abs. 3 RStV *jede* Form der Entgelterhebung oder Bewerbung der Plattform, soweit dabei das Angebot des Plattformanbieters mit der Bezugsmöglichkeit für das jeweilige Programm assoziiert wird.¹⁵⁹⁷ Keine programmbezogene Vermarktung liegt vor, wenn der Plattformbetreiber ein allgemeines technisches Angebot vermarktet, z.B. die sog. Kabelanschlüsse. Wird dieses Angebot aber unter Einbeziehung von Programmmarken beworben, liegt bereits eine „Vermarktung“ vor.

Unzulässig ist nach dem Gesetzestext insbesondere die „Aufnahme in Programmpakete“ ohne Zustimmung des Programmveranstalters. Vom Begriff „Programmpaket“ lassen sich Parallelen zum Begriff des „Gesamtangebots“ ziehen, der in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV vorkommt. In beiden Fällen geht es um die spezifische Gefahr, dass ein Plattformanbieter fremde Programme technisch und/oder durch Vermarktung zusammenfasst und dadurch auf die Rezeption dieser Programme Einfluss nimmt.¹⁵⁹⁸ Ein „Programmpaket“ entsteht insofern ähnlich wie ein „Gesamtangebot“, indem ein Plattformanbieter Programme gemeinsam verschlüsselt und/oder vermarktet.¹⁵⁹⁹ Diese Paketbildung ist als spezielle Variante der Vermarktung dann untersagt, sofern der Programmveranstalter nicht zustimmt.

¹⁵⁹⁷ In der Praxis werben Plattformbetreiber häufig für sog. „Basispakete“ oder „Digitalpakete“, verweisen in der Werbung aber auf konkrete Programme. In einem solchen Fall wäre von einem Programmbezug auszugehen – und somit von einer Vermarktung des Programms, die ohne Zustimmung des Veranstalters unzulässig ist.

¹⁵⁹⁸ Zur Regulierungsbedürftigkeit von Plattformbetreibern siehe insbesondere ab S. 105 (hinsichtlich der tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklung), ab S. 117 (aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht) und ab S. 147 (aus verfassungsrechtlicher Sicht). Zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale „Zusammenfassung“ und „Gesamtangebot“ siehe ab S. 242.

¹⁵⁹⁹ Wille ZUM 2002, 261, 263; Schulz K&R 2000, 9, 10.

Das Recht der Rundfunkveranstalter, eine bestimmte Vermarktung ihrer Programminhalte zu verbieten, ist *selbst* wieder gewissen Grenzen unterworfen.

Diese können sich aus rundfunkrechtlichen, urheberrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Normen ergeben und werden noch im Abschnitt „Must Offer“ erläutert.¹⁶⁰⁰

9.3.5 Technische Zugangsfreiheit

§ 52c Abs. 1 Satz 1 RStV verpflichtet die Plattformanbieter zu gewährleisten, dass ihre Technik ein vielfältiges Angebot ermöglicht. Dies konkretisiert Satz 2 bezüglich drei technischen Funktionen, die die Gesetzgeber für besonders „vielfaltsrelevant“ halten: Zugangsberechtigungssysteme, Anwendungsschnittstellen und Benutzeroberflächen.

Die Vorschrift beruht auf der TV-Normenrichtlinie,¹⁶⁰¹ die mittlerweile in der Zugangsrichtlinie aufgegangen ist.¹⁶⁰² Während die Vorgängervorschrift (§ 53 RStV a.F.) offenbar noch als Umsetzung des Europarechts gemeint war, haben sich die Landesgesetzgeber mittlerweile aber vom Wortlaut des Europarechts gelöst.¹⁶⁰³ Die Umsetzung der Zugangsrichtlinie erfolgt derweil weiterhin in § 50 TKG.

Soweit § 52c RStV und § 50 TKG voneinander abweichen, wirft dies Fragen nach der Normenkonkurrenz auf.¹⁶⁰⁴ Auf das Verhältnis zwischen Medien- und Telekommunikationsrecht wurde bereits eingegangen:¹⁶⁰⁵ Grundsätzlich hat demnach § 50 TKG gem. Art. 31 GG Vorrang; allerdings nur insoweit, als dies nicht den *Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens* verletzt. Der Bund darf deshalb mit § 50 TKG nicht übermäßig tief in von der Länderautonomie geschützte Bereiche eindringen. Zu einer echten Normenkollision dürfte es aber im Normalfall nicht kommen, da die TK-rechtlichen Vorgaben keinen Anspruch haben, *ausschließlich* zu gelten.¹⁶⁰⁶

¹⁶⁰⁰ Zu Must Offer siehe ab S. 423.

¹⁶⁰¹ Siehe zur Entstehungsgeschichte ab S. 17.

¹⁶⁰² Siehe zum europarechtlichen Hintergrund ab S. 226.

¹⁶⁰³ *Holznapel/Jahn*, in: Spinder/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, § 52c RStV Rn. 13; *HRKDSC*, RStV, § 52c Rn. 1.

¹⁶⁰⁴ Dazu auch *Gummer*, in: *BeckOK-InfoMedienR*, § 52c Rn. 10 ff.

¹⁶⁰⁵ Siehe ab S. 140.

¹⁶⁰⁶ Anderenfalls wären die §§ 48 ff. TKG so zu verstehen, als wollten sie bezüglich der technischen Zugangsfreiheit alles erlauben, was nicht durch sie selbst verboten wäre („Sperrwirkung“ gegenüber anderen Normen). Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil das

Die Normen des TKG und § 52c RStV kommen deshalb im Regelfall *nebeneinander* zur Anwendung, ohne dass es dabei zu Widersprüche kommt.

9.3.5.1 Gewährleistung von Vielfalt durch Technik (Satz 1)

§ 52c Abs. 1 Satz 1 RStV verpflichtet die Plattformanbieter, die *technischen Voraussetzungen* für ein vielfältiges Angebot zu schaffen. Insofern unterscheidet sich § 52c RStV von § 52b RStV: § 52b RStV verpflichtet die Plattformbetreiber unmittelbar auf die *Herstellung* eines vielfältigen Programmangebotes, nicht nur auf die Gewährleistungen der „Voraussetzungen“ der Rundfunkvielfalt – § 52c RStV beschränkt sich demgegenüber auf die *Offenhaltung* der Plattform. Die *Herstellung* von Vielfalt bleibt somit letztlich dem Wettbewerb der Rundfunkveranstalter bzw. der Regulierung nach § 52b RStV überlassen.¹⁶⁰⁷

Ob die beiden Sätze des § 52c RStV eigenständig auszulegen sind, ist umstritten.¹⁶⁰⁸ Während der erste Satz abstrakt eine *positive* Gewährleistungsverantwortung formuliert, *verbietet* Satz 2 (*negativ*) konkrete Handlungen. Der Wortlaut des § 52c RStV enthält auch keinen Hinweis darauf, dass einer der beiden Sätze den anderen „verdrängen“ sollte. Vielmehr stehen beide Sätze systematisch gesehen gleichberechtigt nebeneinander.

Aus diesem Grund wird an dieser Stelle die Meinung vertreten, dass Satz 1 als *eigenständiger* Tatbestand mit *eigenständiger* Rechtsfolge zu lesen ist – er steht insofern unabhängig von Satz 2. Allerdings ist die Rechtsfolge des Satzes 1 (Pflicht zur Gewährleistung eines vielfältigen Angebotes) so abstrakt formuliert, dass sie auch die Rechtsfolgen des Satzes 2 (Verbot bestimmter Diskriminierungen oder Behinderungen) vollständig mit erfasst.¹⁶⁰⁹ Satz 1 ist daher zwar eigenständig, jedoch in engem Zusammenhang mit Satz 2 auszulegen.¹⁶¹⁰

TKG in § 2 Abs. 5 Satz 2 TKG speziell festlegt, dass medienrechtliche Normen unberührt bleiben.

¹⁶⁰⁷ Insofern entspricht § 52b RStV eher dem Gedanken der Inhaltsregulierung, während § 52c RStV eher der Offenheitsregulierung dient. Zum Begriffspaar siehe ab S. 136.

¹⁶⁰⁸ Holznagel/Jahn, in: Spinder/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 52c RStV Rn. 25; Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 34.

¹⁶⁰⁹ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52c Rn. 20.

¹⁶¹⁰ Holznagel/Jahn, in: Spinder/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 52c RStV Rn. 25.

Die Aussage der Norm ist demzufolge: Satz 1 formuliert eine *allgemeine* Verhaltenspflicht für Plattformanbieter, die in Satz 2 *konkret* ausgedrückt wird – ähnlich der Regelbeispielstechnik.¹⁶¹¹ Der Plattformanbieter erfüllt demnach seine Pflicht aus Satz 1 *im Regelfall* dadurch, dass er die Vorgaben des Satzes 2 beachtet. Nur in *atypischen Fällen* kann ein Verstoß gegen die Gewährleistungspflicht des Satzes 1 vorliegen, obwohl die Pflichten des Satzes 2 erfüllt sind.

Ein (isolierter) Verstoß gegen § 52a Abs. 1 Satz 1 RStV liegt demnach nur dann vor, wenn der Plattformanbieter seine Pflicht verletzt hat, „dafür zu sorgen, dass die eingesetzte Technik ein vielfältiges Angebot möglich macht,“¹⁶¹² ohne dass zugleich auch der speziellere Satz 2 verletzt ist.

9.3.5.2 Behinderungs- und Diskriminierungsverbot (Satz 2)

Die Pflicht des Plattformanbieters, gem. § 52c Abs. 1 Satz 1 RStV Vielfalt zu ermöglichen, wird in Abs. 1 Satz 2 durch ein Behinderungs- und Diskriminierungsverbot ergänzt. Konkret untersagt § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV einerseits die *unbillige Behinderung*, andererseits die *Ungleichbehandlung* gleichartiger Anbieter ohne sachlich gerechtfertigten Grund. Beide Varianten sind Ausprägungen des Grundsatzes der kommunikativen (Zugangs-) Chancengleichheit.¹⁶¹³

Während Satz 1 sich noch klar auf „Plattformanbieter“ bezogen hatte, ist Satz 2 passivisch formuliert und lässt deshalb den Normadressaten nicht genau erkennen. *Schulz* leitet daraus ab, § 52c Satz 2 RStV sei auch auf Anbieter anzuwenden, die *nicht* als Plattformanbieter anzusehen sind, soweit deren Systeme auch im Rahmen von Plattformen zur Anwendung kommen.¹⁶¹⁴ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass ein solcher „Adressatenwechsel“ systematisch überraschend wäre. Beinahe sämtliche umliegenden Normen sind ausschließlich an Plattformanbieter i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 gerichtet.¹⁶¹⁵ Satz 2 gibt nicht zu erkennen, dass er von der Adressierung des Satzes 1 („Anbieter von Plattformen, die Rundfunk und vergleichbare Telemedien

¹⁶¹¹ HRKDSC, RStV, § 52c Rn. 15 f.

¹⁶¹² Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52c Rn. 31.

¹⁶¹³ Holznagel/Jahn, in: Spinder/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 52c RStV Rn. 26; Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 42.

¹⁶¹⁴ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 39 und 49; siehe auch Schütz/Schreiber MMR 2012, 659; Broemel ZUM 2012, 866; Broemel MMR 2013, 83.

¹⁶¹⁵ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52c Rn. 25. Ein weiterer „Adressatenwechsel“ liegt allerdings in § 52a Abs. 2 Satz 2 RStV, der (rein deklaratorisch) auch Programmveranstalter bzw. dritte Anbieter von Diensten verpflichtet.

verbreiten“) abweichen will. Auch die Begründung zum 10. RÄStV nennt als Normadressaten des § 52c RStV nur Plattformanbieter.¹⁶¹⁶

Die These von *Schulz*, auch die Kontrolleure bestimmter technischer Flaschenhälse selbst (z.B. Endgerätehersteller) seien erfasst, ist außerdem schwer mit dem Wortlaut des § 52c Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 RStV vereinbar: Nach dieser Norm gilt das Gebot der technischen Zugangsfreiheit für die Normadressaten, *auch soweit sie Endgeräteherstellern Vorgaben machen*.¹⁶¹⁷ Wenn aber die Endgerätehersteller schon *selbst* von der Norm erfasst würden, macht eine zusätzliche Regulierung von an sie gerichteten *Vorgaben* keinen Sinn.¹⁶¹⁸ Demnach ist davon auszugehen, dass § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV sich ebenso (nur) an Plattformbetreiber richtet wie Satz 1.¹⁶¹⁹

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass nach der hier vertretenen Ansicht eine Stellung als Plattformanbieter i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nicht nur aus einer Kontrolle über ein (eigenes) Kabelnetz folgt, sondern auch vorliegt, wenn der betreffende Anbieter die Programme in ein Conditional Access-System einbindet, sie über eine eigene Benutzeroberfläche vermarktet und/oder am Markt nur gebündelt abgibt.¹⁶²⁰ Die Kontrolle über einen der technischen Flaschenhälse, die § 52c Satz 2 RStV reguliert, führt deshalb im Regelfall auch zu einer Stellung als Plattformanbieter.

Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot nach § 52c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 RStV beschränkt sich auf drei konkrete technische Funktionen, die die Gesetzgeber in Zusammenhang mit dem Betrieb einer Plattform bringen. Die Gesetzgeber gehen davon aus, dass sich Veränderungen an (1.) einem Conditional Access-System, (2.) einer Benutzerschnittstelle oder (3.) an einer

¹⁶¹⁶ Vgl. die Begründung zum 10. RÄStV, S. 32: „In Nachfolge des bisherigen § 53 wird dem Plattformanbieter ein Diskriminierungsverbot auferlegt [...]. [...] Durch Einsatz von Hard- und Software ist er in der Lage, die Auffindbarkeit und die Nutzungshäufigkeit wesentlich zu beeinflussen.“

¹⁶¹⁷ *Merkel et al.*, Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 83; *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 175 ff.

¹⁶¹⁸ Die Begründung zum 10. RÄStV formuliert: „Einer Diskriminierungshandlung des Plattformanbieters steht es gleich, wenn der beauftragte Gerätehersteller Zugangsberechtigungssysteme, Schnittstellen oder Benutzeroberflächen *auf dessen Veranlassung hin* diskriminierend ausgestaltet“ (S. 33, Herv. nicht im Original). Auch hier wird deutlich, dass nicht etwa die Handlung des Geräteherstellers reguliert werden soll, sondern lediglich an diesen gerichtete „Aufträge“ bzw. „Veranlassungen“ durch den Plattformbetreiber.

¹⁶¹⁹ So auch *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52c Rn. 21 ff.; *HRKDSC*, RStV, § 52c Rn. 13.

¹⁶²⁰ Siehe allgemein zum Begriff des Plattformanbieters ab S. 232, speziell zum Tatbestandsmerkmal „Zusammenfassung“ ab S. 242.

Benutzeroberfläche besonders effektiv nutzen lassen, um eine Machtstellung zur Beeinträchtigung der Rundfunkvielfalt auszunutzen.¹⁶²¹

Die beiden Verbote des § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV entsprechen im Wortlaut den Missbrauchstatbeständen des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Ähnlich wie § 19 GWB, aber anders als die §§ 26 ff. RStV, beziehen sich die Verbote des § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV auf den Missbrauch von *wirtschaftlicher* bzw. *technischer* Macht. Während das GWB jedoch auf den Schutz des Wettbewerbs ausgerichtet ist,¹⁶²² will § 52c RStV die Rundfunkvielfalt schützen.¹⁶²³ Die Wertungen aus dem Kartellrecht sind auf den Rundfunkbereich in einigen Bereichen also zwar übertragbar, müssen aber *angepasst* werden, soweit sie sich in ihrem Sinn und Zweck vom Kartellrecht unterscheiden.¹⁶²⁴

9.3.5.2.1 *Behinderung*

Die erste Variante des § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV statuiert ein Behinderungsverbot. Anders als § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB schützt § 52c RStV nicht die *wirtschaftlichen* Wettbewerbsaktivitäten der Programmveranstalter, sondern vor allem ihre *kommunikativen* Wirkungsmöglichkeiten. Entsprechend ist also der Behinderungstatbestand des § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV erfüllt, wenn ein Unternehmen in der Ausübung seiner *kommunikativen* Tätigkeit beeinträchtigt wird.¹⁶²⁵ Dies kann sich mit der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigung decken, muss es aber nicht.

9.3.5.2.2 *Diskriminierung gleichartiger Unternehmen*

Der Diskriminierungstatbestand verbietet eine unterschiedliche Behandlung von „gleichartigen Unternehmen“ ohne rechtfertigenden Grund.

Das Tatbestandsmerkmal der *Gleichartigkeit* dient im *Kartellrecht* nach der h.M. nur einer groben Vorprüfung und soll der genauen Überprüfung auf die Unbilligkeit der Diskriminierung nicht vorgreifen.¹⁶²⁶ Allerdings erfordert eine Gleichartigkeit nach kartellrechtlichen Erwägungen, dass die Unternehmen im gleichen Geschäftsverkehr, d.h. im gleichen Markt aktiv sind.¹⁶²⁷ Dies kann so *nicht* unmittelbar für die Auslegung des § 52c RStV

¹⁶²¹ Dem ist zuzustimmen, siehe dazu ab S. 121.

¹⁶²² Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 20 GWB Rn. 1.

¹⁶²³ Zum Verhältnis zwischen Rundfunk- und Wettbewerbsrecht siehe ab S. 341.

¹⁶²⁴ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 42.

¹⁶²⁵ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52c Rn. 34.

¹⁶²⁶ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 20 GWB Rn. 93.

¹⁶²⁷ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 20 GWB Rn. 97 f.

übernommen werden. Denn § 52c RStV schützt die kommunikative Chancengerechtigkeit – und für Kommunikation gibt es in diesem Sinn keinen „Geschäftsverkehr“ oder „Markt“.¹⁶²⁸ Es können hier also kein Vergleichsmarktkonzept oder ähnliche kartellrechtliche Überlegungen herangezogen werden, um die „Gleichartigkeit“ von Programmen festzustellen.

Welche Programme „gleichartig“ sind, muss sich folglich nach originär rundfunkrechtlichen Maßstäben entscheiden. Daraus lässt sich ableiten, dass schon im Ausgangspunkt Rundfunkprogramme und „vergleichbare Telemedien“ nicht „gleichartig“ sind. Diese Kategorien sind, den rundfunkrechtlichen Wertungen entsprechend, schon grundsätzlich nicht miteinander vergleichbar.¹⁶²⁹ Gleiches gilt für private und öffentlich-rechtliche Programme. Im Übrigen ist der Maßstab der „Gleichartigkeit“ eher weit zu ziehen, um der späteren Rechtfertigungsprüfung nicht den Anwendungsbereich zu entziehen.

9.3.5.2.3 *Rechtfertigung von Behinderungen und Diskriminierungen*

Behinderungen sind nach § 52c RStV nur unzulässig, wenn sie unbillig sind; Diskriminierungen nur, wenn sie nicht *sachlich gerechtfertigt* sind. Die Begriffe der *Unbilligkeit* bzw. der *sachlichen Rechtfertigung* (von Ungleichbehandlungen) sind im RStV nicht weiter konkretisiert.

Im *Kartellrecht* beurteilt sich die Frage, ob eine Behinderung „unbillig“ bzw. eine Diskriminierung „sachlich gerechtfertigt“ ist, nach einer allgemeinen „Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB“.¹⁶³⁰ Die Kartellaufsichtsbehörden und Gerichte nehmen also eine breit angelegte Betrachtung vor, in der sie allgemein bewerten, ob der Wettbewerb von der beanstandeten Handlung eher beeinträchtigt wird oder von ihr profitiert.

Ähnlich lässt sich aus § 52c RStV ableiten, dass eine Behinderung unbillig bzw. eine Ungleichbehandlung sachlich nicht gerechtfertigt ist, wenn eine „Abwägung der Interessen der Beteiligten“ dies ergibt. Bei dieser Abwägung sind jedoch nicht die Maßstäbe des GWB zugrunde zu legen, sondern die des

¹⁶²⁸ Vgl. dazu ab S. 152.

¹⁶²⁹ Siehe dazu ausführlich zum parallel auszulegenden § 52d Satz 1 RStV ab S. 399.

¹⁶³⁰ BGH GRUR 2004, 966 - *Standard-Spundfass*; BGH NJW 1996, 2656 - *Pay-TV-Durchleitung*; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 20 GWB Rn. 129.

Medienrechts und der verfassungsrechtlichen Kommunikationsordnung. Das Ziel der Plattformregulierung ist nicht ein freies Spiel der *wirtschaftlichen* Wettbewerbskräfte, sondern die Gewährleistung optimaler Bedingungen für die individuelle und gesellschaftliche *Meinungsbildung* im Sinn des Demokratieprinzips und der Kommunikationsfreiheiten.¹⁶³¹ Statt der Wettbewerbsfreiheit ist also die kommunikative Chancengleichheit als Bewertungsmaßstab heranzuziehen.¹⁶³²

Entsprechend formuliert die Begründung zum 8. RÄStV: „Der Grund für eine sachliche Ungleichbehandlung muss im Lichte der Sicherung der Meinungsvielfalt bestehen können.“ Die Begründung zum 10. RÄStV ergänzt, nachprüfbare Gründe für eine Ungleichbehandlung könnten „in der Besonderheit des Angebots oder seiner technischen Erfordernisse“ liegen.¹⁶³³ Letztlich ist somit die Frage, ob eine Behinderung unbillig bzw. eine Diskriminierung sachlich gerechtfertigt ist, eine des individuellen Einzelfalls.¹⁶³⁴

§ 52c Satz 2 Nr. 1 bis 3 RStV beschränkt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot auf den Umgang mit *konkreten technischen Funktionen*. Es ist also nicht jede Behinderung oder Diskriminierung verboten, sondern nur die, bei der Conditional Access-Systeme, Schnittstellen oder Benutzeroberflächen zum Einsatz kommen. Diskriminierungen oder Behinderungen, die außerhalb dieser technischen Funktionen stattfinden, können aber immer noch nach Satz 1 oder nach § 52d RStV unzulässig sein.

9.3.5.2.3.1 Zugangsberechtigungssysteme

Ein Zugangsberechtigungssystem ist (entsprechend der englischen Bezeichnung „Conditional Access System“, CAS) ein System, das Zugang zu Rundfunkprogrammen nur unter bestimmten *Bedingungen* gewährt.¹⁶³⁵ Der Gesetzeswortlaut verbietet Plattformanbietern, Rundfunkveranstalter „durch“ solche Zugangsberechtigungssysteme bei der Verbreitung ihrer Inhalte zu behindern oder zu diskriminieren. Dies meint wohl vor allem Fälle, in denen der Plattformbetreiber den Programmveranstaltern weitreichende

¹⁶³¹ Siehe zu den allgemeinen Zielen der Plattformregulierung ab S. 129.

¹⁶³² *Holznagel/Jahn*, in: Spinder/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, § 52c RStV Rn. 27; *Schulz/Kühlers*, *Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen*, 54.

¹⁶³³ Begründung zum 10. RÄStV, S. 32.

¹⁶³⁴ Vgl. auch *HRKDSC*, RStV, § 52c Rn. 19.

¹⁶³⁵ *HRKDSC*, RStV, § 52c Rn. 21.

Zugeständnisse abverlangt, wenn diese sein CAS nutzen wollen.¹⁶³⁶ Ein Missbrauch kann z.B. in der Erhebung überhöhter oder diskriminierender Nutzungsgebühren bestehen.¹⁶³⁷

Vor dem Hintergrund, dass Rundfunkfreiheit vorrangig *Programmfreiheit* ist, darf der Plattformbetreiber den Zugang zu seinem Conditional Access-System auch nicht von programmbezogenen *inhaltlichen* Vorgaben abhängig machen.

9.3.5.2.3.2 Schnittstellen

Eine Schnittstelle (im Englischen „Interface“) ist der Punkt, an dem ein informationstechnisches System mit der Außenwelt Daten austauscht. Geht es um eine Software-Schnittstelle (Application Program Interface, API), ist eine solche Schnittstelle kein Steckanschluss am Gerät, sondern eine Spezifikation, nach der Daten ausgetauscht werden.¹⁶³⁸ Schnittstellen speziell i.S.d. § 52c RStV ermöglichen, dass Anwendungssoftware, die auf einer Set-Top-Box aufgespielt wird, auch mit deren Betriebssystem und Hardware Daten austauschen kann.¹⁶³⁹ Die Schnittstelle dient also z.B. dazu, dass eine aufgespielte elektronische Fernsehzeitschrift aktuelle Programmdaten aus dem System erhalten oder das Fernsehprogramm per Softwarebefehl wechseln kann. Insofern sind offene Schnittstellen eine Voraussetzung für Vielfalt auf dem Markt für Benutzeroberflächen.

9.3.5.2.3.3 Benutzeroberflächen

Nach § 52c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RStV haben Plattformanbieter die Pflicht, ihre *Benutzeroberflächen* so zu gestalten, dass Anbieter von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien nicht unbillig behindert oder diskriminiert werden.

Bis zum 8. RÄStV hatte der § 53 RStV a.F. sich auf „Navigatoren“ bezogen, der 8. RÄStV stellte dann um auf „Systeme, die auch die Auswahl von Fernsehprogrammen steuern und die als übergeordnete Benutzeroberfläche für alle über das System angebotenen Dienste verwendet werden“. Seit dem 10. RÄStV bezieht sich § 52c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RStV nunmehr auf

¹⁶³⁶ Begründung zum 10. RÄStV, S. 32.

¹⁶³⁷ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 45.

¹⁶³⁸ Speziell zu Middleware im Fernsehen V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 58.

¹⁶³⁹ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 49.

„Benutzeroberflächen“, die „den ersten Zugriff auf Angebote herstellen“.¹⁶⁴⁰ Die Gesetzgeber haben den Wortlaut also präzisiert: Statt *übergeordneter* Benutzeroberflächen sind nun nur noch solche Oberflächen erfasst, die sich *unmittelbar* auf den „ersten Zugriff“, also den Start von Rundfunkprogrammen beziehen.¹⁶⁴¹ Das Tatbestandsmerkmal stellt außerdem klar, dass nutzerindividuelle Anpassungen zulässig sind.¹⁶⁴² Es geht aber immer noch um Systeme, die durch Voreinstellungen, Programmsortierungen etc. die *Aufmerksamkeit* der Programmnutzer lenken und so beeinflussen, welche Rundfunksender diese einschalten.

Inhaltlich ist die Auslegung des § 52c Abs. 1 Nr. 3 RStV vor allem eine Frage des Einzelfalls.¹⁶⁴³ Abstrakt lässt sich festhalten, dass Benutzeroberflächen jedenfalls dann diskriminierungs- und behinderungsfrei sind, wenn die Listung der Programme sich an einem nachvollziehbaren Kriterium orientiert, z.B. den sog. Zuschauermarktanteilen oder einem Branchenkonsens wie dem gemeinsamen Anforderungspapier von ARD, ZDF und VPRT.¹⁶⁴⁴

Die Regelungen des § 52c RStV werden von der technischen Entwicklung überholt. Bei den modernen „Smart TV“-Endgeräten werden die ehemals statischen Menüs vermehrt durch dynamische „Recommendation Engines“ und redaktionell gestaltete Programmportale ersetzt. Häufig werden solche „Smart TV-Portale“ von den *Endgeräteherstellern* kontrolliert. Diese können so eine Machtposition begründen, die der eines rundfunkrechtlichen Plattformanbieters entspricht. Ob die Endgerätehersteller Rundfunkprogramme auch „zusammenfassen“, so dass sie als Rundfunkplattformen zu betrachten sind, ist nach der hier vertretenen Ansicht aber eine Frage des Einzelfalls.¹⁶⁴⁵

¹⁶⁴⁰ HRKDSC, RStV, § 52c Rn. 23.

¹⁶⁴¹ Hoeren/Neurauter, IPTV, 181 f.; wohl a.A. Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 47.

¹⁶⁴² HRKDSC, RStV, § 52c Rn. 23.

¹⁶⁴³ Ausführlich Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 85 ff.

¹⁶⁴⁴ HRKDSC, RStV, § 52c Rn. 23; Hoeren/Neurauter, IPTV, 183.

¹⁶⁴⁵ Vgl. auch Schütz/Schreiber MMR 2012, 659, 660; Broemel ZUM 2012, 866; Broemel MMR 2013, 83.

9.3.5.2.4 Abweichende Lösung in der Plattformsatzung

Die Zugangs- und Plattformsatzung regelt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot in § 4, einzelne Begriffsdefinitionen enthält auch § 2. Die Satzung löst sich weitgehend vom Gesetzeswortlaut und errichtet ein eigenes System der technischen Zugangsfreiheit, das mit § 52c RStV wenig zu tun hat. In § 4 benennt die Satzung das *Behinderungsverbot* um in „Chancengleichheit“ und leitet daraus ab, die Plattformbetreiber müssten „im Rahmen des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren allen Berechtigten eine reale Chance auf Zugang zu Zugangsdiensten eröffnen.“ Die Ableitung konkreter *Pflichten* zur Zugangsöffnung findet im Wortlaut des § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV aber keine Stütze: Ein *Behinderungsverbot* ist nicht gleichzusetzen mit dem *Gebot*, konkrete Nutzungsmöglichkeiten zu eröffnen.

Aus der im Gesetz nicht angelegten Verpflichtung zur Zugangsöffnung leitet die Satzung noch weitere konkrete Pflichten ab; beispielsweise gem. § 4 Abs. 4, den „Zugangsdienst“ soweit als möglich entbündelt vom „Netzzugang“ anzubieten. Nach § 14 Abs. 1 der Satzung sollen die Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen außerdem Verbrauchern eine Entgeltliste aushändigen oder getrennt Buch führen.¹⁶⁴⁶ Hinsichtlich der Schnittstellen haben die Landesmedienanstalten in § 14 Abs. 2 den geschützten Personenkreis ausgeweitet: Auch „Dritte, die ein berechtigtes Interesse geltend machen“, können Ansprüche erheben.¹⁶⁴⁷

Dies alles ist mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, es fehlt die Ermächtigungsgrundlage. Auch wenn die Ansicht der Landesmedienanstalten in *politischer* Hinsicht sinnvoll sein mag – es fehlt ihnen an Satzungsautonomie, sie dürfen keine belastenden Pflichten für Plattformbetreiber „erfinden“. ¹⁶⁴⁸ Die Satzung ist damit auch in diesem Punkt nichtig.

¹⁶⁴⁶ Die Vorgaben der Plattformsatzung entsprechen insofern in großen Teilen den Anforderungen der Zugangsrichtlinie; siehe hierzu ab S. 228.

¹⁶⁴⁷ Holznagel/Jahn, in: Spinder/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 52c RStV Rn. 23.

¹⁶⁴⁸ Siehe zur Zugangs- und Plattformsatzung ausführlich noch ab S. 311.

9.3.6 Zuständigkeit für die Plattformaufsicht

Die Zuständigkeiten bei der Plattformaufsicht ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz. Die §§ 52 ff. RStV verweisen fast durchgängig auf die „zuständige Landesmedienanstalt“, insbesondere für die Durchsetzung der Must Carry-Vorschriften (§ 52b Abs. 4 S. 3 RStV).¹⁶⁴⁹ § 52f RStV verweist für Durchsetzungsmaßnahmen auf § 38 Abs. 1 und 2 RStV und enthält damit die für Grundrechtseingriffe notwendige Ermächtigungsgrundlage.¹⁶⁵⁰ Auch § 38 RStV spricht jeweils von der „zuständigen Landesmedienanstalt“.¹⁶⁵¹

Die *inhaltlichen* Entscheidungen der Plattformregulierung sind größtenteils den sog. gemeinsamen Organen der Landesmedienanstalten zugewiesen. Diese entscheiden – formal behördenintern, aber mit Bindungswirkung für die anderen Behördenorgane – was die jeweils örtlich zuständige Landesmedienanstalt dann im Außenverhältnis umsetzt. Konkret regelt § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 i.V.m. § 35 Abs. 2 Satz 2 eine weitgehende Zuständigkeit der ZAK; nur für die Programmauswahl vor Erlass einer Belegungsentscheidung ist die GVK zuständig.¹⁶⁵²

Umstritten ist der *Umfang* dieser Zuständigkeit. Teile der Literatur und namentlich auch Vertreter der Landesmedienanstalten sind der Ansicht, die Landesmedienanstalten seien zur *Preiskontrolle* i.S.d. § 52d RStV nicht befugt.¹⁶⁵³ Auf diesen Streit wird im Rahmen des Kapitels 11, das sich mit der Entgeltregulierung beschäftigt, gesondert eingegangen.¹⁶⁵⁴ Im Übrigen ist die Zuständigkeit der Landesmedienanstalten aber unbestritten.

9.3.7 Zugangs- und Plattformsatzung

Nach § 53 RStV regeln die Landesmedienanstalten durch „Satzungen und Richtlinien“ die „Einzelheiten zur Konkretisierung der sie betreffenden Bestimmungen dieses Abschnitts mit Ausnahme des § 51.“ Die Bestimmung wird ergänzt durch § 52 Abs. 2 Satz 3 RStV: Nach dieser Vorschrift regeln die

¹⁶⁴⁹ Lediglich § 52a Abs. 2 RStV spricht etwas missverständlich von „Aufsichtsbehörden“.

¹⁶⁵⁰ HRKDSC, RStV, § 52f Rn. 2 ff.

¹⁶⁵¹ Für die örtliche Zuständigkeit regelt § 36 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 RStV, dass jeweils die Landesmedienanstalt zuständig ist, bei der der Plattformanbieter seine Plattform angezeigt hat; vgl. *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 103.

¹⁶⁵² *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 103 und Rn. 111.

¹⁶⁵³ *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 35 ff.; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 9; HRKDSC, RStV, § 52d Rn. 9.

¹⁶⁵⁴ Siehe dazu insbesondere Abschnitt 11.3.4.3 ab S. 407.

Landesmedienanstalten durch Satzung auch, welche Plattformanbieter „unter Berücksichtigung der regionalen und lokalen Verhältnisse“ den Ausnahmetatbeständen nach § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV unterfallen sollen.¹⁶⁵⁵

Auf Basis dieser Bestimmungen haben die Landesmedienanstalten die sog. Zugangs- und Plattformsetzung (ZPS) entworfen und verabschiedet.

9.3.7.1 Rechtsnatur der ZPS

Die Zugangs- und Plattformsetzung wird im allgemeinen Sprachgebrauch – und auch in dieser Arbeit – meist im Singular genannt. Tatsächlich handelt es sich aber, wie es auch der Wortlaut des § 53 RStV fordert, um *mehrere*, wörtlich übereinstimmende Satzungen.¹⁶⁵⁶ Der Wortlaut der ZPS wurde von der ZAK zwar empfohlen, rechtliche Urheberin der jeweiligen Satzung ist aber nur die Landesmedienanstalt, die sie erlassen hat.¹⁶⁵⁷ Die Tatsache, dass die Landesmedienanstalten sich über die ZAK abgestimmt haben, ist aber nachvollziehbar und für sich gesehen nicht zu beanstanden, solange es letztlich bei einer autonomen Entscheidung der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt bleibt.¹⁶⁵⁸

Satzungsermächtigungen für die Landesmedienanstalten kommen im Medienrecht häufig vor, u.a. auch in § 35 Abs. 10 Satz 4, § 35 Abs. 11 Satz 2 und § 46 Satz 1 RStV.¹⁶⁵⁹ Die Bezeichnung dieser Rechtsakte als „Satzungen“ ist nicht unproblematisch. Satzungen im herkömmlichen Sinn sind eigentlich nur *Innenrecht*, das eine juristische Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der Selbstverwaltung für ihre eigenen Mitglieder bzw. für die Nutzung der ihr anvertrauten Güter festlegt.¹⁶⁶⁰ Die „Satzungen“, die der RStV

¹⁶⁵⁵ Zu § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV siehe auch ab S. 272.

¹⁶⁵⁶ Vesting/Kremer AfP 2010, 9, 9 f.

¹⁶⁵⁷ Beachte die Eingangsformel der Satzungen: „Aufgrund § 53 des Staatsvertrages für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) vom 31. August 1991 in der Fassung des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrages vom 19.12.2007 hat die [Landesmedienanstalt] auf Empfehlung der Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) unter Einbeziehung der Gremienvorsitzendenkonferenz (GVK) vom 11.11.2008 in ihrer Sitzung am 24.11.2008 unter Beachtung der Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung für den Empfängerkreis folgende Satzung beschlossen.“

¹⁶⁵⁸ BayVGh ZUM-RD 2010, 102, 110; Vesting/Kremer AfP 2010, 9, 10.

¹⁶⁵⁹ Echte Satzungsermächtigungen sind aber in § 11e Abs. 1 Satz 1 RStV und § 11f Abs. 3 Satz 1 RStV für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vorgesehen.

¹⁶⁶⁰ BVerfGE 33, 125, 156 – *Facharzt*.

vorsieht, sind keine Satzungen in diesem Sinn, denn sie begründen Außenrecht und ergehen auch nicht auf dem Gebiet der Selbstverwaltung.¹⁶⁶¹

Die Befugnis der Landesgesetzgeber, die Landesmedienanstalten zum Erlass von normkonkretisierenden (vermeintlichen) Satzungen zu ermächtigen, wird kontrovers diskutiert. Landesmedienanstalten sind nicht stärker demokratisch legitimiert als normale Behörden. Der Medienrat, der Landesmedienanstalten jeweils vorsteht, ist zwar mit unabhängigen und sachkundigen Vertretern besetzt, aber nicht demokratisch gewählt.¹⁶⁶² Allerdings ergibt sich nach h.M. aus der besonderen Sachkunde der Landesmedienanstalten,¹⁶⁶³ insbesondere ihrer Einbindung in „neuartige, dynamische Beziehungsnetzwerke privat-öffentlicher Kooperation“¹⁶⁶⁴ eine gewisse Eigenständigkeit, aus der sich auch die Befugnis zur Setzung von normkonkretisierendem Recht ergibt.¹⁶⁶⁵

Es kann hier offen bleiben, ob die „Satzungen“ der Landesmedienanstalten überhaupt als Satzungen einzuordnen sind, und nicht, nach dem Gedanken „falsa demonstratio non nocet“, als Rechtsverordnungen.¹⁶⁶⁶ Jedenfalls hat die Rechtsprechung zu Recht festgestellt, dass es den Landesmedienanstalten an jeder Voraussetzung für eine Satzungsautonomie fehlt; die Gerichte können die Satzungen vollständig auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht überprüfen.¹⁶⁶⁷ Bei der Setzung der „Satzungen“ sind die Landesmedienanstalten voll an die Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes gebunden, es gilt der Maßstab des Art. 80 GG.¹⁶⁶⁸

Die Landesmedienanstalten haben insofern weder eine Befugnis, sich vom Wortlaut des höherrangigen Rechts zu lösen,¹⁶⁶⁹ noch dürfen ihnen die

¹⁶⁶¹ BayVGh ZUM-RD 2010, 102, 108; *Vesting*, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten, 11 ff.; wohl a.A. *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 18 f.

¹⁶⁶² BayVGh ZUM-RD 2010, 102, 108; wohl a.A. *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 21.

¹⁶⁶³ BayVGh ZUM-RD 2010, 102, 109.

¹⁶⁶⁴ *Vesting*, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten, 6.

¹⁶⁶⁵ *HRKDSC*, RStV, § 53 Rn. 2.

¹⁶⁶⁶ Dies diskutiert *Vesting*, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten 14 ff.; die LfK Baden-Württemberg hat als einzige Landesmedienanstalt sogar eine echte Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen, vgl. *Vesting/Kremer AfP* 2010, 9.

¹⁶⁶⁷ BayVGh ZUM-RD 2010, 102, 109; *Vesting*, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten 22.

¹⁶⁶⁸ A.A. *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 20.

¹⁶⁶⁹ BayVGh ZUM-RD 2010, 102, 109.

Gesetzgeber durch allzu weit formulierte Generalklauseln einen Spielraum einräumen.¹⁶⁷⁰

9.3.7.2 Vereinbarkeit der ZPS mit höherrangigem Recht

Anders als § 53 RStV es vorschreibt, haben die Landesmedienanstalten die Vorschriften des 5. Abschnitts des RStV nicht *konkretisiert*, sondern ein selbstständiges Normwerk geschaffen, das sich in weiten Bereichen von Wortlaut und Systematik der §§ 52 ff. RStV löst. Teils gehen die Landesmedienanstalten sogar so weit, in die Satzung zu schreiben, dass diese die gesetzlichen Vorgaben, die sie eigentlich *konkretisieren* müsste, ausdrücklich „unbeschadet“ bzw. „unberührt“ lässt.¹⁶⁷¹

Es ist insofern kaum verwunderlich, dass die Bestimmungen der Zugangs- und Plattformsatzung in einigen Bereichen nicht von ihrer Satzungsermächtigung gedeckt und nicht mit den höherrangigen gesetzlichen Bestimmungen im RStV vereinbar sind. Im Einzelnen:

- Die Begriffsbestimmung des Terminus *Plattformanbieter* in § 2 Abs. 1 der Satzung stimmt nicht mit der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV überein, sondern lässt einzelne Tatbestandsmerkmale einfach weg, andere fügt sie hinzu.¹⁶⁷² Dies weicht nicht nur vom Gesetzeswortlaut ab, sondern bewegt sich auch jenseits der Satzungsermächtigungen.¹⁶⁷³
- Die Vorgaben, die die Satzung in § 2 Abs. 1 zu ihrem *Anwendungsbereich* macht, sind mit höherrangigem Recht unvereinbar. Anders als die Satzung meint, werden die privilegierten Anbieter i.S.d. § 52 Abs. 1 RStV nicht von *sämtlichen* Vorschriften der §§ 52 ff. RStV freigestellt, sondern bleiben den Vorgaben des § 52a und § 52f RStV unterworfen.¹⁶⁷⁴
- Der Begriff des „offenen Netzes“ kann in § 1 Abs. 2 Nr. 1 der Satzung nicht dahingehend konkretisiert werden, ein offenes Netz sei eine *Übertragungskapazität innerhalb* eines Netzes.¹⁶⁷⁵

¹⁶⁷⁰ Vesting, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten 20 f.

¹⁶⁷¹ So § 1 Abs. 2 RStV.

¹⁶⁷² Ricke MMR 2011, 642, 643 ff.

¹⁶⁷³ Denn gem. § 53 RStV gilt die Satzungsermächtigung nur für die für die Konkretisierung von Normen „dieses“ Abschnitts, d.h. der §§ 50 bis 52b RStV, vgl. Ricke MMR 2011, 642, 645. Auch § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV ermächtigt die Landesmedienanstalten nur zu einer Konkretisierung, wer dem Plattformbegriff unterfällt, nicht etwa zu einer Konkretisierung des Begriffs selbst; wohl a.A. aber Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52 RStV Rn. 11.

¹⁶⁷⁴ Siehe zum sachlichen Anwendungsbereich der §§ 52 ff. RStV ab S. 269.

¹⁶⁷⁵ Siehe dazu ab S. 274.

- Ohne Grundlage im Gesetz ist auch, dass die Plattformsatzung den *Adressatenkreis* der Plattformregulierung erweitert: Die §§ 52 ff. erfassen ausschließlich Plattformanbieter, nicht, wie § 3 Abs. 1 der Satzung festlegen will, auch „verbundene Unternehmen“.
- § 16 Abs. 1 der Satzung wiederholt hinsichtlich der *Can Carry-Belegungsvorgaben* den Wortlaut des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV – freilich in knapperer Form als das Gesetz selbst. Die Belegungsvorgaben nach § 52b RStV werden auch anderweitig in der Satzung kaum angesprochen. Von einer „Konkretisierung“ i.S.d. § 53 RStV lässt sich insofern kaum sprechen.
- § 16 Satz 2 der Satzung verweist ohne Grundlage im Gesetz auf ein Recht der Landesmedienanstalten, die Durchsetzung von Übertragungspflichten zu „prüfen“. Der eigentliche *Durchsetzungsakt* bleibt demgegenüber unerwähnt, insbesondere auch hinsichtlich der vorgeschalteten Verfahrensschritte gem. § 52b Abs. 4 RStV.
- Hinsichtlich § 52c RStV konkretisiert die Satzung nicht die dort festgelegten *Unterlassungspflichten*, sondern setzt umfassende *Handlungspflichten* fest (§ 4 Abs. 2, Abs. 4, §§ 14 und 15 der Satzung). In § 14 Abs. 3 räumt die Satzung zudem Dritten, die im Wortlaut des §§ 52c RStV nicht erwähnt sind, subjektive Rechte gegen Plattformanbieter ein.¹⁶⁷⁶
- In § 4 Abs. 4 Nr. 3 verweist die Satzung hinsichtlich der *Entgeltkontrolle* auf § 17 Abs. 1 Satz 1; der dort vorgesehene Maßstab *vermischt* aber die einzelnen rechtlichen Vorgaben des § 52d RStV (Angemessenheitsverpflichtung, Diskriminierungs- und Behinderungsverbot). Das kann schon deswegen nicht stimmen, weil die Sätze des § 52d RStV nicht alle für dieselben Programme gelten.¹⁶⁷⁷
- In § 8 der Zugangs- und Plattformsatzung errichten die Landesmedienanstalten einen *eigenständigen Rechtsbehelf* der „Beschwerde“, einschließlich zugehöriger Verfahrensordnung.¹⁶⁷⁸ Eine Basis hierfür liefert das Gesetzesrecht nicht, ganz im Gegenteil: Es weist den Landesmedienanstalten nicht die Rolle von neutralen „Schlichtern“ zu, sondern von eigeninitiativ handelnden *Ordnungsbehörden* (§§ 35 ff. RStV,

¹⁶⁷⁶ Siehe dazu ab S. 273.

¹⁶⁷⁷ § 52d Satz 2 RStV hat einen engeren Anwendungsbereich als Satz 1 und muss schon deswegen Rechtsfolgen festsetzen, die über Satz 1 hinausreichen. Im Übrigen ist die Verpflichtung zur „Angemessenheit“ schon dem Wortlaut nach nicht das Selbe wie ein Diskriminierungs- und Behinderungsverbot. Siehe zur Auslegung des § 52d RStV ab S. 398.

¹⁶⁷⁸ Siehe hierzu *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 205.

§ 52f RStV). Soweit die Landesmedienanstalten Verwaltungsverfahren durchführen, gilt (abschließend) das Verwaltungsverfahrensrecht.

Die Satzung ist nach dem oben Gesagten in relevanten Teilen rechtswidrig. Entweder bewegen sich die fraglichen Teile der Satzung außerhalb der Satzungsermächtigung oder sie sind mit dem vorrangigen Gesetzesrecht nicht vereinbar.

9.3.8 Übertragungspflichten (Überblick)

Den Kern der Plattformregulierung bilden die Übertragungspflichten, die in § 52b Abs. 1 RStV geregelt sind. In Abs. 1 der Vorschrift sind die sog. Must Carry-Pflichten geregelt; dies sind die Übertragungspflichten im engeren Sinn, die sich auf konkrete Programme beziehen. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bezieht sich auf Fernsehen; hier gilt dann Buchstabe a) für die öffentlich-rechtlichen Sender, Buchstabe b) für zwei private Vollprogramme mit Regionalsendefenster und Buchstabe c) für spezielle „Nischensender“ wie offene Kanäle und Regional- und Lokalfernsehen. Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 regelt entsprechend Abs. 1 Must Carry-Pflichten zugunsten von Hörfunkprogrammen. Im Unterschied zu Abs. 1 betrifft Abs. 2 nur öffentlich-rechtliche Anbieter, während private Programme unberücksichtigt bleiben.

Keine Übertragungspflichten im engeren Sinne sind die sog. Can Carry-Pflichten. Diese sind in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (Fernsehen) und Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 RStV (Hörfunk) geregelt. Can Carry-Pflichten verlangen nicht den Transport konkreter Programme, sondern stellen lediglich einen abstrakten Vielfaltsmaßstab auf, den der Plattformanbieter gewährleisten muss.

Sowohl der Must Carry- als auch der Can Carry-Bereich sind ihrem maximalen Kapazitätsbedarf nach beschränkt; keiner der beiden Bereiche darf mehr als 1/3 der Gesamtkapazität belegen, die jeweils insgesamt für die digitale Verbreitung von Fernsehen oder Hörfunk vorgesehen ist. Sollte der Kapazitätsbedarf der Must Carry-Programme über dem gesetzlich vorgesehenen Maximum liegen, greift gem. § 52b Abs. 1 Satz 2 (Fernsehen) bzw. Abs. 2 Satz 3 RStV (Hörfunk) die sog. Engpassregelung. Der Plattformbetreiber darf dann den Transport einzelner Programme unterlassen.

Demnach verbleibt dem Plattformbetreiber ein Kapazitätsbereich von mindestens 1/3 der jeweiligen Gesamtkapazität, auf der er volle

Belegungsfreiheit hat. Dieser sog. „Non Must Carry-“ bzw. „Free Carry-Bereich“ ist in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 (Fernsehen) bzw. § 52b Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 RStV (Hörfunk) explizit erwähnt.

Die Übertragungspflichten werden in Kapitel 10 dieser Arbeit im Detail erläutert.¹⁶⁷⁹

9.3.9 Entgeltregulierung (Überblick)

Die Plattformbetreiber unterfallen auch bei der Preissetzung bzw. Entgelterhebung medienrechtlichen Anforderungen; diese sind in § 52d RStV geregelt.

§ 52d Satz 1 RStV enthält ein allgemeines Behinderungs- und Diskriminierungsverbot, das für alle Anbieter von Programmen oder „vergleichbaren Telemedien“ gilt. Satz 2 bezieht sich demgegenüber ausschließlich auf Must Carry-Programme und verlangt, dass deren Verbreitung nicht zu unangemessenen Bedingungen erfolgen darf. Satz 3 verlangt, dass Plattformanbieter die Entgelte und Tarife „offenlegen“. Satz 4 und 5 enthalten spezielle Regelungen zugunsten von Lokal- und Regionalfernsehen und offenen Kanälen. Problematisch ist, dass Satz 4 besagt, die letztgenannten Entgelte seien „im Rahmen des Telekommunikationsrechts“ auszugestalten: Eine telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung gibt es mittlerweile nicht mehr.¹⁶⁸⁰

Neben § 52d RStV gelten für die Preissetzung durch Plattformbetreiber auch noch weitere rechtliche Schranken, die u.a. dem Urheberrecht und dem Wettbewerbsrecht entstammen. Auf die Auslegung von § 52d RStV und den weiteren einschlägigen Normen wird gesondert in Kapitel 11 eingegangen.¹⁶⁸¹

¹⁶⁷⁹ Siehe dazu ab S. 318.

¹⁶⁸⁰ Siehe zu ehemaligen telekommunikationsrechtlichen Regulierung ab S. 337, speziell zur Entgeltregulierung ab S. 383.

¹⁶⁸¹ Siehe dazu ab S. 373.

10. Übertragungspflichten nach § 52b RStV

§ 52b RStV enthält verschiedene Vorgaben, die Plattformbetreiber bei der Belegung ihrer Plattformen einhalten müssen.

Im Folgenden werden zunächst in Abschnitt 10.1 die Bezüge des § 52b RStV zu anderen Rechtsgebieten erläutert. Abschnitt 10.2 erläutert dann die Übertragungspflichten des § 52b RStV im Detail.

10.1 Verhältnis der Must Carry-Regeln zu anderen Rechtsgebieten

Die Übertragungspflichten stehen in Bezug zu Normen aus verschiedenen anderen Rechtsgebieten. Der folgende Abschnitt erläutert die Bezüge zum allgemeinen Privatrecht (Unterabschnitt 10.1.1), zum Urheberrecht (10.1.2), zum Telekommunikationsrecht (10.1.3) und zum Wettbewerbsrecht (10.1.4).

10.1.1 Must Carry-Pflichten und Privatrecht

Die Regeln der Plattformregulierung sind dem *öffentlichen Recht* zuzuordnen. Das heißt, die Länder erlegen Plattformbetreibern Rechte und Pflichten auf – in Ausübung ihrer Hoheitsgewalt und im öffentlichen Interesse. Mit den §§ 52 ff. RStV machen sich die Gesetzgeber deshalb also nicht etwa die Interessen der Programmveranstalter zu Eigen, sondern erfüllen eine *eigene*, verfassungsrechtliche Pflicht.¹⁶⁸²

10.1.1.1 Verhältnis von Vertikal- und Horizontalverhältnis

Die §§ 52 ff. RStV sind rein öffentlich-rechtliche Pflichten, d.h. sie regeln die Rechtsstellung von Plattformbetreibern im Verhältnis zur Hoheitsgewalt – dies ist die *Vertikalbeziehung*. Daneben stehen Plattformanbieter auch in einem *Horizontalverhältnis* zu anderen (größtenteils privaten) Rechtsträgern.¹⁶⁸³ Für dieses Rechtsverhältnis enthalten die §§ 52 ff. RStV zwar keine unmittelbar rechtsgestaltenden Vorschriften, insbesondere keine

¹⁶⁸² Zur verfassungsrechtlichen Aufgabenstellung siehe ab S. 146.

¹⁶⁸³ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 22.

Leistungspflichten im Sinn zivilrechtlicher *Anspruchsgrundlagen*.¹⁶⁸⁴ Die §§ 52 ff. RStV wirken aber in öffentlich-rechtlicher Form auf dieses Horizontalverhältnis ein.¹⁶⁸⁵

Parallel ist auch die andere Seite, die der Programmveranstalter, spezifisch öffentlich-rechtlichen Pflichten unterworfen. Programmveranstalter können aus dem öffentlichen Medienrecht keine Anspruchsgrundlagen ableiten, sind aber ebenfalls öffentlich-rechtlichen Vorgaben unterworfen, die ggf. auf das zivilrechtliche Horizontalverhältnis einwirken können.¹⁶⁸⁶

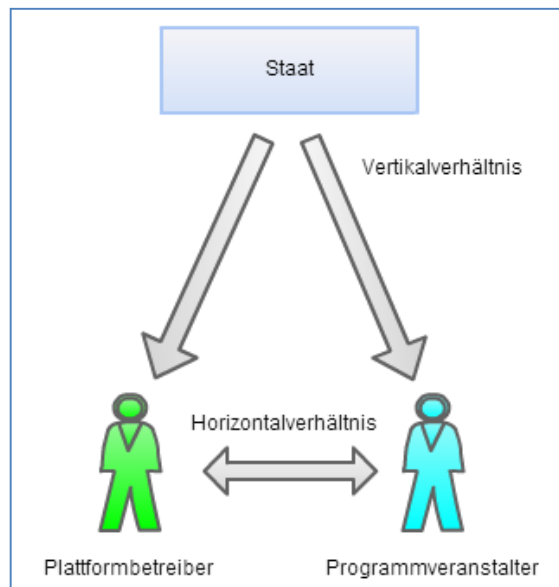


Abbildung 24: Vertikal- und Horizontalverhältnis

¹⁶⁸⁴ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 30 f.; Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 11; zum parallelen Landesrecht für einen Kontrahierungszwang zu Gunsten der Programmveranstalter aber OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 126 f.

¹⁶⁸⁵ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 48.

¹⁶⁸⁶ LG Bremen MMR 2013, 816, 818, sieht in § 52a Abs. 3 RStV offenbar unmittelbar einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch der Programmveranstalter. Dem wäre nach der hier vertretenen Ansicht nur insoweit zu folgen, als dass diese spezifisch öffentlich-rechtliche Norm in zivilrechtlicher Hinsicht als *Schutzgesetz* zu behandeln ist, was gem. § 823 Abs. 2, § 1004 BGB analog einen Unterlassungsanspruch begründen kann.

Die Rechtsbeziehungen im Vertikal- und im Horizontalverhältnis bestehen grundsätzlich abstrakt voneinander. Dennoch wirken die beiden Beziehungsebenen in verschiedener Weise aufeinander ein; die genauen Effekte dieses Zusammenwirkens sind Gegenstand von Auseinandersetzungen. Insbesondere ist umstritten, ob eine vertragliche Regelung auf *Horizontalebene* Voraussetzung der (*vertikalen*) Durchsetzung von Must Carry-Pflichten ist – mit anderen Worten, ob die Landesmedienanstalten Must Carry-Pflichten *durchsetzen* dürfen bzw. müssen, wenn Programmveranstalter und Plattformbetreiber sich nicht zuvor auf einen Einspeisevertrag geeinigt haben.

10.1.1.2 Einspeisevertrag als Vorbedingung?

Um ein häufiges Missverständnis von vornherein zu vermeiden: Die Frage, ob ein Einspeisevertrag *überhaupt* zu schließen ist, lässt die Frage unberührt, welchen *Inhalt* dieser Vertrag haben muss.¹⁶⁸⁷ Es kommt an dieser Stelle also nicht auf die Zahlung von Einspeiseentgelten an, ein Einspeisevertrag kann ggf. auch unentgeltlich geschlossen werden.¹⁶⁸⁸ Hier geht es ausschließlich um die Frage, ob ein Vertrag als *solcher* Voraussetzung der öffentlich-rechtlichen Übertragungspflichten ist.

10.1.1.2.1 Erste Ansicht: Einspeisevertrag als Vorbedingung notwendig

Einige Stimmen in der juristischen Literatur sehen den Abschluss eines Einspeisevertrags als zwingende Voraussetzung der Durchsetzung von Must Carry-Pflichten.¹⁶⁸⁹ Diese Ansicht beruft sich auf Parallelen zum Telekommunikationsrecht: Das TKG erlegt zwar Zugangsverpflichtungen auf, verlangt aber grundsätzlich den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung als Vorbedingung.¹⁶⁹⁰

Für diese Ansicht sprechen auch einige Elemente der amtlichen Begründung. Insbesondere besagt die Begründung des 10. RÄStV:¹⁶⁹¹

¹⁶⁸⁷ Unklar insofern *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 13 und 25 ff.

¹⁶⁸⁸ Auf die Frage einer Zahlungspflicht der Programmveranstalter („Must Pay“) wird ab S. 376 noch gesondert eingegangen.

¹⁶⁸⁹ *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 11 f.; *Gersdorf K&R*-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 3 ff.; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37 ff.; für einen Vertrag, aber ohne Entgeltspflicht *Ladeur* ZUM 2012, 939, 940.

¹⁶⁹⁰ *Gersdorf K&R*-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 3; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37 ff.

¹⁶⁹¹ Begründung zum 10. RÄStV, S. 33.

"Der Inhalt des Verbreitungsvertrages, insbesondere das zu zahlende Entgelt, ist wesentliche Grundlage für die tatsächliche Einspeisung eines Programms und daher entscheidender Faktor für eine vielfältige Belegung der Plattform."

Auch einige Vorschriften der Plattformregulierung setzen die Existenz von Einspeiseverträgen implizit voraus: § 52a Abs. 3 Satz 2 RStV spricht von „vereinbarten“ Qualitätsstandards, § 52d RStV nimmt an, dass Entgelte und Tarife“ von Kabelnetzbetreibern „ausgestaltet“ werden.¹⁶⁹²

Teils wird auch noch argumentiert, die Auferlegung von Must Carry-Pflichten sei, wenn nicht gleichzeitig vertraglich eine entgeltliche Kompensation vereinbart würde, unverhältnismäßig.¹⁶⁹³ Dem ist schon im Ausgangspunkt nicht zu folgen, weil die Unverhältnismäßigkeit von Normen zur ihrer Nichtigkeit führt, nicht zu Anspruchsgrundlagen gegen Dritte. Außerdem hat die hiesige Prüfung bereits ergeben, dass § 52b RStV auch bei fehlenden Einspeiseentgelten keine unverhältnismäßigen Folgen auslöst.¹⁶⁹⁴

10.1.1.2.2 Zweite Ansicht: Einspeisevertrag nicht notwendig

Die wohl h.M. vertritt die Ansicht, ein Einspeisevertrag sei keine notwendige Voraussetzung der Durchsetzung von Must Carry-Pflichten.¹⁶⁹⁵ Für diese Ansicht sprechen auch die deutlich überzeugenderen Argumente.

Für diese Ansicht spricht bereits, dass es in § 52b RStV schlicht an einer Regelung fehlt, die Einspeiseverträge *zwingend* voraussetzt.¹⁶⁹⁶ In den meisten Normen der §§ 52 ff. RStV wird ein Einspeisevertrag im Tatbestand nicht einmal erwähnt, insbesondere nicht in § 52b RStV. Die einschlägige Ermächtigungsgrundlage eines Eingreifens der Landesmedienanstalten,

¹⁶⁹² Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 11 f.

¹⁶⁹³ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 43.

¹⁶⁹⁴ Siehe dazu ausführlich ab S. 188.

¹⁶⁹⁵ OLG München MMR 2014, 201, 203; Holznagel/Salwitzek K&R 2013, 454, 455; Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 32; vgl. auch LG Berlin ZUM 2013, 954, 959; OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 622 f.

¹⁶⁹⁶ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 32; LG Bremen MMR 2013, 816, 818.

§ 52b Abs. 4 RStV, setzt lediglich vier Bedingungen voraus: Adressat der Verfügung muss (1.) ein Plattformanbieter sein, der (2.) nicht von den Pflichten des § 52b RStV freigestellt ist, dessen Plattform (3.) nicht den Vorgaben des § 52b RStV entspricht und dem (4.) vor Erlass einer Belegungsverfügung Gelegenheit zur Abhilfe gegeben wurde.¹⁶⁹⁷

Die Tatsache, dass in einigen wenigen Vorschriften der §§ 52 ff. RStV die Existenz eines Vertrags *vorausgesetzt* wird, und auch die Begründung zum 10. RÄStV einen solchen Vertrag als „wesentliche Grundlage“ der Einspeisung erwähnt, widerspricht dem nicht: Dies zeigt lediglich, dass die Gesetzgeber annahmen, solche Verträge *könnten* vorkommen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Gesetzgeber den Abschluss eines Einspeisevertrags zur *zwangsläufigen* Vorbedingung der Plattformregulierung machen wollten.¹⁶⁹⁸

Ganz im Gegenteil *fehlt* es im Rundfunkrecht an einer Regelung, die – vergleichbar § 25 TKG – eindeutig die Existenz eines zivilrechtlichen Vertrags voraussetzt und die Aufsichtsbehörde mit dem Recht ausstattet, einen solchen Vertrag ggf. durch hoheitliche Verfügung zu erzwingen bzw. zu ersetzen.¹⁶⁹⁹

Die Must-Carry-Pflichten unter die Vorbedingung eines Vertragsschlusses zu stellen, würde ihnen zudem jeden Anwendungsbereich nehmen. Denn in Fällen, in denen ein Einspeisevertrag abgeschlossen wurde, hat sich der Plattformbetreiber ja bereits *freiwillig* verpflichtet, den Transport der Programme zu übernehmen. In solchen Fällen wäre § 52b RStV überflüssig – die Vorschrift erlangt ja *gerade* erst dann Bedeutung, wenn der Plattformbetreiber sich mit den Programmveranstaltern nicht einigt und deshalb den Signaltransport verweigert.¹⁷⁰⁰

Zuletzt entspricht die erstgenannte Ansicht schlicht nicht der tatsächlichen Marktsituation. Der Abschluss von Einspeiseverträgen ist in der Praxis nämlich keinesfalls immer eine „wesentliche Grundlage“ für die Einspeisung.

¹⁶⁹⁷ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 107; Holznagel/Salwitzek K&R 2013, 454, 456; LG Bremen MMR 2013, 816, 818; a.A. Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 43.

¹⁶⁹⁸ Holznagel/Salwitzek K&R 2013, 454, 455.

¹⁶⁹⁹ BayVGH ZUM 2006, 495, 489 f.; OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 622 f.; LG Berlin ZUM 2013, 954, 959; Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 3.

¹⁷⁰⁰ So auch Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 32 ff.; Dörr ZUM 2013, 81, 108. Grundsätzlich kritisch zu privaten Dispositionsrechten im Ausgestaltungsbereich der Rundfunkfreiheit BVerfGE 97, 228, 259 – Kurzberichterstattung.

Die überwiegende Mehrzahl der Plattformanbieter in Deutschland speist Programme ohne Einspeisevertrag ein. Einspeiseverträge sind allenfalls im Geschäftsbetrieb der sog. Regionalgesellschaften üblich; für andere Plattformbetreiber reicht die urheberrechtliche Freigabe der Weitersendung als Grundlage.¹⁷⁰¹ Einspeiseverträge sind insofern eher die Ausnahme als die Regel.

Somit ergibt sich, dass die in § 52b RStV geregelten Must Carry-Pflichten unabhängig davon gelten, ob ein Einspeisevertrag besteht.¹⁷⁰² Sie erlangen ihre praktische Bedeutung sogar *gerade* erst dann, wenn *kein* Einspeisevertrag abgeschlossen wurde.

10.1.2 Bezüge zum Urheberrecht

Viele der Fragen, die in den §§ 52 ff. RStV geregelt sind, stehen in engem Zusammenhang mit dem Urheberrecht. Vor allem regelt das Urheberrecht eine wichtige Randbedingung der Must Carry-Pflicht: Während § 52b RStV sagt, welche Programme ein Plattformbetreiber übertragen *muss*, ergibt sich aus dem Urheberrecht, welche Programme er übertragen *darf*. Das Urheberrecht regelt außerdem, *wie* die erforderlichen Rechte erworben werden und einen Teilaspekt des Entgelt austauschs.

10.1.2.1 Grundsätzliche Lizenzpflicht des Plattformanbieters

Zunächst ist zu klären, unter welchen Umständen ein Plattformbetreiber *überhaupt* urheberrechtliche Lizenzen erwerben muss, denn nicht in allen Konstellationen sind Betreiber von Verbreitungswegen lizenzpflichtig. Es sind drei Konstellationen denkbar:

- Der Verbreitungsvorgang kann dem jeweiligen *Sendeunternehmen* zurechenbar sein. Der Betreiber des Verbreitungswegs wirkt dann rechtlich gesehen als „verlängerter Arm“ des Programmveranstalters.
- Der Verbreitungsvorgang kann den *Empfängern* zurechenbar sein. Dies gilt z.B. für kleine Gemeinschaftsantennenanlagen, deren Betreiber nicht selbst lizenzpflichtig sind.
- Der *Betreiber des Verbreitungswegs* kann auch *selbst* als Lizenzschuldner zu betrachten sein.

¹⁷⁰¹ Dörr ZUM 2013, 81, 106 f.

¹⁷⁰² Differenzierend zur alten Rechtslage Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 7.

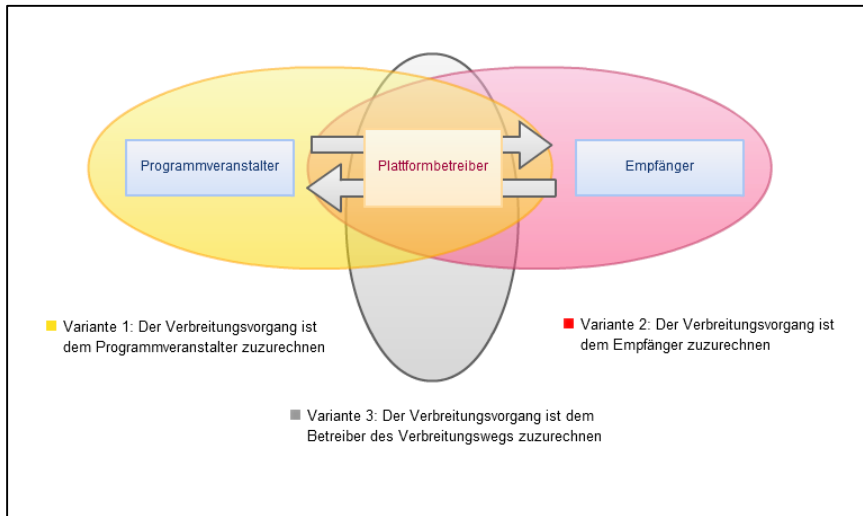


Abbildung 25: Urheberrechtliche Lizenzpflicht des Plattformbetreibers

Ob Verbreiter eigenständig lizenzpflchtig sind, ergibt sich aus einer „die sozialen Gegebenheiten berücksichtigenden wertenden Betrachtung“.¹⁷⁰³

Grundsätzlich gilt: Lizenzpflchtig ist derjenige, der den Tatbestand des jeweiligen Verwertungsrechts erfüllt, d.h. die betreffende Nutzungshandlung *vornimmt*.¹⁷⁰⁴ Die betroffenen Verwertungsrechte sind vorliegend das Senderecht (§ 20 UrhG) bzw. das Recht der Kabelweitersehung (§§ 20b, 87 UrhG), auf die im folgenden Abschnitt noch ausführlich eingegangen wird.¹⁷⁰⁵

Ist die Verbreitung durch den Plattformbetreiber ein eigenständig lizenzpflchtiger Vorgang, spricht man von einer *Weitersehung*: Dies baut auf der Überlegung auf, dass es zunächst eine *Erstsehung* gab, die das Sendeunternehmen selbst verantwortet hat, während die *Weitersehung* ihm nicht mehr zurechenbar ist, sondern dem Plattformbetreiber zugeordnet

¹⁷⁰³ BGH GRUR 1988, 206, 210 – *Kabelfernsehen II*; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 20 Rn. 12; Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 20b Rn. 15.

¹⁷⁰⁴ Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 20 Rn. 9 ff.

¹⁷⁰⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht erfasst die medienrechtliche Plattformregulierung nur Angebote, die lineare Inhalte bündeln (siehe dazu ab S. 149). In der Folge werden daher keine urheberrechtlichen Normen besprochen, die nicht-lineare Darstellungsformen betreffen, sondern ausschließlich die §§ 20 ff. UrhG (Sehung und Weitersehung).

wird¹⁷⁰⁶ Das weitersendende Unternehmen ist dann als solches lizenzenpflichtig.¹⁷⁰⁷

Woraus sich die eigenständige Bedeutung der Weitersendung als Verwertungshandlung ergibt, wird unterschiedlich beantwortet. Einige Stimmen wollen darauf abstellen, ob die Sendung „auf eigene Rechnung“ erfolgt¹⁷⁰⁸ bzw. ob der Plattformbetreiber über eine „wirtschaftliche Endkundenbeziehung“ verfüge.¹⁷⁰⁹ Dreier vertritt die Ansicht, es komme darauf an, wer die „Kontrolle und Verantwortung“ habe.¹⁷¹⁰

Die Frage war mittlerweile bereits mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des EuGH.¹⁷¹¹ Der EuGH hat eine eigenständige Lizenzpflicht unter anderen bei einem Verbreiter bejaht, der aus den weitergesendeten Programmen eigene Programmpakete zusammenstellte¹⁷¹² und die Programme in eigener Verantwortung multiplexte und verschlüsselte.¹⁷¹³ In einem anderen Fall nahm der EuGH eine Lizenzpflicht des Verbreiters schon deshalb an, weil dieser die Signale technisch veränderte und sie auf einem anderen Verbreitungsweg verbreitete als ursprünglich vorgesehen.¹⁷¹⁴ Maßgeblich kann nach dem EuGH auch sein, ob die (Weiter-)Sendung eine „neue“ Öffentlichkeit erreicht¹⁷¹⁵ oder für ein Unternehmen neue Einnahmequellen erschließt.¹⁷¹⁶

Literatur und Rechtsprechung sowohl zum deutschen als auch zum europäischen Urheberrecht lassen sich auf einen gemeinsamen Nenner zusammenfassen: Lizenzpflichtig ist der, der ein *eigenes Geschäft* betreibt und dadurch *Einfluss auf den Verbreitungsvorgang* erlangt.¹⁷¹⁷

Dieser Gedanke entspricht weitgehend der medienrechtlichen Frage, wer als Plattformanbieter i.S.d. §§ 52 ff. RStV einzustufen ist. Damit liegt der Gedanke

¹⁷⁰⁶ OLG München ZUM 2012, 54, 60; Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 71 f.

¹⁷⁰⁷ Aufarbeitung des Streits bei BGH GRUR 2012, 1136, 1136 ff.

¹⁷⁰⁸ Fischer ZUM 2009, 465, 467.

¹⁷⁰⁹ Weber ZUM 2009, 460, 462; ähnlich Pfennig ZUM 2008, 363, 365.

¹⁷¹⁰ Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 20 Rn. 11; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 20a Rn. 12.

¹⁷¹¹ Siehe auch BGH GRUR 2012, 1136

¹⁷¹² EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-431/09 und C-432/09, Rn. 70 und 88 – *Airfield*.

¹⁷¹³ EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-431/09 und C-432/09, Rn. 74 und Rn. 85 – *Airfield*.

¹⁷¹⁴ EuGH, Urt. v. 7.3.2012, Rs. C-607/11, Rn. 24 – *ITV Broadcasting*.

¹⁷¹⁵ EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-431/09 und C-432/09, Rn. 63 – *Airfield*.

¹⁷¹⁶ EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-431/09 und C-432/09, Rn. 65 – *Airfield*.

¹⁷¹⁷ Pfennig ZUM 2008, 363, 466.

nahe, dass alle Plattformbetreiber i.S.d. § 52 ff. RStV immer zugleich auch lizenzpflichtig sind. Sie müssen also die erforderlichen Verwertungsrechte erwerben, um die Programme weitersenden zu dürfen.

10.1.2.2 Senderecht und Kabelweitersenderecht

Je nachdem, welcher Art der konkrete Weitersendevorgang ist, sind die betroffenen Rechte entweder das Senderecht (§ 20 UrhG) oder das Kabelweitersenderecht (§ 20b UrhG). Das Senderecht ist das Recht, „das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernsehrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen“. Das Recht der Kabelweiterung ist das Recht, „ein gesendetes Werk im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiterübertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme weiterzusenden“.¹⁷¹⁸

Das Kabelweitersendungsrecht stellt einen *Unterfall* des Senderechts nach § 20 UrhG dar und betrifft nur einen Ausschnitt der von § 20 UrhG umfassten Verwertungsarten.¹⁷¹⁹ Formen der Sendung oder Weitersendung, die keine Kabelweiterung i.S.d. § 20b UrhG sind, unterfallen also (nur) § 20 UrhG.¹⁷²⁰

Anders als beim Senderecht gem. § 20 UrhG können die Rechteinhaber das *Kabelweitersenderecht* gem. § 20b Abs. 1 UrhG nur durch Verwertungsgesellschaften wahrnehmen lassen¹⁷²¹ und/oder einem Sendeunternehmen überlassen.¹⁷²² Diese wiederum sind, wie unten noch genauer erläutert wird, *verpflichtet*, diese Rechte an die nachfragenden

¹⁷¹⁸ Diese Verwertungsrechte stellen jeweils Umsetzungen von EU-Richtlinienbestimmungen dar: Für die öffentliche Wiedergabe, zu der auch die Sendung gehört, sind dies Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG) und Art. 1 Abs. 2 a) i.V.m. Art. 2 Kabel- und Satelliten-RL (RL 93/83/EWG). Im Kern gehen die deutschen wie auch die europarechtlichen Bestimmungen auf Art. 11^{bis} Abs. 1 der Revidierten Berner Übereinkunft zurück. Nach dieser Bestimmung ist jede öffentliche Wiedergabe eines Werkes lizenzpflichtig, „wenn diese Wiedergabe von einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen vorgenommen wird“.

¹⁷¹⁹ KG Berlin ZUM 2010, 342, 344; *Ehrhardt*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 20b Rn. 7; zum alten Recht vgl. noch BGH NJW 1993, 2871, 2872 – *Verteileranlagen*.

¹⁷²⁰ St. Rspr., vgl. BGH NJW 2009, 3511, 3515 – *Shift TV*; *Hillig* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 34, 34; zum (weitgehend entschiedenen) Streit über die „Erschöpfung“ des Senderechts durch Erstsendung *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 8 f.

¹⁷²¹ BGH GRUR 2000, 699, 700

¹⁷²² *Hillig* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 34, 35 f. Sendeunternehmen dürfen ihre eigenen Leistungsschutzrechte auch selbst wahrnehmen, wie unten noch erläutert wird.

Weitersendeunternehmen einzuräumen.¹⁷²³ Effektiv dient § 20b UrhG also der *Einschränkung* der Möglichkeiten der Rechteinhaber.

Das Recht der Kabelweitersendung gem. § 20b UrhG betrifft nur die sog. integrale (d.h. zeitgleiche, unveränderte und vollständige) Weitersendung: Jede Veränderung des Sendesignals führt demzufolge dazu, dass die Weitersendung aus dem Anwendungsbereich herausfällt und anderen Verwertungsrechten zuzurechnen ist (entweder § 20 UrhG oder für die zeitversetzte Abrufbarmachung § 19a UrhG).¹⁷²⁴

Eine Kabelweitersendung als solche erfordert außerdem, dass die Weitersendung „durch Kabelsysteme und Mikrowellensysteme“ erfolgt. Wie dieses Tatbestandsmerkmal auszulegen ist, ist umstritten.¹⁷²⁵ Insbesondere ist strittig, ob § 20b UrhG „verbreitungswegeneutral“ auszulegen ist, so dass hierunter auch Formen der Weitersendung zu fassen sind, die nicht im engeren Sinne durch Kabelnetze oder Mikrowellensysteme erfolgen.¹⁷²⁶ Die Streitfrage hat vor allem deshalb hohe Relevanz, weil Rechteinhaber im Anwendungsbereich des § 20b UrhG deutlich leichteren Zugriff auf die Weitersenderechte haben (dazu sogleich Abschnitt 10.1.2.4).¹⁷²⁷

Die wohl h.M. in der Literatur meint, die Regel des § 20b UrhG sei auf *alle* technischen Modelle auszuweiten, bei denen eine zeitgleiche, vollständige und unveränderte Weitersendung von Programmen stattfinde. Die Interessenkonstellation sei die gleiche und es sei auch nicht sachgerecht, normativ nur anhand der genutzten Übertragungswege zu differenzieren.¹⁷²⁸ Das LG Hamburg ist dieser Argumentation allerdings in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 nicht gefolgt: „Kabelweitersendung“ i.S.d. § 20b UrhG sei nur in Kupferkabeln gegeben, schon IPTV sei nicht mehr erfasst.¹⁷²⁹ Das Gericht begründet seine Auslegung damit, § 20b UrhG schränke die Verfügungsbefugnis der Urheber ein und sei daher als Ausnahmenvorschrift

¹⁷²³ Siehe zu den in § 20b Abs. 2, § 87 Abs. 5 UrhG und § 11 UrhWahrnG geregelten Kontrahierungszwängen ab S. 328.

¹⁷²⁴ LG Leipzig ZUM 2001, 719, 721 f.; LG Leipzig ZUM-RD 2001, 143, 145; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 77 ff.

¹⁷²⁵ Zum Problem *Krause* ZUM 2011, 21, 22 f.; LG Hamburg ZUM 2009, 582; *Niemann* CR 2009, 661, 665.

¹⁷²⁶ *Weber* ZUM 2009, 460; *Fischer* ZUM 2009, 465, 466 f.

¹⁷²⁷ *Schmittmann* MR-Int 2010, 68.

¹⁷²⁸ *Schmittmann* MR-Int 2010, 68; *Niemann* CR 2009, 661, 665; *Weber* ZUM 2009, 460, 462; *Pfennig* ZUM 2008, 363, 367; differenzierend *Neurauter* GRUR 2011, 691, 692 ff.; weitere Übersicht und Anschluss an die h.M. bei *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 23 ff.

¹⁷²⁹ LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585 f.; a.A. aber BGH GRUR 2000, 699.

eng auszulegen. Weder der europäische noch der deutsche Gesetzgeber hätten eine Ausweitung auf andere Technologieformen beabsichtigt. Es gebe daher keinen Grund, vom Wortlaut der Norm abzuweichen.¹⁷³⁰

10.1.2.3 Sonderstellung der Sendeunternehmen

Neben den §§ 20 und 20b UrhG, die im Ausgangspunkt fast allen Urhebern und Leistungsschutzberechtigten zustehen, gilt gem. § 87 UrhG noch eine Reihe von Sondervorschriften für *Programmveranstalter* (in der urheberrechtlichen Terminologie: *Sendeunternehmen*).¹⁷³¹ Insbesondere sind auch die Sendeunternehmen Inhaber eines Leistungsschutzrechtes, das u.a. alle Formen der Weitersendung, inkl. der Kabelweitersendung umfasst (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG).¹⁷³² Sendeunternehmen müssen (anders als die anderen Rechteinhaber) ihre Kabelweitersenderechte gem. § 20b Abs. 1 Satz 2 UrhG nicht zwangsläufig durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lassen.¹⁷³³

10.1.2.4 Rechtewahrnehmung und Kontrahierungszwang

Ein Plattformbetreiber, der Rundfunkinhalte weiterverbreiten will und hierfür lizenzpflichtig ist, muss die Weitersenderechte aller betroffenen Rechteinhaber erwerben. Dies sind einerseits die Rechte der *Urheber* und allgemein *Leistungsschutzberechtigten* gem. § 20 bzw. § 20b UrhG, andererseits die der *Sendeunternehmen* gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG.¹⁷³⁴

Je nachdem, ob der allgemeine § 20 UrhG greift oder der speziellere § 20b UrhG, unterscheidet sich der Aufwand des Plattformbetreibers erheblich. Im Anwendungsbereich nur des § 20 UrhG hat ein Plattformanbieter keine andere Wahl, als jeden einzelnen Rechteinhaber aufzuspüren und sich von diesem seine Rechte einräumen zu lassen. Dies kann – je nach Konstellation – sehr mühsam oder sogar faktisch unmöglich sein.

¹⁷³⁰ LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586; ähnlich *Neurauter* GRUR 2011, 691, 693.

¹⁷³¹ *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 70 ff.

¹⁷³² *Peifer* ebd., 71 ff.

¹⁷³³ *Weisser/Höppener* ZUM 2003, 597, 599; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 77.

¹⁷³⁴ *Weisser/Höppener* ZUM 2003, 597, 598.

Die Situation ist deutlich einfacher, wenn zu Gunsten des Plattformbetreibers § 20b UrhG greift:

- Zunächst muss die Gruppe der *Urheber und Leistungsschutzberechtigten* gem. § 20b Abs. 1 UrhG ihre Kabelweitersenderechte entweder einer Verwertungsgesellschaft oder einem Sendeunternehmen überlassen.¹⁷³⁵
- Darauf aufbauend, sind sowohl die *Verwertungsgesellschaften* als auch die *Sendeunternehmen* verpflichtet, mit nachfragenden Weitersendern zu angemessenen Bedingungen einen Lizenzvertrag abzuschließen (§ 11 UrhWahrnG bzw. § 87 Abs. 5 UrhG).¹⁷³⁶ Die Sendeunternehmen müssen sowohl die eigenen als auch die ihnen eingeräumte Rechte überlassen (§ 87 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 UrhG).

Damit ergibt in jeder denkbaren Konstellation ein Kontrahierungszwang:¹⁷³⁷

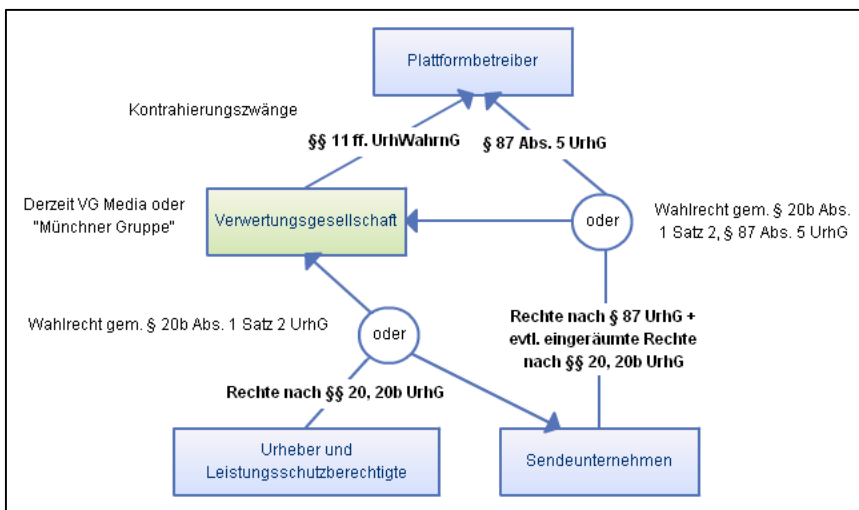


Abbildung 26: Vertragsbeziehungen bei Kabelweitersenderechten¹⁷³⁸

¹⁷³⁵ Gem. § 13c Abs. 3 UrhWahrnG gilt ergänzend das sog. Außenseiterrecht: Die Verwertungsgesellschaften nehmen ggf. sogar die Rechte von Urhebern wahr, die ihnen dieses Recht gar nicht übertragen haben.

¹⁷³⁶ Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 77 f.

¹⁷³⁷ Weisser/Höppener ZUM 2003, 597, 598; Hillig MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 34, 37 f.; Hein/Schmidt K&R 2002, 409, 412.

¹⁷³⁸ Eigene Darstellung; ähnlich aber Hoeren/Neurauter, IPTV, 11.

Die Kontrahierungszwänge dienen dem Interesse der Verwerter und der Öffentlichkeit am Zugang zu den geschützten Sendeinhalten.¹⁷³⁹ Sie sind zumindest partiell auch die Antwort auf ein spezielles Problem der Plattformbetreiber: Diese sind nach § 52b RStV *medienrechtlich* verpflichtet, bestimmte Programme zu übertragen – andererseits kann ihnen das *Urheberrecht* aber genau das verbieten.¹⁷⁴⁰ Zumindest den Kabelnetzbetreibern unter den Plattformanbietern helfen die Kontrahierungszwänge aus dieser Zwickmühlenposition heraus.¹⁷⁴¹

Gem. § 20b Abs. 2, § 97 Abs. 5 UrhG und § 11 UrhWahrnG sind die Lizenzverträge zu „angemessenen Bedingungen“ abzuschließen. Dies betrifft die Preisregulierung, die im Kapitel 11 gesondert besprochen wird.¹⁷⁴²

10.1.3 Bezüge zum Telekommunikationsrecht

Die medienrechtliche Must Carry-Regulierung weist verschiedene Bezüge auch zum Telekommunikationsrecht auf.¹⁷⁴³ Zum einen reguliert der 4. Teil des TKG die „Rundfunkübertragung“. Zum anderen enthält das TKG an verschiedener Stelle „Zugangsansprüche“, die in Ausnahmefällen auch zugunsten von Programmveranstaltern gelten können. Auch die Erhebung von „Einspeiseentgelten“ durch bestimmte Kabelnetzbetreiber unterfiel früher der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung.

Die beiden erstgenannten Aspekte werden im Folgenden dargestellt. Die telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung wird im Rahmen des Kapitels 11, das sich mit der Entgeltregulierung befasst, gesondert erläutert.¹⁷⁴⁴

10.1.3.1 Regulierung der „Rundfunkübertragung“ im TKG

Das TKG enthält in den §§ 48 bis 51 TKG verschiedene Vorgaben unter der amtlichen Überschrift „Rundfunkübertragung“. Tatsächlich betreffen die §§ 48 ff. TKG aber auch z.B. die Endnutzer-Empfangsgeräte, deren

¹⁷³⁹ BGH GRUR 2009, 1052, 1052 f. – *Seeing is Believing*.

¹⁷⁴⁰ Charissé K&R 2002, 164, 169 f.

¹⁷⁴¹ Siehe dazu ausführlich (zu „Must Offer“ als Annex zu Must Carry) ab S. 423 und zum Urheberrecht ab S. 432.

¹⁷⁴² Siehe speziell zu den urheberrechtlichen Normen ab S. 386.

¹⁷⁴³ Der Streit, ob Telekommunikationsrecht überhaupt anwendbar ist, kann mittlerweile als beendet angesehen werden. Vgl. dazu noch *Bauer*, Netz und Nutzung, 242 ff.

¹⁷⁴⁴ Siehe dazu ab S. 383.

Anwendungs-Programmierschnittstellen (APIs) und die eingesetzten Zugangsberechtigungssysteme.

Die §§ 48 bis 51 TKG beruhen größtenteils auf europarechtlichen Vorgaben, insbesondere auf Art. 5 und Art. 6 der Zugangsrichtlinie i.V.m. Art. 2 Buchstabe 2 der Rahmenrichtlinie.¹⁷⁴⁵ Ihre Abgrenzung zum Rundfunkrecht ist nicht ganz unproblematisch, was bereits erörtert wurde.¹⁷⁴⁶

10.1.3.1.1 TV-Endgeräte

§ 48 TKG betrifft die TV-Endgeräte: Abs. 1 betrifft analoge, Abs. 2 und 3 betreffen digitale Endgeräte. Die Vorschriften regeln sehr kleinteilig bestimmte Fragen der technischen Gestaltung:

- § 48 Abs. 1 TKG schreibt für rein *analoge* Fernsehgeräte¹⁷⁴⁷ ab einer bestimmten Größe vor, dass diese eine Schnittstelle zum Anschluss digitaler Set Top-Boxen besitzen müssen; gemeint ist die SCART-Schnittstelle.¹⁷⁴⁸ Die Verpflichtung soll ermöglichen, dass Eigentümer rein analoger Fernsehgeräte einfach auf den Digitalempfang wechseln können, indem sie eine Set Top-Box mit Digitalreceiver anschließen.¹⁷⁴⁹
- Nach § 48 Abs. 2 Nr. 1 TKG müssen Fernseher mit integriertem *Digitalreceiver* ab einer Bildschirmdiagonale von 30 Zentimetern eine „Schnittstellenbuchse“ enthalten, „die von einer anerkannten europäischen Normenorganisation angenommen wurde oder einer gemeinsamen, branchenweiten, offenen Spezifikation entspricht und den Anschluss digitaler Fernsehempfangsgeräte sowie die Möglichkeit einer Zugangsberechtigung erlaubt“. Herstellern und Endkunden sollen auf diese Weise neue Möglichkeiten im Endgerätemarkt erschlossen werden.¹⁷⁵⁰ Etabliert hat sich die HDMI-Schnittstelle.¹⁷⁵¹

¹⁷⁴⁵ Siehe dazu ab S. 226.

¹⁷⁴⁶ Siehe dazu ab S. 140.

¹⁷⁴⁷ Gemeint sind nicht Geräte, die analoge Signale im PAL- oder SECAM-Standard darstellen können, sondern Geräte ohne integrierten Digitalreceiver; vgl. *Merkel et al.*, Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 57.

¹⁷⁴⁸ *V. Janik*, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 10.

¹⁷⁴⁹ *Merkel et al.*, Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 57.

¹⁷⁵⁰ *Merkel et al.* ebd., 58.

¹⁷⁵¹ *Merkel et al.* ebd., 59.

- § 48 Abs. 2 Nr. 2 TKG verlangt von Fernsehern mit eingebautem Digitalreceiver und Set Top-Boxen,¹⁷⁵² dass diese eine „Anwendungs-Programmierschnittstelle“ enthalten, für die bestimmte Vorgaben gelten, insbesondere hinsichtlich der Interoperabilität von Endgeräten¹⁷⁵³ und der darauf eingesetzten Software.¹⁷⁵⁴ Die Vorschrift korrespondiert mit § 49 Abs. 2 TKG, der die Offenlegung von Schnittstelleninformationen verlangt.¹⁷⁵⁵ Entsprechend anerkannt sind z.B. der MHP- oder der MHEG5-Standard.¹⁷⁵⁶
- Nach § 48 Abs. 3 Nr. 1 TKG werden Anbieter, die Endgeräte in Verkehr bringen, auf die Verwendung eines „einheitlichen europäischen Verschlüsselungsalgorithmus“ verpflichtet. Dies betrifft insbesondere die Verwendung von „Common Scrambling“.¹⁷⁵⁷ Common Scrambling ermöglicht die Nutzung mehrerer Verschlüsselungssysteme im selben Endgerät¹⁷⁵⁸ und die Übergabe von Kontrollfunktionen („Transcontrol“) gem. § 50 TKG.¹⁷⁵⁹
- § 48 Abs. 3 Nr. 2 TKG sieht schließlich vor, dass Endgeräte, die verschlüsselte digitale Inhalte wiedergeben, auch unverschlüsselte Inhalte wiedergeben können müssen. Diese Norm soll verhindern, dass Pay-TV-Plattformen konkurrierende Free-TV-Anbieter aus dem Markt drängen, indem sie vollständig proprietäre Endgeräte ausgeben.

¹⁷⁵² V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 12.

¹⁷⁵³ V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 12.

¹⁷⁵⁴ Schütz, Kommunikationsrecht, Rn. 494 ff.; V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 49 Rn. 17; Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 61 ff.

¹⁷⁵⁵ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 61.

¹⁷⁵⁶ Hoeren/Neurauter, IPTV, 189.

¹⁷⁵⁷ V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 50; seit der letzten TKG-Novelle ist Common Scrambling allerdings in Deutschland nicht mehr verbindlich vorgeschrieben; vgl. V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar § 48 Rn. 26 ff. und Hoeren/Neurauter, IPTV, 192 ff.

¹⁷⁵⁸ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 40.

¹⁷⁵⁹ Merkel et al. ebd., 45 f.

10.1.3.1.2 16:9-Format und Zugang zu APIs

§ 49 TKG enthält einen gesetzlichen Schutz des 16:9-Formats und Vorgaben zu Programmschnittstellen (APIs).

Mit dem gesetzlichen Schutz des Bildformates „16:9“ in § 49 Abs. 1 TKG wollte der Gesetzgeber ursprünglich den Wechsel von dem ursprünglichen Fernsehformat 4:3 auf das neue Format befördern; das neue Format galt als innovativer.¹⁷⁶⁰ Die Norm soll verhindern, dass Netzbetreiber bei der Übertragung von Bildsignalen das Format verändern; die Hersteller von Fernsehgeräten sind nicht erfasst.¹⁷⁶¹ Die Norm ist Überbleibsel eines „Aktionsplans Breitbildfernsehen“, der von 1993 bis 1997 durch die EU durchgeführt wurde;¹⁷⁶² sie ist mittlerweile inhaltlich und technisch überholt.

§ 49 Abs. 2 TKG verpflichtet die Inhaber von Schutzrechten an Programmschnittstellen (APIs), an bestimmte Lizenznehmer¹⁷⁶³ Zwangslizenzen einzuräumen.¹⁷⁶⁴ Wie bei Zwangslizenzen üblich, müssen diese nichtdiskriminierend und zu angemessenen Bedingungen, jedoch nur gegen ein angemessenes Entgelt eingeräumt werden.¹⁷⁶⁵ Innerhalb des TKG ist die Vorschrift ein Fremdkörper.¹⁷⁶⁶

§ 49 Abs. 3 TKG regelt die Durchsetzung der Zwangslizenz: Als „One Stop Shop“¹⁷⁶⁷ soll die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung der Zwangslizenzen zuständig sein. Den Landesmedienanstalten steht ein Konsultationsrecht zu.¹⁷⁶⁸ Die Vorschrift korrespondiert insofern mit § 52e RStV.¹⁷⁶⁹ § 49 Abs. 4 TKG regelt Durchsetzungskompetenzen der BNetzA.

¹⁷⁶⁰ V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 49 Rn. 1 ff.

¹⁷⁶¹ V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 49 Rn. 10.

¹⁷⁶² V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 49 Rn. 6.

¹⁷⁶³ Vgl. dazu Frevert MMR 2005, 23, 26.

¹⁷⁶⁴ Einschränkung Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 64.

¹⁷⁶⁵ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 65 f.

¹⁷⁶⁶ V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 49 Rn. 21.

¹⁷⁶⁷ V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 49 Rn. 24.

¹⁷⁶⁸ Die Beschränkung der Zuständigkeit der Landesmedienanstalten ist verfassungsrechtlich bedenklich, vgl. Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 27.

¹⁷⁶⁹ V. Janik, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 49 Rn. 28.

10.1.3.1.3 Zugangsberechtigungssysteme

§ 50 TKG enthält Vorgaben für Hersteller, Anbieter und Verwender von Zugangsberechtigungssystemen. Die Absätze 1 und 2 enthalten Vorgaben zur *technischen Ausgestaltung* von Zugangsberechtigungssystemen¹⁷⁷⁰ und dem Umgang mit *gewerblichen Schutzrechten* hieran.¹⁷⁷¹

§ 50 Abs. 3 TKG adressiert „Anbieter und Verwender von Zugangsberechtigungssystemen“; gemeint sind hier nicht die Hersteller dieser Systeme, sondern die Unternehmen, die Zugangsberechtigungssysteme tatsächlich *einsetzen*.¹⁷⁷² Die Norm hat Überschneidungen zur medienrechtlichen Plattformregulierung: Da sich aus der Kontrolle über ein Conditional Access-System (CAS) auch die Eigenschaft als Plattformanbieter ergeben kann, adressiert diese Vorschrift auch eine Teilmenge der Plattformanbieter i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV.¹⁷⁷³

§ 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG schreibt CAS-Betreibern vor, dass sie „allen Rundfunkveranstaltern die Nutzung ihrer benötigten technischen Dienste zur Nutzung ihrer Systeme sowie die dafür erforderlichen Auskünfte zu chancengleichen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen ermöglichen“ müssen. Die Vorschrift stellt einen *Zugangsanspruch* für Programmveranstalter dar; auf diesen wird etwas weiter unten bei der Darstellung der TK-rechtlichen Zugangsansprüche noch gesondert eingegangen.¹⁷⁷⁴

§ 50 Abs. 3 Nr. 2 TKG regelt, dass Anbieter von Conditional Access-Systemen, „soweit sie auch für das Abrechnungssystem mit den Endnutzern verantwortlich sind“, den Endkunden vor Vertragsschluss eine Entgeltliste aushändigen müssen. Die Vorschrift hat verbraucherschutzrechtlichen Charakter; als Regelung *neben* dem speziellen TK-rechtlichen und dem allgemeinen Verbraucherschutzrecht (insbesondere dem UWG und der PAngVO) ist ihr Sinn eher zweifelhaft.

¹⁷⁷⁰ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 38; Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 72.

¹⁷⁷¹ Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 74 f.; V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 52; Hoeren/Neurauter, IPTV, 195 ff.

¹⁷⁷² Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 75.

¹⁷⁷³ Frevert MMR 2005, 23, 27.

¹⁷⁷⁴ Siehe ab S. 339.

Aus § 50 Abs. 3 Nr. 3 TKG ergibt sich eine Pflicht zur getrennten Buchführung. Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen sollen deren Kosten und Erträge getrennt verbuchen. Auf diese Weise soll der Betrieb eines CAS funktional von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten separiert werden. Auf die getrennten Bücher kann theoretisch zurückgegriffen werden, um Fragen der Preisregulierung nach § 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG zu klären.¹⁷⁷⁵

§ 50 TKG enthält zur Durchführung der Vorgaben des § 50 Abs. 3 TKG auch Verfahrensvorschriften.¹⁷⁷⁶ Diese sind teils in § 50 Abs. 3 Nr. 4, teils gesondert in Abs. 4 geregelt:

- Nach § 50 Abs. 4 Nr. 4 TKG besteht für die Verwender von Zugangsberechtigungssystemen zunächst eine Anzeigepflicht bei der Bundesnetzagentur. Diese Anzeigepflicht bezieht sich auf den Betrieb eines Zugangsberechtigungssystems und insbesondere die jeweils erhobenen Entgelte.¹⁷⁷⁷ Dem korrespondiert gem. § 52c Abs. 2 RStV eine vergleichbare Pflicht auch gegenüber der zuständigen Landesmedienanstalt.
- In § 50 Abs. 4 Satz 1 TKG ist geregelt, dass die Bundesnetzagentur die Landesmedienanstalt ggf. von einer Anzeige auch gesondert in Kenntnis setzt. Abs. 4 enthält außerdem Vorgaben für das Verfahren, das die Bundesnetzagentur gemeinsam mit den Landesmedienanstalten durchführen muss, wenn sie einen Verstoß gegen die Vorgaben des Abs. 3 sieht. Mit dieser Vorschrift korrespondiert § 52e RStV.

Sowohl das Bundes- als auch das Landesrecht sehen nach ihrem Wortlaut keine Pflicht der Behörden vor, einander über eine reine *Konsultation* hinaus zu berücksichtigen.¹⁷⁷⁸ Voneinander abweichende Entscheidungen sind insofern nicht nur möglich, sondern im abweichenden Wortlaut der materiellrechtlichen Vorgaben auch angelegt.¹⁷⁷⁹ Die Landesmedienanstalten und die Bundesnetzagentur haben sich allerdings auf „Eckpunkte“ eines gemeinsamen Vorgehens geeinigt. Diese sehen grundsätzlich eine

¹⁷⁷⁵ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 88.

¹⁷⁷⁶ Vgl. dazu Frevert MMR 2005, 23, 24.

¹⁷⁷⁷ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 93.

¹⁷⁷⁸ Wohl a.A. Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52c Rn. 28, unter der Annahme, die Norm bewirke – verfassungswidrig – eine „Modifikation des landesrechtlichen Verfahrens durch das Bundesrecht“

¹⁷⁷⁹ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 107.

Letztentscheidung der Bundesnetzagentur vor, erlauben den Landesmedienanstalten aber ein Abweichen.¹⁷⁸⁰

§ 50 Abs. 5 TKG sieht schließlich die Möglichkeit vor, die Vorgaben nach Abs. 3 wieder *aufzuheben*. Dazu müsste die Bundesnetzagentur ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren „in spiegelverkehrter Form“ durchführen.¹⁷⁸¹ Abs. 5 sieht ein Entschließungsermessen der BNetzA vor. Bisher hat die BNetzA kein solches Verfahren eingeleitet.

10.1.3.2 Zugangsansprüche für Programmveranstalter nach dem TKG

Auch die Rundfunkübertragung wird vom Gesetzgeber als Telekommunikationsdienstleistung betrachtet; etwaige Zweifel hieran hat er durch die ausdrückliche Erwähnung in § 3 Nr. 24 TKG ausgeräumt.

Dennoch ist das TKG primär auf Situationen zugeschnitten, in denen *Netzbetreiber* untereinander im Wettbewerb stehen. Mit der Rundfunkübertragung hat dies wenig zu tun, denn bei der Rundfunkübertragung geht es um das Verhältnis des Netzbetreibers zu einem *Nutzer* seines Netzes.

Die Instrumente des TKG passen daher auf die Rundfunkübertragung nur teilweise. Dennoch lassen sich einige Zugangsansprüche des TKG auch dahingehend auslegen, dass sie *Programmveranstalter* gegenüber *Telekommunikationsdiensteanbietern* berechtigen.¹⁷⁸²

10.1.3.2.1 §§ 18 und 21 TKG

In Frage kommen zunächst die allgemeinen Zugangsansprüche nach den §§ 18 und 21 TKG. Die Bundesnetzagentur hat allerdings klargestellt, dass nach ihrer Ansicht die Einspeisung von Programmen im Auftrag der Programmveranstalter keine Zugangsleistung ist, sondern eine Endnutzerleistung.¹⁷⁸³ Diese Vorschriften können deshalb für *Programmveranstalter* keine Zugangsansprüche begründen.¹⁷⁸⁴ Wirkung

¹⁷⁸⁰ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 107.

¹⁷⁸¹ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 110.

¹⁷⁸² Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 165 ff.; Schütz, Kommunikationsrecht, Rn. 462 f.; Wrona CR 2005, 789, 791.

¹⁷⁸³ BNetzA, Beschl. v. 17.4.2007, Az. BK 3b-06-014/R, 14

¹⁷⁸⁴ BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 105; so auch Wrona CR 2005, 789, 791; Schütz, Kommunikationsrecht, Rn. 462.

entfalten diese Vorschriften aber im Verhältnis zwischen vor- und nachgelagerten Kabelnetzbetreibern auf dem sog. Signallieferungsmarkt. Auf Rechtsgedanken der §§ 18 bis 21 TKG kann zudem über die Generalklausel des § 42 TKG zurückgegriffen werden.¹⁷⁸⁵

10.1.3.2.2 § 42 TKG

§ 42 Abs. 1 i.V.m. 4 Satz 3 TKG ist im Unterschied zu den §§ 18 und 21 TKG als Generalklausel formuliert. Nach dieser Vorschrift kann die BNetzA auch auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf *Endkundenmärkten* reagieren. Die Norm erlaubt ein Vorgehen gegen „letztlich sämtliche Verhaltensweisen des Normadressaten [...], die geeignet sind, die Zielsetzung der Regulierung zu konterkarieren“.¹⁷⁸⁶ § 42 Absätze 2 und 3 TKG konkretisieren dies durch Vermutungstatbestände. Insbesondere liegt nach Abs. 2 eine unbillige Behinderung vor, wenn „ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen oder zu einer besseren Qualität ermöglicht, als es sie anderen Unternehmen bei der Nutzung der Leistung für deren Telekommunikationsdienste oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten einräumt, es sei denn, das Unternehmen weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen sachlich rechtfertigen.“

Auf Basis des § 42 TKG hatte die BNetzA zunächst ein Marktanalyse- und -definitionsverfahren durchgeführt¹⁷⁸⁷ und dann einigen Plattformbetreibern, nämlich den überregional marktbeherrschenden Kabelnetzbetreibern (sog. Regionalgesellschaften), zugunsten von Programmveranstaltern bestimmte Pflichten auferlegt.¹⁷⁸⁸ Die BNetzA sah dabei von einer Auferlegung von

¹⁷⁸⁵ BNetzA, Beschl. v. 17.4.2007, Az. BK 3b-06-014/R, 16 erwägt eine analoge Anwendung; BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 105, lehnt sie ausdrücklich ab.

¹⁷⁸⁶ BNetzA, Beschl. v. 17.4.2007, Az. BK 3b-06-014/R, 15

¹⁷⁸⁷ Dies betraf den sog. „Markt für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer“ (sog. „Markt 18“). Der Einspeisemarkt wird umgangssprachlich bis heute als „Markt 18“ bezeichnet. Die Bezeichnung geht zurück auf die Märkteempfehlung der EU-Kommission von 2003; in späteren Märkteempfehlungen war dieser Markt nicht mehr enthalten. Zur Märkteempfehlung allgemein *Ladeur* ZUM 2005, 1, 2 ff.; kritisch zur Marktdefinition *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 463.

¹⁷⁸⁸ Die Verfügungen wurden aufgrund einer Entscheidung des VG Köln nachträglich angepasst, so dass die Beschlusslage unübersichtlich ist. Eine vollständige Übersicht der ergangenen Verfügungen ist abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/cn_1932/DE/Service-

Einspeisepflichten in Form von Zugangsansprüchen analog § 21 TKG ausdrücklich ab, auch wenn sie eine solche Verfügung nicht *generell* für ausgeschlossen hielt.¹⁷⁸⁹ Sie gab den Regionalgesellschaften lediglich *Transparenzpflichten* auf und unterwarf deren *Entgeltfestsetzung* einer nachträglichen (ex post-)Entgeltregulierung analog § 39 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 bis 4 TKG.

Diese Regulierungsverfügungen hat die BNetzA am 10.11.2010 aufgehoben.¹⁷⁹⁰ Dem voraus ging ein neues Marktdefinitions- und -analyseverfahren nach § 10 TKG: Die BNetzA entschied, dass die Voraussetzungen der sektorspezifischen Regulierung nicht mehr vorlagen.¹⁷⁹¹ Die BNetzA entschied dies, obwohl nach ihrer Ansicht der Einspeisemarkt bei den Regionalgesellschaften weiterhin durch hohe Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sei¹⁷⁹² und auch langfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiere.¹⁷⁹³ Die Regulierung des „Markt 18“ lehnte die BNetzA dann aber über das letzte Kriterium des in § 10 Abs. 2 TKG festgelegten 3 Stufen-Tests ab: Die Anwendung allgemeinen Wettbewerbsrechts reiche aus.¹⁷⁹⁴ Gerade auch die medienrechtlichen „Must Carry“-Regelungen würden außerdem sicherstellen, dass die betreffenden Programme der Öffentlichkeit nicht vorenthalten blieben.¹⁷⁹⁵

Damit bleibt festzuhalten: Zwar könnten aus dem TKG theoretisch *Zugangsansprüche* für Programmveranstalter abgeleitet werden. Die BNetzA hat für die Auferlegung von solchen Zugangsansprüchen jedoch nie die regulatorischen Voraussetzungen geschaffen. Anders war dies mit den *Einspeiseentgelten*; diese Entgelte wurden gegenüber den Regionalgesellschaften zumindest zeitweise reguliert. Auf die

Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschäftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2006/2006_001bis100/BK3-06-013bis017/BK3-06-013_bis_017_R_BKV.html?nn=350586.

¹⁷⁸⁹ BNetzA, Beschl. v. 17.4.2007, Az. BK 3b-06-014/R, 16 ff.; vgl. auch BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 105.

¹⁷⁹⁰ Festlegung der Präsidentenkammer vom 10.11.2010 (Az. BK3-10-083 bis 086) und Entscheidungen der Beschlusskammer 3 vom selben Tag (Az. BK3-10-083 – *Kabel Deutschland*, Az. BK3-10-084 – *Unitymedia*, Az. BK3-10-085 – *Kabel BW*). Demgegenüber blieb die Regulierung in dem hier nicht weiter relevanten Teilmarkt für die Bereitsstellung von Einrichtungen für die UKW-Hörfunkausstrahlung beibehalten (Az. BK3-10-086 – *Media Broadcast*).

¹⁷⁹¹ Siehe dazu auch *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 230 ff.

¹⁷⁹² BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 89 ff.

¹⁷⁹³ BNetzA ebd., 92 ff.

¹⁷⁹⁴ BNetzA ebd., 98 ff.

¹⁷⁹⁵ BNetzA ebd., 100 f.

telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung wird im zugehörigen Abschnitt 11.3.1 noch gesondert eingegangen.¹⁷⁹⁶

10.1.3.2.3 § 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG

Das TKG enthält auch speziell zum Verhältnis zwischen Netzbetreibern und Rundfunkveranstaltern eine Norm, die sich als Zugangsanspruch auslegen lässt: § 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG. Die Norm verlangt von „Anbietern und Verwendern“ von *Conditional Access-Systemen*, dass sie „allen Rundfunkveranstaltern die Nutzung ihrer benötigten technischen Dienste zur Nutzung ihrer Systeme sowie die dafür erforderlichen Auskünfte zu chancengleichen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen ermöglichen“. „Anbieter und Verwender“ von Zugangsberechtigungssystemen in diesem Zusammenhang sind vor allem Netzbetreiber und Pay-TV-Programmplattformen.¹⁷⁹⁷

Die Vorschrift hat europarechtlichen Hintergrund;¹⁷⁹⁸ sie zielt auf Situationen, in denen Plattformanbieter ein Conditional Access-System (CAS) als Kontrollinstrument zur Marktbeherrschung nutzen. Der Gesetzgeber sieht in einem CAS einen „Flaschenhals“, den § 50 Abs. 1 Nr. 1 TKG für Programmveranstalter offen halten soll.¹⁷⁹⁹ § 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG verlangt CAS-Betreibern ab, den Programmveranstaltern eine „Nutzung“ des CAS zu „ermöglichen“.

§ 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG bezieht sich nach seinem Wortlaut nicht auf die *gesamte Plattform* einschließlich ihrer technischen Einrichtungen, sondern nur auf das Conditional Access-System. Aus der Norm kann deshalb kein Zugangsanspruch zu der Infrastruktur des CAS-Betreibers abgeleitet werden, soweit diese nicht unmittelbar zum CAS gehört.¹⁸⁰⁰ Insbesondere kann deshalb aus § 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG keine *Transportpflicht* abgeleitet werden. Der Betreiber des CAS unterliegt lediglich der Pflicht, (nur) hinsichtlich der CAS-Benutzung ein *Vertragsangebot* zu unterbreiten, das den Bedürfnissen des Programmveranstalters entspricht. Dieses Angebot muss *chancengleich*,

¹⁷⁹⁶ Siehe dazu ab S. 383.

¹⁷⁹⁷ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 68; Schütz, Kommunikationsrecht, Rn. 490.

¹⁷⁹⁸ Siehe dazu ab S. 228.

¹⁷⁹⁹ Zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers für dieses Regelungsziel siehe ab S. 140.

¹⁸⁰⁰ V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 73.

angemessen und nichtdiskriminierend sein.¹⁸⁰¹ Sofern der Anbieter in diesem Rahmen bleibt, darf er aber Nutzungsentgelte verlangen.

Die Kontrolle über ein Conditional Access-System zieht im Regelfall auch eine *medienrechtliche* Regulierung als Plattformbetreiber nach sich,¹⁸⁰² deshalb soll kurz auch auf das Verhältnis des § 50 TKG zur Plattformregulierung eingegangen werden. Die medienrechtlichen Vorgaben reichen in ihrem Anwendungsbereich nämlich wesentlich weiter als § 50 Abs. 3 TKG:

- Die medienrechtlichen Must Carry-Regeln sind keine „Zugangsansprüche“ zugunsten von Programmveranstaltern; sie verlangen vom Plattformveranstalter auch nicht nur ein *Angebot* eines entgeltlichen Einspeisevertrags an die Programmveranstalter, sondern bedingungslos als *öffentlich-rechtliche*, ggf. durch die Landesmedienanstalten durchzusetzende Pflicht die Einspeisung.¹⁸⁰³
- Auch betrifft § 52b RStV die gesamte Infrastruktur der Plattform, nicht nur das Conditional Access-System.
- Nach § 52a Abs. 3 RStV haben die Programmveranstalter unter bestimmten Bedingungen sogar das Recht, die Nutzung eines Conditional Access-Systems für ihre Programme gezielt zu *untersagen*, während die Übertragungspflicht gem. § 52b RStV bestehen bleibt.¹⁸⁰⁴
- Auch § 52c RStV geht inhaltlich wesentlich weiter als § 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG: Während die telekommunikationsrechtliche Vorschrift sich auf wenige technische Flaschenhälse beschränkt, betrifft § 52c RStV zumindest gem. Abs. 1 Satz 1 die gesamte „eingesetzte Technik“. ¹⁸⁰⁵

Der Bestimmung des § 50 Abs. 3 Nr. 1 TKG kommt aus diesem Grund in der Praxis bisher keinerlei Bedeutung zu.

¹⁸⁰¹ Ausführlich V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 75 ff.; Merkel et al., Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, 76.

¹⁸⁰² Siehe zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Zusammenfassung“ ab S. 242.

¹⁸⁰³ Siehe dazu ab S. 320.

¹⁸⁰⁴ Zur Auslegung des § 52a Abs. 3 RStV siehe ab S. 297.

¹⁸⁰⁵ Siehe zur Auslegung des § 52c RStV ab S. 301.

10.1.4 Bezüge zum Wettbewerbsrecht

Im Kontext der medienrechtlichen Übertragungspflichten stellen sich auch kartellrechtliche Fragen. Geprüft wird im folgenden Abschnitt, ob Plattformanbieter nicht nur medienrechtlich, sondern auch *kartellrechtlich* zur Einspeisung von Programmen verpflichtet sein können.¹⁸⁰⁶

Grundsätzlich bestehen Berührungspunkte sowohl zum deutschen als auch zum europäischen Kartellrecht. Das EU-Kartellrecht fußt auf den Art. 101 ff. AEUV. Nach diesen Vorgaben ist die Wettbewerbsfreiheit im gemeinsamen Markt der EU zu schützen, und zwar insbesondere vor Missbrauch von Marktmacht (Art. 101 AEUV) und wettbewerbsbeschränkenden Absprachen (Art. 102 AEUV). Im deutschen Kartellrecht bestehen nach den §§ 1 ff. GWB und den §§ 18 ff. GWB ähnliche Anforderungen.

10.1.4.1 Verhältnis von Medienrecht und Wettbewerbsrecht

Sowohl die Plattformregulierung als auch das Kartellrecht sind Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts.¹⁸⁰⁷ Ähnlich wie das Kartellrecht zielt auch die Plattformregulierung auf die Vermeidung von schädlichen Folgen, die sich aus einer *Machtposition* des Plattformanbieters ergeben können. Das Kartellrecht und das rundfunkrechtliche Plattformregime verfolgen allerdings unterschiedliche Schutzzwecke:¹⁸⁰⁸ Ziel der Plattformregulierung ist die Sicherstellung der Vielfalt im Rundfunk und der Grundversorgung der Rundfunkteilnehmer. Demgegenüber geht es dem Kartellrecht um den Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs.

Teils wird vertreten, die rundfunkrechtliche Plattformregulierung stelle ein *Sonderrecht* auf, das den gesamten betroffenen Wirtschaftsbereich dem Einfluss des Wettbewerbsrechts entziehe; das Wettbewerbsrecht sei deshalb für die rundfunkrechtlich regulierten Rechtsbeziehungen nicht anwendbar.¹⁸⁰⁹ Dem dürfte zumindest für die Bereiche zu folgen sein, in

¹⁸⁰⁶ Der Einfluss des Kartellrechts auf die zugehörige Preis- und Konditionengestaltung wird an dieser Stelle nur am Rande erörtert; hierauf wird im Kontext des Kapitels 11 zur Preisregulierung noch gesondert eingegangen (siehe ab S. 391). Ebenfalls nicht geprüft wird in diesem Abschnitt eine kartellrechtliche Pflicht der Programmveranstalter, ihre Programme zur Verfügung zu stellen („Must Offer“). Auf diese wird unten im Kapitel 12 noch gesondert eingegangen, siehe dort zum Kartellrecht ab S. 433.

¹⁸⁰⁷ Zum Begriff *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 12 ff.; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 19 ff.

¹⁸⁰⁸ *Bauer*, Netz und Nutzung, 193 ff.

¹⁸⁰⁹ In diese Richtung zum Beihilferecht OVG Bremen K&R 2000, 43, 48.

denen die Plattformregulierung eindeutige Anforderungen an die Rechtsträger formuliert, *ohne ihnen Spielräume für marktwirtschaftliches Verhalten zu lassen*.¹⁸¹⁰ In diesen Fällen greift ausschließlich das Medienrecht, denn rechtlich determiniertes Handeln ist keine Handlung im Wirtschaftswettbewerb und unterliegt insofern nicht dem Maßstab des Kartellrechts.¹⁸¹¹

Anders ist dies in den Bereichen, in denen die Plattformregulierung Spielräume lässt.¹⁸¹² Dies nimmt die h.M. insbesondere in den Fragen der Preisregulierung an: Die Vorgaben der Must Carry-Vorschriften in den §§ 52 ff. RStV lassen nach der (auch hier vertretenen) h.M. einen gewissen Spielraum bei der Preissetzung.¹⁸¹³ Sie erlauben es dem Plattformanbieter also innerhalb gewisser Grenzen, bei Programmveranstaltern Entgelte zu verlangen.

Damit bleibt es zwar bei einer begrenzten Anwendung des Kartellrechts; dieses darf aber im Ergebnis nicht rundumrechtliche Wertungen unterlaufen. Insbesondere gilt dies für die Besonderheit, dass die Must Carry-Pflichten dazu führen, dass eine „Transportleistung“ an bestimmte Programmveranstalter nicht leicht vermarktbare ist.¹⁸¹⁴ Dies ist *zwingende* Folge des Medienrechts: Sie darf nicht durch das Wettbewerbsrecht wieder rückgängig gemacht werden.¹⁸¹⁵ Denn wenn das Medienrecht gezielt eine Rechtsposition begründet, dann darf diese nicht durch das Kartellrecht, als „Marktmacht“ uminterpretiert, wieder revidiert oder sogar in eine gegenläufige *Zahlungspflicht* umgedeutet werden.¹⁸¹⁶ Anderenfalls würde das Medienrecht an dieser Stelle nicht nur in sein Gegenteil verkehrt, sondern auch in seinem Anwendungsbereich unterlaufen.

10.1.4.2 Rundfunkplattformen im Kartellrecht

Aus Sicht der Kartellbehörden ist der Betrieb einer Rundfunkplattform eine Aktivität auf verschiedenen Märkten. Das BKartA nimmt keinen einheitlichen „Plattformmarkt“ an, sondern konzentriert sich auf einzelne Aspekte, z.B. die

¹⁸¹⁰ Zur Gesetzgebungskompetenz siehe ab S. 139.

¹⁸¹¹ So auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 194 f.; *Irion/Schirmbacher* CR 2002, 61, 67; LG Berlin ZUM 2013, 954, 960

¹⁸¹² *Irion/Schirmbacher* CR 2002, 61, 67.

¹⁸¹³ Siehe zu diesem Meinungsstreit ab S. 376.

¹⁸¹⁴ Siehe dazu ab S. 376.

¹⁸¹⁵ In diese Richtung LG Berlin ZUM 2013, 954, 960

¹⁸¹⁶ *Bauer*, Netz und Nutzung, 195.

Einspeisung der Programme, den Betrieb eines Verschlüsselungssystems oder die Beziehungen zur Wohnungswirtschaft (sog. Gestattungsmarkt¹⁸¹⁷ bzw. Signalmarkt¹⁸¹⁸).

Die Problematik beim Betrieb von Rundfunkplattformen besteht aus kartellrechtlicher Sicht primär darin, dass die relevanten Märkte von nur wenigen Anbietern kontrolliert werden, die stark von Netzwerkeffekten und anderen Markteintrittsbarrieren profitieren. Zudem kontrollieren Betreiber von Rundfunkplattformen häufig Marktpositionen, die für andere Unternehmen unverzichtbar sind.¹⁸¹⁹ Rundfunkplattformen sind deshalb häufig Gegenstand kartellrechtlicher Regulierungsverfahren.¹⁸²⁰

10.1.4.3 Kartellrechtliche Ansprüche auf Programmübertragung

Nicht nur aus § 52b RStV, sondern auch aus kartellrechtlichen Normen kann sich eine Pflicht von Plattformbetreibern ergeben, Rundfunkprogramme zu übertragen. Der Plattformanbieter kann insofern kartellrechtlich verpflichtet sein, einen Einspeisevertrag zu bestimmten Bedingungen abzuschließen (Kontrahierungszwang), einen bestehenden nicht zu beenden (Kündigungsverbot)¹⁸²¹ oder sogar das Programm *ohne* vorherigen Vertragsschluss auf die Plattform aufzunehmen.¹⁸²²

Diese Fälle sind in die Fallgruppe der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung einzustufen.¹⁸²³ Rechtlich gesehen geht es dabei um zwei Fragen, die zu differenzieren sind: Zum einen, ob Plattformanbieter ein bestimmtes Programm *überhaupt* transportieren, zum anderen, ob sie dies zu bestimmten *Konditionen* tun müssen. Die beiden Probleme sind allerdings

¹⁸¹⁷ Zuletzt BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 40 ff. - *KDG/TeleColumbus*.

¹⁸¹⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.8.2013, Az. VI Kart 1/12 (V), openJur 2013 - 37190, Rn. 68 ff.

¹⁸¹⁹ *Schütz* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 20, 26.

¹⁸²⁰ Vgl. nur BKartA, Entsch. v. 22.2.2002, Az. B 7 - 168/01 - *Liberty/KDG*; Entsch. v. 28.12.2004, Az. B 7 - 150/04 - *SES/Premiere*; Entsch. v. 17.3.2011, Az. B6-94/10 - *Amazonas*; Entsch. v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11 - *Liberty/Kabel BW*; BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12 - *KDG/TeleColumbus*; Europäische Kommission, Entsch. v. 9.11.1994, Az. IV/M.469 (Abl. EG 1994 L 364, 1) - *MSG Media Service*; Entsch. v. 27.5.1998, Az. IV/M.1027 (Abl. EG 1999 L 53, 31) - *Deutsche Telekom/BetaResearch*.

¹⁸²¹ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 223 ff.; *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 464.

¹⁸²² In diese Richtung OLG Naumburg ZUM 1999, 944, 947.

¹⁸²³ Dazu grundlegend *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 305 ff.

kaum trennbar,¹⁸²⁴ denn die Erhebung sog. prohibitiver Preise kann auch eine versteckte Weigerung sein, das Geschäft *überhaupt* vorzunehmen.¹⁸²⁵

Kartellrechtliche Pflichten, die den rundfunkrechtlichen Must Carry-Pflichten entsprechen, können sich vor allem aus den Missbrauchsverboten des Art. 102 AEUV bzw. der §§ 18 ff. GWB ergeben.¹⁸²⁶ Voraussetzung ist – anders als im Rundfunkrecht¹⁸²⁷ – die *überwiegende* oder zumindest *überlegene Marktmacht* des Plattformbetreibers (§§ 18 ff. GWB, Art. 102 AEUV).¹⁸²⁸

Die überwiegende Marktmacht muss auf einem bestimmten Markt bestehen, dessen Definition sich nach dem sog. *Bedarfsmarktkonzept* ergibt. Demnach „sind dem relevanten (Angebots-)Markt alle Produkte zuzurechnen, die nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind“.¹⁸²⁹ Die Rechtsprechung und das BKartA sind in der Vergangenheit davon ausgegangen, dass Netzbetreiber an Programmveranstalter eine sog. Transportleistung erbringen; hierauf bezogen haben sie den sog. *Einspeisemarkt* abgegrenzt.¹⁸³⁰

Eine beherrschende Stellung auf einem Markt besteht gem. § 18 Abs. 1 GWB, wenn das betreffende Unternehmen „ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat“. Nach den Vermutungsregeln der § 18 Abs. 3 ff. GWB liegt überwiegende Marktmacht im Regelfall vor, wenn ein einzelnes Unternehmen mehr als 40 % Marktanteil, zwei oder drei Unternehmen mehr als 50 % oder vier oder fünf Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von mehr als 2/3 innehaben. Jedenfalls für Netzanbieter, die exklusiv den Zugang zu bestimmten Kundengruppen kontrollieren,¹⁸³¹ gilt nach ständiger Rechtsprechung der Grundsatz „ein

¹⁸²⁴ Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 178.

¹⁸²⁵ BGH NJW 1996, 2656, 2657 – *Pay-TV-Durchleitung*; BGH NJW 1993, 396, 397 – *Stromeinspeisung*.

¹⁸²⁶ Noch zum alten GWB Bauer, Netz und Nutzung, 209 ff.; Christmann ZUM 2009, 7, 10; Irion/Schirmbacher CR 2002, 61, 67 ff.

¹⁸²⁷ Mit Ausnahme der Rückausnahme des § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV; siehe dazu ab S. 272.

¹⁸²⁸ Schütz, Kommunikationsrecht, Rn. 466; Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 22.

¹⁸²⁹ Statt vieler BGH NJW 2011, 2730, 2730 – *MAN-Vertragswerkstatt*.

¹⁸³⁰ Siehe dazu ausführlich ab S. 392.

¹⁸³¹ Dies gilt nicht für alle Anbieter von Rundfunkplattformen i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV: Einige der Anbieter, speziell bei Web-TV, haben keine solche Exklusivstellung, weil Kunden leicht auf einen anderen Bezugsweg wechseln können oder sogar an mehrere Bezugswege angeschlossen sind (sog. Multihoming, siehe dazu ab S. 122).

Netz, ein Markt“: Jeder Netzbetreiber ist Monopolist in seinem eigenen Netz.¹⁸³²

Eine Einspeiseverpflichtung eines Plattformbetreibers kann sich insbesondere ergeben, wenn ein Rundfunkveranstalter auf die Einspeisung dringend angewiesen ist. In diesem Fall kann die Geschäftsverweigerung durch den Plattformbetreiber einen Missbrauch von Marktmacht darstellen,¹⁸³³ und zwar in Form eines allgemeinen *Behinderungsmissbrauchs*, eines *Ausbeutungsmissbrauchs* oder in Form einer *unbilligen Diskriminierung*.¹⁸³⁴

- Ein *Behinderungsmissbrauch* gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt vor, wenn ein marktbeherrschender Anbieter oder Nachfrager missbräuchlich „die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt“. ¹⁸³⁵ Das Behinderungsverbot verbietet es marktbeherrschenden Unternehmen, Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem sie zu anderen Mitteln als denjenigen des fairen Leistungswettbewerbs greifen. ¹⁸³⁶
- Fälle des *Ausbeutungsmissbrauchs* sind in Art. 102 Abs. 2 a) und b) AEUV und in § 19 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 GWB geregelt. ¹⁸³⁷ Ein Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um von abhängigen Unternehmen Vorteile zu erlangen, die es bei normalem und hinreichend wirksamem Wettbewerb nicht erhalten hätte. ¹⁸³⁸ Eine Belieferungsverweigerung

¹⁸³² BGH NJW 1996, 2656, 2657 - *Pay-TV-Durchleitung*; OLG Naumburg ZUM 1999, 944, 946; BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 71 ff.; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 242 f.; a.A. wohl *Schütz* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 20, 25; RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 21; differenzierend *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 466.

¹⁸³³ OLG Naumburg ZUM 1999, 944, 947; *Wagner*, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 41, 50.

¹⁸³⁴ *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 468 ff.

¹⁸³⁵ *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 81 GWB, Rn. 90.

¹⁸³⁶ EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Rn. 70 – *AKZO*; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 185 und 214.

¹⁸³⁷ *Müller/Beckmann*, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Teil 10 Rn. 243; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, § 81 GWB, Rn. 91; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 178.

¹⁸³⁸ *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 166; EuGH Urt. v. 14.2.1987, Rs. 27/76, Rn. 248/257 - *United Brands*.

kann einen Ausbeutungsmissbrauch darstellen.¹⁸³⁹ Denkbar ist aber auch ein Ausbeutungsmissbrauch in Form einer Leistungsbeschränkung;¹⁸⁴⁰ dies wäre im Kontext des Plattformgeschäfts z.B. der Fall, wenn Plattformanbieter bestimmten Programmveranstaltern nur *schlechte* Übertragungskonditionen anbieten.

- Weiter in Frage kommt § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (*Essential Facilities Doctrine*).¹⁸⁴¹ Die Essential Facilities Doctrine stellt eine spezielle Form eines Verbots der Geschäftsverweigerung dar. In der Praxis berufen sich nur wenige Anspruchsteller auf § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, da dessen Voraussetzungen nur schwer nachzuweisen sind und sich das gewünschte Ergebnis häufig auch über die Missbrauchsverbote oder das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB begründen lässt. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB spielt aber im Must-Carry-Kontext eine gewisse Rolle, da Plattformanbieter üblicherweise „Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen“ i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB betreiben.¹⁸⁴²
- Zuletzt kann eine Geschäftsverweigerung auch eine *ungerechtfertigte Diskriminierung* nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB oder Art. 102 AEUV (speziell Art. 102 Satz 2 c) AEUV)¹⁸⁴³ darstellen.¹⁸⁴⁴ Das Diskriminierungsverbot verbietet die „sachwidrige Durchsetzung ungleicher Bedingungen seitens eines markt-beherrschenden Unternehmens für gleichwertige Leistungen“.¹⁸⁴⁵ Auch dürfen marktbeherrschende Unternehmen nicht ungleichartige abhängige Unternehmen ohne Rechtfertigung gleich behandeln.¹⁸⁴⁶

¹⁸³⁹ Str., vgl. *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 166.

¹⁸⁴⁰ *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 179.

¹⁸⁴¹ *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz, 293 ff.; *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rn. 467; *Bauer*, Netz und Nutzung, 209 ff.

¹⁸⁴² *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz, 239 f.

¹⁸⁴³ *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 187.

¹⁸⁴⁴ Ausführlich *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz, 253 ff.

¹⁸⁴⁵ *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 189.

¹⁸⁴⁶ Zur Gleichartigkeit von Programmveranstaltern OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 941, 942; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 189; siehe dazu auch noch ab S. 399.

Die Grenzen zwischen diesen Tatbeständen sind fließend.¹⁸⁴⁷ Häufig hat ein Ausbeutungsmissbrauch z.B. auch behindernden Charakter; die h.M. grenzt in diesem Fall danach ab, ob die Schädigung auf Handelspartner oder auf Konkurrenten zielt.¹⁸⁴⁸

Letztlich laufen alle genannten Tatbestände auf dieselbe rechtliche Essenz hinaus:¹⁸⁴⁹ Ein marktbeherrschendes Unternehmen ist nicht *zwangsläufig* dazu verpflichtet, nachfragenden Unternehmen die nachgefragte Dienstleistung anzubieten. Will es einem abhängigen Programmveranstalter den Abschluss eines Geschäfts zu „marktüblichen“ Bedingungen verweigern, muss es dies aber *rechtfertigen*.¹⁸⁵⁰ Je stärker der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt durch die Geschäftsverweigerung beeinträchtigt wird, desto stärker müssen auch die Gründe wiegen, mit denen das marktmächtige Unternehmen seine Geschäftsverweigerung rechtfertigt.¹⁸⁵¹

Zu berücksichtigen ist auch der Grad der Abhängigkeit. Je mehr ein Unternehmen auf die betreffende Leistung angewiesen ist, desto höhere Anforderungen bestehen an die Rechtfertigung der Verweigerung.¹⁸⁵² Teils wird auch vertreten, der Abbruch von *bestehenden* Geschäftsbeziehungen stelle höhere Anforderungen als die Weigerung, eine *neue* Geschäftsbeziehung zu begründen.¹⁸⁵³

Die Frage, welche Gründe eine Geschäftsverweigerung rechtfertigen können, ist eine Einzelfallfrage. Genereller Prüfungsmaßstab sind aber die Leitlinien

¹⁸⁴⁷ Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 167.

¹⁸⁴⁸ Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 237.

¹⁸⁴⁹ Einen einheitlichen Maßstab anwendend BGH NJW 1996, 2656, 2657 ff. - *Pay-TV-Durchleitung*; OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 132 ff.

¹⁸⁵⁰ BGH ZUM 1998, 656 - *Bahnhofsbuchhandel*; BGH GRUR 2003, 893 - *Schülertransporte*; BGH NJW 1989, 3010, 3011 - *Staatslotterie*; BGH NJW-RR 2000, 773, 774 - *Feuerwehrgeräte*; BGH GRUR 2002, 461, 462 ff. - *Privater Pflegedienst*; BGH GRUR 1988, 642, 644 - *Opel Blitz*; BGH GRUR 1995, 765, 768 - *Kfz-Vertragshändler*; EuGH, Urt. v. 2.3.1083, Rs. 7/82, Rn. 53 ff. - *GVL gegen Kommission*; Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, Rn. 28 ff. - *IMS Health*; Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Rn. 23 ff. - *Bronner*; Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Rn. 50 ff. - *Magill*; Urt. v. 17.9.2009, Rs. T-201/04, Rn. 229 - *Microsoft*.

¹⁸⁵¹ EuGH, Urt. v. 17.9.2009, Rs. T-201/04, Rn. 229 - *Microsoft*; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 179.

¹⁸⁵² Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 179; EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Rn. 41 ff. - *Bronner*.

¹⁸⁵³ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 312; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 180 ff.; BGH GRUR 2003, 893, 894 - *Schülertransporte*; BGH NJW 1989, 3010, 3011 - *Staatslotterie*.

des Wettbewerbsrechts.¹⁸⁵⁴ So sind insbesondere Rechtfertigungsgründe als nicht tragkräftig anzusehen, die im Ergebnis darauf abzielen, den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder die Verbraucher zu schädigen.¹⁸⁵⁵ Kontrolliert ein Unternehmen eine Ressource, „ohne die der Zugang zu [einem] nachgelagerten Markt nicht oder jedenfalls nicht sinnvoll möglich ist“, haben die abhängigen Unternehmen einen legitimen Anspruch auf Zugang.¹⁸⁵⁶

Eine gezielte Marktabstottung bzw. das Ausschalten sämtlichen Wettbewerbs ist üblicherweise nicht rechtfertigungsfähig.¹⁸⁵⁷ Auch eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den EU-Mitgliedsstaaten wird von der Kommission und den Gerichten besonders kritisch bewertet.¹⁸⁵⁸ Selbiges gilt für die Verhinderung von Innovation auf dem jeweils betroffenen Markt.¹⁸⁵⁹ Neue Geschäftsmodelle können also besonders schutzfähig sein – oder dürfen zumindest nicht *aufgrund* ihrer Neuheit behindert werden.

Ohne sachlichen Grund darf ein Netzbetreiber einem Programmveranstalter deshalb nicht den Transport über sein Netz verweigern.¹⁸⁶⁰ Diskutiert wird aber insbesondere, ob in Fällen, in denen ein Programmveranstalter *kein Einspeiseentgelt* zahlen möchte, eine solche Verweigerung gerechtfertigt ist. In seiner Entscheidung zur *Pay-TV-Durchleitung* hat der BGH einen Anspruch eines Programmveranstalters auf unentgeltliche Einspeisung abgelehnt.¹⁸⁶¹ Die Entscheidung betraf allerdings eine eher spezielle Konstellation, insbesondere ging es um verschlüsselte Signale von Pay-TV-Programmen. Es lässt sich deshalb aus der Entscheidung nicht ableiten, dass ein Netzbetreiber die Einspeisung *generell* gegenüber jedem Programmveranstalter

¹⁸⁵⁴ EuGH, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Rn. 26 ff. - *Telia Sonera*; EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Rn. 70 - *AKZO*; BGH GRUR 2003, 893, 895 - *Schülertransporte*; BGH NJW-RR 2000, 773, 774 - *Feuerwehrgeräte*.

¹⁸⁵⁵ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 307 ff.

¹⁸⁵⁶ BGH NJW 2011, 2730, 2731 - *MAN-Vertragswerkstatt*.

¹⁸⁵⁷ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Rn. 253 - *Deutsche Telekom*; EuGH, Urt. v. 6.3.1974, Rs. 6-73, 7-73, Rn. 25 - *Commercial Solvents*; Urt. v. 3.10.1985, Rs. 311/84, Rn. 26 - *Telemarketing*.

¹⁸⁵⁸ EuGH, Urt. v. 14.2.1987, Rs. 27/76, Rn. 227/233 - *United Brands*; EuGH, Urt. v. 4.10.2011, Rs. C-403/08 und C-429/08, Rn. 115 - *Murphy*; Urt. v. 17.5.1994, Rs. C-18/93, Rn. 43 ff. - *Corsica Ferries*.

¹⁸⁵⁹ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, Rn. 48 ff. - *IMS Health*.

¹⁸⁶⁰ BGH NJW 1996, 2656, 2658 - *Pay-TV-Durchleitung*; OLG Naumburg ZUM 1999, 944, 947vgl. auch Schütz MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 20, 26; Sharma, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz, 257; differenzierend Bauer, Netz und Nutzung, 223.

¹⁸⁶¹ BGH NJW 1996, 2656, 2658 ff. - *Pay-TV-Durchleitung*; OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 132 ff.

verweigern darf, falls ihm kein Einspeiseentgelt angeboten wird.¹⁸⁶² Insbesondere gilt dies, wenn solche Einspeiseentgelte gar nicht marktüblich oder sogar selbst kartellrechtswidrig sind.¹⁸⁶³

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass es vom Einzelfall abhängt, ob bzw. zu welchen Bedingungen ein Plattformanbieter ein bestimmtes Programm aus kartellrechtlichen Gründen einspeisen muss.¹⁸⁶⁴ Weigert sich ein Programmveranstalter, Einspeiseentgelte zu entrichten, *kann* dies aus kartellrechtlicher Sicht einen Rechtfertigungsgrund darstellen; es sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen ein Plattformanbieter *dennoch* kartellrechtlich verpflichtet ist, das Programm einzuspeisen.¹⁸⁶⁵

Falls ein Plattformanbieter die Verweigerung der Einspeisung rechtfertigen *kann*, die Programme aber *dennoch* einspeist, folgt daraus in jedem Fall noch kein *Anspruch auf Zahlung von Einspeiseentgelten*. Diese Frage wird im Rahmen von Kapitel 11 noch gesondert angesprochen.¹⁸⁶⁶

10.2 Must Carry

Den „Kern“ der Plattformregulierung bilden die Übertragungspflichten, die in § 52b RStV geregelt sind. Die Norm enthält in Abs. 1 Belegungsvorgaben für *Fernsehprogramme*, in Abs. 2 für *Hörfunkprogramme*. Abs. 3 regelt Ausnahmen für bestimmte Plattformbetreiber, Abs. 4 das Verfahren zur Anordnung und Durchsetzung von Übertragungspflichten.

Die folgende Darstellung konzentriert sich zunächst auf die Fernsehprogramme.¹⁸⁶⁷

¹⁸⁶² OLG Naumburg ZUM 1999, 944, 947 ff.; vgl. auch LG Bremen MMR 2013, 816, 818; LG Berlin ZUM 2013, 954, 960 ff.

¹⁸⁶³ Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Einspeiseentgelten siehe ab S. 391.

¹⁸⁶⁴ Zur Klarstellung: In jedem Fall betrifft das Ergebnis der *kartellrechtlichen* Interessenabwägung immer nur das Horizontalverhältnis zum Programmveranstalter und wirkt sich natürlich nicht auf die öffentlich-rechtlichen Must Carry-Regeln aus.

¹⁸⁶⁵ Ausführlich auch *Bauer*, Netz und Nutzung, 218 ff.

¹⁸⁶⁶ Siehe dazu ab S. 391.

¹⁸⁶⁷ Die Must Carry-Pflichten für Hörfunkprogramme werden in Abschnitt 10.4 gesondert angesprochen, siehe dazu ab S. 370.

10.2.1 Anwendungsbereich

Die Must Carry-Pflichten nach § 52b RStV betreffen *Plattformen* i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV, soweit diese nicht gem. § 52 Abs. 1 oder § 52b Abs. 3 RStV von dessen Anwendungsbereich ausgenommen sind.¹⁸⁶⁸

Tatbestandliche Voraussetzung der Must Carry-Bestimmungen ist gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 bzw. § 52b Abs. 2 Satz 1 RStV außerdem, dass die betreffende Plattform *Programme* transportiert.¹⁸⁶⁹ Der Begriff des Programms ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 RStV legaldefiniert als „eine nach einem Sendepplan zeitlich geordnete Folge von Inhalten“ – mit anderen Worten, als rein *lineare* Zusammenstellung.¹⁸⁷⁰ Daraus ergibt sich, dass – anders als dies gelegentlich behauptet wird – die Must Carry-Bestimmungen *nicht für nicht-lineare Inhalteangebote* wie z.B. Mediatheken oder Videoportale gelten. Dies gilt unabhängig davon, ob die dort zusammengestellten Inhalte „vergleichbare Telemedien“ sind.¹⁸⁷¹

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 52b RStV auf Plattformen *mit Programmen* ist nicht etwa planwidrig. Die Vorschrift ist in ihrer Systematik schlicht nicht auf Angebote ausgerichtet, die Medieninhalte in nicht-linearer Form zusammenfassen. Die Gesetzgeber waren sich dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs durchaus bewusst. So sagt die Begründung zum 10. RÄStV ausdrücklich:

„Zum Must-Carry-Bereich gehören ferner wie bisher die das lineare Programm begleitenden Dienste wie z.B. der Teletext, sein technischer Nachfolger oder elektronische Programmführer; nicht erfasst sind also die weiteren, nicht-linearen Telemedien.“¹⁸⁷²

¹⁸⁶⁸ Siehe dazu ab S. 241.

¹⁸⁶⁹ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 12.

¹⁸⁷⁰ Zu Abgrenzungsproblemen Bornemann ZUM 2013, 845, 846 ff.

¹⁸⁷¹ Diese Arbeit vertritt die Auffassung, dass auch „vergleichbare Telemedien“ nur lineare Inhaltezusammenstellungen sind; vgl. dazu ab S. 246.

¹⁸⁷² Begründung zum 10. RÄStV S. 30, Hervorhebung nicht im Original.

10.2.2 „Must Carry“ oder „Must Provide“?

§ 52b Abs. 1 Satz 2 RStV verlangt dem genauen Wortlaut nach, der Plattformanbieter müsse sicherstellen, „dass die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stehen“. In der Literatur wird die Formulierung teils als Hinweis darauf verstanden, dass ein Plattformbetreiber die Must Carry-Programme gar nicht *transportieren* müsse, sondern lediglich verpflichtet sei, die Kapazitäten für diese Programme *freizuhalten* („Must Provide“).¹⁸⁷³ Daraus leitet diese Ansicht ab, die Must Carry-Programme seien erst dann einzuspeisen, wenn die Programmveranstalter den Signaltransport auch abforderten, was den Abschluss eines entgeltlichen Einspeisevertrags voraussetze.¹⁸⁷⁴ In diesem Punkt ergeben sich Überschneidungen mit der bereits erörterten Frage, ob die Must Carry-Pflichten *tatbestandlich* einen *Einspeisevertrag* voraussetzen.¹⁸⁷⁵

Die „Must Provide“-Theorie geht erkennbar nicht nur am Sinn und Zweck der Must Carry-Regeln vorbei, sie ist auch mit der Historie der Norm und dem höherrangigen Recht nicht vereinbar.

- Schon aus dem *Wortlaut* der umliegenden Normen wird deutlich, dass die Gesetzgeber in § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV keine Pflicht zur Vorhaltung von Kapazitäten meinten, sondern die eigentliche *Signalübertragung*. So sagt schon der zweite Halbsatz von § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV, die „Landesfenster“ der Dritten Programme seien nur im jeweils intendierten Gebiet zu „verbreiten“. Die amtliche Überschrift und § 52b Abs. 4 Satz 2 RStV sprechen jeweils von einer „Belegung“ der Plattform, gem. § 52b Abs. 4 Satz 3 RStV legt die Landesmedienanstalt für den Fall eines Verstoßes die „zu verbreitenden“ Programme fest. Auch 52d Satz 2 RStV spricht von einer „Verbreitung von Angeboten“.¹⁸⁷⁶ Und auch die Ausnahme von der Verbreitungspflicht gem. § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV greift nur, wenn der Plattformanbieter „den Empfang [...] ermöglicht.“¹⁸⁷⁷

¹⁸⁷³ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 20.

¹⁸⁷⁴ Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 11; Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 32 f.; ähnlich Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 17 ff.

¹⁸⁷⁵ Siehe dazu ab S. 320.

¹⁸⁷⁶ Hain et al. MMR 2013, 769, 770.

¹⁸⁷⁷ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 21 f.; Hain et al. MMR 2013, 769, 770.

- Auch *historisch* war der tatsächliche *Signaltransport* das Ziel der Gesetzgeber:¹⁸⁷⁸ Die Begründung des 4. RÄStV, mit dem Must Carry-Regeln erstmals in den RStV aufgenommen wurden, spricht von „*einspeisungspflichtigen*“ Programmen und erklärt, Zweck der Norm sei, die „*Weiterverbreitung* bestimmter Programme für verpflichtend zu erklären“. ¹⁸⁷⁹ Die Begründung zum 10. RÄStV, mit dem § 52b RStV in seine heutige Form gebracht wurde, nennt als Zweck des § 52b RStV „*primär die Verbreitung*“ der Must Carry-Programme, diese solle § 52b „*gewährleisten*“. ¹⁸⁸⁰ Sämtliche Novellen der Kabelbelegungsvorschriften im RStV bezogen sich außerdem direkt oder implizit auf Art. 31 UDRL, wo wörtlich „Übertragungspflichten“ geregelt sind. ¹⁸⁸¹
- Dies bestätigt eine *teleologische Auslegung*: § 52b RStV soll einen Standard gleichgewichtiger Vielfalt auch in Situationen sichern, in denen ein „Gatekeeper“ seine Macht missbraucht, z.B. durch Diskriminierung einzelner Programmveranstalter oder missbräuchliche Entgeltforderungen. ¹⁸⁸² Gerade für solche Fälle *gewährleistet* er die *Empfangsmöglichkeit* von bestimmten Programmen – und zwar primär im Interesse der *Rundfunkteilnehmer*. ¹⁸⁸³ Diese Ziele würden jedoch nicht erfüllt, wenn die Programme die Rundfunkteilnehmer tatsächlich nicht erreichen, weil ein Plattformbetreiber seine Kapazitäten lediglich „vorhält“, ohne das Programm tatsächlich empfangbar zu machen. ¹⁸⁸⁴
- Die „Must Provide“-Theorie wäre auch weder mit dem *Verhältnismäßigkeitsgebot* vereinbar, ¹⁸⁸⁵ noch würde sie der verfassungsrechtlichen Pflicht der Landesgesetzgeber zur *Ausgestaltung*

¹⁸⁷⁸ Hain et al. MMR 2013, 769, 770.

¹⁸⁷⁹ Vgl. auch Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 22.

¹⁸⁸⁰ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 22; Begründung zum 10. RÄStV, S. 30 – alle Hervorhebungen in diesem Unterpunkt nicht im Original

¹⁸⁸¹ Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 58; zum Begriff „Übertragungspflichten“ siehe ab S. 210.

¹⁸⁸² Siehe zur verfassungsrechtlichen Rahmensituation ab S. 146.

¹⁸⁸³ VG Berlin ZUM-RD 2002, 506, 508; Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 35; Hain et al. MMR 2013, 769, 771 m.w.N.

¹⁸⁸⁴ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 23; Schütz/Schreiber MMR 2013, 544, 545; Holznagel/Salwitzek K&R 2013, 454, 456; Spoerr/Luczak ZUM 2010, 553, 561.

¹⁸⁸⁵ Siehe dazu ab S. 156.

der *Rundfunkfreiheit* gerecht werden.¹⁸⁸⁶ Echte *Übertragungspflichten* sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt und geboten, weil sie für die Rundfunkteilnehmer den Zugang zu vielfaltsrelevanten Programme sichern – reine „Must Provide“-Pflichten sichern den Empfang der Programme demgegenüber nicht, sind deshalb wenig sinnvoll und dementsprechend auch nicht verhältnismäßig.¹⁸⁸⁷

- Aus diesem Grund wäre eine „Must Provide“-Pflicht auch europarechtswidrig. Art. 31 UDRL lässt nur die Auferlegung von speziell ausgestalteten *Übertragungspflichten* zu, nicht die Auferlegung der Pflicht, bestimmte Kapazitäten nur *vorzuhalten*, bis ein Programmveranstalter sie abruft.¹⁸⁸⁸

Somit ist die Ansicht, ein reines *Vorhalten* der Signalkapazität reiche aus, zurückzuweisen. Trotz des etwas missverständlichen Wortlauts verlangt § 52b RStV, dass der Plattformbetreiber die Programme *einspeist* und bei den Signalnutzern bzw. Endkunden *empfangbar* macht.

10.2.3 Programme mit Must Carry-Status

§ 52b RStV privilegiert grundsätzlich drei Gruppen von Programmen:

- Die „beitragsfinanzierten Programme“ bzw. „Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV,
- die „privaten Fernsehprogramme, die Regionalfenster gemäß § 25 enthalten“ gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) RStV,
- die „im jeweiligen Land zugelassenen regionalen und lokalen Fernsehprogramme sowie die Offenen Kanäle“ gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) RStV.

¹⁸⁸⁶ Hain et al. MMR 2014, 24, 24; die genau umgekehrte Ansicht vertritt Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 9 f.: Gerade weil § 52b RStV keine Übertragungspflicht festlege, sondern nur eine Pflicht, Kapazitäten „vorzuhalten“, sei die Norm noch verhältnismäßig. Dem ist aus den in diesem Abschnitt dargestellten Gründen nicht zu folgen: Eine „Must Provide“-Pflicht würde die Rechte der Plattformbetreiber stark beeinträchtigen, ohne für sich gesehen zur Vielfaltssicherung geeignet zu sein.

¹⁸⁸⁷ Sowohl eine „Must Provide“-Pflicht als auch Must Carry-Regeln entziehen dem Plattformanbieter die Verfügungsgewalt über bestimmte Teile seiner Übertragungskapazität: Die Eingriffstiefe ist also annähernd gleich. Im Unterschied zu einer echten Must Carry-Pflicht läuft eine reine „Must Provide“-Pflicht aber leer, falls zwischen Programmveranstalter und Plattformanbieter kein Vertrag zustandekommt, z.B. wegen eines Streits um Einspeiseentgelte. Eine „Must Provide“-Pflicht ist deshalb nicht geeignet, um den Zugang der Rundfunkteilnehmer zu den Programmen zu sichern.

¹⁸⁸⁸ Siehe dazu ab S. 210.

Auf diese drei Typen von privilegierten Programmen soll im Folgenden näher eingegangen werden.

10.2.3.1 Öffentlich-rechtliche Programme

Must Carry-Status haben gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV bestimmte öffentlich-rechtliche Programme, die allerdings als „beitragsfinanzierte“ Programme beschrieben werden. Zu den öffentlich-rechtlichen Must Carry-Programmen gehören einerseits die *für die bundesweite Verbreitung gesetzlich bestimmten Programme*, andererseits die *Dritten Programme*.

10.2.3.1.1 Begriff der Beitragsfinanzierung

Der Begriff der „Beitragsfinanzierung“ ist in diesem Kontext relativ neu. § 52 Abs. 3 RStV i.d.F.d. 8. RÄStV hatte noch von „Programmen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ gesprochen; der 10. RÄStV ersetzte dies dann durch die Beschreibung „gebührenfinanziert“. Mit der Änderung des Finanzierungsmodells des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den 15. RÄStV wurde dann „gebührenfinanziert“ zu „beitragsfinanziert“.

Die Formulierung ist nicht unproblematisch. Die Gesetzgeber haben offenbar übersehen, dass es Programme gibt, die *nicht* zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk gehören, aber dennoch aus Rundfunkbeiträgen finanziert werden, insb. die offenen Kanäle (§ 40 RStV). Dass diese Programme in den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen sollen, ist nicht ersichtlich.¹⁸⁸⁹

Der Terminus „beitragsfinanziert“ wurde vielmehr offenbar eingeführt, um den (eher hypothetischen) Fall zu regeln, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein Programm herstellen, das nicht beitragsfinanziert ist.¹⁸⁹⁰ Ein solches Programm wäre nicht Must Carry-privilegiert.¹⁸⁹¹ Im Umkehrschluss lässt sich daraus ableiten, dass die öffentlich-rechtlichen Programme gerade auch deshalb privilegiert sind, *weil* sie aus Beiträgen der Allgemeinheit finanziert werden.¹⁸⁹² Insbesondere soll der Hinweis auf die

¹⁸⁸⁹ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 38; vgl. auch die Begründung zum 10. RÄStV, S. 30.

¹⁸⁹⁰ Alle Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind ganz oder zumindest größtenteils beitragsfinanziert. Es gibt keine Planungen, dies zu ändern - es bestünden auch erhebliche Zweifel, ob dies überhaupt zulässig wäre; vgl. nur *Libertus*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 13 Rn. 8 ff.; BVerfGE 83, 238, 306 – *WDR*; BVerfGE 87, 181, 200 – *Hessen 3*.

¹⁸⁹¹ Begründung zum 10. RÄStV, S. 30 f.

¹⁸⁹² Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 5; Wille/Heckel ZUM 1997, 240, 244.

Beitragsfinanzierung unterstreichen, dass den Rundfunkteilnehmern auch deshalb der Empfang der Programme garantiert ist, *weil sie diese finanziert haben*.¹⁸⁹³

Überlegungen, einzelne öffentlich-rechtliche Programme unterfielen nicht dem Grundversorgungs- sondern nur dem Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und hätten deshalb *verfassungsrechtlich* keinen „Anspruch“ auf vorrangige Behandlung gegenüber privaten Programmen,¹⁸⁹⁴ gehen deshalb jedenfalls auf Ebene des *einfachen* Rechts fehl. Denn es ist nicht (nur) der Grundversorgungscharakter der öffentlich-rechtlichen Programme, der die Gesetzgeber zur Must Carry-Privilegierung fast sämtlicher öffentlich-rechtlicher Programme gebracht hat, sondern auch deren Beitragsfinanzierung und die besondere Organisationsform ihrer Veranstalter.¹⁸⁹⁵

10.2.3.1.2 Gesetzlich bestimmt

Als „gesetzlich bestimmte“ Programme werden solche Programme bezeichnet, deren Veranstaltung unmittelbar durch Gesetz vorgeschrieben ist.¹⁸⁹⁶ Vorschriften, die dies anordnen, finden sich an verschiedener Stelle in den Rundfunkgesetzen.¹⁸⁹⁷ Indem § 52b RStV die Programme nicht direkt benennt, sondern auf ihre jeweilige Beauftragung verweist, ermöglicht er eine Weiterentwicklung dieser Programme, ohne dass § 52b RStV geändert werden müsste.¹⁸⁹⁸

Nicht ganz unproblematisch ist, dass einige der Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mittlerweile von ihrer gesetzlichen Beauftragung abgewichen sind. So firmiert beispielsweise der gesetzlich als „EinsExtra“ bezeichnete Kanal mittlerweile als „Tagesschau24“ und folgt einem abweichenden Programmkonzept. Auch wenn die Neuausrichtung von

¹⁸⁹³ Wille/Heckel ZUM 1997, 240, 244 ff.

¹⁸⁹⁴ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 33; Bauer, Netz und Nutzung, 181 f.; Degenhart, in: BK GG, Art. 5, Rn. 748 f.; dies andenkend auch Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 5 f. und Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 27. Zur These vom Funktionsauftrag siehe auch Fn. 843.

¹⁸⁹⁵ Dörr ZUM 2013, 81, 97; Wille/Heckel ZUM 1997, 240, 242 ff.); Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 24; Hoffmann-Riem, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 32.

¹⁸⁹⁶ Hessischer VGH, Urt. v. 27.8.1996, Az. 6 UE 872/96, openJur 2012 - 21076, Rn. 15 f.; Thomaschki/Krakies ZUM 1995, 368, 373; Dörr ZUM 2013, 81, 97.

¹⁸⁹⁷ Zusammenstellung der Auftragsbestimmungen bei Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 39.

¹⁸⁹⁸ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 34.

Programmen von der h.M. als Ausprägung der Rundfunkfreiheit und deshalb als zulässig erachtet wird, so stellt sich doch die Frage, ob es in einem solchen Fall auch beim *Must Carry-Status* dieser Programme bleiben soll. Hierzu ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es nicht zu Lasten der Rundfunkanstalten gehen darf, wenn diese ihre verfassungsrechtlich garantierte Programmautonomie ausüben.¹⁸⁹⁹ Zudem knüpft § 52b RStV nicht an eine namentliche Bezeichnung der Programme an, sondern lässt es bei einer abstrakten Zuordnung nach Kategorien (gebührenfinanziert, gesetzlich bestimmt etc.). Insofern ist zwar eine gewisse Spannung zur europarechtlichen Vorgabe der „Bestimmtheit“ von Must Carry-Vorschriften spürbar.¹⁹⁰⁰ Welche Programme privilegiert sind, lässt sich aber jedenfalls durch Auslegung der rundfunkrechtlichen Vorschriften noch rechtssicher feststellen.

10.2.3.1.3 Zur bundesweiten Verbreitung bestimmt

Eindeutige Aussagen, dass bestimmte Programme *bundesweit* zu verbreiten sind, enthalten die Rundfunkgesetze nicht. Allerdings sind die Bestimmungen zur Veranstaltung und Verbreitung der öffentlich-rechtlichen *Gemeinschaftsprogramme* und den Programmen des ZDF ohne räumliche Beschränkung ausgestaltet.¹⁹⁰¹ Zumindest aus der bundesweiten *Organisationsform* dieser Programme ergibt sich, dass sie auch bundesweit zu verbreiten sind.¹⁹⁰²

10.2.3.1.4 Dritte Programme

Die zweite Kategorie der öffentlich-rechtlichen Programme mit Must Carry-Privileg sind die „Dritten Programme“. Der Begriff „Dritte“ ist großgeschrieben, was zeigt, dass die Gesetzgeber die Bezeichnung „Dritte Programme“ als Gattungsbegriff verstehen. Die „Dritten Programme“ sind in § 11b Abs. 2 Nr. 1 RStV bezeichnet, allerdings nicht konkret dem Namen nach.¹⁹⁰³

Das Programm „ARD Alpha“ (ehemals „BR Alpha“) ist in § 11b Abs. 2 Nr. 2 RStV ausdrücklich *nicht* als Drittes Programm genannt, sondern gesondert.

¹⁸⁹⁹ Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 124 ff.; Wille/Heckel ZUM 1997, 240, 243.

¹⁹⁰⁰ Siehe dazu ab S. 219.

¹⁹⁰¹ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 39.

¹⁹⁰² Dörr ZUM 2013, 81, 97.

¹⁹⁰³ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 18.

Es handelt sich folglich nicht um ein ‚Drittes Programm‘. Auch zu der anderen in § 52b Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 a) RStV genannten Gruppe, den „zur bundesweiten Verbreitung gesetzlich bestimmten Programmen“, lässt sich ARD Alpha nur schwer zuordnen: Das Programm wird trotz seiner Bezeichnung alleine durch den Bayerischen Rundfunk veranstaltet; weder das bayerische Rundfunkgesetz noch der RStV enthalten aber eine Aussage dazu, ob „ARD Alpha“ auch außerhalb Bayerns verbreitet werden soll. Im Unterschied zu den Gemeinschaftsprogrammen und denen des ZDF ergibt sich das Ziel der „bundesweiten Verbreitung“ auch nicht unmittelbar aus dem Sachzusammenhang. Damit sprechen die besseren Gründe dafür anzunehmen, dass „ARD Alpha“ keinen eigenen Must Carry-Status hat.¹⁹⁰⁴

Im Ergebnis haben damit, abgesehen von ARD Alpha, alle von deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für Deutschland veranstalteten TV-Programme Must Carry-Status.¹⁹⁰⁵ Keinen Must Carry-Status haben lediglich die Programme der Deutschen Welle, da diese nicht für das Inland bestimmt sind.¹⁹⁰⁶

10.2.3.1.5 Programmbegleitende Dienste

Nach § 52b Abs. 1 Satz 1 RStV sind die öffentlich-rechtlichen Programme „einschließlich programmbegleitender Dienste“ zu transportieren. Programmbegleitende Dienste sind Angebote, die im Sendesignal enthalten sind, ohne unmittelbar zur Bild- oder Tonübertragung zu gehören.¹⁹⁰⁷ Programmbegleitende Dienste sind z.B. Programm-Metadaten, die für die in den Empfangsgeräten enthaltenen EPG verwendet werden können (sog. SI-Daten). Eine große Rolle spielen aus Sicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch Zusatzdienste, die für behinderte Nutzer gedacht sind (insbesondere Untertitel und Audiodeskription). Im Hinblick auf hybride Fernsehgeräte haben auch die Signale hohe Relevanz, die für HbbTV verwendet werden.¹⁹⁰⁸

Die Gesetzgeber haben die Zusatzdienste nur bei den öffentlich-rechtlichen Programmen explizit erwähnt. Allerdings steht *allen* Programmen zumindest der *Schutz der Signalintegrität* zu, der u.a. von § 20b UrhG und § 52a Abs. 3

¹⁹⁰⁴ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 41; Binder, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 11b Rn. 89.

¹⁹⁰⁵ Übersicht bei Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 40.

¹⁹⁰⁶ Wille/Heckel ZUM 1997, 240, 243 ff.

¹⁹⁰⁷ HRKDSC, RStV, § 52b Rn. 14.

¹⁹⁰⁸ Siehe zu HbbTV ab S. 102.

Satz 1 RStV gewährleistet wird.¹⁹⁰⁹ Nach diesen Vorschriften ist es Kabelnetzbetreibern bzw. Plattformbetreibern verboten, die fremden Programmsignale zu ändern, was auch das „Ausfiltern“ der im Signaldatenstrom enthaltenen Zusatzinformationen ausschließt.

10.2.3.2 Private Vollprogramme mit Regionalfenstern

Der Gesetzgeber verleiht den Must Carry-Status auch an private Programme, soweit diese „Regionalfensterprogramme“ gem. § 25 RStV enthalten. Gemeint sind die beiden reichweitenstärksten bundesweit verbreiteten privaten Fernsehprogramme, die gem. § 25 Abs. 4 RStV solche Fensterprogramme aufnehmen müssen, derzeit RTL und Sat.1.¹⁹¹⁰

Die Länder haben den Must Carry-Status für die privaten Programme mit Regionalfenstern mit dem 8. RÄStV eingeführt. Laut der Begründung zu diesem RÄStV geschah dies „im Zuge der Stärkung der regionalen Fensterprogramme“; durch die Änderung werde „sichergestellt, dass in der jeweiligen Region größtmögliche Angebotsvielfalt auch in digitalen Kabelnetzen zur Verfügung steht.“ Dies zeigt, dass die Gesetzgeber primär das Ziel der *Vielfaltssicherung* verfolgten.¹⁹¹¹ Sie schätzten die beiden reichweitenstärksten privaten Programme, vor allem aufgrund der in ihnen enthaltenen Fensterprogramme, als besonders vielfaltsrelevant ein.¹⁹¹²

Die Pflicht zur Sendung von Regionalfenstern wird nach § 25 Abs. 4 RStV zwei bestimmten Programmen *zwangsweise* auferlegt. Es können also nicht etwa weitere Programmveranstalter ihren Programmen *freiwillig* solche Regionalfenster hinzufügen, um einen Must Carry-Status zu erlangen. Es handelt sich demnach bei § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) RStV (noch) nicht um eine „Anreizregulierung“, bei der der bestimmte vielfaltsfördernde Maßnahmen mit der Verleihung eines Must Carry-Privilegs verknüpft würden.¹⁹¹³

¹⁹⁰⁹ § 20b UrhG erlaubt nur die sog. integrale, d.h. unveränderte Kabelweitersendung; siehe dazu auf S. 327. Zum Schutzzumfang des in § 52a Abs. 3 RStV enthaltenen Veränderungsverbots siehe ab S. 297.

¹⁹¹⁰ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 45.

¹⁹¹¹ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 45; Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 20.

¹⁹¹² HRKDSC, RStV, § 52b Rn. 15.

¹⁹¹³ Zu dieser Option Schulz/Held, Regulierung durch Anreize, 26; Gersdorf MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1.

An der Entscheidung der Gesetzgeber, auch privaten Rundfunkprogrammen einen Must Carry-Status zu verleihen, wird teils Kritik geäußert. Die Gesetzgeber können aber für sich in Anspruch nehmen, hier zumindest in Teilbereichen eine Gleichstellung privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme geschaffen zu haben.¹⁹¹⁴ Im Übrigen ist festzuhalten, dass Regionalfensterprogramme zumindest formal gesehen vielfaltsfördernd sind. Hieran Must Carry-Privilegien anzuknüpfen, ist also europa- und verfassungsrechtlich zulässig.

10.2.3.3 Regionale Programme und Offene Kanäle

Als letzte Gruppe der in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV genannten Programme haben auch die regionalen Programme und die offenen Kanäle Must Carry-Status. Dieses Privileg besteht seit Einführung der Must Carry-Regeln in den RStV mit dem 4. RÄStV.

Der Begriff der *lokalen und regionalen Kanäle* ist deckungsgleich mit dem aus § 46a RStV.¹⁹¹⁵ Die *offenen Kanäle* sind am Rande in § 40 RStV erwähnt, der Begriff wird aber nicht weiter konkretisiert. In der Praxis sind die Formen, in denen „offene Kanäle“ veranstaltet werden, vielfältig und Sache der einzelnen Länder.¹⁹¹⁶ Diese Vielfalt der Veranstaltungs- und Organisationsformen wollten die Länder durch den RStV nicht einschränken, was im zweiten Halbsatz des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) RStV ausdrücklich hervorgehoben ist. Die genaue Auslegung des Begriffs „offene Kanäle“ hat sich demnach auch an den Begrifflichkeiten des jeweils einschlägigen Landesmedienrechts zu orientieren.¹⁹¹⁷ Dabei ist nicht am Wortlaut festzuhalten, sondern zu ermitteln, was im jeweiligen Landesrecht sinngemäß als „Offener Kanal“ zu betrachten ist.¹⁹¹⁸

Grund für die Privilegierung der offenen Kanäle sowie der lokalen und regionalen Programme ist, dass diese Programme oft mit geringem finanziellen Aufwand produziert werden und deshalb nur wenig Anreiz für Plattformbetreiber bieten, diese Programme freiwillig einzuspeisen¹⁹¹⁹ – gleichzeitig sehen die Gesetzgeber diese Angebote aber als besonders

¹⁹¹⁴ Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 5.

¹⁹¹⁵ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 47.

¹⁹¹⁶ Kühn, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 40 Rn. 14.

¹⁹¹⁷ Vgl. auch Kühn, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 40 Rn. 14.

¹⁹¹⁸ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 48.

¹⁹¹⁹ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 48.

vielfaltsfördernd an.¹⁹²⁰ Aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit können die lokalen und regionalen Programme sowie die offenen Kanäle auch im Bereich der *Preisregulierung* besonderen Schutz in Anspruch nehmen (vgl. insbesondere § 52d Satz 4 und 5 RStV).

Die Verleihung von Must Carry-Privilegien an die lokalen und regionalen Programme ist nur schwer mit höherrangigem Recht vereinbar, da der Staat hier seine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Neutralität im „Meinungswettbewerb“ verletzt.¹⁹²¹ Er knüpft rechtliche Vorteile an eine bestimmte *inhaltliche Tendenz* der Programme an. Die Privilegierung von lokalen und regionalen Programmen stößt vor diesem Hintergrund auf verfassungsrechtliche Bedenken.

10.2.4 Räumliche Reichweite der Must Carry-Pflichten

Im Grundsatz erstrecken sich die Verbreitungspflichten räumlich auf das jeweilige *Verbreitungsgebiet des Plattformanbieters*, jedenfalls soweit dieser innerhalb Deutschlands aktiv ist.¹⁹²² Die Gesetzgeber haben dies nicht explizit festgelegt, offenbar weil sie hiervon stillschweigend ausgingen.

Von dieser Grundregel weicht § 52b RStV verschiedentlich ab. Dies ist systematisch leider nicht sauber erfolgt, sondern ergibt sich teils erst aus einer Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale. Teils muss es – an der Grenze zur contra legem-Auslegung – sogar schlicht nur aus der Natur der Sache abgeleitet werden.

10.2.4.1 Dritte Programme

Strittig ist, wie weit die räumliche Verbreitungspflicht für die „Dritten Programme“ reicht, die nach § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV Must Carry-Status haben.

Einerseits wird hierzu vertreten, dass Dritte Programme *nur in ihrem jeweiligen intendierten Verbreitungsbereich* zu verbreiten seien.¹⁹²³ Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren, seit dem 10. RÄStV hätten die Gesetzgeber die „Dritten Programme“ explizit den für die *bundesweite*

¹⁹²⁰ Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 37 ff.; Kühn, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 40 Rn. 14; Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 48.

¹⁹²¹ Siehe dazu ab S. 174.

¹⁹²² Zum räumlichen Anwendungsbereich der Plattformregulierung allgemein siehe ab S. 264.

¹⁹²³ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 41.

Verbreitung bestimmten Programmen gegenüber gestellt – daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass die Dritten Programme *nicht* bundesweit verbreitet werden müssten. Im Unterschied zu den anderen öffentlich-rechtlichen Programmen hätten die Dritten Programme ein „intendiertes Gebiet“, das gerade *nicht* bundesweit sei.¹⁹²⁴ Die Dritten Programme gehörten außerhalb ihrer intendierten Gebiete nicht zur Grundversorgung, so dass ihre Bevorzugung vor privaten Programmen nicht gerechtfertigt sei.¹⁹²⁵

Letztlich sprechen jedoch die besseren Gründe dafür, für die Dritten Programme auch eine *bundesweit* zu erfüllende Must Carry-Pflicht anzunehmen. Es fehlt schon an einem ausdrücklichen Hinweis, dass die Must Carry-Pflicht hinsichtlich der Dritten Programme räumlich beschränkt sein sollte. Dass dies kein gesetzgeberisches Versehen ist, zeigen die Regelungen zu den sog. „Landesfenstern“ der Dritten Programme¹⁹²⁶ und den Kapazitätsengpässen.¹⁹²⁷ In beiden Fällen beschränkt sich die Must Carry-Pflicht *ausdrücklich* auf das Gebiet, für das der jeweilige Programminhalt „gesetzlich bestimmt“ ist. Diese Beschränkungen wären außerdem auch *überflüssig*, wenn die Dritten Programme bereits im Ausgangspunkt auf ihre intendierten Gebiete beschränkt wären.

Auch ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, dass die Gesetzgeber mit der Einführung des § 52b RStV eine *bundesweite* Verbreitung für die Dritten Programme anstrebten. Der zuvor geltende § 52 Abs. 2 RStV a.F. sprach noch von „für das *jeweilige* Land gesetzlich bestimmten“ Programmen – der heutige § 52b RStV tut dies nicht mehr.¹⁹²⁸ Die Gesetzgeber haben also ausdrücklich klargestellt, dass die Dritten Programme bundesweit zu verbreiten sind.

¹⁹²⁴ Die gesetzliche Beauftragung der Dritten Programme bezieht sich jeweils nur auf bestimmte Bundesländer. Diese räumliche Beschränkung ergibt sich entweder implizit aus der Reichweite der Auftragsgesetze (z.B. bei § 3 Abs. 2 Satz 2 MDR-StV) oder ist im Gesetz explizit erwähnt (so z.B. § 3 Abs. 2 Satz 2 WDRG).

¹⁹²⁵ Degenhart, in: BK GG, Art. 5, Rn. 748a.

¹⁹²⁶ Siehe zu diesem missverständlichen Begriff den kommenden Abschnitt ab S. 362.

¹⁹²⁷ Siehe zur Engpassregelung ab S. 367.

¹⁹²⁸ Die alte Fassung des Gesetzes ging also offenbar davon aus, dass Programme nur für *einzelne* Länder „gesetzlich bestimmt“ sein können, und begrenzte die Verbreitungspflicht auf dieses Gebiet. Der Formulierungswechsel zeigt deshalb, dass der Gesetzgeber die räumliche Beschränkung der Verbreitungspflicht *aufheben* wollte.

10.2.4.2 „Landesfenster“ der Dritten Programme

Wie bereits angesprochen, sind gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV die sog. Landesfenster der Dritten Programme „nur innerhalb der Länder zu verbreiten, für die sie gesetzlich bestimmt sind“. Damit besteht für Must Carry-Pflichten hinsichtlich der „Landesfenster“ unstrittig eine räumliche Beschränkung.

Landesfenster im rechtlichen Sinn gibt es bei Dritten Programmen allerdings nicht.¹⁹²⁹ Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter bieten für Drittanbieter keine „Fenster“ in ihren Programmen, sondern es gibt lediglich teilweise *regionale Auseinandersaltungen* – dies ist es, was die Gesetzgeber offenbar gemeint haben.¹⁹³⁰ Die Auseinandersaltungen beziehen sich allerdings, je nach Rundfunkanstalt, nicht zwangsläufig auf Bundesländer, sondern können auch nur einzelne Regionen oder Stadtgebiete betreffen.

Da der Verweis auf öffentlich-rechtliche „Landesfenster“ offensichtlich ein von den Gesetzgebern nicht beabsichtigtes Redaktionsversehen ist, muss die Norm primär anhand ihres Sinn und Zweckes ausgelegt werden. Demnach haben die *Regionalisierungen* der Dritten Programme Must Carry-Status, jedoch nur innerhalb der Gebiete, für die sie jeweils gedacht sind.¹⁹³¹

10.2.4.3 Regionalfenster

Nach § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) RStV haben auch private Vollprogramme Must Carry-Status, wenn diese „Regionalfenster gemäß § 25 enthalten“. Diese Regionalfenster nach § 25 RStV werden – wie ihr Name schon sagt – für unterschiedliche Regionen angeboten.

Anders als bei den (vermeintlichen) öffentlich-rechtlichen Landesfenstern *fehlt* im Wortlaut des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) RStV eine Beschränkung der Must Carry-Pflicht auf das jeweils intendierte Gebiet. Ganz im Gegenteil bezieht sich die Must Carry-Pflicht ausdrücklich auf die *Programme*, nicht auf die *Regionalfenster*. Lediglich in den Begründungen zum 9. und 10. RÄStV

¹⁹²⁹ Der RStV verwendet den Terminus „Landesfenster“ in Zusammenhang mit privaten Rundfunkprogrammen. Der Begriff wird dabei mit Kategorien wie „Regionalfenster“ oder „Fensterprogramm“ derart unsystematisch vermischt, dass Zweifel an der verfassungsrechtlich erforderlichen Normenklarheit bestehen; vgl. *Assion*, *Telemedicus* v. 03.03.2011, <http://tlmd.in/a/1957>.

¹⁹³⁰ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, *Rundfunkrecht*, § 52b Rn. 43.

¹⁹³¹ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, *Rundfunkrecht*, § 52b Rn. 43.

finden sich Andeutungen, dass die Regionalfenster nur in der „jeweiligen Region“ ausgestrahlt werden sollen.¹⁹³²

Letztlich muss den Gesetzgebern unterstellt werden, dass sie die Notwendigkeit einer räumlichen Einschränkung der Must Carry-Pflicht an dieser Stelle schlicht *übersehen* haben. Anderenfalls wäre die Vorschrift verfassungswidrig: Es wäre offensichtlich mit dem Zweck der Vielfaltssicherung nicht zu rechtfertigen, wenn Plattformanbieter *sämtliche* Regionalfenstervarianten der Programme *bundesweit* verbreiten müssten. Auch die Regionalfenster der privaten Programme haben also jeweils nur in ihrem intendierten Gebiet Must Carry-Status.¹⁹³³

10.2.4.4 Offene Kanäle, regionale und lokale Fernsehangebote

Laut § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) RStV müssen die Plattformanbieter die „im *jeweiligen* Land zugelassenen regionalen und lokalen Fernsehprogramme sowie die Offenen Kanäle“ einspeisen.

Der Wortlaut sagt zwar nicht *unmittelbar* etwas zum räumlichen Ausmaß der Must Carry-Pflicht. Bei den lokalen und regionalen Sendern macht der Verweis auf das *jeweilige* Land aber nur Sinn, wenn die Must Carry-Pflicht hinsichtlich der regionalen und lokalen Fernsehprogramme immer nur das Land betrifft, in dem diese Programme jeweils zugelassen sind.¹⁹³⁴ Zusätzlich muss, wie bei den Regionalisierungen der Dritten Programme, die Verbreitungspflicht teleologisch auf die jeweils intendierte *Region* reduziert werden.

Eine vergleichbare Bezugnahme auf das „jeweilige“ Land fehlt bei den offenen Kanälen. Bei diesen lässt sich letztlich nur noch aus der *Natur der Sache* folgern, dass sie räumlich nur innerhalb ihres jeweils intendierten Gebietes Must Carry-Status haben. Eine gegenteilige Auslegung würde § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) RStV zu unsinnigen Rechtsfolgen führen, weil die Plattformbetreiber sonst *bundesweit* eine extreme Vielzahl von offenen Kanälen verbreiten müssten, die außerhalb ihres intendierten Gebietes überhaupt kein Publikum haben.

¹⁹³² Zum 8. RÄStV siehe bereits ab S. 358; in der Begründung des 10. RÄStV (S. 30) heißt es, die „regionale Anbindung der Fenster“ sei „zu beachten“.

¹⁹³³ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 18.

¹⁹³⁴ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 22.

10.2.5 Übertragungsqualität

Die Must Carry-Pflichten des RStV ordnen nicht nur an, dass die Must Carry-Programme *überhaupt* übertragen werden müssen. In § 52a und § 52b RStV finden sich auch Vorschriften, aus denen sich ergibt, *wie* die Programme zu übertragen sind.

Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass die Plattformregulierung nur die *digitale* Übertragung von Rundfunkprogrammen fordert.¹⁹³⁵ Dies lässt Spielraum für die Verwendung verschiedener Übertragungs-, Codierungs- und Multiplexverfahren.¹⁹³⁶ In rechtlicher Hinsicht ist dies aber in verschiedener Hinsicht eingeschränkt.

Schon aus dem „ob“ der Must Carry-Pflicht ergibt sich, dass für die Rundfunkteilnehmer ein *als solches erkennbares* Programm empfangbar sein muss.¹⁹³⁷ Eine Weitersendung, die das Programm als solches gar nicht verfügbar macht (z.B. aufgrund von Veränderungen an Bild- und Tonsignal) würde die Must Carry-Pflicht also nicht erfüllen. Gem. § 52b Abs.1 Satz 1 d) RStV müssen außerdem die „Kapazitäten“, die der Plattformbetreiber für die Must Carry-Übertragung verwendet, „*technisch gleichwertig*“ sein. Und gem. § 52a Abs. 3 RStV dürfen Plattformbetreiber fremde Programme keinen „technischen Veränderungen“ unterwerfen, es sei denn, diese Veränderungen dienen „ausschließlich einer effizienten Kapazitätsnutzung“ und beeinträchtigen nicht die Einhaltung des vereinbarten bzw. marktüblichen Qualitätsstandards.¹⁹³⁸

Hieraus lassen sich für das „Wie“ der Erfüllung der Must Carry-Pflichten verschiedene Folgen ableiten:

- Grundsätzlich muss ein Plattformanbieter das jeweilige Must Carry-Programm in der Form verbreiten, *in der es ihm zur Verfügung gestellt wird*. Eine Umcodierung des Signals ist nur zulässig, soweit dies einer

¹⁹³⁵ Zum diesbezüglichen Widmungsrecht des Plattformanbieters siehe ab S. 253, zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „digital“ ab S. 255.

¹⁹³⁶ Zu den technischen Hintergründen siehe ab S. 61.

¹⁹³⁷ Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 906 ff.

¹⁹³⁸ Dass das Gesetz auf „vereinbarte Qualitätsstandards“ abstellt, ist etwas irreführend, denn es gibt in vielen Fällen keine solche Vereinbarung. Es ist deshalb auch in diesem Fall auf die marktübliche Übertragungsqualität abzustellen; vgl. Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52a Rn. 18.

„effizienten Kapazitätsnutzung“ dient oder vom Programmveranstalter gestattet wird (§ 52a Abs. 3 Satz 2 RStV).

- Ein Plattformbetreiber darf *Zusatzinformationen* aus dem Programmsignal nicht entfernen. Dies gilt allgemein aufgrund des Veränderungsverbot gem. § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV und § 20b UrhG, speziell für die Zusatzdienste der öffentlich-rechtlichen Must Carry-Programmsignale aber auch gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV.
- Auch soweit ein Plattformbetreiber in das Must Carry-Programmsignal eingreifen darf, gilt ein *Diskriminierungsverbot*. Er muss bei der Umcodierung eine zumindest „technisch gleichwertige“ bzw. „marktübliche“ Signalqualität beibehalten.¹⁹³⁹
- Der Plattformbetreiber ist nicht verpflichtet, *mehrere* digitale Signale eines Must Carry-Programms anzubieten.¹⁹⁴⁰ Stehen mehrere digitale Signale desselben Programms zur Verfügung (insb. SD und HD), muss der Plattformbetreiber nur *eines* davon einspeisen – dieses muss allerdings in der Qualität „technisch gleichwertig“ sein.¹⁹⁴¹

10.2.6 Kapazitätsbeschränkung auf ein Drittel

Die Must Carry-Vorgaben sind auf ein Drittel der Kapazität beschränkt, die für die digitale Rundfunkverbreitung zur Verfügung steht. Gesetzlich verankert ist diese Vorgabe einerseits im Wortlaut des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV: Die Obergrenze ist dort beschrieben als der „Umfang von höchstens einem Drittel der für die digitale Verbreitung von Rundfunk zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität“. Andererseits sichert auch die Regelung zum

¹⁹³⁹ *Holzengel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52b RStV Rn. 17; vgl. auch *Dörr* ZUM 2013, 81, 97; *Schütz/Schreiber* MMR 2014, 161, 163.

¹⁹⁴⁰ Eine Pflicht zum sog. Simulcast kann sich ergeben, wenn digitale und *analoge* Übertragungsarten nebeneinander angeboten werden. In diesem Fall muss der Plattformbetreiber in beiden Bereichen die jeweils geltenden Must Carry-Vorschriften beachten.

¹⁹⁴¹ Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine „technisch gleichwertige“ Übertragung von Must Carry-Programmen einstweilen noch gewährleistet, wenn nur die SD-Signale zur Verfügung stehen (in diese Richtung auch *Schütz/Schreiber* MMR 2014, 161, 163). Es ist jedoch absehbar, dass die HD-Programmsignale bei den Nutzern an Relevanz gewinnen werden. Sobald eine Mehrheit der Programme in HD-Qualität eingespeist und genutzt wird, muss diese Qualität auch Bezugspunkt für die „technische Gleichwertigkeit“ und damit für die Must Carry-Pflichten werden. Insbesondere gilt dies, sobald bestimmte Programme in SD-Qualität überhaupt nicht mehr zur Verfügung stehen (sog. „SD-Switchoff“) – es wären spätestens dann auch die Must Carry-Programme in HD-Qualität einzuspeisen, da eine Diskriminierung bei der Übertragungsqualität nicht zulässig ist (insofern wohl a.A. *Schütz/Schreiber* MMR 2014, 161, 163).

Umgang mit *Kapazitätsengpässen* nach § 52b Abs. 1 Satz 2 RStV diese Obergrenze.

Die Beschränkung auf ein Drittel der Gesamtkapazität wurde erst mit dem 10. RÄStV eingeführt. Die Vorgängerregelung, § 52 RStV a.F., hatte lediglich die *Can Carry*-Vorgaben auf ein Kapazitätsdrittel beschränkt (§ 52 Abs. 4 Nr. 1 RStV a.F.). Die *Must Carry*-Regeln waren damals noch unbeschränkt zu erfüllen, d.h. sie hätten im Extremfall auch die verbliebenen zwei Drittel der Kapazität belegen können. Dies zu ändern, war erklärtes Ziel des 10. RÄStV.¹⁹⁴²

Die Drittel-Grenze ist demnach als *absolute Obergrenze* vorgesehen, dem Plattformbetreiber sollen bestimmte Belegungsspielräume *garantiert* bleiben.¹⁹⁴³ Die scharfe Trennung nach Kapazitätsdritteln dient dem Ausgleich von privaten und öffentlichen Interessen. Gleichzeitig sichert sie auch die Grundrechte der Plattformbetreiber und die Verhältnismäßigkeit des § 52b RStV.¹⁹⁴⁴

Problematisch ist, wie die *Bezugsgröße* der „Gesamtkapazität“¹⁹⁴⁵ zu ermitteln ist, denn einige Rundfunkplattformen haben gar keine „Gesamtkapazität“ in diesem Sinne. *Web TV*-Plattformen wie Zattoo nutzen Streaming über das offene Internet, wobei der Bitratenbedarf des (Unicast-)¹⁹⁴⁶ Signals sich jeweils variabel der zur Verfügung stehenden Bandbreite anpasst (sog. „adaptive streaming“). Und auch bei *IPTV*-Plattformen gibt es in diesem Sinn keine feststehende Rundfunk-Gesamtkapazität, sondern nur im Einzelfall abgerufene Datenströme.¹⁹⁴⁷ In solchen Fällen ist die Auslegung des Kapazitätsbegriffs funktional anzupassen, er bezieht sich letztlich auf die *Belegung* der Plattform. Das heißt, wenn keine „Kapazität“ als solche ermittelbar ist, kommt es auf die *Zahl* der über die jeweilige Plattform verfügbaren Programme an. Der Plattformbetreiber muss dann maximal ein Drittel seiner *Programmplätze* auf die Erfüllung der *Must Carry*-Pflichten verwenden.

¹⁹⁴² Die Begründung zum 10. RÄStV (S. 30) formuliert, das Kapazitätsdrittel sei „eine Obergrenze unabhängig vom technischen Übertragungsbedarf der erfassten Programme.“

¹⁹⁴³ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 34.

¹⁹⁴⁴ Zur Möglichkeit, auf die digitale Verbreitung sogar ganz zu verzichten, siehe ab S. 253.

¹⁹⁴⁵ Unstrittig ist mittlerweile, dass jedenfalls nur die Kapazität gemeint sein kann, die auch für Rundfunk eingesetzt wird; vgl. *HRKDSC*, RStV, § 52b Rn. 10.

¹⁹⁴⁶ Siehe zu Unicast ab S. 45.

¹⁹⁴⁷ *IPTV*-Plattformen nutzen eine Multicast-Technik; siehe dazu ab S. 47.

10.2.7 Umgang mit Kapazitätsengpässen

§ 52b Abs. 1 Satz 2 RStV stellt eine Regelung für den Fall auf, dass „die Kapazität zur Belegung nach Satz 1“ nicht ausreicht. Die Vorschrift hat bisher wenig praktische Relevanz: Die digitale Rundfunkverbreitung ermöglicht eine deutlich effizientere Kapazitätsnutzung als zuvor, so dass im digitalen Bereich selten Engpässe entstehen.¹⁹⁴⁸ Kapazitätsengpässe sind aber denkbar, wo die zur Verfügung stehende Gesamtkapazität sehr begrenzt ist, speziell bei terrestrischen Plattformen.

§ 52b Abs. 1 Satz 2 RStV bezieht sich nach seinem Wortlaut zwar auf den *gesamten Satz 1*, d.h. alle drei Kapazitätsdrittel, inkl. des Can-Carry- und Non-Must-Carry-Bereichs. Eine Anwendung der Engpassregelung auf den Can Carry- und den Non Must Carry-Bereich würde aber inhaltlich keinen Sinn machen: In diesen Bereichen ist nicht der Transport konkreter Programme vorgeschrieben – es kann deshalb auch nicht zu einem Engpass kommen.¹⁹⁴⁹ Die Regelung zum Umgang mit Kapazitätsengpässen ist insofern in § 52b Abs. 1 Satz 2 RStV falsch eingeordnet. Korrekt wäre, sie systematisch und inhaltlich an die Must Carry-Vorgaben in § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV anzugliedern.

Die Engpassregelung kommt zum Einsatz, wenn die zur Verfügung stehende Gesamtkapazität zur Verbreitung aller Must Carry-Programme nicht ausreicht. In diesem Fall hat ein Plattformbetreiber die Möglichkeit, von den Must Carry-Vorgaben abzuweichen, indem er eine „verhältnismäßige Kürzung“ der Belegung mit Must Carry-Programmen vornimmt. Dabei gelten die „Grundsätze des Satzes 1 entsprechend“ und die „für das jeweilige Verbreitungsgebiet gesetzlich bestimmten“ öffentlich-rechtlichen Programme haben Vorrang. Ein „Vorrang“ kommt den öffentlich-rechtlichen Programmen insofern nur zu, soweit sie für das *jeweilige* Verbreitungsgebiet bestimmt sind. Der Plattformanbieter dürfte also zuerst die jeweils ortsfremden Dritten Programme wegekürzen.¹⁹⁵⁰

¹⁹⁴⁸ Vgl. *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 37; zum technischen Hintergrund siehe auch ab S. 61.

¹⁹⁴⁹ Die größtmögliche Vielfalt im Can Carry-Bereich ist gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV immer nur maximal in dem Umfang zu gewährleisten, der auch von Must Carry-Programmen belegt wird. Und der Non Must Carry-Bereich braucht keine Obergrenze, sondern besteht schlicht aus der „darüber hinaus gehenden technischen Kapazität“, d.h. aus dem Bereich, der nach Erfüllung der Must- und Can-Carry-Pflichten verbleibt (§ 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 RStV). Demnach kann der Fall, dass der Kapazitätsbedarf in diesen Bereichen größer ist als das Angebot, nicht eintreten.

¹⁹⁵⁰ *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 36.

Der Vorrang der übrigen öffentlich-rechtlichen Programme soll allerdings „unbeschadet“ der Verbreitung der privaten Programme gelten. Nach der Begründung zum 10. RÄStV darf die Kürzung „nicht zur gänzlichen Verdrängung privater Programme führen, die zur Vielfaltsicherung nach Absatz 1 Satz 1 Buchst. b oder c dienen.“¹⁹⁵¹ Im Engpassfall müsste ein Plattformbetreiber demnach zunächst bei den privaten Must Carry-Programmen kürzen; es müsste aber noch mindestens ein privates Must Carry-Programm, ein offener Kanal und ein lokales oder regionales Fernsehprogramm auf der Plattform verbleiben.¹⁹⁵²

10.3 Can Carry

Die sog. „Can Carry“-Pflicht wird in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV geregelt. Die Gesetzgeber machen in diesem Bereich keine konkreten *programm-bezogenen* Vorgaben, sondern definieren lediglich abstrakt, wie die Plattformbelegung im Gesamtergebnis auszusehen hat. Die Landesmedienanstalten haben gem. § 52b Abs. 4 Satz 4 RStV gleichwohl das Recht, die gesetzlichen Vorgaben durchzusetzen, indem sie eine bestimmte Belegung im Can Carry-Kapazitätsbereich anordnen.

Die Can Carry-Vorgaben sind auf eine Maximalkapazität beschränkt, die „einer weiteren technischen Kapazität im Umfang der Kapazität nach Nummer 1“ entspricht. Die abstrakten Vielfaltsvorgaben des § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV sind demnach immer nur in dem Kapazitätsumfang zu erfüllen, den auch die Must Carry-Programme belegen – *maximal* also mit einem Drittel der Gesamtkapazität, ggf. aber auch deutlich weniger. Praktikabel ist der Verweis auf den Must Carry-Kapazitätsbedarf nicht: Im digitalen Bereich lässt sich der konkrete Kapazitätsbedarf einzelner Programme kaum messen,¹⁹⁵³ außerdem kann die Must Carry-Belegung regional variieren.¹⁹⁵⁴ Die genaue Bestimmung der Kapazität des Can Carry-Bereichs ist demnach nicht nur äußerst aufwändig, sondern auch mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden.

¹⁹⁵¹ Begründung zum 10. RÄStV, S. 31.

¹⁹⁵² So auch *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 35 ff.; *HRKDSC*, RStV, § 52b Rn. 12.

¹⁹⁵³ Siehe zum Multiplexverfahren ab S. 63.

¹⁹⁵⁴ Die Zahl (und damit auch der Kapazitätsbedarf) der Must Carry-Programme können variieren, je nachdem, wie viele Regional-/Lokal-TV-Programme und offenen Kanäle im jeweiligen Gebiet ortsrichtig sind.

§ 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV wird durch § 52b Abs. 4 Satz 2 RStV ergänzt. Demnach sind „Programme, die dem Plattformanbieter nach § 28 zugerechnet werden können oder vom ihm exklusiv vermarktet“ werden, im Can Carry-Bereich nicht mit einzubeziehen.¹⁹⁵⁵ Es ist dem Plattformbetreiber m.a.W. verboten, im Can Carry-Bereich „eigene“ Programme zu verbreiten – entweder solche, die er exklusiv vermarktet, oder die ihm von der KEK zugerechnet werden.¹⁹⁵⁶ Die Vorschrift soll der (bislang in Deutschland nicht praktisch relevanten) Gefahr begegnen, dass Plattformanbieter und Programmveranstalter sich zu einem integrierten Unternehmen zusammentun und ihre Kontrolle über den „Flaschenhals“ der Plattform nutzen, um andere Programmveranstalter aus dem Markt zu drängen.¹⁹⁵⁷

§ 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV nutzt bei der Belegung nach Vielfaltsvorgaben zwei verschiedene Vielfaltsmaßstäbe. Zum einen die *Veranstaltervielfalt*, zum anderen die *Angebotsvielfalt*. Es müssen also, nebeneinander und gleichzeitig, zwei Arten von Vielfalt gewährleistet sein. Einerseits muss es eine Präsenz mehrerer *Veranstalter* auf der Plattform geben. Die Belegung im Can Carry-Drittel darf sich also nicht auf einen einzelnen Programmveranstalter beschränken, z.B. die Programme der RTL-Gruppe. Andererseits muss die Belegung der Plattform auch *inhaltlich* vielfältig sein, d.h. es muss ein Nebeneinander verschiedener Programmtypen geben. Die Berücksichtigung einzelner dieser Programmtypen, insbesondere der Teleshopping-Sender, stößt dabei allerdings auf verfassungsrechtliche und europarechtliche Bedenken.¹⁹⁵⁸

Die gesetzliche Vorgabe zur Can Carry-Belegung hat, soweit ersichtlich, bisher keinerlei praktische Relevanz erlangt. Dies liegt vor allem daran, dass die Kompetenzen der Landesmedienanstalten sich darauf beschränken, *nachgelagert* zu überprüfen, ob die Belegung rechtskonform ist. Die Landesmedienanstalten müssten deshalb als Voraussetzung einer Belegungsanordnung i.S.d. § 52b Abs. 4 Satz 4 RStV ermitteln, (1.) welchen Umfang der Can Carry-Kapazitätsbereich jeweils hat, (2.) welche Programme

¹⁹⁵⁵ Das Verbot der Berücksichtigung „eigener“ Programme ist in § 52b Abs. 4 RStV falsch platziert; es bezieht sich der Sache nach nur auf den Can Carry-Bereich und könnte auch dort stehen; vgl. *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 96.

¹⁹⁵⁶ Die KEK kontrolliert in ständiger Praxis auch Plattformbetreiber daraufhin, dass sie keine vorherrschende Meinungsmacht erlangen und rechnet ihnen deshalb im Prüfverfahren bestimmte Programme zu; vgl. *KEK*, 16. Jahresbericht, 65 ff.; *V. Janik*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 33.

¹⁹⁵⁷ *Bauer*, Netz und Nutzung, 187 ff.

¹⁹⁵⁸ Siehe zum Verfassungsrecht ab S. 175 sowie zum Europarecht (kurz) auf S. 224.

aus dem Portfolio des Plattformbetreibers für die Vielfaltsbelegung in Frage kommen und (3.), dass sich die Can Carry-Kapazität *in keiner denkbaren Variante* mit diesen Programmen so belegen lässt, dass die Vielfaltsvorgaben erfüllt sind. Vor allem die letzte Voraussetzung ist praktisch kaum erfüllbar. Die materiellrechtlichen Vorgaben zur Vielfaltsbelegung sind so diffus und weit gefasst, dass sie praktisch nie verletzt sein können¹⁹⁵⁹ – nach § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV tragen ja sogar *Teleshoppingsender* zur Rundfunkvielfalt bei.¹⁹⁶⁰ Der Vielfaltsbegriff des Can Carry-Bereichs lässt sich insofern kaum operationalisieren.¹⁹⁶¹ Ein Verstoß wäre allenfalls denkbar, falls ein Plattformbetreiber „eigene“ Programme so umfangreich einspeist, dass nicht mehr genug „fremde“ Programme für die Füllung des Can Carry-Bereichs vorhanden sind.

10.4 Hörfunkplattformen und gemischte Plattformen

§ 52b Abs. 2 RStV regelt Übertragungspflichten auf Plattformen mit Hörfunkprogrammen (Sätze 1 bis 3) bzw. mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen auf derselben Plattform (Satz 4). Die Vorgaben decken sich mit denen für die TV-Programme.¹⁹⁶² Einziger Unterschied ist, dass in Abs. 2 im Must Carry-Bereich alleine die öffentlich-rechtlichen Programme berücksichtigungsfähig sind; private Hörfunkprogramme sind nicht privilegiert.¹⁹⁶³

§ 52b Abs. 2 RStV gilt nur, soweit ein Plattformbetreiber *überhaupt* Hörfunk überträgt. Ist dies nicht der Fall, gibt es auch keine „für die digitale Verbreitung von Hörfunk zur Verfügung stehende Gesamtkapazität“.

¹⁹⁵⁹ Hinzu kommt dass auch die Formulierung, Plattformanbieter müssten bestimmte Programmtypen „einbeziehen“, andere „berücksichtigen“, sehr abstrakt gehalten ist. Aus dem Tatbestandsmerkmal „einbeziehen“ mag sich noch ergeben, dass zumindest ein einziges Programm des betroffenen Typs im Can-Carry-Bereich aufzunehmen ist. Das Tatbestandsmerkmal „berücksichtigen“ kann dann aber nur noch bedeuten, dass ein Plattformanbieter nur *geprüft* haben muss, ein solches Programm auf seine Plattform aufzunehmen. So auch *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 29; wohl a.A. *Holznapel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52b RStV Rn. 25.

¹⁹⁶⁰ Kritisch auch *Ritlewski* ZUM 2008, 403, 405 und *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 69.

¹⁹⁶¹ Einen beachtlichen Beitrag leistet *Schumacher*, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung, 133 ff.

¹⁹⁶² *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 38.

¹⁹⁶³ *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 38.

Plattformen, die ausschließlich TV-Programme bündeln, müssen also nicht zusätzlich Hörfunkprogramme übertragen.

Problematisch ist die Ermittlung des Kapazitätsbereichs, der für die Übertragung von Hörfunkprogrammen maximal genutzt werden muss. Während § 52b Abs. 1 RStV die Must Carry-Fernsehprogramme auf ein Drittel der für die digitale Verbreitung von *Rundfunk* zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität beschränken will, stellt § 52b Abs. 2 RStV für Hörfunkprogramme nur auf die für *Hörfunk* gewidmete Kapazität ab. Und § 52b Abs. 2 Sätze 3 und 4 RStV wollen für den Fall, dass Fernseh- und Hörfunkprogramme auf *derselben Plattform* verbreitet werden, offenbar wieder das in Abs. 1 verwendete *Rundfunk*-Kapazitätsdrittel als Obergrenze festlegen. § 52b RStV trifft damit zu der Frage, welche Obergrenze gelten soll, mehrere in sich widersprüchliche Aussagen.

Richtigerweise wird man von Folgendem ausgehen müssen: Nur für *reine Hörfunkplattformen* ist die maßgebliche Gesamtkapazität die Hörfunk-Kapazität; hier müssen die Must Carry-Hörfunkprogramme nicht mehr als ein Drittel dieser Kapazität belegen. Werden aber Hörfunk und Fernsehprogramme auf derselben Plattform angeboten, sind Must Carry-Hörfunk und Fernsehprogramme *gemeinsam* auf ein Drittel der *Rundfunk*-Kapazität beschränkt.¹⁹⁶⁴ Dies gilt auch im Fall von Kapazitätsengpässen.¹⁹⁶⁵

10.5 Verfahren und Durchsetzung

Die Plattformregulierung wird eingerahmt durch eine Reihe von Verfahrensvorschriften. Die zuständigen Behörden zur Durchsetzung der Regeln der Plattformbestimmungen sind die *Landesmedienanstalten* (§ 36 RStV). Im *Außenverhältnis* ist gem. § 36 Abs. 1 S. 3 RStV jeweils die Landesmedienanstalt zuständig, bei der der jeweilige Plattformanbieter die Plattformanzeige eingereicht hat.¹⁹⁶⁶ Im *Innenverhältnis* sind für alle Fragen der digitalen Plattformregulierung einheitlich die gemeinsamen Organe der Landesmedienanstalten zuständig, insbesondere die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) gem. § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 5 RStV. Nur

¹⁹⁶⁴ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 49.

¹⁹⁶⁵ So auch Holzner/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52b RStV Rn. 34.

¹⁹⁶⁶ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52f Rn. 3.

Belegungsentscheidungen trifft gem. § 36 Abs. 3 RStV die Gremienvorsitzendenkonferenz (GVK) der Landesmedienanstalten.

Die Ermächtigungsgrundlage für die Durchsetzung der Plattformregulierung ist § 52f RStV. § 52f RStV verweist auf die Generalklausel des § 38 Abs. 2 RStV und damit auf das Recht, gegenüber Programmveranstaltern im Fall von Rechtsverstößen die „erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen, insbesondere „Beanstandung, Untersagung, Rücknahme und Widerruf“. Diese Maßnahmen sind in § 38 Abs. 3 bis 5 RStV näher konkretisiert.

Auch wenn § 52f RStV formal nur auf § 38 Abs. 2 RStV verweist, sprechen die besseren Gründe dafür, auch die anderen Absätze des § 38 RStV mit einzubeziehen.¹⁹⁶⁷ Weitere spezielle Ermächtigungsgrundlagen finden sich in § 52c Abs. 2 Satz 3, § 52d Satz 3 und § 52e Abs. 1 RStV.¹⁹⁶⁸

Speziell für den Fall der *Nichteinhaltung von Must Carry-Pflichten* gilt außerdem § 52b Abs. 4 RStV.¹⁹⁶⁹ Die Vorschrift stellt zunächst in Satz 1 klar, dass die Belegungsautonomie des Plattformbetreibers die Regel ist, Belegungsanordnung die Ausnahme. Dem entspricht Satz 5, der Belegungsanordnungen nur zulässt, wenn dem Plattformbetreiber zuvor Gelegenheit zur (selbstständigen) Abhilfe gegeben wurde.¹⁹⁷⁰ Erst, wenn der Plattformanbieter eine ihm gesetzte, angemessene Frist verstreichen lässt, dürfen die Landesmedienanstalten gem. § 52b Abs. 4 Satz 4 RStV aktiv werden.¹⁹⁷¹ Auch in einem solchen Fall darf die Landesmedienanstalt keinen vollständigen „Belegungsplan“ erlassen, sondern muss den minimalinvasivsten Weg wählen, um den Rechtsverstoß abzustellen.

¹⁹⁶⁷ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52f Rn. 6.

¹⁹⁶⁸ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52f Rn. 7.

¹⁹⁶⁹ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 94 ff.

¹⁹⁷⁰ Ausführlich *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 102 ff.; *Ladeur* ZUM 2005, 1, 6.

¹⁹⁷¹ *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52b Rn. 38.

11. Entgeltregulierung

Die Weitersendung von Rundfunkprogrammen ist in verschiedenen Rechtsgebieten geregelt, deren Verhältnis zueinander weitgehend ungeklärt ist.¹⁹⁷² Im folgenden Kapitel geht es spezifisch darum, welche Aussagen sich aus der Rechtslage für die wechselseitige *Preisgestaltung* ergeben.

Dazu werden zunächst zwei Vorfragen geklärt: Zum einen werden die bereits in Abschnitt 7.1 dargestellten Ausführungen zum *verfassungsrechtlichen Rahmen* der Plattformregulierung spezifisch zur Entgeltregulierung ergänzt (Abschnitt 11.1).¹⁹⁷³ Zum anderen wird vorab die Frage geklärt, ob der Plattformregulierung ein generelles *Leitbild* der Entgeltlichkeit oder der Unentgeltlichkeit der Programmverbreitung zu entnehmen ist (dazu Abschnitt 11.2).

In Abschnitt 11.3 werden dann die *konkret einschlägigen Normen* der Entgeltregulierung erörtert, die dem Urheberrecht, dem Kartellrecht, dem Telekommunikationsrecht und dem Medienrecht zu entnehmen sein können.

In den darauf folgenden Abschnitten geht es dann um die Zusammenführung der Erkenntnisse: Zunächst bezüglich der verschiedenen Behördenzuständigkeiten (Abschnitt 11.4), dann betreffend das materielle Recht im Abschnitt 11.5. In Abschnitt 11.6 wird schließlich die Annexfrage behandelt, ob Plattformanbieter, jenseits aller *hoheitlichen* „Entgeltregulierung“, aus Normen des *allgemeinen Zivilrechts* Vergütungsansprüche ableiten können.

¹⁹⁷² Zusammenfassend auch V. Janik, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 30 ff.

¹⁹⁷³ Siehe zum allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmen ab S. 139.

11.1 Erste Vorüberlegung: Verfassungsrechtlicher Rahmen

Plattformbetreiber und Rundfunksender sind Rechtssubjekte, die miteinander in einen Leistungsaustausch treten und dazu Verträge abschließen können.¹⁹⁷⁴ Dieses Recht, den gegenseitigen Leistungsaustausch rechtsverbindlich privatautonom zu regeln, kann *selbst* verfassungsrechtlichen Schutz für sich in Anspruch nehmen.¹⁹⁷⁵ Dies spricht zunächst für eine Zurückhaltung des Staates bei der Regulierung von privaten Rechtsgeschäften: „Je eher [...] zwischen den Beteiligten eine Vertragsparität besteht, desto weiter muss der von Verfassung wegen gebotene Verhandlungsspielraum für die Beteiligten durch entsprechende Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Rahmen einer Verhandlungspflicht gezogen werden.“¹⁹⁷⁶

Anders ist dies, wenn ein „strukturelles Ungleichgewicht“ zwischen den Parteien besteht. Aus den Grundrechten kann sich dann die Befugnis zur Inhaltskontrolle von Verträgen ergeben.¹⁹⁷⁷ Der Schutzanspruch der Grundrechte greift, sobald die *autonomen Verhandlungsmechanismen* zwischen den Beteiligten versagen.¹⁹⁷⁸

Selbiges gilt auch vor dem Maßstab der *objektiven Dimension der Rundfunkfreiheit*. Die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit als positive Ordnung verlangt in ihrem Wirkungsbereich nicht, *jede* Form von Freiheits- und Persönlichkeitsentfaltung zu verdrängen. Im Gegenteil können die privatautonomen, marktgetriebenen Verhaltensweisen der Parteien sogar *Mittel und Werkzeug* der Verwirklichung von Rundfunkfreiheit sein.

Sind die Marktteilnehmer in der Lage, wettbewerbsgetrieben zu Ergebnissen zu finden, die den Anforderungen der Rundfunkfreiheit entsprechen, besteht somit aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Veranlassung, regulierend

¹⁹⁷⁴ Zum Verhältnis von Horizontal- und Vertikalverhältnis siehe ab S. 318.

¹⁹⁷⁵ BVerfGE 70, 1 25 – *Orthopädietechniker-Innungen*; BVerfGE 89, 214, 231 – *Bürgschaftsverträge*.

¹⁹⁷⁶ *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 7; ähnlich *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 35.

¹⁹⁷⁷ BVerfGE 81, 242, 254 ff. – *Handelsvertreter*; *Fischinger*, in: Staudinger, BGB § 138 BGB Rn. 53.

¹⁹⁷⁸ Ausführlich *Ruffert* JZ 2009, 389.

einzugreifen.¹⁹⁷⁹ Auch der BGH lehnt es demzufolge ab, im Verhältnis von Plattformbetreibern und Programmveranstaltern unmittelbar Grundrechte zur Anwendung zu bringen, soweit es um die Preisgestaltung geht.¹⁹⁸⁰

Daraus folgt für die Preisregulierung von Rundfunkplattformen zunächst ein *Primat der Privatautonomie*. Die Gesetzgeber sind demnach verfassungsrechtlich zur Zurückhaltung verpflichtet, sofern die Märkte von alleine zur Selbstregulierung tendieren.¹⁹⁸¹ Nur insoweit als die Marktteilnehmer im Wege der privatautonomen Freiheitsausübung nicht zu einem adäquaten, der Rundfunkfreiheit genügenden Ergebnis kommen, kann (und muss) der Staat eingreifen und die Verhandlungsergebnisse regulieren. Für die Frage, ab wann ein Eingreifen notwendig ist, haben die Gesetzgeber allerdings einen Einschätzungsspielraum.

Die Rundfunkverbreitungsmärkte sind derzeit aus verschiedenen Gründen allerdings *nicht* in einem Zustand, bei dem von einer echten Vertragsparität ausgegangen werden könnte.¹⁹⁸² Viele Plattformbetreiber besetzen eine marktmächtige Gatekeeper-Stellung, die sie zur Setzung missbräuchlicher Preise ausnutzen können. Die ökonomischen Zusammenhänge in zweiseitigen Märkten,¹⁹⁸³ die historisch geprägte Sondersituation bei den Kabelnetzen¹⁹⁸⁴ und auch die intensiven hoheitlichen Markteingriffe führen dazu, dass zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern im Regelfall kein ausgeglichenes Kräfteverhältnis besteht.¹⁹⁸⁵ Aus verfassungsrechtlicher Sicht liegen damit die Voraussetzungen für weitreichende Eingriffe in die Marktabläufe vor. Gerade wegen ihres auf die Rundfunkfreiheit bezogenen *Ausgestaltungsauftrags* sind die Gesetzgeber verpflichtet, alle Aspekte zu regulieren, die vielfaltsrelevant sind – und dazu gehört auch die Preissetzung der Plattformbetreiber.¹⁹⁸⁶

¹⁹⁷⁹ Zum Verhältnis von Wettbewerb und Gewährleistungsverantwortung im Rundfunk BVerfGE 114, 371, 387 ff. – *Landesmediengesetz Bayern*; BVerfGE 119, 181, 215 – *Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*.

¹⁹⁸⁰ BGH NJW 1996, 2656, 2658 – *Pay-TV-Durchleitung*.

¹⁹⁸¹ *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 6 f.

¹⁹⁸² So auch *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 9.

¹⁹⁸³ Siehe dazu ab S. 117.

¹⁹⁸⁴ Siehe zur Historie zusammenfassend Kapitel 2, beginnend ab S. 3.

¹⁹⁸⁵ *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 9.

¹⁹⁸⁶ Siehe zum Ausgestaltungsauftrag ab S. 146.

Dabei bleiben die Gesetzgeber freilich an die allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden, speziell an das Verhältnismäßigkeitsgebot.¹⁹⁸⁷ Sie dürfen zwar im Interesse der Rundfunkvielfalt die Preisbildung bestimmten eingrenzenden Vorgaben unterwerfen, aber nicht über das Notwendige hinaus. Ein *genereller Ausschluss* bestimmter Erlösmodelle wäre bedenklich.¹⁹⁸⁸

Gerade angesichts der Tatsache, dass die Interessenkonstellationen im Bereich der Rundfunkverbreitung vielfältig sind und teils stark voneinander abweichen, spricht viel für eine Lösung, die den Marktteilnehmern zwar *Spielräume* lässt, für diese Spielräume aber im Interesse der Rundfunkvielfalt auch Grenzen definiert.

11.2 Zweite Vorüberlegung: „Must Carry for free“?

Nach dem in Abschnitt 10.1.1.2 gefundenen Ergebnis ordnet § 52b RStV das „Ob“ des Signaltransports *bedingungslos* an, auch wenn kein Einspeisevertrag abgeschlossen wurde.¹⁹⁸⁹

Damit führt § 52b RStV aber bei der Frage des „Wie“ zu einer einseitigen Machtverteilung zwischen Anbieter und Nachfrager.¹⁹⁹⁰ Denn wenn Plattformanbieter schon *gesetzlich* verpflichtet sind, den Programmveranstaltern einen Vorteil zu verschaffen, fehlt ihnen eine wichtige Voraussetzung, diesen Vorteil noch gegenüber den Programmveranstaltern als „Leistung“ zu vermarkten. Denn sie können für den Fall, dass ihnen keine Gegenleistung angeboten wird, den Signaltransport nicht zurückhalten.¹⁹⁹¹

¹⁹⁸⁷ Zum Verfassungsrecht vgl. ab S. 159, zum Europarecht ab S. 225.

¹⁹⁸⁸ Diese sind im Markt vielfältig: Vom „vertraglosen“, rein faktischen Austausch bis zu komplexen Revenue-Sharing-Modellen kommt vieles vor (zu den Konstellationen bei Kabelnetzbetreibern ab S. 86). Häufig besteht zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern gegenseitiges Einvernehmen, ohne dass Dritte (oder die Rundfunkvielfalt) geschädigt werden. Die Grenze zum „erzwungenen“ Einverständnis ist freilich fließend. Und nicht jede „Win-Win-Situation“ zwischen einzelnen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern ist auch im Interesse der Rundfunkvielfalt.

¹⁹⁸⁹ Siehe dazu ab S. 320.

¹⁹⁹⁰ *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 20; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 35; *Christmann* ZUM 2009, 7, 12.

¹⁹⁹¹ *Gersdorf* K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 12 ff.

Auf europäischer Ebene hat der Kommunikationsausschuss der Kommission (COCOM) angedeutet, dass in einem solchen Fall der Nationalstaat eingreifen solle, um eine Vergütung festzusetzen.¹⁹⁹² Die deutschen Gesetzgeber haben dies – wie auch alle anderen Staaten in Europa¹⁹⁹³ – allerdings nicht getan.¹⁹⁹⁴ Die zentrale Frage ist, ob dies *absichtlich* geschah, ob diese einseitige Machtverteilung also *normativ gewollt* ist. Wäre dies der Fall, wären auch die übrigen einschlägigen Normen im Licht des § 52b RStV auszulegen.

Zu dieser Streitfrage werden verschiedene Meinungen vertreten: Die Spanne reicht von der Ansicht, die Must Carry-Pflicht sei *generell unentgeltlich* zu erbringen („Must Carry for Free“) bis hin zu der Ansicht, den §§ 52 ff. RStV sei eine *Entgeltspflicht* zu entnehmen („Must Pay“).

11.2.1.1 Erste Ansicht: „Must Carry for Free“

Vertreten wird einerseits, die Must Carry-Regeln verlangten *eine generell unentgeltliche Verbreitung*.¹⁹⁹⁵

Diese Ansicht kann gute Gründe für sich in Anspruch nehmen. Denn während in § 52b RStV die Transportpflicht *bedingungslos* festgelegt ist, fehlt an einer gesetzlichen Festlegung einer Gegenleistungspflicht.¹⁹⁹⁶ Dies spricht dafür, dass die Gesetzgeber die Möglichkeit, dass Einspeiseentgelte *nicht* gezahlt werden, zumindest in Kauf genommen haben. Art. 31 Abs. 2 UDRL hätte den Gesetzgebern explizit die *Möglichkeit* eingeräumt, eine Kompensationsregelung festzulegen – hiervon haben sie allerdings keinen Gebrauch gemacht.¹⁹⁹⁷ Das Fehlen einer solchen Regelung kann durchaus als „beredtes Schweigen“ verstanden werden.¹⁹⁹⁸

Die berechtigte Frage ist, wieso Plattformbetreiber überhaupt eine Kompensation brauchen sollten. Grundsätzlich müssen sie, wie alle Wirtschaftsteilnehmer, ihren Geschäftsbetrieb zunächst einmal *auf eigene Kosten* so organisieren, dass er der Rechtsordnung entspricht. Must Carry-

¹⁹⁹² Dies allerdings nicht zwangsläufig zu Lasten der Sender, da auch der Wert der Senderechte für den Kabelnetzbetreiber beachtet werden müsse; vgl. *Communications Committee*, COCOM03-38, 4 ff.; vgl. auch *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 15.

¹⁹⁹³ *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 9 ff.

¹⁹⁹⁴ Ausführlich *Dörr* ZUM 2013, 81, 87 ff.

¹⁹⁹⁵ So insbesondere *Dörr* ZUM 2013, 81, 85 ff.

¹⁹⁹⁶ So auch *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 12.

¹⁹⁹⁷ *Dörr* ZUM 2013, 81, 85 ff.

¹⁹⁹⁸ *Dörr* ZUM 2013, 81, 85 ff.

Pflichten sind Sozialpflichten, und diese sind „als Ausfluss der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen“.¹⁹⁹⁹ Ohnehin sind Einspeiseentgelte im deutschen Markt bei Plattformbetreibern die Ausnahme. Und auch im europäischen Ausland zahlen öffentlich-rechtliche Programmveranstalter keine Einspeiseentgelte.²⁰⁰⁰

Einspeiseentgelte sind darüber hinaus *grundsätzlich* problematisch; die Gesetzgeber hätten gute Gründe, sie abzulehnen. Eine Kopplung der Empfangbarkeit an die Zahlung von Einspeiseentgelten begünstigt die finanzstarken Rundfunkveranstalter;²⁰⁰¹ dies ist aus Sicht der *kommunikativen Chancengerechtigkeit* ein Problem.²⁰⁰² Auf der anderen Seite werden Must Carry-Privilegien nur an Programme vergeben, die eine besondere Bedeutung für die Rundfunkvielfalt haben.²⁰⁰³ Würden die Gesetzgeber die *kostenlose* Einspeisung dieser Programme sicherstellen, wäre dies aus Sicht der Rundfunkvielfalt eine Verbesserung.²⁰⁰⁴

Bei den öffentlich-rechtlichen Programmen würde ein Privileg der kostenlosen Verbreitung auch *fiskalischen* Interessen entsprechen: Der Staat würde so die Kosten der öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter senken.²⁰⁰⁵ Damit wäre mittelbar die Last auf die Beitragszahler geringer,²⁰⁰⁶ bzw. es könnten mehr Einnahmen direkt in die Programme investiert werden.²⁰⁰⁷

All diese Gründe sprechen dafür, der Rechtsordnung ein generelles Entgeltverbot zu entnehmen. *Gegen* diese Ansicht spricht aber der eindeutige Wortlaut einiger Vorschriften der Plattformregulierung.²⁰⁰⁸ Denn einzelne dieser Vorschriften ergeben nur einen Sinn, wenn es Plattformbetreibern grundsätzlich möglich ist, Entgelte zu erheben. Insbesondere § 52d RStV

¹⁹⁹⁹ BVerfGE 100, 226, 241 – *Denkmalschutz*.

²⁰⁰⁰ In einigen Staaten ist dies regulatorisch festgelegt, in den anderen Staaten erfolgt diese Verteilung marktgetrieben. Vgl. auch *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 9 ff.

²⁰⁰¹ *Gersdorf*, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 79.

²⁰⁰² Siehe dazu ab S. 152.

²⁰⁰³ *Dörr* ZUM 2013, 81, 102.

²⁰⁰⁴ *Schulz/Held*, Regulierung durch Anreize, 69 ff.; a.A. *Gersdorf* MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1, 13 ff.; vgl. auch BayVGH ZUM 2006, 495, 500.

²⁰⁰⁵ Siehe dazu ab S. 354.

²⁰⁰⁶ OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 623.

²⁰⁰⁷ *Gersdorf* K&R-Beil. zu Heft 1/2009, 1, 5; *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK, 8.

²⁰⁰⁸ Zum parallelen Landesrecht OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 126 ff.

besagt explizit, dass Plattformbetreiber Entgelte „ausgestalten“ können. Gerade solche Entgelte will § 52d RStV erst im Sinn der Rundfunkvielfalt begrenzen, er nimmt somit an, dass sie existieren können.²⁰⁰⁹ Auch die Begründung zum 10. RÄStV spricht von einem „zu zahlenden Entgelt“.²⁰¹⁰

Die Länder haben außerdem zu Gunsten der *offenen Kanäle* auf Basis des § 52d Satz 5 RStV vielfach *explizit* die Unentgeltlichkeit des Signaltransports angeordnet. Eine vergleichbare Regelung für die *anderen* Must Carry-Programme fehlt.²⁰¹¹

Zuletzt wäre es ein empfindlicher Grundrechteingriff, würde den Plattformbetreibern jede Form der Entgelterhebung *verboten* – und zwar selbst für Fälle, in denen die Programmveranstalter *freiwillig* zu zahlen bereit sind.²⁰¹² Für ein solches „Entgelterhebungsverbot“ enthält das Gesetz keine Ermächtigungsgrundlage.²⁰¹³

Die „Must Carry for Free“-Theorie ist somit abzulehnen.

11.2.1.2 Zweite Ansicht: „Must Pay“

Die Gegenansicht in der Literatur vertritt die „Must Pay“-Theorie: Den §§ 52 ff. RStV sei unmittelbar eine Zahlungspflicht zu entnehmen.²⁰¹⁴ Die Argumente der Must Pay-Theorie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Aus den Wertungen des Telekommunikationsrechts und der in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB verankerten Essential Facilities-Doktrin ergebe sich, dass „Netzzugang“ grundsätzlich nur gegen angemessenes Entgelt zu gewähren sei.²⁰¹⁵ Dafür spreche insbesondere Art. 87f GG, der die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen der Privatwirtschaft überlasse.²⁰¹⁶

²⁰⁰⁹ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 33; Hain et al. MMR 2013, 769, 772; Ladeur ZUM 2012, 939, 940.

²⁰¹⁰ Begründung zum 10. RÄStV, S. 33; vgl. dazu schon auf S. 321.

²⁰¹¹ Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 11; Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 39.

²⁰¹² In der Praxis kommt dies insbesondere bei privaten Programmveranstaltern vor; diese entrichten jedenfalls pro forma noch Einspeiseentgelte. Gerade Programmveranstalter wie Shopping-Sender, deren Programm selbst für den Plattformbetreiber kaum einen Wert hat, „erkaufen“ sich häufig ihren Platz auf der Plattform.

²⁰¹³ Hain et al. MMR 2013, 769, 772.

²⁰¹⁴ Vgl. insbesondere Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1; Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012; Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1.

²⁰¹⁵ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 40 f.

²⁰¹⁶ Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 12; ähnlich Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 27 f.; polemisch Engel RTkom 2000, 189, 192 f.

- Aus einer „medienrechtlichen Überlagerung der zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen“ zwischen Kabelnetzbetreibern und Rundfunkveranstaltern folge, jedenfalls für die öffentlich-rechtlichen Programme, ein beiderseitiger Kontrahierungszwang.²⁰¹⁷
- Aus der Verfassung ergebe sich das Gebot eines „verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen dem Versorgungsauftrag des Rundfunks einerseits und den wirtschaftlichen Belangen der Kabelnetzbetreiber andererseits“. Diesem könne nur durch einen Zwang zum Abschluss eines „Weiterverbreitungsvertrags, der die Grundlage für die Durchsetzung der legitimen wirtschaftlichen Interessen der Kabelnetzbetreiber ist“, Rechnung getragen werden.²⁰¹⁸
- Zudem sei es „sittenwidrig“, den Plattformbetreibern Einspeiseentgelte vorzuenthalten.²⁰¹⁹
- Die Landesmediengesetze enthielten Regeln zur Kostenfreistellung von regionalen Programmen und offenen Kanälen; im Umkehrschluss ergebe dies, dass den anderen Must Carry-Programmen kein Anspruch auf unentgeltliche Verbreitung eingeräumt sei.²⁰²⁰

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Viele der Argumente der „Must Pay“-Theorie beruhen auf falschen rechtlichen oder tatsächlichen Annahmen.

Schon die behauptete Parallele zwischen den Must Carry-Regeln und dem *Telekommunikationsrecht* existiert nicht. Es geht bei § 52b RStV nicht um einen telekommunikationsrechtlichen Zugangsanspruch von Programmveranstaltern zu fremden Netzen, sondern darum, die vor allem eigennützig erfolgende Auswahl bei der Programmbelegung durch die Plattformanbieter im Sinn einer *Sozialpflicht* einzuschränken.²⁰²¹ Das Hauptgeschäft der Plattformbetreiber ist im Regelfall nicht die Erbringung einer Transportleistung, sondern die Vermarktung der Programmsignale an Dritte.²⁰²² Ein Plattformbetreiber muss deshalb aufgrund der Must Carry-Pflichten nicht einem Programmveranstalter „Zugang“ zu seinem Netz

²⁰¹⁷ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 34; Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 24.

²⁰¹⁸ Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 13 f.; ähnlich Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 36 ff.; Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 910.

²⁰¹⁹ Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 24.

²⁰²⁰ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 39; Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 12.

²⁰²¹ Holznagel/Jahn, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 52b RStV Rn. 2.

²⁰²² Siehe dazu insb. ab S. 105.

gewähren; er wird lediglich bei der *Auswahl* der Programme, aus denen er seine Plattform zusammenstellt, etwas eingeschränkt.

Auch Art. 87f GG kann schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht auf medienrechtliche Vorschriften einwirken.²⁰²³ Außerdem ist dieser Vorschrift zwar ein Prinzip der Privatwirtschaftlichkeit zu entnehmen, aber noch lange kein Prinzip der zwangsweisen Entgeltlichkeit.²⁰²⁴ Ganz im Gegenteil sagt Art. 87f GG, dass Telekommunikationsnetze *besonderen Sozialpflichten* unterworfen werden können und müssen.²⁰²⁵

Auch aus den *Grundrechten* der Plattformanbieter folgt nicht die Freiheit, Entgelte einseitig zu Lasten Dritter „festzusetzen“ oder „auszugestalten“. ²⁰²⁶ Die Wirtschaftsgrundrechte schützen die Freiheit, eine eigene Leistung am Markt *anzubieten*, nicht aber, diese auch zwangsläufig *abgenommen* zu bekommen.

Die Zahlung von Einspeiseentgelten ist auch nicht „selbstverständlich“, die Verweigerung solcher Entgelte nicht „sittenwidrig“. ²⁰²⁷ „Sittenwidrig“ kann eine Verhaltensweise, die seit Jahren im Markt gelebt und von einem Großteil der Plattformbetreiber auch akzeptiert wird, nicht sein.²⁰²⁸

Selbst die Regeln über die angeordnete Unentgeltlichkeit des Transports *offener Kanäle* begründen noch nicht den Umkehrschluss, dass alle anderen Programme zwingend entgeltlich zu transportieren seien. Der Umkehrschluss zeigt lediglich, dass die Gesetzgeber bei den übrigen Must Carry-Programmen kein „Entgelterhebungsverbot“ aussprechen wollten.²⁰²⁹

²⁰²³ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 50 Rn. 17 ff.; *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 13; a.A. *Bauer*, *Netz und Nutzung*, 74 f. und *Engel* RTkom 2000, 189, 192 ff.; differenzierend *Gersdorf*, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 73.

²⁰²⁴ LG Berlin ZUM 2013, 954, 960; kritisch dazu aber *Bauer*, *Netz und Nutzung*, 136 f.; *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 107 f.

²⁰²⁵ *Bauer*, *Netz und Nutzung*, 54 ff.; *Vesting*, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten 43 ff.; *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 13; *Irion/Schirmbacher* CR 2002, 61, 64.

²⁰²⁶ So aber wohl *Gersdorf* K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 9 f.

²⁰²⁷ OLG München MMR 2014, 201, 203; LG Bremen MMR 2013, 816, 817; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 50 ff.; *Ladeur* ZUM 2012, 939, 946; *Holznagel/Salwitzek* K&R 2013, 454, 457 f.

²⁰²⁸ *Schröder* MMR 2013, 1.

²⁰²⁹ *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 42 f.

Die Ansicht, aus „Must Carry“ folge zwangsläufig auch eine Zahlungspflicht der Programmveranstalter, wäre auch *zweckwidrig*. Denn in diesem Fall müssten die Veranstalter von Must Carry-Programmen nicht nur gezwungenermaßen eine „Transportleistung“ in Anspruch nehmen, an der sie u.U. gar kein Interesse haben – sie wären zusätzlich noch zur Zahlung eines erheblichen Entgelts verpflichtet. Die Veranstaltung eines Must Carry-Programms würde unattraktiv.²⁰³⁰

Letztlich gilt vor allem die simple Tatsache, dass die §§ 52 ff. RStV nach ihrem Wortlaut *keinerlei Grundlage für eine Pflicht zur Zahlung von Einspeiseentgelten* vorsehen.²⁰³¹ Insbesondere gibt es keine gesetzliche Norm, die den Vorgaben nach Art. 31 Abs. 2 UDRL entspricht.²⁰³² Für eine Zahlungspflicht der Programmveranstalter fehlt es deshalb an einer verfassungs- und europarechtskonformen Anspruchs- bzw. Ermächtigungsgrundlage.²⁰³³

Somit ist auch die „Must Pay“-Theorie abzulehnen.

11.2.1.3 Ergebnis und eigene Ansicht

Zunächst ist festzuhalten, dass den §§ 52 ff. RStV nach dem oben gefundenen Ergebnis weder eine abschließende „Must Carry for free“- , noch eine abschließende „Must Pay“-Aussage zu entnehmen ist. Die Gesetzgeber haben in den §§ 52 ff. RStV zwar das „Ob“ des Signaltransportes geregelt, aber das „Wie“ bezüglich der Vereinbarungen im Horizontalverhältnis²⁰³⁴ nicht vollständig festgelegt.²⁰³⁵

Die Gesetzgeber folgen bei der Frage der Plattformregulierung somit weder einem Leitbild der Entgeltlichkeit, noch einem Leitbild der Unentgeltlichkeit. Die Regeln der Plattformregulierung wollen weder eine Pflicht zur Zahlung

²⁰³⁰ Demgegenüber ergäbe sich für Plattformanbieter eine einfache Möglichkeit, sich zu refinanzieren: Sie könnten die Must Carry-Programme einfach ohne Genehmigung weiterleiten und dann deren Veranstalter auf Kostenersatz in Anspruch nehmen.

²⁰³¹ Dörr ZUM 2013, 81, 99; Holznagel/Salwitzek K&R 2013, 454, 455 f.

²⁰³² Dörr ZUM 2013, 81, 85 ff.

²⁰³³ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 34; Holznagel/Salwitzek K&R 2013, 454, 455 f.; allgemein zur Notwendigkeit von Anspruchsgrundlagen im Horizontalverhältnis BVerfGE 81, 242, 253 ff. – *Handelsvertreter*. Zur Möglichkeit, gesetzliche Leistungspflichten des allgemeinen Zivilrechts (GoA, Bereicherungsrecht) anzuwenden siehe ab S. 415.

²⁰³⁴ Zum Verhältnis von Vertikal- und Horizontalbeziehung siehe auch ab S. 318.

²⁰³⁵ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 28; Ladeur ZUM 2012, 939, 940; Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 20; Hain et al. MMR 2013, 769, 772.

von Einspeiseentgelten *anordnen*, noch deren Erhebung *generell ausschließen*.²⁰³⁶ Die (grundsätzlich mögliche) Entgelterhebung durch Plattformbetreiber wird gem. § 52d RStV lediglich gewissen Einschränkungen unterworfen. Den Parteien steht es somit im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben frei, einen Einspeisevertrag abzuschließen oder einen solchen Vertragsschluss zu verweigern.

Die Ansicht ergibt sich – letztlich zwingend – nicht nur aus dem Gesetz, sie entspricht außerdem am besten den Marktverhältnissen und der umrahmenden Rechtslage. Denn indem das Rundfunkrecht weder eine Zahlungspflicht noch ein Zahlungsverbot vorsieht, eröffnet es den Plattformbetreibern und Programmveranstaltern Spielräume, in denen diese flexibel auf die verschiedenen wirtschaftlichen und technischen Konstellationen reagieren können.²⁰³⁷ Diese Spielräume sind allerdings nicht *uneingeschränkt* gewährleistet, sondern werden im Interesse der Allgemeinheit diversen gesetzlichen Vorgaben unterworfen. Es gelten das Urheberrecht, das Kartellrecht und § 52d RStV. Diese Normen betreffen zwar nicht *grundsätzlich* die Frage der Entgeltlichkeit, aber doch die Entgeltausgestaltung im Einzelfall. Hierauf wird im Folgenden eingegangen.

11.3 Überblick über die potentiell einschlägigen Vorschriften

Für die entgeltliche Austauschbeziehung zwischen Programmveranstalter und Plattformbetreiber gelten Vorgaben aus verschiedenen Rechtsgebieten nebeneinander.

11.3.1 Ehemalige TK-rechtliche Entgeltregulierung

Eine Regulierung von Einspeiseentgelten nach dem TKG findet heute nicht mehr statt.²⁰³⁸ Da aber noch Missverständnisse kursieren und auch häufig noch mit (vermeintlichen) Parallelen zum Telekommunikationsrecht argumentiert wird, soll die Vorgeschichte noch einmal dargestellt werden.

²⁰³⁶ Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 11; Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 33; Ladeur ZUM 2012, 939, 940 ff.; Hain et al. MMR 2013, 769, 772.

²⁰³⁷ Zur verfassungsrechtlichen Pflicht, solche Spielräume möglichst offen zu halten, siehe ab S. 374.

²⁰³⁸ Dies wurde bereits dargestellt; siehe dazu ab S. 337.

Die erste – und bis heute auch einzige – telekommunikationsrechtliche *Festlegung* von Einspeiseentgelten fand im Jahr 1999 statt.²⁰³⁹ Die damalige RegTP erarbeitete eine Preisliste, die sich an den sog. „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ orientierte. Sie untersagte der Deutschen Telekom AG, die damals die Kabelnetze betrieb²⁰⁴⁰ auch eine Differenzierung nach Art und Inhalt der Programmangebote.²⁰⁴¹ Dabei legte sie die Annahme zugrunde, dass Kabelnetzbetreiber als Teilbereich ihres Netzes ein „Einspeisenetz“ betrieben,²⁰⁴² das ausschließlich dem Signaltransport im Auftrag der Programmveranstalter diene.²⁰⁴³ Der Deutschen Telekom stehe es frei, „die Art und Weise der Kostendeckung selbst festzulegen“.²⁰⁴⁴ Gleichzeitig stellte die RegTP aber klar, dass die Erhebung von Einspeiseentgelten telekommunikationsrechtlich nicht zwingend sei; die Telekom dürfe ihre Entgelte ggf. auch nur auf Endkundenseite erheben.²⁰⁴⁵

Das Telekommunikationsgesetz wurde später novelliert. Auf dessen Basis unterwarf 2007 die Nachfolgerin der RegTP (nunmehr BNetzA) die Nachfolgerinnen der Deutschen Telekom (nunmehr die Regionalgesellschaften) der *nachträglichen Entgeltregulierung* (ex post-Regulierung, § 38 TKG).²⁰⁴⁶

Die BNetzA hätte damit die Möglichkeit gehabt, die Einspeiseentgelte zu beaufsichtigen und bestimmte Preisgestaltungen zu untersagen, machte davon jedoch im Wesentlichen keinen Gebrauch.²⁰⁴⁷ Dies resultierte u.a. aus der Zurückhaltung der Programmveranstalter. Diese wollten die Kabelnetzbetreiber, von denen sie abhängig waren, nicht durch Beschwerden verärgern.²⁰⁴⁸ Nachdem zuvor schon die EU-Kommission ihre Märkteempfehlung angepasst hatte, hob die BNetzA dann mit

²⁰³⁹ RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 27 ff.; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37.

²⁰⁴⁰ Siehe dazu ab S. 19.

²⁰⁴¹ RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 39 ff.; kritisch zu einer Übertragung dieser Wertung in das Medienrecht *Schulz/Kühlers*, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 100.

²⁰⁴² RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 4 f.; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37.

²⁰⁴³ RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 17 f.

²⁰⁴⁴ RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 26.

²⁰⁴⁵ *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 30.

²⁰⁴⁶ Az. BK3b-06-013 /R - *Ish NRW*; Az. BK3b-06-014 /R, später ergänzt durch Entschr. v. 1.9.2009, Az. BK3b-06-014 - *Kabel Deutschland*; Az. BK3b-06-015 /R - *Iesy*; Az. BK3b-06-017 /R, später ergänzt durch Entschr. v. 1.9.2009, Az. BK3b-06-017R - *Kabel BW*.

²⁰⁴⁷ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37.

²⁰⁴⁸ *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 28.

Regulierungsverfügungen v. 10.11.2010 auch die ex post-Regulierung der Einspeiseentgelte wieder auf.²⁰⁴⁹

Die telekommunikationsrechtliche Regulierung hatte *unterstellt* (nicht etwa festgelegt),²⁰⁵⁰ dass ein Kabelnetzbetreiber an einen Programmveranstalter eine „Transportleistung“ erbringt.²⁰⁵¹ Die telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung *legitimierte* auf diese Weise, dass die Regionalgesellschaften ihre Marktmacht ausnutzten, um – weitgehend als einzige Marktteilnehmer – bei den Programmveranstaltern Einspeiseentgelte durchzusetzen.²⁰⁵²

Nach dem Ende der theoretisch strengen TKG-Preisregulierung kommt es deshalb zu einer absurden Situation: Ausgerechnet Vertreter der ehemaligen *Regulierungsadressaten* fordern, es dürfe nicht dazu kommen, „dass überhaupt keine Entgeltregulierung mehr eingreifen kann“ – die Regionalgesellschaften bräuchten eine „Rechtsgrundlage für die Einforderung des Einspeiseentgelts“.²⁰⁵³ Schlüssig ist diese Argumentation nicht: Aus der ex post-Entgeltregulierung folgte noch nie eine „Rechtsgrundlage“ für die Entgelterhebung.²⁰⁵⁴ Aber selbst die *Legitimationswirkung* der BNetzA-Preisregulierung ist nunmehr weggefallen; aus dem Telekommunikationsrecht ergeben sich für die Preisgestaltung der Plattformanbieter keinerlei Folgen mehr.²⁰⁵⁵

²⁰⁴⁹ Festlegung der Präsidentenkammer vom 10.11.2010 (Az. BK3-10-083 bis 086, Entscheidungen der 3. Beschlusskammer Az. BK3-10-083 – *Kabel Deutschland*, Az. BK3-10-084 – *Unitymedia*, Az. BK3-10-085 – *Kabel BW*. Demgegenüber blieb die Regulierung in dem hier nicht weiter relevanten Teilmarkt für die Bereitsstellung von Einrichtungen für die UKW-Hörfunkausstrahlung beibehalten; vgl. Az. BK3-10-086 – *Media Broadcast*).

²⁰⁵⁰ Dazu zurecht kritisch *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 29 f.; *Wrona* CR 2005, 789, 793.

²⁰⁵¹ RegTP, Beschl. v. 24.3.1999, Az. BK 3b 99/001, 25 f.

²⁰⁵² In einigen Bereichen mussten die Netzbetreiber die Einspeiseentgelte durch die Entscheidung erst einführen; vgl. *Engel* RTkom 2000, 198, 190; kritisch auch *Wagner* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28, 29 f.

²⁰⁵³ So *Fink/Keber* in einem von Unitymedia Kabel BW beauftragten Rechtsgutachten (MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37). *Holznagel/Salwitzek* K&R 2013, 454, 455 weisen demgegenüber darauf hin, dass die Netzbetreiber ursprünglich sogar auf eine *Erhöhung* ihrer Entgelte gehofft hatten.

²⁰⁵⁴ So ausdrücklich OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 623; a.A. aber *Ladeur* ZUM 2005, 1, 3 ff.

²⁰⁵⁵ *Holznagel/Salwitzek* K&R 2013, 454, 455.

11.3.2 Urheberrechtliche Entgeltregulierung

Im Urheberrecht ist ein Teilaspekt der Preisregulierung im Plattformbereich geregelt, nämlich die (Kabel-)Weitersendung.²⁰⁵⁶ § 20b Abs. 2 UrhG i.V.m. § 11 UrhWahrnG und § 87 Abs. 5 UrhG verpflichten Verwertungsgesellschaften und Sendeunternehmen, ihre Kabelweitersenderechte gegen „angemessene Bedingungen“ einzuräumen.²⁰⁵⁷

Welche Verwertungsarten das Recht zur Kabelweitersendung betrifft, ist umstritten; die Rechtsprechung beschränkt die urheberrechtlichen Regeln allerdings bisher auf „Kabel“, was z.B. drahtlose Plattform-Geschäftsmodelle nicht miteinbezieht.²⁰⁵⁸ Damit gilt, dass die urheberrechtlichen Regeln *einige* der Plattformen im rundfunkrechtlichen Sinn erfassen, nämlich die Kabelfernsehtetze. Andere Plattformbetreiber werden von den Sonderregeln zur Kabelweitersendung nicht erfasst.

11.3.2.1 Begriff der „Angemessenheit“ in UrhG und UrhWahrnG

Die Frage, welche Vergütungen „angemessen“ im urheberrechtlichen Sinn sind, ist umstritten.²⁰⁵⁹ Der Begriff „angemessen“ wird im Urheberrecht in verschiedenen Zusammenhängen verwendet.

Häufig kommt eine Festlegung auf die „Angemessenheit“ zum Einsatz, wenn Urhebern ein gewisser Mindeststandard garantiert werden soll.²⁰⁶⁰ Der Begriff der „Angemessenheit“ wird im Urheberrecht außerdem in Fällen verwendet, in denen das Gesetz den Rechteinhabern ein Exklusivrecht entzieht. Dies ist im Fall von gesetzlichen Schrankenbestimmungen oder (wie hier) bei Zwangslizenzen der Fall. Der Begriff der „Angemessenheit“ betrifft dann die im Gegenzug geleistete Kompensation und dient dazu, den Rechtsverlust der Urheber abzufedern.

²⁰⁵⁶ Die allgemeinen urheberrechtlichen Bezüge wurden bereits erörtert; siehe ab S. 323.

²⁰⁵⁷ § 20b UrhG spricht lediglich von einer „angemessenen Vergütung“; daraus will *Spindler MMR-Beil.* zu Heft 2/2003, 8, den Umkehrschluss ziehen, die Angemessenheitsprüfung müsse unterschiedlich weit ausfallen. Hier wird die Ansicht vertreten, dass die Vorschriften hinsichtlich ihrer Angemessenheitsbegriffe parallel auszulegen sind.

²⁰⁵⁸ Siehe dazu ab S. 326.

²⁰⁵⁹ Statt vieler *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 60; *Hein/Schmidt K&R* 2002, 409, 412 ff.

²⁰⁶⁰ Das Urhebervertragsrecht will so verhindern, dass Rechteverwerter die (strukturell unterlegenen) Urheber im Wege von sog. Total Buy-Out-Verträgen aller Gewinnbeteiligungen entkleiden. Den Urhebern soll eine Beteiligung an der Wertschöpfung ihrer kreativen Erzeugnisse garantiert bleiben, vgl. insbesondere § 32 UrhG.

Soweit Kabelweitersendelizenzen durch *Verwertungsgesellschaften* eingeräumt werden, ist § 13 UrhWahrnG einschlägig. Die Vorschrift nennt in Abs. 3 die folgenden Punkte, die bei der Festlegung einer „angemessenen“ Vergütung zu berücksichtigen sind:

- Die geldwerten Vorteile, die durch die Verwertung erzielt werden,
- der Anteil der Werknutzung am Gesamtumfang des Verwertungsvorganges,
- religiöse, kulturelle und soziale Belange der zur Zahlung Verpflichteten, einschließlich der Belange der Jugendpflege.

Hier wird deutlich, dass der Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ nicht nur wirtschaftliche Kriterien miteinbezieht. In diesen unbestimmten Rechtsbegriff strahlt letztlich die Gesamtheit der Rechtsordnung ein.

Sofern die Lizenzen nicht durch Verwertungsgesellschaften eingeräumt werden, sondern durch *Sendeunternehmen*, ist § 20b UrhG einschlägig, der ebenfalls „angemessene Bedingungen“ verlangt. Spezielle Vorgaben zur Bemessung der „Angemessenheit“ in dieser Norm nennt das Gesetz allerdings nicht; es gibt auch keinen direkten Verweis auf § 13 UrhWahrnG.²⁰⁶¹

In der Literatur ist umstritten, ob der Angemessenheitsmaßstab des § 20b UrhG parallel zu § 13 Abs. 3 UrhWahrnG auszulegen ist.²⁰⁶² Die besseren Gründe sprechen für eine parallele Auslegung: Zwar sind die kulturpolitischen und sozialstaatlichen Erwägungen, die für die Höhe von Tarifen der *Verwertungsgesellschaften* maßgeblich sind, nur begrenzt auf den Bereich der Kabelweitersendung übertragbar.²⁰⁶³ Andererseits muss aber davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Begriff „angemessen“ in zwei Normen, die erkennbar auf parallelen Erwägungen beruhen, nicht unterschiedlich ausgelegt sehen möchte.

²⁰⁶¹ Hillig MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 34, 38.

²⁰⁶² Dafür Hoeren/Neurauter, IPTV, 88; dagegen Spindler MMR-Beil. zu Heft 2/2003, 8.

²⁰⁶³ Hillig MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 34, 38) nennt deshalb eigene Kriterien, die mit denen in § 13 UrhWahrnG nicht identisch sind.

11.3.2.2 Streitstand und Stellungnahme

Bei der Beurteilung der „Angemessenheit“ von Weitersendungs-Tarifen werden zusammengefasst zwei Argumentationslinien vertreten:

- Die wohl h.M, einschließlich der Schiedsstelle beim DPMA, orientiert sich bisher vor allem an der *Branchenüblichkeit*.²⁰⁶⁴ Die *Schiedsstelle* ermittelt, welche Vergütungen bisher zwischen den Verfahrensbeteiligten bzw. deren Rechtsvorgängern gezahlt wurden oder in vergleichbaren Fällen gezahlt werden; diese Vergütungen passt sie dann nach oben oder unten an.²⁰⁶⁵ Dabei sind weniger generell-abstrakte Überlegungen maßgeblich; die Schiedsstelle stützt ihre Entscheidungen vielmehr primär darauf, ob sie die Argumente der Verfahrensbeteiligten überzeugend findet oder nicht.²⁰⁶⁶ Die *Rechtsprechung* stützt diesen Ansatz und weist den Entscheidungen der Schiedsstelle sogar eine „Vermutung der Richtigkeit“ zu.²⁰⁶⁷
- Andererseits wird über eher *abstrakte Erwägungen* nach einer Lösung gesucht. Es wird vor allem diskutiert, eine „Obergrenze“ von 10 % der Umsatzanteile der Kabelunternehmen zu ziehen.²⁰⁶⁸ Dieser zehnpromzentige Umsatzanteil sei dann auf die Gesamtheit aller Lizenzgeber aufzuteilen.

Die bisherige Regulierungspraxis der Schiedsstelle ist schon im Ausgangspunkt problematisch. Eine Entwicklung ist weder gerecht noch richtig, nur weil sie „branchenüblich“ ist. Die Maxime „Das haben wir schon immer so gemacht“ ist weder ein gültiger Verwaltungsgrundsatz, noch kann sie als Präjudiz für die Rechtsanwendung dienen. Der Begriff der „Angemessenheit“ enthält auch im Wortsinn keinen Verweis auf früheres Verhalten von Marktteilnehmern.

²⁰⁶⁴ BGH GRUR 2000, 699; OLG München ZUM-RD 2003, 464, 472; Schiedsstelle beim DPMA, Entsch. vom 22. 02. 2010 - Sch-Urh 07/08 (unveröffentlicht); *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 80; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 78 m.w.N.

²⁰⁶⁵ *Neurauter* MMR-Aktuell 2010, 299952; Schiedsstelle beim DPMA, Entsch. vom 22. 02. 2010 - Sch-Urh 07/08 (unveröffentlicht).

²⁰⁶⁶ *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 80 ff.

²⁰⁶⁷ BGH GRUR 2001, 1139, 1142; KG Berlin ZUM 2010, 342, 345.

²⁰⁶⁸ *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 96 ff. m.w.N.

Es ist außerdem auch fraglich, ob die „Branchenüblichkeit“ überhaupt als ein sinnvoller Indikator für die Angemessenheit dienen kann. Die bisherige Praxis hat sich in einem stark regulierten Wirtschaftsbereich entwickelt. Von Preisen, die sich nach Wettbewerbsgesetzen eingependelt haben, kann man deshalb nicht ausgehen.²⁰⁶⁹ Der Gesetzgeber geht zudem offensichtlich davon aus, dass die im bisherigen „Wettbewerb“ ermittelten Preise gerade *nicht* das gewünschte Ergebnis darstellen – sonst hätte er ja keine Preisregulierungsvorschrift eingeführt. Bei der Ermittlung der Angemessenheit darf der Aspekt der „Branchenüblichkeit“ also nicht zu viel Gewicht bekommen.

Richtigerweise ist die Frage, welche Tarife „angemessen“ sind, entsprechend § 13 Abs. 2 UrhWahrnG vor allem über eine allgemeine Abwägung der Rechts- und Interessenpositionen aller beteiligten Parteien zu gewinnen.²⁰⁷⁰ Die *bisherige* Höhe der gezahlten Entgelte kann ein Indikator sein, aber keinesfalls ausschlaggebend. Soweit es um die „Angemessenheit“ im *Urheberrecht* geht, sind nach der hier vertretenen Ansicht vielmehr die folgenden Aspekte maßgeblich:

- Der Gesetzgeber des UrhG will für die Kabelnetzbetreiber den Zugriff auf die Programme sichern. Deshalb sollen die Lizenzgeber eine Nutzung der Rechte nicht faktisch unmöglich machen dürfen, indem sie unangemessen *hohe* Tarife festsetzen.
- Die gezahlte Vergütung muss zumindest *irgendeine* Beteiligung der Rechteinhaber an den Einnahmen der Netzbetreiber vorsehen, soweit sie unter Nutzung dieser Rechte erzielt werden.²⁰⁷¹ Anderenfalls wäre der Tatbestand überflüssig, was vom Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigt war.²⁰⁷²
- Die Urheber können das wirtschaftliche Risiko, das bei der Kabelweitersendung entsteht, nicht beeinflussen. Entsprechend kann es nicht zu ihren Lasten gehen, wenn eine konkrete Rechteausswertung keinen wirtschaftlichen Erfolg hat.²⁰⁷³

Damit ist jedenfalls anzuerkennen, dass die derzeitige Praxis, die Höhe der Vergütung aus den *Umsätzen* abzuleiten, keinen Bedenken begegnet. Die

²⁰⁶⁹ Kritisch auch *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 96.

²⁰⁷⁰ Sog. Ansatz der Interessenabwägung, vgl. *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 98.

²⁰⁷¹ So auch *Hillig* MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 34, 36; KG Berlin ZUM 2010, 342, 345; a.A. *Hein/Schmidt* K&R 2002, 409, 413.

²⁰⁷² EuGH MMR 2010, 828, 829 – *Padawan*; KG Berlin ZUM 2010, 342, 345.

²⁰⁷³ BGH GRUR 1988, 373, 376 – *Schallplattenimport III*; OLG München ZUM-RD 2003, 464, 472.

Unternehmen, die die Weitersendung vornehmen, dürfen außerdem nicht unverhältnismäßig stark beeinträchtigt werden. Sie müssen also an der Wertschöpfung, die sie selbst erzielen, partizipieren können. Ihnen muss folglich ein *substanzieller Teil der Einnahmen* verbleiben, die sie erwirtschaften. Daraus ergibt sich, dass eine *Obergrenze* existieren muss, die durch die Gesamtheit aller Lizenzzahlungen nicht überschritten werden darf. Die Höhe der Grenze muss sich aus der Kostenstruktur der Kabelnetzbetreiber ergeben; denkbar wären 10 % der Umsatzerlöse.²⁰⁷⁴

11.3.2.3 Verhältnis zur medienrechtlichen Entgeltregulierung

Die Frage, in welchem Verhältnis medienrechtliche und urheberrechtliche Entgeltregulierung zueinander stehen, ist umstritten.²⁰⁷⁵ Einige Stimmen in der Literatur verlangen, die urheberrechtliche Angemessenheitskontrolle auf den gesamten Vertragsinhalt auszuweiten, inkl. der Höhe der Einspeiseentgelte.²⁰⁷⁶ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Schiedsstelle beim DPMA als *Bundesoberbehörde* nicht dazu berufen sein kann, auch die Höhe der Einspeiseentgelte zu regulieren.²⁰⁷⁷ Die Aufsicht über medienrechtliche Fragen ist Sache der Landesbehörden, nämlich ausschließlich der Landesmedienanstalten.²⁰⁷⁸ Würde der Bund in diesen Bereich über eigene Behörden „hineinregulieren“, wäre dies eine Verletzung des Grundsatzes des bundesfreundlichen Verhaltens.²⁰⁷⁹

Die beschränkte Zuständigkeit der DPMA-Schiedsstelle ändert freilich nichts daran, dass Urheber- und Medienrecht auf *materieller* Ebene einen einheitlichen, nicht nach „Rechtsgebieten“ trennbaren Lebenssachverhalt betreffen.²⁰⁸⁰ Es ist daher unumgänglich, die Regulierungsvorschriften aus

²⁰⁷⁴ Kritisch *Hoeren/Neurauter*, IPTV, 97 ff.

²⁰⁷⁵ Siehe dazu noch ausführlich ab S. 412.

²⁰⁷⁶ Zur Diskussion *Fischer* ZUM 2009, 465, 467 ff.

²⁰⁷⁷ Die Schiedsstelle ist demnach Teil der bundesunmittelbaren Verwaltung (Art. 87 Abs. 3 GG). Ihre Zuständigkeit reicht nicht weiter als die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das zugrundeliegende Rechtsgebiet, vgl. *Suerbaum*, in: BeckOK GG, Art. 87 Rn. 30. Somit kann die Schiedsstelle ausschließlich für Fragen des Urheberrechts und des Gewerblichen Rechtsschutzes zuständig sein (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG).

²⁰⁷⁸ Die Landesmedienanstalten sind – anders als die Schiedsstelle – für die Aufsicht über den besonders grundrechtssensiblen Bereich des Rundfunks speziell ausgestattet und eingerichtet. Dies führt zu einer Alleinzuständigkeit der Landesmedienanstalten für alle Fragen der Vielfaltregulierung; vgl. dazu *Gundel* ZUM 2010, 770; *Ladeur* ZUM 2004, 1, 2 ff.

²⁰⁷⁹ Siehe zum parallelen Problem der Gesetzgebungszuständigkeit ab S. 140.

²⁰⁸⁰ *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 8; vgl. auch *V. Janik*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 8 Rn. 38.

UrhG, RStV sowie (ggf.) TKG und GWB auf materieller Ebene einheitlich auszulegen; hierauf wird in Abschnitt 11.5 noch eingegangen.²⁰⁸¹

11.3.3 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht

Vorgaben zur Preisgestaltung können sich auch aus dem Kartellrecht ergeben.²⁰⁸² Dies gilt vor allem für alle Fälle, in denen Marktteilnehmer ihre Macht missbrauchen, indem sie anderen Marktteilnehmern wettbewerbsfremde Zahlungspflichten aufzwingen.

11.3.3.1 Voraussetzungen der kartellrechtlichen Preisregulierung

Voraussetzung der kartellrechtlichen Preisregulierung nach Art. 102 AEUV und/oder den §§ 18 ff. GWB ist zunächst eine *überwiegende Marktmacht* des preissetzenden Unternehmens. Hierauf wurde bereits im Rahmen der Erörterung der Transportpflichten eingegangen.²⁰⁸³ Welche Märkte dabei abzugrenzen sind, spielt für die Regulierung der *Einspeiseentgelte* aber eine besondere Rolle und soll deshalb an dieser Stelle noch einmal vertieft werden.

Grundsätzlich ergibt sich die Marktabgrenzung im Kartellrecht aus dem sog. Bedarfsmarktkonzept, das bereits an anderer Stelle erläutert wurde.²⁰⁸⁴ Daraus leitet die h.M. ab, dass sich Plattformanbieter und Programmveranstalter auf zwei Märkten gegenüberstehen: Auf dem sog. *Einspeisemarkt* und dem sog. *Senderechtemarkt*.²⁰⁸⁵ Die beiden Märkte verkörpern die beiden Teile des *zweiseitigen Marktes*, auf dem Plattformbetreiber aktiv sind.²⁰⁸⁶ Auf dem Einspeisemarkt sind Programmveranstalter Nachfrager nach einer Transportleistung, die von *Plattformbetreibern* angeboten wird; auf dem Senderechtemarkt sind die Plattformbetreiber Nachfrager nach den „Senderechten“, die u.a. von den *Programmveranstaltern* angeboten werden.

²⁰⁸¹ Siehe ab S. 412.

²⁰⁸² Allgemein zum Kartellrecht siehe auch ab S. 341.

²⁰⁸³ Siehe dazu ab S. 341.

²⁰⁸⁴ Siehe dazu ab S. 344.

²⁰⁸⁵ *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 20 ff.

²⁰⁸⁶ Siehe zu dieser Marktkonstellation ab S. 117.

11.3.3.1.1 Einspeisemarkt

Auf dem sog. Einspeisemarkt sind die Programmveranstalter Nachfrager nach einer „Durchleitung ihrer Programme zu den Endkunden“; die Plattformanbieter sind Anbieter dieser Transportleistung.²⁰⁸⁷ Jedenfalls solche Plattformanbieter, die den Zugang zu einer bestimmten Kundengruppe *exklusiv* kontrollieren, sind im Einspeisemarkt immer als marktbeherrschend zu betrachten: Da kein Alternativanbieter zur Verfügung steht, ist der Netzbetreiber Monopolist im eigenen Netzgebiet.²⁰⁸⁸ Für Plattformanbieter *ohne* Gatekeeper-Stellung kommt es auf die Regeln der §§ 18 ff. GWB an.²⁰⁸⁹

Theoretisch denkbar wäre, dass auch *Programmveranstalter* auf dem Einspeisemarkt marktbeherrschend sein könnten. Dies wäre dann allerdings eine Marktbeherrschung aus *nachfragender* Stellung.²⁰⁹⁰ Es sind aber kaum Fälle denkbar, in denen Plattformbetreiber auf die *Nachfrage* von bestimmten Programmveranstaltern nach ihrer „Transportleistung“ angewiesen sind.²⁰⁹¹ Soweit Programmveranstalter eine Einspeiseleistung nicht nachfragen und der Plattformbetreiber ihre Programme dennoch *eigeninitiativ* einspeist, sind die Programmveranstalter mangels entgeltlicher Austauschbeziehung außerdem nicht einmal Marktteilnehmer, geschweige denn marktbeherrschend.²⁰⁹²

Dem wird entgegengehalten, eine marktbeherrschende Stellung der *Must Carry*-privilegierten Programmveranstalter ergebe sich aus den *Must Carry-Regeln*. Diese würden die Kapazitäten der Netzbetreiber für die Programmveranstalter „reservieren“ und ihnen so ein gesetzliches Monopol

²⁰⁸⁷ Statt vieler BGH NJW 1996, 2656, 2657 - *Pay-TV-Durchleitung*; OLG Naumburg ZUM 1999, 944, 946; BKartA, Entsch. v. 22.2.2013, Az. B7 - 70/12, Rn. 196 ff. – *KDG/TeleColumbus*; BKartA, Entsch.v. 15.12.2011, Az. B7 - 66/11, Rn. 181 ff. - *Liberty/Kabel BW*.

²⁰⁸⁸ Statt vieler BGH NJW 1996, 2656, 2657 - *Pay-TV-Durchleitung*; BVerwG NVwZ 2008, 1359, 1632; *Schlauri*, Network Neutrality, 102 ff.

²⁰⁸⁹ Siehe dazu auf S. 344.

²⁰⁹⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2014, Az. VI-U (Kart) 15/13, openJur 2014, 12508, Rn. 75.

²⁰⁹¹ Plattformbetreiber erzielen ihre Einnahmen ganz oder größtenteils durch die Vermarktung der Programmsignale an Dritte. Siehe allgemein zu Plattformbetreibern ab S. 105, speziell zu Kabelnetzbetreibern ab S. 93.

²⁰⁹² So liegt der Fall insbesondere bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der ARD, vgl. OLG München MMR 2014, 201, 203 und *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 13 ff.

verschaffen.²⁰⁹³ Rechtsprechung und Literatur lehnen eine „Marktbeherrschung durch Must Carry“ jedoch überwiegend ab.²⁰⁹⁴ Teils wird dies damit begründet, dass der Wettbewerb in der für Must Carry-Programme reservierten Kapazität von vornherein *aufgehoben* sei – damit sei auch das Wettbewerbsrecht nicht anwendbar.²⁰⁹⁵ Teils wird dies damit begründet, dass die Plattformbetreiber auf die Zahlung von Einspeiseentgelten schlicht nicht angewiesen seien – auch nicht, wenn die betreffenden Programme Must Carry-Status hätten.²⁰⁹⁶

Nach *beiden* Ansätzen ist von einer Marktmacht der Must Carry-Programmveranstalter nicht auszugehen. Nimmt man einen auf die *Gesamtkapazität* der betroffenen Plattform bezogenen Markt an, so überschreitet der Marktanteil eines einzelnen nachfragenden Programmveranstalters üblicherweise nicht die Schwelle, ab der Marktmacht anzunehmen wäre.²⁰⁹⁷ Geht man aber davon aus, dass die „Must Carry“-Regeln einen bestimmten Kapazitätsbereich für bestimmte Programmveranstalter *reservieren* und deshalb als *eigener* Markt zu betrachten sind, dann muss man konsequenterweise annehmen, dass der Wettbewerb in diesem Kapazitätsbereich von vornherein aufgehoben ist; das Wettbewerbsrecht ist dann auf diesen Kapazitätsbereich nicht anwendbar.²⁰⁹⁸

Jede andere Lösung würde auch dem *Sinn und Zweck* der Must Carry-Regeln widersprechen. Denn wäre Rechtsfolge der Must Carry-Regeln, dass die Must Carry-Programmveranstalter als „marktbeherrschende Nachfrager“ eine Transportleistung des Plattformbetreibers nachfragen *müssten*, stünden sie in vielen Fällen *schlechter* da als ohne Must Carry-Privileg.²⁰⁹⁹ Ein solches

²⁰⁹³ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 22 ff.; Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 19 ff.; in diese Richtung auch OLG München MMR 2014, 201, 203, allerdings im Ergebnis ohne Zahlungspflicht bzw. Kontrahierungszwang des Programmveranstalters.

²⁰⁹⁴ LG Berlin ZUM 2013, 954, 960; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2014, Az. VI-U (Kart) 15/13, openJur 2014, 12508, Rn. 93; Holznapel/Salwitzek K&R 2013, 454, 456; Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 22 ff.; Bauer, Netz und Nutzung, 195.

²⁰⁹⁵ Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 15 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2014, Az. VI-U (Kart) 15/13, openJur 2014, 12508, Rn. 93; LG Berlin ZUM 2013, 954, 960; Holznapel/Salwitzek K&R 2013, 454, 456; Bauer, Netz und Nutzung, 195.

²⁰⁹⁶ So Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 23 f.

²⁰⁹⁷ So auch Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 23 f.; OLG München MMR 2014, 201, 203.

²⁰⁹⁸ So das OLG München MMR 2014, 201, 203, zumindest für den Fall, dass der Programmveranstalter keine Einspeiseverträge mehr abschließt.

²⁰⁹⁹ Den Must Carry-Programmveranstaltern ginge dann die Freiheit verloren, zu entscheiden, ob (bzw. zu welchen Konditionen) sie Leistungen eines Plattformbetreibers in Anspruch nehmen. Sie wären gezwungen, jedem einzelnen Plattformbetreiber Einspeiseentgelte zu

Ergebnis des Kartellrechts wäre mit dem – in vielfaltsspezifischen Zusammenhängen vorrangigen²¹⁰⁰ – Rundfunkrecht nicht vereinbar.²¹⁰¹ Der Zweck der Must Carry-Regeln würde auf den Kopf gestellt, wenn sie die Programmveranstalter *belasten* würden, statt sie zu schützen.

Zusammengefasst gilt für den Einspeisemarkt also: Häufig sind auf diesem Markt die *Plattformbetreiber* Adressaten des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots; die *Programmveranstalter* sind es im Regelfall nicht.²¹⁰² Eine Pflicht der *Programmveranstalter* zur Zahlung von Einspeiseentgelten ist deshalb im ganz üblichen Regelfall aus dem Kartellrecht nicht herzuleiten.²¹⁰³ Die Erhebung von Einspeiseentgelten durch Plattformanbieter kann vielmehr kartellrechtlichen Einschränkungen unterliegen.

11.3.3.1.2 Senderechtemarkt

Der sog. Senderechtemarkt steht dem Einspeisemarkt gegenüber. Auf diesem Markt sind die Programmveranstalter *Anbieter* von „Senderechten“, die Plattformbetreiber sind die *Nachfrager*.²¹⁰⁴ Das BKartA fasst unter die Einräumung von „Senderechten“ sowohl die Kabelweitersenderechte nach § 20b UrhG, als auch die Einräumung weitergehender Rechte, z.B. von Pay TV- oder „Free-TV“-Rechten.²¹⁰⁵

Auf dem Senderechtemarkt kann sich eine marktbeherrschende Stellung der *Programmveranstalter* ergeben, wenn die nachfragenden Plattformanbieter

zahlen, wobei diese in der Entgeltgestaltung bis hin zur Missbrauchsgrenze (§§ 19, 20 GWB, § 52d RStV) frei wären. Die Folge wäre eine Kostenexplosion, die die Veranstaltung von Must Carry-Programmen unattraktiv machen würde.

²¹⁰⁰ Siehe zum Verhältnis von Kartellrecht und Rundfunkrecht ab S. 145 sowie ab S. 341.

²¹⁰¹ *Bauer*, Netz und Nutzung, 193 ff.; in dieser Richtung auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2014, Az. VI-U (Kart) 15/13, openJur 2014, 12508, Rn. 93.

²¹⁰² Zu dem eher hypothetischen Fall, dass Programmveranstalter auf dem Einspeisemarkt überwiegende Marktmacht haben, vgl. die Prüfung bei *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 26 ff.: *Peifer* kommt zu dem Ergebnis, dass auch in diesem Fall keine generelle Pflicht zur Zahlung von Einspeiseentgelten besteht.

²¹⁰³ *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 23 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2014, Az. VI-U (Kart) 15/13, openJur 2014, 12508, Rn. 75 ff.; OLG München K&R 2014, 209, 210 ff.; OLG Stuttgart v. 21.11. 2013, Az. 2 U 64/13, 20 ff. und 34 ff. (unveröffentlicht); OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 622 f.; LG Köln MMR 542, 543; LG Berlin ZUM 2013, 954, 960 ff.; LG Bremen MMR 2013, 816, 818 f.

²¹⁰⁴ BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 – 22/07, 32 ff. - *Verschlüsselung von Free-TV-Programmen*.

²¹⁰⁵ Ob neben den Kabelweitersenderechten überhaupt „Free TV-Rechte“ an Kabelnetzbetreiber eingeräumt werden dürfen, kann bezweifelt werden. Gleichwohl scheint das BKartA hiervon auszugehen. Zum Kabelweitersenderecht allgemein siehe ab S. 328.

auf bestimmte Programme zwingend angewiesen sind („Must Have-Programme“). Theoretisch denkbar, im deutschen Markt aber eher unwahrscheinlich, wäre auch eine marktbeherrschende Stellung von Plattformbetreibern als *Nachfrager* nach „Senderechten“.²¹⁰⁶

Auf dem Senderechtemarkt werden (*Weiter-)*Senderechte überlassen. Zu diesem Markt gehört aber weder die Erbringung einer „Transportleistung“, noch die Zahlung von Einspeiseentgelten – diese sind Gegenstand des zuvor erörterten Einspeisemarktes. Aus einer Marktmacht auf dem *Senderechtemarkt* kann sich für marktbeherrschende Programmveranstalter also lediglich ein Zwang ergeben, ihre Programme zu bestimmten Konditionen zu *überlassen*, aber keine Zahlungspflicht.²¹⁰⁷ Aus einer *Angewiesenheit* von Plattformbetreibern auf bestimmte Programme lässt sich deshalb nicht herleiten, dass die Programmveranstalter für den Transport dieser Programme *bezahlen* sollen.²¹⁰⁸ Der Senderechtemarkt wird schwerpunktmäßig in Kapitel 12 behandelt, wo es um „Must Offer“-Pflichten der Rundfunkveranstalter geht.²¹⁰⁹

11.3.3.2 Maßstab der kartellrechtlichen Preisregulierung

Nach dem oben Gesagten steht fest, dass Rundfunkplattformen einer kartellrechtlichen Preiskontrolle unterfallen können.²¹¹⁰ Das Kartellrecht verlangt in einem solchen Fall, die Preise so festzusetzen, wie sie *hypothetisch bei funktionierendem Wettbewerb* zu Stande kommen würden.²¹¹¹ Die Entgelthöhe ergibt sich aus „einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB“.²¹¹² Demnach sind zur Feststellung von aus kartellrechtlicher Sicht „angemessenen“ Preisen zwei Methoden denkbar:²¹¹³

²¹⁰⁶ Für den Normalfall des Plattformbetriebs – die Weitersendung von Programmen als Free-TV – gilt bereits abschließend die urheberrechtliche Lizenzpflicht nach den §§ 20, 20b und 87 UrhG. Das Kartellrecht hat in diesem vollständig regulierten Bereich keinen Geltungsanspruch. Relevant können also allenfalls „Senderechte“ sein, die über die Kabelweitersenderechte hinausreichen.

²¹⁰⁷ Siehe dazu ab S. 341, speziell zu Must Offer-Ansprüchen auch ab S. 433.

²¹⁰⁸ In diese Richtung *Trute/Broemel* MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 5 ff.

²¹⁰⁹ Siehe ab S. 435.

²¹¹⁰ So auch OLG Naumburg ZUM 1999, 944, 948.

²¹¹¹ Siehe dazu ausführlich m.w.N. ab S. 341 und S. 435.

²¹¹² *Ladeur* ZUM 2012, 939, 12; BGH NJW 2012, 2110, 2110 f. – *Werbeanzeigen*.

²¹¹³ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 175 ff.

- *Kostenorientierte Preisermittlung*: Einerseits lassen sich die Einnahmen mit den Kosten vergleichen und so die Gewinnspanne des Unternehmens ermitteln. Diese Gewinnspanne wird dann auf ein normales Maß zurückgefahren; dem benachteiligten Unternehmen wird ein Teil der Einnahmen zugewiesen, die in etwa dem Wert seiner Leistung entspricht.²¹¹⁴
- *Vergleichsmarktkonzept*: Andererseits lassen sich die Preise eher daran orientieren, wie sie auf vergleichbaren Märkten zustande kommen. Es wäre also zu untersuchen, welche Preise der Plattformanbieter auf vergleichbaren Märkten fordert oder wie sich andere Plattformanbieter verhalten.²¹¹⁵

Die Gerichte haben in der Vergangenheit beide Konzepte nebeneinander verfolgt.²¹¹⁶ Eine einheitliche Linie ist schwer auszumachen.²¹¹⁷

Eine Besonderheit der kartellrechtlichen Preisregulierung im Plattformbereich ist, dass diese *zweiseitige Märkte* betrifft. Die Preisbildungsmechanismen auf zweiseitigen Märkten sind noch nicht vollständig erforscht.²¹¹⁸ Bekannt ist aber, dass häufig aus wirtschaftlichen Gründen eine Marktseite auf Kosten der anderen subventioniert wird. Der BGH hat anerkannt, dass dies gerechtfertigt sein kann: „Ein allgemeines Verbot, für die Herbeiführung des gleichen Leistungserfolges von mehreren ein Entgelt zu fordern, kennt die Rechtsordnung nicht.“²¹¹⁹ Die Grenze ist aber erreicht, wenn die Interessen einer der beiden Marktseiten zu stark beeinträchtigt werden.²¹²⁰

Eine weitere Besonderheit ist, dass die Teilnehmer im Markt für Rundfunkverbreitung in den vielen unterschiedlichen Interessen-

²¹¹⁴ Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV Rn. 172; auf die Gewinnspanne der abhängigen Unternehmen abstellend EuGH, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Rn. 30 ff. - *Telia Sonera*; Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Rn. 250 ff. - *Deutsche Telekom*.

²¹¹⁵ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 180 ff.

²¹¹⁶ Vgl. BGH NJW 1993, 396, 397 - *Stromeinspeisung*.

²¹¹⁷ Häufig sind die „vermiedenen Kosten“ des Unternehmens identisch mit Preisen, die an Vergleichsmärkten gezahlt werden; vgl. nur BGH NJW 1993, 396, 398 - *Stromeinspeisung*.

²¹¹⁸ Inderst/Valletti, Buyer Power and the ‚Waterbed Effect‘; Schiff, The „Waterbed“ Effect and Price Regulation, 3.

²¹¹⁹ BGH NJW 1996, 2656, 2658 - *Pay-TV-Durchleitung*.

²¹²⁰ BGH ebd., 5658 f.

konstellationen aufeinandertreffen.²¹²¹ Der BGH hat in diesem Zusammenhang betont, dass sich für Kabelnetzbetreiber *keine generelle Pflicht* ergibt, *alle Rundfunkprogramme zu gleichen Konditionen zu transportieren*.²¹²² Insbesondere sei es zulässig, Pay-TV- und Free-TV-Programme unterschiedlich zu behandeln.²¹²³ Dabei nimmt der Gerichtshof ausdrücklich darauf Bezug, dass bestimmte Rundfunkprogramme für Plattformbetreiber einen größeren Wert haben als andere.²¹²⁴

11.3.3.3 Verhältnis zur medienrechtlichen Entgeltregulierung

Die kartellrechtliche Markt- und die medienrechtliche Plattformregulierung stehen als *selbstständige Systeme nebeneinander*. Entsprechend hat der BGH betont, dass eine bestimmte Preisgestaltung zwar unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zulässig sein kann, dies aber nicht automatisch auch für die medienrechtlichen Tatbestände gelten muss.²¹²⁵

Mit dieser Aussage ist das Problem allerdings nur halb gelöst. Wenn sich sowohl aus dem Kartellrecht als auch aus dem Medienrecht Vorgaben zur *Preishöhe* ergeben, müssen die Normadressaten nämlich beide *gleichzeitig* beachten. Es kann jedoch sein, dass die Vorgaben widersprüchlich sind – in einem solchen Fall stellt sich dann die Konkurrenzfrage.

Für die *Behördenzuständigkeit* ist diese dahingehend zu beantworten, dass die Kartellbehörden (genauso wie die zuvor schon angesprochene DPMA-Schiedsstelle) nicht in das Medienrecht „hineinregulieren“ dürfen.²¹²⁶ Sie dürfen deshalb keine Anordnungen treffen, die Länderzuständigkeiten betreffen. In *materieller* Hinsicht betreffen allerdings auch das Kartellrecht und die Plattformregulierung einen einheitlichen Lebenssachverhalt. Eine *isolierte* Auslegung von kartellrechtlichen oder medienrechtlichen Normen macht deshalb keinen Sinn. Das Problem wird in den Abschnitten 11.4 und 11.5 gesondert erörtert.

²¹²¹ Siehe allgemein zur wirtschaftlichen Situation Kapitel 4 ab S. 68; speziell zu den verschiedenen Konstellationen zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern ab S. 91.

²¹²² BGH NJW 1996, 2656, 2658 - *Pay-TV-Durchleitung*.

²¹²³ BGH ebd., 2659.

²¹²⁴ BGH ebd., 2659.

²¹²⁵ BGH NJW 1996, 2656, 2656 - *Pay-TV-Durchleitung*; zum Medienrecht dann umfassend OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122.

²¹²⁶ Die Erwägungen zur Schiedsstelle (ab S. 390) gelten entsprechend.

11.3.4 Entgeltregulierung nach § 52d RStV

Auch § 52d RStV betrifft die Preisgestaltung der Plattformbetreiber am Einspeisemarkt. *Satz 1* der Vorschrift gilt für jede Art der Preisgestaltung und enthält ein allgemeines Diskriminierungs- und Behinderungsverbot. *Satz 2* verlangt, dass die Verbreitung von bestimmten Programmen zu „angemessenen Bedingungen“ zu erfolgen hat. *Satz 3* besagt, dass Plattformbetreiber ihre Entgelte und Tarife offenlegen müssen. Die *Sätze 4 und 5* enthalten spezielle Vorgaben für regionale und lokale Angebote und offene Kanäle.

11.3.4.1 Diskriminierungs- und Behinderungsverbot (Satz 1)

§ 52d Satz 1 RStV enthält ein allgemeines Diskriminierungs- und Behinderungsverbot. Der Plattformanbieter darf also Programmveranstalter bzw. Anbieter vergleichbarer Telemedien einerseits nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandeln, andererseits nicht behindern.

Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot bezieht sich auf „Entgelte und Tarife“, d.h. die Preisgestaltung des Plattformanbieters. *Entgelte* sind alle Zahlungen, die von Programmveranstaltern an einen Plattformbetreiber mit Bezug auf eine von diesem erbrachte Dienstleistung gezahlt werden; *Tarife* sind die zugehörigen Preislisten.²¹²⁷

Die Begriffe sind weit auszulegen, um *Umgebungsgeschäfte* zu verhindern. Deshalb sind auch Entgelte einzubeziehen, die vorgeblich nicht als Vergütung des Signaltransportes gezahlt werden, sondern für andere „Dienstleistungen“, z.B. für die Präsenz auf einer Benutzeroberfläche oder für die Nutzung einer Anwendungs-Programmierschnittstelle. In diesem Punkt können sich § 52c und § 52d RStV überschneiden, ohne das sich dabei jedoch Widersprüche ergeben würden.

Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot läuft gleich zu dem entsprechenden Verbot, das in § 52c RStV enthalten ist. Es greift wie dieses auf kartellrechtliche Kasuistik zurück.²¹²⁸ Insofern lassen sich die bereits zu § 52c RStV²¹²⁹ gefundenen Ergebnisse auf § 52d RStV übertragen.²¹³⁰

²¹²⁷ Ähnlich Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 14.

²¹²⁸ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 8.

²¹²⁹ Siehe dazu ab S. 303.

²¹³⁰ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 7.

11.3.4.1.1 Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot verbietet eine Ungleichbehandlung, soweit Anbieter von Rundfunkprogrammen bzw. vergleichbaren Telemedien grundsätzlich vergleichbar sind und für die Ungleichbehandlung kein rechtfertigender Grund besteht. Das Diskriminierungsverbot bezieht sich, trotz des in diesem Punkt irreführenden Wortlauts, nicht auf eine Ungleichbehandlung von Programmveranstaltern bzw. Anbietern von Telemedien, sondern auf eine Ungleichbehandlung von deren Angeboten. Denn oft veranstalten Rundfunkunternehmen mehrere unterschiedliche Angebote, z.B. gleichzeitig Pay- und Free-TV-Programme. Es wäre widersinnig, müssten diese Angebote alle gleichbehandelt werden, nur weil sie vom selben Veranstalter sind.

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liegt nach dem Wortlaut des § 52d RStV vor, wenn insgesamt drei Tatbestandsmerkmale erfüllt sind: Es muss zunächst eine *grundsätzliche Vergleichbarkeit* bzw. einen *gleichartigen Anbieterkreis* geben, dann muss eine *Ungleichbehandlung* vorliegen und zuletzt darf diese Ungleichbehandlung nicht *gerechtfertigt* sein.²¹³¹

Das Diskriminierungsverbot darf nicht als allgemeines *Gleichbehandlungsgebot* verstanden werden;²¹³² § 52d S. 1 RStV verbietet lediglich die *sachwidrige* Ungleichbehandlung. Differenzierungen bei Entgeltausgestaltung und -höhe bleiben aber zulässig.²¹³³ So stellt das OLG Hamburg zutreffend dar:

*„Insoweit geht es wie ausgeführt nicht um einen
Zwang strikter formeller Gleichbehandlung,
sondern um das Gebot, keine unsachgemäßen*

²¹³¹ Noch eine Randbemerkung zur Zugangs- und Plattformsatzung: § 17 Abs. 1 ZPS konkretisiert den Begriff der Vergleichbarkeit, indem er das Gleichbehandlungsgebot schon grundsätzlich nur innerhalb eines „gleichartigen Anbieterkreises“ anwenden will. Auch innerhalb eines gleichartigen Anbieterkreises darf laut der Satzung differenziert werden, „wenn aufgrund konkreter Umstände oder besonderer Dienstleistungen hierfür ein sachlich rechtfertigender Grund besteht. Der sachlich rechtfertigende Grund muss vor dem Leitziel der Sicherung der Meinungsvielfalt Bestand haben.“ Die Satzung stellt in diesem Punkt eine zulässige Konkretisierung des Wortlauts des Gesetzes dar, vgl. Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 12.

²¹³² Schulz/Kühlers, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 55; wohl a.A. Dörr ZUM 2013, 81, 98 f. und OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 941, 943.

²¹³³ Ladeur K&R 2001, 496, 503.

willkürlichen Unterschiede zu machen. Dass eine unterschiedliche Behandlung, indem von einem Programmveranstalter ein – nicht prohibitives – Entgelt für die Durchleitung verlangt wird und von anderen nicht, durchaus nicht sachfremd sein muss, liegt auf der Hand.“²¹³⁴

11.3.4.1.1.1 Gleichartiger Anbieterkreis

Zunächst zu der Frage, welche Programme *grundsätzlich miteinander vergleichbar* sind:

Kein gleichartiger Anbieterkreis, d.h. schon im *Ausgangspunkt* nicht miteinander vergleichbar sind nach der hier vertretenen Ansicht *Rundfunkprogramme* und *vergleichbare Telemedien*. Unabhängig von der Frage, was „vergleichbare Telemedien“ eigentlich sind,²¹³⁵ ist die Unterscheidung der beiden Gruppen hier schon im Wortlaut des Gesetzes angelegt.

Des Weiteren spricht vieles dafür, zwischen *privaten* und *öffentlich-rechtlichen Programmen* schon auf der Ebene der „Gleichartigkeit“ zu trennen.²¹³⁶ Die beiden Programmtypen sind im dualen System grundsätzlich unterschiedlich ausgestaltet.²¹³⁷

Im Übrigen ist die Gruppe der miteinander vergleichbaren Programmveranstalter wie im Kartellrecht weit zu fassen. Eine genaue Differenzierung und Abwägung kann sinnvollerweise erst am Maßstab des „rechtfertigenden Grundes“ erfolgen.

11.3.4.1.1.2 Ungleichbehandlung

Gehören zwei Programme zu einem „gleichartigen Anbieterkreis“, kommt es darauf an, ob überhaupt eine *Ungleichbehandlung* vorliegt. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn der Plattformanbieter die betreffenden

²¹³⁴ OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 131 f.

²¹³⁵ Siehe dazu ab S. 246.

²¹³⁶ Ähnlich Schulz/Kühlers, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 55.

²¹³⁷ LG Berlin ZUM 2013, 954, 961; ähnlich V. Janik/Kühling, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 77. Auch das Kartellrecht akzeptiert gesetzlich unterschiedliche Kategorisierungen als Differenzierungsgründe, vgl. BGH ZUM 1998, 656, 658 – *Bahnhofsbuchhandel*; a.A. aber wohl OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 941, 942.

Programmveranstalter bzw. Telemedienanbieter in einer Weise unterschiedlich behandelt, die ihre Stellung im gegenseitigen Wettbewerb schwächt oder stärkt. Dies kann vor allem durch unterschiedliche hohe Entgelte geschehen, aber z.B. auch durch Ungleichbehandlungen bei Zahlungsmodalitäten oder die Einräumung von Rabatten oder Rabattoptionen.

11.3.4.1.3 Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Liegt eine Ungleichbehandlung vor, kann diese durch den Plattformveranstalter *gerechtfertigt* werden.

Teils wird vertreten, Plattformbetreiber müssten alle Programme generell gleich behandeln – mit anderen Worten: *Keine* Ungleichbehandlung sei rechtfertigbar. Diese Ansicht argumentiert, die Kabelnetzbetreiber kämen nur mit *Datenströmen* in Kontakt, nicht mit den Programmen selbst. Solange die Datenströme aber den gleichen Kapazitätsbedarf hätten, müssten deren Anbieter auch bei der Preissetzung gleich behandelt werden.²¹³⁸

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen: Schon der Wortlaut des § 52d RStV fordert keine ausnahmslose Gleichbehandlung aller „Datenströme“, sondern lässt ausdrücklich Ungleichbehandlungen zu. Im Übrigen trifft die Annahme, die Plattformbetreiber hätten nur mit Datenströmen Kontakt, nicht (mehr) zu: Die Programme sind für Plattformbetreiber Wirtschaftsgüter, die sie als Teil eigener Produkte an Dritte vermarkten.²¹³⁹ Bei dieser Geschäftstätigkeit kommt es auf die Beliebtheit der Programme bei den Endkunden an, der Wert der Programme kann für einen Plattformanbieter deshalb unterschiedlich hoch sein.

Differenzierungen sind also zulässig, sie müssen aber *sachlich gerechtfertigt* sein. Das heißt, die Begründung muss zumindest auf einem schlüssigen Konzept und sachlich richtigen Tatsachen beruhen. Darüber hinaus muss der Rechtfertigungsgrund auch einer Abwägung mit den Zielen der Plattformregulierung standhalten. Ein Rechtfertigungsversuch, der mit dem Leitbild der kommunikativen Chancengerechtigkeit nicht vereinbar ist, ist demnach untauglich.²¹⁴⁰ Wenn ein Plattformanbieter jedoch *sachlich richtige*, in sich *schlüssige* und *mit den Leitlinien der Vielfaltsregulierung vereinbare*

²¹³⁸ OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 941, 943.

²¹³⁹ Schütz/Schreiber MMR 2013, 544, 545 f.; so auch schon Ladeur K&R 2001, 496, 498.

²¹⁴⁰ Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 12.

Differenzierungsgründe vorbringt, darf er bei der Entgeltgestaltung differenzieren.

Dies lässt sich wie folgt konkretisieren:

- Zulässig ist eine *Differenzierung anhand bestimmter Geschäftsmodelle* der Programmveranstalter. Ein Programmveranstalter, der sein Programm als Pay-TV-Angebot zur Verfügung stellt, muss nicht zu einem Free-TV-Angebot gleichbehandelt werden.²¹⁴¹ Aus der Pay- bzw. Free-TV-Vermarktung folgen für den Plattformanbieter unterschiedliche Erlösalternativen. Dem muss er auch bei seiner Preis- und Konditionengestaltung Rechnung tragen können. Gleiches gilt auch für Call-in- und Teleshopping-Programme.
- Zulässig ist grundsätzlich auch eine Differenzierung aus *sonstigen ökonomischen Gründen*, soweit dabei nicht mutwillig Interessen der Rundfunkvielfalt verletzt werden. Der Plattformanbieter darf der Tatsache Rechnung tragen, dass bestimmte Programme für sein Geschäftsmodell unterschiedlichen Wert haben.²¹⁴² Er darf deshalb den Veranstaltern von hochwertigen, bei seinen Kunden beliebten Programmen bessere Konditionen anbieten. Es wäre unsinnig, wäre ein Plattformbetreiber gezwungen, billig produzierte Programme z.B. mit Erotikinhalten zu denselben Konditionen einzuspeisen wie hochwertige Vollprogramme. Dies würde die hochwertigen Programme benachteiligen.²¹⁴³
- *Unzulässig* wäre aber eine Diskriminierung, die Programmveranstalter aus Gründen benachteiligt, denen die *Medienrechtsordnung besonderen Schutz* gewährt. Der Plattformveranstalter darf also Programmveranstalter insbesondere nicht aufgrund des *Inhaltes* ihrer Programme diskriminieren. Wenn also der Plattformveranstalter nach „Beliebtheit“ eines Programms differenziert, muss er dies an Kriterien anknüpfen können, die sich nicht unmittelbar aus dem Programminhalt ergeben.²¹⁴⁴

Zur Klarstellung ist an dieser Stelle noch festzuhalten, dass von den Vorgaben des ersten Satzes die speziellen Vorgaben in den folgenden Sätzen des § 52d

²¹⁴¹ OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 127.

²¹⁴² OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 127.

²¹⁴³ Zu den unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessenkonstellationen zwischen Programmveranstaltern und Plattformanbietern siehe ab S. 91.

²¹⁴⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang z.B. die Untersuchung von Zubayr/Geese MP 2011, 230.

RStV unberührt bleiben. Selbst wenn eine *Diskriminierung* eines bestimmten Programms als solche zulässig ist, so kann sie also dennoch z.B. als *unangemessene Bedingung* i.S.d. Satzes 2 unzulässig sein. Auch ist das Gebot der „chancengleichen Bedingungen“ für regionale und lokale Angebote in Satz 4 mit dem Diskriminierungsverbot in Satz 1 nicht gleichzusetzen.²¹⁴⁵

11.3.4.1.2 Behinderungsverbot

Nach § 52d Satz 1 Var. 1 RStV gilt neben dem Diskriminierungsverbot auch ein Behinderungsverbot. Der Begriff der „unbilligen Behinderung“ ist ebenfalls dem Kartellrecht entnommen (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) und erfüllt wie dort bezogen auf die Entgeltgestaltung die Funktion einer Generalklausel mit Auffangfunktion. Anders als § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB setzt § 52d Satz 1 RStV aber *nicht* voraus, dass der Plattformanbieter ein „marktbeherrschendes Unternehmen“ ist. Vielmehr erfasst § 52d Satz 1 RStV *alle* Plattformanbieter, soweit diese nicht gem. § 52 Abs. 1 RStV freigestellt sind.²¹⁴⁶

Eine unbillige Behinderung liegt vor, wenn ein Plattformbetreiber einen Programmveranstalter in einer Art und Weise beeinträchtigt, die „unbillig“, d.h. mit dem *Leitbild der Plattformregulierung* unvereinbar ist. Demnach müssen insbesondere die Programmgestaltungsfreiheit der Veranstalter und die Vielfalt der Plattformbelegung geschützt werden. Nach der h.M. liegt eine unbillige Behinderung zumindest dann vor, wenn Entgelte erhoben werden, die der betreffende Anbieter nicht realistisch leisten kann.²¹⁴⁷

11.3.4.2 Angemessene Bedingungen (Satz 2)

§ 52d Satz 2 RStV verlangt von dem Plattformbetreiber die Gewährleistung von „angemessenen Bedingungen“. Im Unterschied zu Satz 1 bezieht sich Satz 2 nicht unmittelbar auf „Entgelte und Tarife“, sondern allgemein auf die „*Verbreitung von Angeboten*“. Dennoch ist die Norm keine allgemeine Generalklausel der Plattformregulierung, sondern betrifft nur die Entgeltgestaltung.²¹⁴⁸ Dies ergibt sich schon aus dem systematischen Zusammenhang und der amtlichen Überschrift des § 52d RStV; für andere

²¹⁴⁵ A.A. Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 13, der allerdings übersieht, dass der Begriff der Chancengleichheit nur in Satz 4 vorkommt.

²¹⁴⁶ Plattformanbieter ohne marktbeherrschende Stellung sind zumindest dann ausgenommen, wenn sie in einem offenen Netz aktiv sind (§ 52 Abs. 1 Nr. 1 RStV). Zu dieser und weiteren Ausnahmen siehe ab S. 272.

²¹⁴⁷ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52d Rn. 9; Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 13; HRKDSC, RStV, § 52d Rn. 6.

²¹⁴⁸ A.A. Dörr ZUM 2013, 81, 99 und Gummer, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 15.

Bereiche des Betriebs einer Plattform enthalten die §§ 52 ff. RStV außerdem speziellere Vorschriften.

11.3.4.2.1 Anwendungsbereich

Satz 2 bezieht sich im Unterschied zu Satz 1 nur auf *bestimmte* Programme. Ausdrücklich verweist die Norm auf „Angebote nach § 52 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 oder § 52 b Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1“. Nach ihrem Wortlaut würde sich die Angemessenheitsverpflichtung demnach bei den Fernsehprogrammen zwar nur auf die Must- und Can-Carry-Programme, bei den Hörfunkprogrammen aber auf *alle* Programme beziehen. Es handelt sich offenbar um ein Redaktionsversehen.²¹⁴⁹ Geht man von dem Sinn und Zweck der Norm aus, wären die Angebote, für die die Pflicht der „angemessenen Bedingungen“ gilt, sowohl im Fernseh- als auch im Hörfunkbereich *nur die Programme mit Must- und Can-Carry-Status*.

Praktische Auswirkungen hat die Verpflichtung zur „Angemessenheit“ freilich nur bei den Must Carry-Programmen. Denn weil ein Plattformanbieter die Programme, die er im Can-Carry-Drittel transportiert, relativ frei wählen kann,²¹⁵⁰ kann er theoretisch all die Programme, die er „unangemessen“ behandeln will, einfach in das Non Must Carry-Drittel „verschieben“. Dort gilt die Anforderung der Angemessenheit nicht.

11.3.4.2.2 Auswirkung auf die Entgelthöhe

Im Verwaltungsrecht steht der Begriff der „Angemessenheit“ meist als Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dabei bezeichnet „Angemessenheit“ entweder die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung (auch bezeichnet als „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“), oder steht als Synonym für die Verhältnismäßigkeit insgesamt.

Im RStV selbst wird der Begriff der „angemessenen Bedingungen“ nicht weiter definiert. In der Begründung zum 10. RÄStV wird jedoch ausgeführt:²¹⁵¹

²¹⁴⁹ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 11; *HRKDSC*, RStV, § 52d Rn. 7; a.A. *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 16.

²¹⁵⁰ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 108 ff.

²¹⁵¹ Begründung zum 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, S. 34.

„Angemessen im Sinne des Satzes 2 sind Verbreitungskosten, die nicht höher ausfallen als die Kosten einer effektiven Leistungserbringung, oder die marktüblich erhoben werden.“

Die Begründung spezifiziert den Begriff der Angemessenheit also in zwei Richtungen: Zum einen in Richtung der *Marktüblichkeit*, zum anderen in Richtung der Kosten der *effizienten Leistungserbringung*.

Der Begriff der Marktüblichkeit ist in ähnlicher Form aus dem Kartellrecht bekannt und dort durch eine umfangreiche Kasuistik unterlegt. Während im Kartellrecht jedoch bei der Preisfestlegung eher *allgemeine* Überlegungen zur Kostenorientierung von Preisen gelten, verweist die Begründung des 10. RÄStV auf die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ – und damit auf einen sehr *spezifischen* Regulierungsmaßstab des Telekommunikationsrechts: Die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ (KeL) sind eines von mehreren möglichen Kriterien, nach dem die Entgeltgestaltung von regulierten TK-Netzbetreibern genehmigt werden kann (§ 31 Abs. 1 TKG). Wie Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu modellieren sind, regelt nicht nur § 32 TKG, sondern auch diverse Empfehlungen der EU-Kommission und der BNetzA.

Als Maßstab für die Überwachung der Entgelthöhe der Plattformveranstalter durch die Landesmedienanstalten sind die KeL ungeeignet. Dieser Kostenmaßstab geht nämlich schon im Ausgangspunkt davon aus, dass es einen Leistungsgeber gibt, der einem Leistungsempfänger einseitig eine „Leistung bereitstellt“. Dies ist aber im Marktumfeld der Plattformregulierung gar nicht der Fall. Als Anbieter auf einem zweiseitigen Markt handelt ein Plattformanbieter nicht mit *einseitiger* Leistungszielrichtung, sondern er transportiert die fremden Programme (als *Leistungsmittler*) primär im Eigeninteresse.²¹⁵² Wenn ein Plattformanbieter die Programme aber primär transportiert, um sie im eigenen Interesse den Endkunden anzubieten, dann erbringt er keine „Leistung“ an Programmveranstalter.²¹⁵³ Der KeL-Maßstab ist im Übrigen ein sehr spezifisches, auf die Regulierung des Binnenverhältnisses von TK-Netzbetreibern ausgerichtetes Instrument.

²¹⁵² Siehe dazu speziell ab S. 117.

²¹⁵³ *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 65 ff.

Interessen der Medienregulierung bezieht er nicht ein; die Landesmedienanstalten sind für die Umsetzung einer KeL-Überprüfung auch gar nicht eingerichtet oder ausgestattet.

Es ist insofern die bessere Lösung, den Begriff der „Angemessenheit“ ohne Rückgriff auf den KeL-Maßstab unmittelbar anhand des Gesetzes auszulegen. Dabei mag – wie im Kartellrecht – die Kostenorientierung von Entgelten ein Maßstab unter mehreren sein. Vor allem aber können die Landesmedienanstalten anhand des Begriffs der „Angemessenheit“ eine *Globalbetrachtung* des jeweiligen Entgeltmodells durchführen, in das verschiedene Kriterien mit einzubeziehen sind. Leitbild ist dabei der verfassungsrechtliche Rahmen, d.h. die Rundfunkvielfalt und das Prinzip der kommunikativen Chancengerechtigkeit.²¹⁵⁴

11.3.4.2.3 Spezielle Vorschriften für regionale und lokale Angebote und offene Kanäle

Nach § 52d Satz 4 und 5 RStV gelten ergänzend spezielle Vorschriften für regionale und lokale Angebote und offene Kanäle. Diese Programme werden von den Gesetzgebern als besonders vielfaltsrelevant erachtet. Gleichzeitig sind diese Programme aus Sicht eines Plattformanbieters eher unattraktiv, ihre Veranstalter verfügen aber nur über knappe Finanzmittel; sie sind deshalb besonders schutzbedürftig.²¹⁵⁵ In vielen Bundesländern sind Plattformanbieter deshalb verpflichtet, Regional- und Lokalrundfunkangeboten und/oder offenen Kanälen die Übertragung kostenlos anzubieten.²¹⁵⁶ § 52d Satz 5 stellt klar, dass diese Vorschriften unberührt bleiben. Die Vorschrift deckt sich insofern mit § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) Halbsatz 2 RStV und ist redundant.

Das Gebot der *chancengleichen Bedingungen*, das gem. Satz 4 für regionale und lokale Angebote gelten soll, ist mit dem Diskriminierungsverbot nach Satz 1 nicht gleichzusetzen.²¹⁵⁷ Während Satz 1 sich auf alle Programmveranstalter bezieht, verlangt Satz 4, dass die regionalen und lokalen Angebote selbst dann noch „chancengleiche Bedingungen“ vorfinden

²¹⁵⁴ Siehe dazu ab S. 152.

²¹⁵⁵ *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, 37 ff.

²¹⁵⁶ Übersicht bei *Demir*, Unentgeltliche Einspeisung, S. 2 (Fn. 7) und 18 ff.; siehe auch *HRKDSC*, RStV, § 52d Rn. 11.

²¹⁵⁷ A.A. *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 13, der übersieht, dass der Begriff der Chancengleichheit nur in Satz 4 vorkommt.

sollen, wenn man ihre schwache Finanzkraft mit einbezieht.²¹⁵⁸ Es geht den Gesetzgebern also gerade darum, durch eine gezielte Besserstellung der regionalen und lokalen Angebote deren finanzielles Defizit wieder auszugleichen.²¹⁵⁹ Insbesondere bei diesen Programmveranstaltern gilt also das Gebot, ihnen nicht höhere Entgelte abzuverlangen, als sie zu leisten im Stande sind.²¹⁶⁰

11.3.4.3 Behördenzuständigkeit

§ 52d RStV wurde mit dem 10. RÄStV eingeführt. Ausweislich der Begründung zum 10. RÄStV gingen die Gesetzgeber davon aus, die Einspeiseentgelte stünden nicht zur Disposition der Parteien, sondern würden durch die RegTP bzw. BNetzA freihändig festgesetzt. So enthält die Begründung folgende Passage:

„Satz 1 verbietet eine unbillige Behinderung von Anbietern von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien durch Entgelte und Tarife. Die Landesmedienanstalten selbst legen aber keine Entgelte und Tarife fest. Hierfür ist die Regulierungsbehörde für Telekommunikation zuständig.“²¹⁶¹

Die Annahme, die Bundesnetzagentur würde Entgelte „festlegen“, war schon damals nicht richtig:²¹⁶² Die BNetzA überwachte nur die Preissetzung einzelner, besonders marktstarker Kabelnetzbetreiber, und zwar nur im Wege der sog. ex post-Regulierung.²¹⁶³ Die betroffenen Kabelnetzbetreiber und die Programmveranstalter handelten ihre Vertragsbedingungen demnach *selbstständig* aus und die Bundesnetzagentur überprüfte nur im

²¹⁵⁸ Begründung zum 10. RÄStV, S. 34.

²¹⁵⁹ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52d Rn. 13; HRKDSC, RStV, § 52d Rn. 11.

²¹⁶⁰ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52d Rn. 9

²¹⁶¹ Begründung zum 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, S. 33.

²¹⁶² Schulz/Kühlers, Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen, 98 ff.

²¹⁶³ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 7.

Nachhinein, ob die ausgehandelten Entgelte mit den Vorgaben des TKG vereinbar waren.²¹⁶⁴

Die Bundesnetzagentur hat zudem bereits im Jahr 2010 die ex post-Regulierung des sog. „Einspeisemarktes“ aufgegeben.²¹⁶⁵ Indem die Bundesnetzagentur die betreffenden Kabelnetzbetreiber aus der sog. SMP-Regulierung entließ,²¹⁶⁶ entfielen auch endgültig die Voraussetzungen für eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur. Die Gesetzgeber gingen bei Umsetzung des 10. RÄStV also von einer Sachlage aus, die heute definitiv nicht mehr vorliegt.²¹⁶⁷

Die Frage ist, wie mit dem Irrtum umzugehen ist, dem die Gesetzgeber und Autoren der Begründung zum 10. RÄStV unterlegen sind. Teils wird vertreten, die Landesmedienanstalten hätten heute keine eigenständige Kompetenz für die Entgeltregulierung.²¹⁶⁸ Dies begründet diese Ansicht nicht nur mit der Begründung zum 10. RÄStV, sondern auch mit § 52d Satz 4 RStV, der anordnet, Plattformanbieter müssten bestimmte Entgelte „im Rahmen des Telekommunikationsgesetzes“ gestalten.²¹⁶⁹

Die zutreffende *Gegenansicht* vertritt die Auffassung, die Landesmedienanstalten seien zur Durchsetzung des § 52d RStV befugt und zuständig.²¹⁷⁰ Dabei argumentiert sie im Wesentlichen, ein offensichtlicher Irrtum der Gesetzgeber könne nicht maßgeblich für die Auslegung des Gesetzes sein. Die Annahme der Gesetzgeber, es gebe zur Festlegung von Entgelten ein „Verfahren nach dem Telekommunikationsgesetz“, war schon im Ausgangspunkt nicht richtig, gilt aber erst Recht nicht mehr, seit die

²¹⁶⁴ Siehe zur ehemaligen telekommunikationsrechtlichen Regulierung des Einspeisemarktes ab S. 336, speziell zur Entgeltregulierung ab S. 383.

²¹⁶⁵ Regulierungsverfügungen Az. BK 3-10-083 – *Kabel Deutschland*, BK 3-10-085 – *Kabel Baden-Württemberg* und BK 3-10-084 – *Unitymedia*.

²¹⁶⁶ Die Regulierung von Telekommunikationsanbietern nach dem TKG folgt einem komplexen Marktdefinitions- und Analyseverfahren, durch das sog. „Significant Market Power“ (SMP) festgestellt wird. Fehlt eine solche Feststellung, fehlt auch die Voraussetzung für eine ex post-Entgeltregulierung. Vgl. nur *Holznapel* et al., *Telekommunikationsrecht*, Rn. 93.

²¹⁶⁷ *Wagner*, in: *Hahn/Vesting*, *Rundfunkrecht*, § 52d Rn. 6.

²¹⁶⁸ *Gummer*, in: *BeckOK-InfoMedienR*, § 52d Rn. 5; *HRKDSC*, RStV, § 52d Rn. 9; *Hain* et al., *Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks*, 35 ff.; *Hain* et al. *MMR* 2013, 769, 772.

²¹⁶⁹ *Hain* et al., *Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks*, 35.

²¹⁷⁰ *Wagner*, in: *Hahn/Vesting*, *Rundfunkrecht*, § 52d Rn. 17; zu europarechtlichen Bedenken *Trute/Broemel* *MMR-Beil. zu Heft 11/2012*, 12.

BNetzA auch die verbleibenden Netzbetreiber aus der ex post-Regulierung entlassen hat.²¹⁷¹

Folgte man der Auffassung, die Landesmedienanstalten seien zur Entgeltkontrolle *nicht* befugt, würde § 52d RStV außerdem rechtlich *durchsetzungsfrei* bleiben: Die Programmveranstalter blieben schutzlos gegen Behinderungen und Diskriminierungen.²¹⁷² Dies scheinen die Landesmedienanstalten auch selbst nicht zu wollen, denn sie haben in § 8 der Zugangs- und Plattformsatzung ein „Beschwerdeverfahren“ vorgesehen, in dem auch die Entgeltkonditionen der Plattformanbieter geprüft werden können.²¹⁷³ In zumindest einem Fall hat die ZAK bzw. die BLM ein solches Verfahren auch durchgeführt und dem Plattformbetreiber Kabel Deutschland bestimmte Einspeisekonditionen untersagt.²¹⁷⁴

Neben dem Argument, dass eine „Rechtsdurchsetzungslücke“ in einem Rechtsstaat möglichst zu vermeiden ist, sprechen auch weitere Gründe für die zweitgenannte Ansicht. Zum einen ist die irrtümliche *Absicht* der Gesetzgeber, kein selbstständiges medienrechtliches Verfahren der Entgeltkontrolle zu etablieren, kaum in den Wortlaut des Gesetzes eingeflossen: Es existiert insbesondere mit § 52f RStV auch für die Landesmedienanstalten eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage.²¹⁷⁵ Auch deren *Zuständigkeit* ist gesetzlich angeordnet: Gem. § 52e Abs. 2 RStV „entscheidet“ die zuständige Landesmedienanstalt selbst, nur „im Benehmen“ mit der RegTP bzw. BNetzA. Auch *verfassungsrechtlich* ist eine Verwaltungskompetenz der Landesbehörden gegeben.²¹⁷⁶

Die Landesmedienanstalten sind demnach zur Überwachung der Entgeltvorschriften des § 52d RStV beauftragt, zuständig und befugt. Die

²¹⁷¹ Zur ehemaligen telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung ab S. 383.

²¹⁷² *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37; a.A. aber *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 35 f.

²¹⁷³ Die Existenz des Verfahrens ist allerdings selbst wieder bedenklich; vgl. dazu ab S. 315.

²¹⁷⁴ Bayerische Landesanstalt für neue Medien, Beschluss v. 26.9.2013, Az. 4.0/37.5 ds-ro (unveröffentlicht).

²¹⁷⁵ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 36; a.A. *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 36; *Gummer*, in: BeckOK-InfoMedienR, § 52d Rn. 5.

²¹⁷⁶ Es gibt keine Gründe, die es den Landesmedienanstalten verwehren würden, aus medienrechtlichen Gesichtspunkten heraus bestimmte Einspeisekonditionen zu untersagen. Da § 52d RStV keine Telekommunikationsdienstleister adressiert, sondern Plattformanbieter, und es ohnehin keine telekommunikationsrechtliche Regulierung mehr gibt, bestehen auch keine Abgrenzungsschwierigkeiten. So auch *Wagner*, in: *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 52d Rn. 7; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 37.

konkrete Zuweisung der Zuständigkeit ergibt sich aus § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. Abs. 1 Satz 3 RStV: Zuständig ist im Außenverhältnis jeweils die Medienanstalt, die die Anzeige des Plattformbetriebs entgegengenommen hat. Im Innenverhältnis der Landesmedienanstalten trifft die Zuständigkeit die ZAK, die als gemeinsames Organ der Landesmedienanstalten handelt.

Für die Landesmedienanstalten gilt allerdings, genau wie für die Schiedsstelle beim DPMA und die Kartellbehörden, dass sie nicht Normen zur Anwendung bringen dürfen, deren Durchsetzung ihnen nicht *zugewiesen* ist. Die Landesmedienanstalten dürfen deshalb weder die Höhe der urheberrechtlichen Lizenzgebühren kontrollieren noch kartellrechtliche Marktverhaltensregeln durchsetzen.

11.4 Problematik der verschiedenen Behördenzuständigkeiten

Wie oben bereits dargestellt wurde, gibt es *mehrere* Behörden, die in der Austauschbeziehung zwischen Plattformanbieter und Programmveranstalter jeweils Teilaspekte regulieren, ohne dabei aber das *gesamte* Verhältnis in den Blick nehmen zu können. Die Schiedsstelle beim DPMA, die Kartellbehörden und die Landesmedienanstalten sind jeweils nur für den ihnen gesetzlich zugewiesenen „Teil“ der Angemessenheitsprüfung zuständig. Keine der Behörden kann deshalb mit Letztverbindlichkeit festlegen, welche Höhe die Zahlungen haben dürfen, die *im Saldo* zwischen Plattformanbietern und Rundfunkveranstaltern fließen.

Dies mag aus den gesetzlichen Auftragsbestimmungen der Behörden heraus resultieren – *sachgerecht* ist es nicht. Denn der Leistungsaustausch zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern ist vielgestaltig und komplex; meist gibt es auch keine abgrenzbaren „Teile“ der Austauschbeziehung, die sich einseitig urheberrechtlichen, medienrechtlichen oder kartellrechtlichen „Leistungen“ zuordnen lassen.²¹⁷⁷ In praktischer Hinsicht werden die Verträge über die Einspeisung bzw. Lizenzgebühren häufig als *Kompensations-* bzw. *Tauschgeschäft* abgeschlossen.²¹⁷⁸ In vielen Fällen wird das wechselseitige Leistungsgefüge

²¹⁷⁷ Hein/Schmidt K&R 2002, 409, 413.

²¹⁷⁸ Vgl. zum wirtschaftlichen Hintergrund ab S. 77, zu abstrakten Beschreibung des Geschäftsmodells des Plattformbetreibers ab S. 117.

in den Verträgen nicht (bzw. nicht vollständig) entgeltlich abgebildet, sondern der Entgelttausch wird ganz oder teilweise *saldiert*.²¹⁷⁹ Bei solchen Geschäften wird demnach nur der Leistungsüberschuss vergütet, ohne dass dies aber zwangsläufig aus den Verträgen erkennbar wäre.²¹⁸⁰

Speziell dann, wenn Parteien mit unterschiedlicher Marktmacht aufeinandertreffen, führen die begrenzten Behördenzuständigkeiten auch zu *Rechtsschutzdefiziten*. Denn die einzelnen Regulierungstatbestände lassen sich dann leicht umgehen, indem der marktstärkere Part die andere Seite zu Zahlungen *jenseits* der regulierten Bereiche zwingt.²¹⁸¹

Teils wird vertreten, die urheberrechtlichen Lizenzverträge und die Einspeiseverträge seien aus rechtlichen Gründen voneinander zu trennen.²¹⁸² Dies entspricht aber nicht der seit Jahren (zumindest in Teilbereichen) gelebten *Praxis* – häufig werden medien- und urheberrechtliche Aspekte in denselben (oder sich gegenseitig in Bezug nehmenden) Vertragsdokumenten geregelt. Formale Anforderungen könnten außerdem ohnehin nicht verhindern, dass urheber- und medienrechtliche Rechtsbeziehungen bei den *Verhandlungen* als ein „System kommunizierender Röhren“ behandelt werden.²¹⁸³ Denn die jeweiligen Verhandlungsführer sind natürlich nicht zuständig für einzelne Rechtsgebiete, sondern für das Verhandlungsergebnis als solches – und beziehen folglich *alle* Aspekte der Austauschbeziehung mit ein. Es ist damit letztlich die normative Kraft des Faktischen, die zu einer *gemeinsamen* Anwendung der in Frage kommenden Normen zwingt.

Im Ergebnis ergibt sich damit eine unglückliche Situation: Während in *verfahrensrechtlicher* Hinsicht die Aufsicht unterschiedlichen Behörden

²¹⁷⁹ Überwiegt (auf dem Papier) die Transportleistung des Plattformbetreibers, zahlt der Sender Einspeiseentgelte, die über den urheberrechtlichen Lizenzgebühren liegen. Überwiegt die Leistung, die in der Überlassung der Programme besteht, zahlt der Plattformbetreiber Lizenzgebühren, ohne dabei Einspeiseentgelte zu erhalten. Je nach Konstellation und verfolgtem Geschäftsmodell können dabei ganz unterschiedliche Varianten zustandekommen. Zur Praxis der Preisgestaltung siehe auch ab S. 84.

²¹⁸⁰ Siehe dazu ab S. 86.

²¹⁸¹ Kritisch zur Vergütung von „Transportleistungen“ an Kabelnetzbetreiber KG Berlin ZUM 2010, 342, 345.

²¹⁸² So *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 39.

²¹⁸³ *Spindler* MMR-Beil. Heft 2/2003, 23; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 40; *Hege*, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 11, 12.

zugewiesen ist, verlangt die *materielle* Sach- und Rechtslage eine gemeinsame Berücksichtigung aller einschlägigen Rechtsnormen.

Das Problem verliert seine Bedeutung erst, wenn es zum Rechtsstreit kommt. Anders als für die Behörden gibt es für die *Gerichte* keine Beschränkung auf bestimmte Rechtsgebiete oder bestimmte „Teile“ der Austauschbeziehung. Die Gerichte können – bzw. müssen – zur Lösung des Rechtsstreits *sämtliche* entscheidungserheblichen Normen anwenden.²¹⁸⁴ Wird bei einem Gericht ein Leistungsantrag²¹⁸⁵ anhängig, ist das Gericht nach dem Grundsatz „da mihi factum, dabo tibi ius“ berufen, von sich aus alle entscheidungserheblichen Normen zu ermitteln und anzuwenden.²¹⁸⁶ Ein Gericht kann (und muss) also, soweit diese einschlägig sind, medienrechtliche, urheberrechtliche und kartellrechtliche Normen *nebeneinander* anwenden – und deshalb auch einen Angemessenheitsmaßstab bilden, der *alle* einschlägigen Normen miteinbezieht.²¹⁸⁷

11.5 Gemeinsamer Angemessenheitsmaßstab

Nach dem oben gefundenen Ergebnis ist es notwendig, die verschiedenen einschlägigen Normen gemeinsam auszulegen und einen am jeweiligen Einzelfall orientierten, gleichwohl *einheitlichen* Maßstab der „Angemessenheit“ zu bilden.²¹⁸⁸ Verfassungsrechtliche Gründe stehen dem nicht entgegen.²¹⁸⁹

²¹⁸⁴ BGH GRUR 1988, 206, 208 – *Kabelfernsehen II*; OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122; *Schütze/Salevic* CR 2008, 481, 487.

²¹⁸⁵ Es kommt auf die Klageart an. Bei bestimmten Klagearten, z.B. der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage kann es auch nur um die Klärung isolierter Rechtsfragen gehen, z.B. ob eine Behörde rechtmäßig gehandelt hat. Dies kann sich dann naturgemäß nur auf die Normen beziehen, zu deren Umsetzung die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit berufen war. Der Leistungsantrag bezieht aber alle einschlägigen Rechtsnormen mit ein.

²¹⁸⁶ Nicht zu verwechseln ist dies mit der (nicht immer ganz einfachen) Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten. Siehe dazu BGH MMR 2003, 176; *Pomorin* ZUM 2005, 220. Diese Rechtswegabgrenzung ändert aber nichts an § 17 Abs. 2 GVG.

²¹⁸⁷ BGH GRUR 1988, 206, 208 – *Kabelfernsehen II*; OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122.

²¹⁸⁸ In diese Richtung *Wimmer*, zitiert bei *Fischer* ZUM 2009, 465, 467; siehe auch *Communications Committee*, COCOM03-38, 4 ff.

²¹⁸⁹ Siehe zum Verhältnis zwischen Medienrecht und Wettbewerbsrecht auf S. 145, zum Urheberrecht ebenfalls ab S. 145.

Anwendbar auf die entgeltlichen Beziehungen zwischen Plattformdienstleistern sind, je nach Konstellation, Normen des Medienrechts, des Urheberrechts und des Wettbewerbsrechts.

Sowohl § 20b Abs. 2 Satz 1, § 87 Abs. 5 UrhG, § 11 Abs. 1 UrhWahrnG als auch § 52d RStV verpflichten auf „angemessene Vertragsbedingungen“.²¹⁹⁰ Auch das Kartellrecht verfolgt das Ziel eines „angemessenen“ Ausgleichs.²¹⁹¹ Damit spricht nichts dagegen, auch die *Angemessenheitsbegriffe* der einschlägigen Rechtsgebiete als „System kommunizierender Röhren“ zu betrachten und somit auf den *Saldo* im gegenseitigen Leistungsaustausch abzustellen, nicht auf einzelne Zahlungsströme.

Bei der Bildung des gemeinsamen Angemessenheitsmaßstabes sind die unterschiedlichen Regelungsziele zu berücksichtigen.

- *Urheberrecht* und *Medienrecht* sollen (einseitig) sicherstellen, dass die Plattformbetreiber die Programmveranstalter bzw. Rechteinhaber nicht übermäßig benachteiligen, indem sie diesen zu geringe Lizenzgebühren zahlen bzw. zu hohe Einspeiseentgelte abverlangen – beide Rechtsgebiete erkennen aber ein grundsätzliches Recht des Plattformbetreibers an, als Wirtschaftsunternehmen zu agieren.²¹⁹²
- Das *Kartellrecht* schützt demgegenüber *beide* Seiten vor einem Missbrauch von Marktmacht der jeweils anderen Seite. Es verlangt, dass die Höhe der wechselseitigen Entgelte durch (potentiell vorhandene) Marktmacht nicht verzerrt werden darf, sondern sich im Grundsatz nach Wettbewerbsregeln bestimmen soll. Entgelte müssen ggf. „marktüblich“ sein, bzw. müssen einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Plattformbetreiber und Programmveranstalter darstellen.

²¹⁹⁰ *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 40.

²¹⁹¹ Siehe dazu ab S. 435.

²¹⁹² Das Urheberrecht verleiht zumindest den Kabelnetzbetreibern einen durchsetzbaren Anspruch darauf, die fremden Sendesignale für eine Weitersendung zu nutzen. Und das Medienrecht lässt es Plattformbetreibern unbenommen, eine „Einspeiseleistung“ entgeltlich anzubieten, soweit die anderen Marktteilnehmer sich darauf einlassen. Zu den Vorgaben des Medienrechts zur Entgeltlichkeit der Einspeisung siehe ab S. 376.

Dies lässt sich wie folgt konkretisieren:

- Die *urheberrechtlichen* Vorschriften sollen den Rechteinhabern einen Anteil an der Wertschöpfung sichern, die sich aus der wirtschaftlichen Verwertung ihrer kreativen Erzeugnisse ergibt. Plattformanbieter, die eine Weitersendung vornehmen, sind *Leistungsempfänger* und folglich zahlungspflichtig.²¹⁹³
- Die *medienrechtlichen* Vorschriften sollen die Marktmacht der Plattformbetreiber im Sinn der Rundfunkvielfalt beschränken und eine Beeinträchtigung der kommunikativen Chancengerechtigkeit verhindern.²¹⁹⁴
- Das *Kartellrecht* verbietet einen Missbrauch von Marktmacht sowie eine Diskriminierung abhängiger Unternehmen. Es verlangt wettbewerbskonforme Marktbedingungen und Preise.

Als Essenz der gemeinsamen Auslegung der verschiedenen Normen verbleibt, dass sowohl den Sendeunternehmen als auch den Plattformbetreibern nicht die Möglichkeit genommen werden darf, durch die jeweils erbrachten „Leistungen“ einen *Gegenwert* zu erwirtschaften. Es spricht jedoch nichts dagegen, wenn diese Gegenwerte auch in Form von Sachleistungen aufgewogen werden, nicht zwingend muss dies entgeltlich geschehen.

Die Bewertung darf außerdem keines der *Schutzziele* der einschlägigen Rechtsnormen völlig unberücksichtigt lassen. Dem grundsätzlichen Vergütungsanspruch der urheberrechtlich geschützten Rechteinhaber ist somit ebenso Rechnung zu tragen wie der kommunikativen Chancengerechtigkeit. Soweit das Wettbewerbsrecht greift, dürfen die Entgeltkonstellationen auch keinen Missbrauch von Marktmacht bewirken, also nicht der wirtschaftlichen Übermacht eines der Beteiligten so viel Raum lassen, dass Verhandlungen zu wettbewerbsfremden Ergebnissen führen.

²¹⁹³ KG Berlin ZUM 2010, 342, 345; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 83.

²¹⁹⁴ *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52d Rn. 1 ff.

11.6 Allgemeines Zivilrecht

Neben den bereichsspezifischen Normen des UrhG, des TKG oder des RStV kommt auch eine Anwendung des allgemeinen Zivilrechts in Frage. Dabei geht es primär um die Frage, ob sich Vergütungsansprüche zwischen Plattformanbietern und Programmveranstaltern ergeben können, wenn der Plattformbetreiber die Must Carry-Programme einspeist, es an einer (freiwillig vereinbarten)²¹⁹⁵ vertraglichen Einspeisevereinbarung aber fehlt. Es geht also – mangels anwendbaren Vertragsrechts – um *gesetzliche* Schuldverhältnisse.

In Frage kommen die Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 684 oder 687 BGB) und zur ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812, § 818 BGB); beide unter Einbeziehung der Wertungen des einschlägigen öffentlichen Rechts.²¹⁹⁶

11.6.1.1 Geschäftsführung ohne Auftrag

Sendet ein Plattformbetreiber die Programme von Dritten mittels der eigenen Plattform weiter, kann dies mittelbar auch den Interessen des Programmveranstalters dienen. Insofern könnte der Plattformbetreiber als Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln sein und demnach einen Anspruch auf Aufwendungsersatz haben. Ein solcher Anspruch könnte sich aus den §§ 683 S. 1; 677; 679; 670 BGB ergeben (echte Geschäftsführung ohne Auftrag). Der Tatbestand wird im Folgenden nicht vollständig geprüft, sondern es werden nur die streiterheblichen Punkte herausgegriffen.²¹⁹⁷

²¹⁹⁵ Nicht vertieft erörtert werden an dieser Stelle *vertragliche* Ansprüche: Wenn ein Vertrag geschlossen wurde, ist dieser – in den soeben dargestellten Grenzen – zu erfüllen. Falls ein Vertrag nicht geschlossen wurde, ließe sich zwar über einen Kontrahierungszwang nachdenken. Ein solcher Zwang ist als solcher aber nicht zu rechtfertigen: Denn zum einen fehlt es an einer auf einen Vertragsschluss gerichteten Anspruchsgrundlage (ausführlich S. 376 ff.). Zum anderen gäbe es im Fall von Wertungswidersprüchen überhaupt keinen Anlass, einen so weitreichenden Eingriff in die Privatautonomie der Beteiligten vorzunehmen wie einen Kontrahierungszwang. Angenommen, es gäbe ein legitimes Vergütungsbedürfnis der Plattformbetreiber, ließe sich dies auch über *gesetzliche* Schuldverhältnisse adressieren.

²¹⁹⁶ *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 44 ff. prüft zusätzlich noch Ansprüche auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten aus einem vorangegangenen Schuldverhältnis.

²¹⁹⁷ Eine vollständige Prüfung findet sich bei *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 52 ff.

11.6.1.1.1 Passivlegitimation / Fremdes Geschäft

Zunächst ergibt sich die Frage, gegen wen ein Plattformveranstalter einen Anspruch auf Aufwendungsersatz überhaupt richten kann.

Der Anspruch auf Aufwendungsersatz richtet sich grundsätzlich gegen den „Geschäftsherrn“, § 683 BGB. Dieser ist identisch mit demjenigen, in dessen „Interesse“ das Geschäft geführt werden muss, § 677 BGB. Die *Entscheidung* oder *Vorstellung* des Geschäftsführers, für eine bestimmte Person zu handeln, ist nicht maßgeblich; nach § 686 BGB ist nur der „wirkliche Geschäftsherr“ aus den GoA-Vorschriften berechtigt und verpflichtet. Die Frage ist also, *wessen* Geschäft ein Plattformbetreiber, der hoheitlich zur Übertragung verpflichtet ist, eigentlich führt. In Frage kommen einerseits die Programmveranstalter, die u.U. von dem Programmtransport profitieren,²¹⁹⁸ andererseits auch die Landesmedienanstalten bzw. deren Rechtsträger. Denn *diese* haben die Must Carry-Regeln festgelegt bzw. sind zu deren Durchsetzung berufen.

In der Literatur wird angenommen, der Geschäftsherr „im Rechtssinne“²¹⁹⁹ sei derjenige, den es angeht,²²⁰⁰ in dessen Rechts- und Interessenkreis eingegriffen werde²²⁰¹ oder zu dem die Tätigkeit nach ihrem sozialen Sinn zugeordnet sei.²²⁰² Soweit ersichtlich wird nicht erörtert, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen es um zwei Personen geht: Einerseits eine Person, die mit der Wahrnehmung bestimmter Interessen *beauftragt* ist, andererseits eine Person, die von einer Fremdgeschäftsführung *profitiert*.

Für eine Passivlegitimation der *Programmveranstalter* spricht, dass diese zumindest grundsätzlich aus einer Verbreitung ihrer Inhalte Vorteile ziehen. Die Programmveranstalter sind – zusätzlich zu den Landesmedienanstalten – auch in ihrem Rechtskreis berührt. Für eine Passivlegitimation der Programmveranstalter spricht zudem auch, dass die Programmveranstalter durch die Verbreitung ihrer Inhalte unter Umständen geldwerte *Aufwendungen* ersparen.

Gegen eine Passivlegitimation der Programmveranstalter spricht aber, dass die Plattformbetreiber bei objektiver Ansehung ihres Handelns nicht primär

²¹⁹⁸ Siehe dazu ab S. 80.

²¹⁹⁹ Seiler, in: MüKo BGB, § 686 Rn. 3.

²²⁰⁰ Seiler, in: MüKo BGB, § 686 Rn. 3.

²²⁰¹ Gehrlein, in: BeckOK BGB, § 686 BGB Rn. 2.

²²⁰² Wittmann, in: Staudinger, BGB, § 686 Rn. 1.

fremdnützig, sondern in eigenem Interesse handeln: Sie transportieren die Programmsignale, um *eigene* Plattformprodukte zu vermarkten und *eigene* öffentlich-rechtliche Pflichten zu erfüllen.²²⁰³

Hinzu kommt, dass Programmveranstalter nicht *gezwungen* werden können, eine Fremdgeschäftsführung in Anspruch zu nehmen.²²⁰⁴ Zwar wäre theoretisch ein entgegenstehender Wille gem. § 679 BGB unbeachtlich, wenn die Geschäftsführung in einem „öffentlichen Interesse“ liegt – aber eben dieses öffentliche Interesse ist ja bereits in der öffentlich-rechtlichen Must Carry-Regelung adressiert. Und diese verlangt den Programmentransport als Pflicht des *Plattformanbieters*, nicht des Programmveranstalters.

Insofern zeigt sich schon im Ausgangspunkt, dass der vorliegende Fall mit der Methodik der GoA kaum zu greifen ist. Theoretisch kommen sowohl die Programmveranstalter als auch die Landesmedienanstalten als Anspruchsgegner in Frage. Sie aber als „Geschäftsherren“ zu behandeln, ist in beiden Fällen problematisch.²²⁰⁵

11.6.1.1.2 *Fremdgeschäftsführungswille / Problematik des pflichtgebundenen Geschäftsführers*

Selbst wenn von einer Passivlegitimation der Programmveranstalter auszugehen wäre, müsste es sich bei der Verbreitung von fremden Programminhalten durch die Plattformanbieter um eine „Geschäftsbesorgung für einen anderen“ handeln, § 677 BGB analog. Voraussetzung ist also eine Geschäftsführung zumindest in dem *Bewusstsein*, das geführte Geschäft sei fremd. Ein Geschäft ist dann fremd, wenn es einem fremden Rechts- oder Interessenkreis zugehört bzw. die Tätigkeit der Sorge eines anderen obliegt.²²⁰⁶

Der Fremdgeschäftsführungswille wird dann vermutet, wenn es sich bei dem geführten Geschäft um ein *objektiv fremdes Geschäft* handelt. Dies ist der Fall, wenn es einem fremden Rechtskreis zuzuordnen ist. Es reicht aus, wenn der Geschäftsführer das Geschäft *auch* zur Erfüllung von Pflichten führt, die dem fremden Rechtskreis zuzurechnen sind (sog. „auch fremdes Geschäft“).²²⁰⁷

²²⁰³ OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 624.

²²⁰⁴ LG Stuttgart, Urt. v. 20.3.2012, Az. 11 O 215/12, 62 f. (unveröffentlicht).

²²⁰⁵ *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 53 f.

²²⁰⁶ *Seiler*, in: MüKo BGB, § 686 Rn. 4.

²²⁰⁷ St. Rspr., vgl. nur BGH NJW-RR 2005, 639, 641.

Fraglich ist bereits, ob ein solches „auch fremdes Geschäft“ noch vorliegen kann, wenn ein Programmveranstalter eine (als solche deklarierte) Fremdgeschäftsführung des Plattformbetreibers explizit *ablehnt*. In einem solchen Fall spricht die Risikoverteilung des Zivilrechts dagegen, dem Fremdgeschäftsführer einen Erstattungsanspruch zuzugestehen, obwohl er seine Aufwendungen „aufgedrängt“ hat.²²⁰⁸ Denn nach zivilrechtlichen Wertungen muss derjenige, der die andere Seite nicht zum Vertragsschluss motivieren kann, auch auf die Gegenleistung verzichten.²²⁰⁹ Dies gilt zugleich für Situationen, in denen ein Plattformbetreiber die Verbreitung eines fremden Programms als fremdnützige „Transportleistung“ deklariert, obwohl der Programmveranstalter dies explizit ablehnt.²²¹⁰

Fraglich ist außerdem, ob ein fremdes Geschäft – auch als „auch fremdes Geschäft“ – noch vorliegen kann, wenn der Geschäftsführer zur Vornahme der Handlung aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift *verpflichtet* ist.²²¹¹ Denn vorliegend greift (bedingungslos) § 52b RStV.²²¹²

Diese Problematik wird in der Literatur unter dem Stichwort des „pflichtgebundenen Geschäftsführers“ diskutiert: Die Frage ist, ob ein Fremdgeschäftsführungswille i.S.d. § 677 BGB auch dann noch vorliegt, wenn der Geschäftsführer zu der konkreten Handlung aufgrund einer *anderweitigen* rechtlichen Verpflichtung *gezwungen* ist. Die Rechtsprechung hat dies in der Vergangenheit teils bejaht und auch dem pflichtgebundenen Geschäftsführer die Rechte aus der GoA zugestanden.²²¹³ Allerdings ist diese Ansicht – wie auch der Blick auf den vorliegenden Fall zeigt – durchaus diskutabel. Wenn die Fremdgeschäftsführung von einer (pflichtgebundenen) Eigengeschäftsführung nur noch dadurch zu unterscheiden ist, dass der Geschäftsführer ausdrücklich *erklärt*, auch für einen Dritten zu handeln, lassen sich Privilegien wie der Aufwendungsersatzanspruch kaum rechtfertigen.²²¹⁴ Die h.M. will deshalb in Fällen der pflichtgebundenen

²²⁰⁸ BGH NJW 2000, 72, 72 ff. – *Erbensucher*; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 55.

²²⁰⁹ BGH NJW 2000, 72, 73 – *Erbensucher*.

²²¹⁰ OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 622; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 55 f.

²²¹¹ Zu diesem Problem auch *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 54 ff.

²²¹² Siehe zum Verhältnis zwischen § 52b RStV und dem privatrechtlichen Horizontalverhältnis ab S. 318.

²²¹³ Vgl. nur BGH NJW 1955, 257; BGH NJW 1963, 1825; BGH NJW 1970, 1841; zurückhaltend BGH NJW 1974, 96, 97; BGH NJW 1976, 748; BGH NJW 1990, 2058.

²²¹⁴ Offen gelassen bei *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 55.

Geschäftsführung zusätzliche Anforderungen an den Fremdgeschäftsführungswillen stellen.²²¹⁵ Die Problematik wird aber weiter kontrovers diskutiert.²²¹⁶

Zusammengefasst sprechen damit in der vorliegenden Fallkonstellation die überwiegenden Argumente *dagegen*, ein „fremdes Geschäft“ anzunehmen. Ein Plattformanbieter transportiert die Programme nicht grundsätzlich fremdnützig, sondern primär aus eigenem wirtschaftlichem Interesse und – im Fall von Must Carry-Programmen – um eine an *ihn* gerichtete öffentlich-rechtliche Pflicht zu erfüllen. Dem äußeren Anschein nach ist ein solches Geschäft nicht „fremd“.²²¹⁷

11.6.1.1.3 Entgegenstehendes öffentliches Recht?

Sowohl in der ordentlichen als auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist anerkannt, dass die Regeln der GoA zurücktreten, wenn die (öffentlich-rechtliche) Rechtsordnung die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe dem Geschäftsführer *als unentgeltlich* zuweist.²²¹⁸ Eine explizite Regelung zur Unentgeltlichkeit der Erfüllung von Must Carry-Pflichten fehlt allerdings.²²¹⁹

Insofern ist aber darauf hinzuweisen, dass das gesamte öffentliche Recht unausgesprochen davon ausgeht, dass die Erfüllung seiner Anordnungen auf *Kosten des jeweiligen Normadressaten* zu geschehen hat. Zugespitzt formuliert: Wer einen Verwaltungsakt befolgt, kann für seine Kosten im Regelfall nicht später beim Staat oder bei Dritten Regress nehmen, nur weil diese davon profitieren. Einen Anspruch auf Erstattung der eigenen Aufwendungen gesteht das öffentliche Recht grundsätzlich nur demjenigen zu, dem „durch hoheitlichen Zwang unter Durchbrechung des Gleichheitssatzes und zum Wohle der Allgemeinheit ein *Sonderopfer* abverlangt worden ist.“²²²⁰ Die Erfüllung der *allgemeinen* öffentlich-rechtlichen Vorgaben unterfällt jedoch der Sozialbindung des Eigentums und führt grundsätzlich nicht zu Erstattungsansprüchen.²²²¹ Plattformbetreiber

²²¹⁵ Seiler, in: MüKo BGB, § 677 Rn. 10 m.w.N.

²²¹⁶ Seiler, in: MüKo BGB, § 677 Rn. 20.

²²¹⁷ Peifer, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 53 f.; OLG Düsseldorf, Urf. v. 30.4.2014, Az. VI-U (Kart) 15/13, openJur 2014, 12508, Rn. 74; OLG Stuttgart v. 21.11.2013, Az. 2 U 64/13, 43 (unveröffentlicht).

²²¹⁸ BGH NJW 1999, 858, 860; BVerwG TMR 2003, 285.

²²¹⁹ Zu der Frage, ob den §§ 52 ff. RStV ein Leitbild der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit zu entnehmen ist, siehe ab S. 376.

²²²⁰ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 671.

²²²¹ BVerfGE 100, 226, 241 – Denkmalschutz.

werden durch die Must Carry-Regeln nicht in einer Weise verpflichtet, die einem Sonderopfer entspricht. Vielmehr sind sie nur allgemein im Rahmen der Sozialpflicht ihres Eigentums betroffen.²²²²

Den Must Carry-Pflichten ist somit durchaus die Aussage zu entnehmen, dass der Plattformanbieter sie auf eigene Kosten zu erfüllen hat.²²²³ Es ist ihm zwar nicht *verboten*, den Programmtransport parallel auch noch als „Transportleistung“ zu vermarkten.²²²⁴ Grundsätzlich verlangt das öffentliche Recht den Transport der Must Carry-Programme aber vom jeweiligen Plattformbetreiber, nicht vom Programmveranstalter.

Diesem Gedanken würde eine Anwendung der GoA-Vorschriften zuwiderlaufen. Wer nach Maßstäben des öffentlichen Rechts für die Erfüllung einer Aufgabe selbst verantwortlich ist, darf die Kosten nicht über das Zivilrecht auf einen Dritten überwälzen.²²²⁵ Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz ist somit auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

11.6.1.1.4 Ergebnis

Eine Kompensationspflicht von Programmveranstaltern für die Erfüllung von Must Carry-Pflichten ergibt sich also nicht aus den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

11.6.1.2 Ungerechtfertigte Bereicherung

Ein Anspruch könnte sich auch aus der ungerechtfertigten Bereicherung ergeben. Die Voraussetzungen ergeben sich insofern aus den §§ 812 ff. BGB; auch hier sind jedoch die Wertungen des öffentlichen Rechts ergänzend zu berücksichtigen.²²²⁶

Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist, dass zwischen den Plattformanbietern und den Programmveranstaltern eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat und dass diese rechtsgrundlos erfolgte. Der Anspruch darf auch nicht nach den § 813 ff. BGB ausgeschlossen sein. In der Rechtsfolge würde sich ein solcher Anspruch auf den *Wert der gezogenen*

²²²² Siehe zu den betroffenen Grundrechten der Plattformbetreiber ab S. 159, zur Angemessenheit ab S. 182.

²²²³ LG Stuttgart, Urt. v. 20.3.2012, Az. 11 O 215/12, 62 (unveröffentlicht); OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2014, Az. VI-U (Kart) 15/13, openJur 2014, 12508, Rn. 74.

²²²⁴ Siehe dazu ab S. 177.

²²²⁵ OVG Münster NVwZ-RR 2012, 643, 643; BVerwG NJW 1989, 922, 923 f.

²²²⁶ Vgl. auch *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 64 ff.

Nutzungen richten, d.h. auf das, was die Programmveranstalter *erspart* hätten (§ 818 Abs. 2 BGB).

11.6.1.2.1 *Passivlegitimation*

Passivlegitimierter des Erstattungsanspruchs ist die Person, die tatsächlich bereichert ist. Da es in der vorliegenden Konstellation um eine *ersparte* Aufwendung geht, kommt es somit darauf an, wer die Aufwendungen anderenfalls gehabt hätte.

Die Problematik stellt sich hier in gleicher Weise wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag: Das Ziel, die Must Carry-Programme auf den jeweiligen Plattformen anzubieten, haben sich vor allem die *Gesetzgeber* zu Eigen gemacht, aber auch die Programmveranstalter können davon profitieren.²²²⁷ Insofern wäre denkbar, auch von einer Passivlegitimation der *Programmveranstalter* auszugehen, dies liegt gedanklich aber eher fern.

11.6.1.2.2 *Vermögensverschiebung*

Gem. § 812 Abs. 1 BGB ist zunächst zu fragen, ob eine Leistung der Plattformbetreiber an die Rundfunkveranstalter vorliegt (*Leistungskondition*) oder ob die Programmveranstalter etwas „auf Kosten“ der Plattformbetreiber erlangt haben (*Eingriffskondition*).

Vorliegend wäre eine Leistung i.S.d. Leistungskondition abzulehnen. Ein Plattformanbieter, der fremde Programme an Dritte vermarktet, ohne von dem betreffenden Programmveranstalter beauftragt worden zu sein, handelt aus Sicht eines objektiven Betrachters im Eigeninteresse, nicht, um das Vermögen des Programmveranstalters zu vermehren.²²²⁸

Somit verbliebe allenfalls noch die *Eingriffskondition*. Diese ist aber bereits durch den sog. *Vorrang der Leistungskondition* ausgeschlossen, weil Plattformbetreiber beim Programmtransport *drittgerichtet* leisten, nämlich in Richtung der Signalabnehmer.²²²⁹

Eine Eingriffskondition würde außerdem voraussetzen, dass der Programmveranstalter etwas „auf Kosten“ des Plattformanbieters erlangt

²²²⁷ LG Stuttgart, Urt. v. 20.3.2012, Az. 11 O 215/12, 64. (unveröffentlicht).

²²²⁸ OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 624; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 65 ff.

²²²⁹ OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 624.

hätte.²²³⁰ Auch dies ist nicht der Fall. Denn wenn Must Carry-Pflichten greifen, dann ist die sich daraus ergebende „technische Reichweite“ des Programmveranstalters kein Zufall, sondern dem Programmveranstalter durch § 52b RStV *zugewiesen*.²²³¹ Ein Programmveranstalter, dessen Programm ohne sein Zutun weitergesendet wird, „greift“ auch nicht in fremde Rechte ein.²²³² Insofern fehlt es hier schon an einer grundlegenden Voraussetzung des Bereicherungsrechts, nämlich einer Vermögensverschiebung.

11.6.1.2.3 *Kein Rechtsgrund*

Hilfsweise: Wenn davon auszugehen wäre, dass ein Programmveranstalter durch die vertragslose Erfüllung von Must Carry-Pflichten „etwas erlangt“ hätte, stellt sich die Frage, ob hierfür nicht ein Rechtsgrund i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB vorliegt. Ein solcher Rechtsgrund könnte in der medienrechtlichen Anordnung des § 52b RStV liegen.

Insofern bleibt es aber bei dem bereits gefundenen Ergebnis, dass die § 52 ff. RStV weder ein Leitbild der Entgeltlichkeit, noch ein Leitbild der Unentgeltlichkeit der Erfüllung von Must Carry-Pflichten vorsehen.²²³³ Sie enthalten sich zu dieser Frage der Aussage. § 52b RStV ist deshalb kein Rechtsgrund für das Behaltendürfen einer Bereicherung.²²³⁴

11.6.1.2.4 *Ergebnis*

Somit besteht auch kein Anspruch aus § 812 BGB. Es fehlt sowohl an einer Vermögensverschiebung i.S. einer Leistung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB als auch (alternativ) an einer Erlangung einer Vermögensposition „auf Kosten“ des Plattformbetreibers.

²²³⁰ Sog. Lehre vom Zuweisungsgehalt, vgl. ausführlich *Schwab*, in: MüKo BGB, § 812 Rn. 244.

²²³¹ Zweifelnd *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 64 f.

²²³² Sog. Rechtskreistheorie, vgl. *Schwab*, in: MüKo BGB § 812 Rn. 238.

²²³³ Siehe hierzu ab S. 318.

²²³⁴ A.A. *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 67.

12. Must Offer

In einigen Fällen ist die Beliebtheit und Qualität bestimmter Programme so groß, dass die Frage nach einer „Must Carry“-Pflicht praktisch nicht relevant wird – ganz im Gegenteil sind dann die Plattformbetreiber abhängig von einer *Überlassung* dieser Rundfunkprogramme. Hierauf gerichtete Ansprüche werden auch als „Must Offer“-Ansprüche diskutiert.²²³⁵

Ein Must Offer-Anspruch lässt sich definieren als die „Vorgabe an bestimmte Inhalteanbieter (Programmveranstalter oder Aggregatoren), ihre Programme oder Programmpakete einem daran interessierten Netz- oder Plattformbetreiber oder Aggregator zur Verbreitung und/oder Vermarktung anzubieten“.²²³⁶

Must Offer-Ansprüche können sich aus verschiedenen Rechtsgrundlagen ergeben. Im Folgenden wird zunächst das Rundfunkrecht erörtert (Abschnitt 12.1), dann das Urheberrecht (12.2) und schließlich das Kartellrecht (12.3).

12.1 Rundfunkrecht

Das Rundfunkrecht kann Rechtsgrundlage einer „Must Offer“-Pflicht sein.

Diskutiert wird einerseits eine solche Pflicht für Programmveranstalter, die sich als *Reflex aus den Must Carry-Pflichten* ergeben soll (dazu Abschnitt 12.1.1). Andererseits wird auch behauptet, spezifisch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten träge wegen ihres *Funktionsauftrags* eine „Must Offer“-Pflicht (dazu Abschnitt 12.1.2).

12.1.1 Must Offer als Annexpflicht zu Must-Carry

Einige Stimmen in der Literatur argumentieren, aus § 52b RStV ergäbe sich nicht nur eine Pflicht der Plattformanbieter, die Must Carry-Programme zu *verbreiten* – § 52b RStV verpflichte auch die *Programmveranstalter*, ihre Programme hierfür *bereitzustellen*.²²³⁷ Die Must Carry-Regeln würden

²²³⁵ Vgl. nur *Scheuer/Schweda*, IRIS Plus 2008-10; *Valcke*, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, IRIS Spezial 2005 – Haben oder nicht haben, 31, 40; *Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52b Rn. 25 ff.

²²³⁶ *Scheuer/Schweda*, IRIS Plus 2008-10, 3.

²²³⁷ *Gersdorf K&R*-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 5 f.; *Fink/Keber MMR*-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 34; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen

begrifflich voraussetzen, dass die betreffenden Plattformbetreiber Zugriff auf die entsprechenden Programme haben, anderenfalls wären sie nicht erfüllbar.²²³⁸ Die Must Carry-Regeln seien als Aussage darüber zu interpretieren, welche Programme nach Ansicht der Gesetzgeber zwingend zur „Grundversorgung“ der Bürger gehörten.²²³⁹ Die Gesetzgeber hätten durch § 52b RStV abschließend darüber disponiert, welche Programme beim Endkunden empfangbar sein *müssen*.²²⁴⁰ Deshalb ergebe sich aus § 52b RStV eine Pflicht zur Überlassung der Programme.²²⁴¹

Auf der anderen Seite adressiert aber § 52b RStV nach seinem Wortlaut eindeutig nur *Plattformanbieter*. Pflichten für die *Programmveranstalter* sind den §§ 52 ff. RStV weder im Wortlaut zu entnehmen, noch wären sie systematisch dort sinnvoll angelegt. Ganz im Gegenteil sind die Normen, die die Pflichten der Programmveranstalter definieren, im *zweiten* und *dritten* Abschnitt des RStV enthalten, nicht im *fünften* Abschnitt, zu dem die Plattformregulierung gehört.

Die Normen, die speziell die Programmveranstalter adressieren, haben eine ganz andere Aussage als die, die § 52b RStV angeblich zu entnehmen ist:

- Den *öffentlich-rechtlichen* Rundfunkanstalten räumt § 19 RStV ausdrücklich einen Auswahlspielraum bei der Auswahl der Verbreitungswege ein.²²⁴² Eine Must Offer-Pflicht als eine Art „Reflex“ aus den Must Carry-Pflichten abzuleiten, würde diesem spezielleren Gesetz vorgreifen.
- Erst Recht muss dies für die *privaten* Veranstalter von Must Carry-Programme gelten: Für diese Veranstalter gibt es *überhaupt keine* Vorgaben zur Programmverbreitung.²²⁴³ Damit gilt uneingeschränkt die Rundfunkfreiheit, die auch den privaten Veranstaltern die Wahl der

Rundfunks, 28; hiervon ausgehend auch BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 61; Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 911.

²²³⁸ Valcke, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, IRIS Spezial 2005 – Haben oder nicht haben, 31, 36; Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 911.

²²³⁹ Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 911; BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 7.10.2010, Az. BK 1-09/005, 61; Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 30 f.

²²⁴⁰ Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 7.

²²⁴¹ Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 28; Hain et al. MMR 2013, 769, 771; Engel/Lüdemann ZUM 2008, 904, 911.

²²⁴² LG Bremen MMR 2013, 816, 817 f.

²²⁴³ Vgl. insbesondere die Wertung des § 51a Abs. 5 Satz 3 RStV für die Zuweisung terrestrischer Frequenzen: Programmveranstalter werden nicht zur Nutzung der Frequenz verpflichtet, sondern laufen lediglich Gefahr, sie bei Nicht-Nutzung zu verlieren.

Verbreitungswege erlaubt. Für einen medienrechtlichen „Must Offer“-Zwang gibt es insbesondere *kein hinreichend bestimmtes Eingriffsgesetz*.

- Im Übrigen räumt § 52a Abs. 3 RStV allen Programmveranstaltern ausdrücklich die Möglichkeit ein, zu untersagen, dass Plattformanbieter ihre Programme „entgeltlich oder unentgeltlich vermarkten“.

Damit bleibt es bei dem Ergebnis, dass zumindest aus den §§ 52 ff. RStV keine an die *Programmveranstalter* gerichtete Pflicht zur Überlassung der Programme folgt.

Was aber, wenn einem Plattformanbieter durch die Weigerung eines Programmveranstalters, sein Programm zu Verfügung zu stellen, die Erfüllung der Must Carry-Pflicht *unmöglich* wird?

Das Dilemma lässt sich zumindest teilweise über Must Offer-Pflichten lösen, die dem *Urheberrecht* zu entnehmen sind:²²⁴⁴ Programmveranstalter müssen nach geltendem Recht zumindest den *Kabelnetzbetreibern* die zur Weitersendung notwendigen Rechte zu „angemessenen Bedingungen“ einräumen.²²⁴⁵ Das Urheberrecht sichert insofern zumindest für Kabelnetzbetreiber den Zugriff auf die Programme.²²⁴⁶

In Fällen, in denen Plattformbetreiber von den urheberrechtlichen Kontrahierungszwängen nicht berechtigt werden, so dass sie keinen Zugriff auf die Programme durchsetzen können, gilt letztlich der allgemeine öffentlich-rechtliche Grundsatz, dass das öffentliche Recht nichts *Unmögliches* verlangen darf. Verwaltungsakte, die die Übertragung eines Programms verlangen, das der Programmveranstalter nicht freigibt, sind deshalb gem. § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig und auch nicht vollstreckbar.²²⁴⁷ Ein Plattformanbieter ist in einem solchen Fall also von der Must Carry-Pflicht freigestellt.²²⁴⁸

²²⁴⁴ Ähnlich, aber ohne Bezug auf das Medienrecht Weisser/Höppener ZUM 2003, 597, 599.

²²⁴⁵ Siehe dazu ab S. 432.

²²⁴⁶ Zulässig ist demnach freilich nur die einfache Kabelweitersendung, nicht die „Vermarktung“ des Programms i.S.d. § 52a Abs. 3 RStV. Siehe zum Vermarktungsbegriff des § 52a Abs. 3 RStV ab S. 299.

²²⁴⁷ Sadler, VwVG/VwZG, § 15 VwVG Rn. 74 ff.

²²⁴⁸ Fink/Keber MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 34 f.

12.1.2 Must Offer als Teil des Rundfunkauftrags

Diskutiert wird ein „Must Offer“-Anspruch auch unter dem Gesichtspunkt des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags.

Die Frage wird teils mit einem sog. „Must Pay“-Anspruch in Verbindung gebracht – diese Ansicht wurde bereits diskutiert und abgelehnt.²²⁴⁹ Im Folgenden wird noch erörtert, ob – auch ohne „Bezahlpflicht“ – die öffentlich-rechtlichen Veranstalter zumindest verpflichtet sein können, Plattformen ihre Programme zu *überlassen*.²²⁵⁰

12.1.2.1 Der öffentlich-rechtliche Verbreitungsauftrag

Das BVerfG hat den Auftrag zur *Verbreitung* von Rundfunk bisher ohne weitere Problematisierung zum Rundfunkauftrag gefasst.²²⁵¹ Insbesondere nennt es im 4. und 5. Rundfunkurteil als Teil der Grundversorgung „eine Übertragungstechnik, bei der ein Empfang der Sendungen für alle sichergestellt ist“.²²⁵² Auch die Literatur und die übrige Rechtsprechung sehen diese sog. „technische Grundversorgung“ als Teil des Rundfunkauftrags.²²⁵³ Grundsätzlich unterfällt demnach die Auswahl der Verbreitungswege – hierzu zählen auch die Rundfunkplattformen – der *Rundfunkfreiheit* der Rundfunkanstalten.²²⁵⁴

Im einfachgesetzlichen Rundfunkrecht ist der öffentlich-rechtliche Verbreitungsauftrag in den §§ 11 und 19 RStV geregelt. § 11 RStV enthält nur die grundsätzliche Aussage, dass neben der „Herstellung“ auch die „Verbreitung“ zum Rundfunkauftrag gehört. Dies wird in § 19 RStV präzisiert, der den Rundfunkveranstaltern die Auswahl „geeigneter Verbreitungswege“ überlässt und sie dabei auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet. Den Anstalten ist in den §§ 11 und 19 RStV

²²⁴⁹ Siehe ab S. 379.

²²⁵⁰ So insbesondere *Ladeur* ZUM 2012, 939, 940 ff.; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 30 f.; *Hain et al.* MMR 2013, 769, 771.

²²⁵¹ *Degenhart*, in: BK GG, Art. 5, Rn. 742.

²²⁵² BVerfGE 73, 118, 123 – *Niedersachsen*; BVerfGE 74, 297, 326 – *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*.

²²⁵³ *Wille* ZUM 2002, 261, 263; *Floren* ZUM 2000, 904; *Engel/Lüdemann* ZUM 2008, 904, 912 f.; *Hesse*, Rundfunkrecht, 134; *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 29; *Binder*, in: *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 4 ff.; OLG München MMR 2014, 201, 202; BVerwG ZUM 1999, 339, 345 – *Sputnik*.

²²⁵⁴ BVerwG ZUM 1999, 339, 345 – *Sputnik*; *Binder*, in: *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 6 ff.; *Hesse*, Rundfunkrecht, 134.

ausdrücklich ein *Spielraum* bei der Auswahl der Verbreitungswege eingeräumt.²²⁵⁵ § 19 RStV verlangt aber zwingend, dass die Rundfunkanstalten *einige* der ihnen zur Verfügung stehenden Übertragungswege einsetzen.²²⁵⁶ Nur die Frage, *welche* Übertragungswege sie wählen, ist ihnen überlassen.²²⁵⁷

Eine „Must Offer“-Pflicht zu Gunsten einer konkreten Plattform kann daher allenfalls entstehen, wenn dieser Spielraum sich auf Null reduziert.²²⁵⁸ Unter welchen Bedingungen dies der Fall sein kann, lässt sich letztlich nur durch einen Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben klären.

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter sind nämlich auch bei der *Verbreitung* ihrer Programme auf ihren – letztlich verfassungsrechtlichen, der Allgemeinheit verpflichteten – Funktionsauftrag verpflichtet.²²⁵⁹ Die verfassungsrechtliche Aufgabenstellung erschöpft sich deshalb nicht darin, die Programme *irgendwie* verfügbar zu machen, sondern fordert, dies so zu gestalten, dass die Verbreitungsmodalitäten dem Interesse der Rundfunkvielfalt und des Grundversorgungsauftrags soweit als möglich entsprechen.²²⁶⁰ Dies lässt sich in Richtung verschiedener Kriterien konkretisieren:²²⁶¹

- Der Empfang sollte für alle Rundfunkteilnehmer im jeweiligen Sendegebiet *möglichst lückenlos* gewährleistet sein.²²⁶²
- Empfangbarkeit der Programmsignale in möglichst hoher *Qualität*.²²⁶³
- *Zugangsoffene* Empfangbarkeit und möglichst *vielfältige Nutzbarkeit* der Programmsignale.²²⁶⁴

²²⁵⁵ LG Bremen MMR 2013, 816, 817 f.; LG Köln MMR 2013, 542, 543.

²²⁵⁶ LG Bremen MMR 2013, 816, 817 f.

²²⁵⁷ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 5 ff.

²²⁵⁸ *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 29 ff.

²²⁵⁹ Für eine Abgrenzung von Funktionsauftrag und Grundversorgung auch bei der Rundfunkverbreitung *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 29.

²²⁶⁰ Unter Verweis auf das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 44 f.

²²⁶¹ Vgl. auch *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 48 und 51; *Libertus* K&R 1999, 259, 264; BVerfGE 73, 118, 123 f. – *Niedersachsen*.

²²⁶² *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 27 f.

²²⁶³ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 49 f.

²²⁶⁴ *Libertus* K&R 1999, 259, 264; *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 48.

- Möglichst *niedrige Empfangskosten* für die Rundfunkteilnehmer.²²⁶⁵

Dies in einem *Mindestmaß* zu sichern, ist eine Aufgabe, die zur „Grundversorgung“ gehört.²²⁶⁶ Wäre dieses Mindestmaß nicht gesichert, würde der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auftragskonform handeln. Die Entscheidung über die Art und Weise, wie er dieses Mindestmaß sichert, liegt allerdings in seinem Ermessen.²²⁶⁷ Eine Pflicht zur Unterstützung bestimmter Verbreitungswege kann sich allenfalls ergeben, wenn eine größere Zahl von Rundfunkteilnehmern einen bestimmten Empfangsweg nutzen *muss, ohne Zugang zu Alternativen zu haben*.²²⁶⁸

Der Rundfunkauftrag verlangt somit nicht, jeden Empfangsweg zu versorgen, an den Kunden in größerer oder kleinerer Zahl ihre *Geräte* angeschlossen haben. Es sind die *Menschen*, denen das Grundversorgungsangebot zugänglich sein muss, nicht die Geräte.²²⁶⁹

Die Frage ist, welche Ergebnisse sich daraus für das Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und Plattformanbietern ableiten lassen. Dabei sind zwei Fragen zu differenzieren: Einerseits die Frage, ob die Rundfunkanstalten die Verbreitungsleistung einer bestimmten Plattform zwingend *nutzen* müssen („Must Use“). Andererseits die Frage, ob sie ihre Programme an Plattformbetreiber, die diese im eigenen Interesse auswerten wollen, *überlassen* müssen („Must Offer“).

12.1.2.2 Pflicht zur Nutzung einer Plattform („Must Use“)

Die Frage, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine bestimmte Plattform *nutzen* müssen, ist nur am Einzelfall, bezogen auf eine konkrete Plattform²²⁷⁰ zu beantworten. Unter einer Nutzungspflicht ist hier zu

²²⁶⁵ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 48.

²²⁶⁶ *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 26; *Fuhr/Krone* FuR 1984, 630, 632.

²²⁶⁷ BVerwG ZUM 1999, 339, 345 - *Sputnik*; OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 623; vgl. auch *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 51: „Außerdem gehört zu den zu berücksichtigenden Aspekten die Frage, ob und wie unabhängig die Rundfunkanstalt in ihren Entscheidungen von Bedingungen bleibt, die nicht oder nur eingeschränkt in ihrem Einflussbereich liegen. In diesem Zusammenhang spielt auch die Zuverlässigkeit des jeweiligen Vertragspartners eine Rolle.“

²²⁶⁸ Ähnlich *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 48; *Hain et al.*, Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 29 ff.; *Hain et al.* MMR 2013, 769, 771.

²²⁶⁹ LG Berlin ZUM 2013, 954, 959; a.A. offenbar aber *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1, 34.

²²⁷⁰ Die in der Literatur teils anzutreffenden Erörterungen der Frage, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten „das Kabel“ nutzen müssen (z.B. *Fink/Keber* MMR-Beil. zu Heft

verstehen, dass die Rundfunkanstalten *sicherstellen* müssen, dass ihre Programme den Rundfunkteilnehmern über einen bestimmten Weg zur Verfügung stehen – bei freier Wahl der Mittel.²²⁷¹

Oben wurde bereits herausgearbeitet, dass das Auswahlermessen nach § 19 RStV sich allenfalls dann auf ein bestimmtes Plattformangebot konkretisiert, wenn eine größere Nutzergruppe auf diesen Bezugsweg angewiesen ist, ohne Zugang zu Alternativen zu haben.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk nutzt derzeit als sog. „Primärsendewege“ die Fernsehsatelliten von SES Astra, das Streaming im offenen Internet und die Terrestrik.²²⁷² Die Haushalte in Deutschland haben über diese Primärsendewege bereits *sämtlich* Zugang zum Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, soweit dieses zur Grundversorgung gehört. Die verwendeten Übertragungsstandards sind offen, Empfangsequipment ist im freien Handel verfügbar, die für die Endkunden anfallenden Kosten sind gering – gerade bei DVB-T reicht zum Empfang meist ein geräteintegrierter Receiver oder eine Zimmerantenne.²²⁷³ Die vom BVerfG geforderte flächendeckende Verbreitung ist damit gewährleistet. Eine Pflicht,

2/2013, 1, 2; Hain et al. MMR 2013, 769, 771); gehen am Ziel vorbei: „Das Kabel“ gibt es nicht. Es gibt in Deutschland mehr als 350 Kabelnetzbetreiber, die jeweils unterschiedliche Geschäftsmodelle verfolgen, auf unterschiedlichen Netzebenen aktiv sind, unterschiedliche Regionen versorgen und unterschiedliche Technologien einsetzen. Hinzu kommen Anbieter mit anderen Technologien, die im weitesten Sinne ebenfalls „Kabel“ nutzen, z.B. IPTV. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, ob ein öffentlich-rechtlicher Auftrag zur Nutzung des „Kabels“ besteht, sondern allenfalls, ob dieser Auftrag sich auf einzelne bestimmte *Plattformen* bzw. deren jeweilige *Dienstleistungsangebote* konkretisiert.

²²⁷¹ Dies kann also der Abschluss eines Verbreitungsvertrags sein, aber auch andere Methoden kommen in Frage. Einen Grund zur Zahlung von *Entgelten* mag es für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geben, wenn eine bestimmte Verbreitungsleistung, die für die Grundversorgung wichtig ist, am Markt nur gegen Zahlung erhältlich ist. Auch in einem solchen Fall ist die Zahlungspflicht dann aber nur *Reflex*, nicht *Gegenstand* des Rundfunkauftrags. Ist der betreffende Erfolg auch auf anderem Weg erreichbar, z.B. aufgrund der Must-Carry-Regeln schon durch die reine Überlassung der Programme, dann ist die Zahlung kein Selbstzweck (OLG München MMR 2014, 201, 202). Innerhalb einer „Nutzungs“-Zielvorgabe gebietet der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, das Ziel auf dem sparsamsten und wirtschaftlichsten Weg zu erreichen, d.h. *nicht* zu zahlen, vgl. Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 44 ff.; Hain et al. MMR 2013, 769, 772 f.; Binder, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 8.

²²⁷² Gerpott/Winzer, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht, 1 ff.

²²⁷³ DVB-T im aktuellen Entwicklungsstand transportiert nur Programme in SD-Qualität; die höherwertige HD-Qualität zählt jedoch nicht zur Grundversorgung. Zur Verfügbarkeit von DVB-T vgl. www.ueberallfernsehen.de. Per Satellit ist das gesamte TV- und Hörfunkangebot der öffentlich-rechtlichen Veranstalter in allen Qualitätsstufen empfangbar.

zwangsweise noch *weitere* Verbreitungswege zu *nutzen*, ergibt sich somit aus § 19 RStV nicht.²²⁷⁴

Was die Nutzung von *Rundfunkplattformen* angeht, ist außerdem zu berücksichtigen, dass diese als Primärsendeweg eher ungeeignet ist. Plattformbetreiber besetzen per definitionem eine „Gatekeeper“-Position, die geeignet ist, die Rundfunkvielfalt zu beeinträchtigen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben es mit Anbietern zu tun, die *eigene*, mit dem öffentlich-rechtlichen Verbreitungsauftrag nicht vollständig vereinbare Interessen verfolgen.²²⁷⁵ Die Rundfunkanstalten können bei der Weitersendung über Plattformen nicht vollständig kontrollieren, wie ihre Programme angeboten werden.²²⁷⁶ Dies steht dem Ansinnen, über Plattformbetreiber eine „Grundversorgung“ zu gewährleisten, entgegen.²²⁷⁷ Meist sprechen also gute Gründe gegen die gezielte *Nutzung* einer Plattform durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Primärverbreitungsweg.²²⁷⁸

12.1.2.3 Pflicht zur Überlassung der Programme („Must Offer“)

Aus dem Ergebnis, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten bestimmte Plattformen nicht *nutzen* müssen, folgt nicht zwingend, dass sie diesen Plattformbetreibern ihre Programme auch *vorenthalten* dürften.

Es ist etwas anderes, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sich entscheiden, eine bestimmte Empfangbarkeit nicht *sicherzustellen*, oder ob sie die Empfangbarmachung ihrer Programme durch bestimmte Dritte gezielt *unterbinden*. Die Pflicht, die Programme zur Weitersendung durch

²²⁷⁴ LG Berlin ZUM 2013, 954, 959; LG Köln MMR 2013, 542, 545; LG Bremen MMR 2013, 816, 819; LSG Sachsen ZfSH SGB 2012, 663, 667; abwägend OLG Brandenburg MMR 2002, 621, 623 f.

²²⁷⁵ Regelmäßig betrifft dies gerade die im vorigen Abschnitt genannten Kriterien, die für die Erfüllung des Verbreitungsauftrags relevant sind: Viele Plattformanbieter wollen z.B. die von ihnen übertragenen Programme verschlüsseln oder verlangen von den Rundfunkteilnehmern für den Empfang der Programme Entgelte. Teils speisen sie nicht das vollständige öffentlich-rechtliche Programmangebot ein oder vermarkten den Zugang zu den Programmen nur gekoppelt mit eigenen kommerziellen Angeboten. Die öffentlich-rechtlichen Programme sind in diesen Modellen Wirtschaftsprodukt; sie stehen weder flächendeckend noch zugangsoffen zur Verfügung; vgl. auch Stettner ZUM 2000, 204, 205; Dörr ZUM 2013, 81, 102.

²²⁷⁶ Zur Reichweite von § 52a Abs. 3 RStV vgl. ab S. 297.

²²⁷⁷ Binder, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 51

²²⁷⁸ So zum Kabelnetz von Kabel Deutschland LG Köln MMR 2013, 542, 543.

Plattformbetreiber *zur Verfügung zu stellen*, wird hier als „Must Offer“ bezeichnet.

Nach hier vertretener Ansicht verlangt der öffentlich-rechtliche Rundfunkauftrag nicht nur die Grundversorgung im Sinn einer Mindestversorgung, sondern ist darüber hinaus auch als *Optimierungsauftrag* zu verstehen²²⁷⁹ – zumindest in dem Sinn, dass die Rundfunkanstalten gehalten sind, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln das im Sinn der Rundfunkvielfalt bestmögliche Ergebnis zu erreichen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben vor diesem Hintergrund die Aufgabe, die Verbreitung ihrer Programme auf möglichst vielen alternativen Wegen zu *ermöglichen*, selbst wenn sie diese Wege nicht im engeren Sinne *nutzen* wollen.²²⁸⁰ Je stärker der Wettbewerb unter den Plattformanbietern ist und je mehr alternative Bezugsmöglichkeiten für die Rundfunkteilnehmer bestehen, desto mehr ist auch den Interessen der Rundfunkvielfalt gedient.

Dies spricht grundsätzlich für eine Unterstützung *jedes* Plattformanbieters, solange den Rundfunkanstalten aus dessen Aktivitäten keine Schäden (insb. keine Kosten) entstehen.²²⁸¹ Wenn allerdings ein bestimmter Plattformanbieter den Interessen der Rundfunkanstalten zuwider handelt, z.B. auf seiner Plattform Datenschutz- oder Jugendschutzrecht missachtet, bestehen legitime Gründe, ihm (soweit als möglich)²²⁸² die Weitersendung der Programme zu verweigern.

In jedem Fall haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Beurteilung der Frage, welches Ergebnis aus Sicht der Rundfunkvielfalt das „bestmögliche“ ist, eine Einschätzungsprärogative, die nur eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann.²²⁸³ Im Übrigen gilt, dass der Rundfunkauftrag zwar Pflichten für die Rundfunkanstalten enthält, aber

²²⁷⁹ Cornils, Ausgestaltung der Grundrechte, 150 f.; Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 42.

²²⁸⁰ Der Unterschied besteht darin, dass im Fall der Nutzungspflicht die Rundfunkanstalt es sicherstellen muss, dass die Programme über den betreffenden Verbreitungsweg empfangbar sind. Im Fall der Ermöglichungspflicht steht es noch im Belieben des Plattformanbieters, ob er die ihm angebotenen Programme einspeist oder nicht.

²²⁸¹ Hain et al. MMR 2013, 769, 773.

²²⁸² Die Möglichkeiten, ein bestimmtes Programm tatsächlich vorzuhalten, sind sowohl technisch begrenzt, als auch rechtlich schwer durchsetzbar. Zu § 52a Abs. 3 RStV siehe ab S. 297, zu urheberrechtlichen Pflichten zur Programmüberlassung sogleich ab S. 432.

²²⁸³ Ladeur ZUM 2012, 939, 939 ff.

keine korrespondierenden Rechte Dritter. Die §§ 11 und 19 RStV sind keine drittschützenden Normen oder zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen.²²⁸⁴

12.2 Urheberrecht

Must Offer-Ansprüche können sich auch aus urheberrechtlichen Vorschriften ergeben.

Wie bereits erörtert, erfassen die urheberrechtlichen Kontrahierungszwänge nach den §§ 20, 20b UrhG i.V.m. § 11 UrhWahrnG bzw. § 87 Abs. 5 UrhG gemeinsam lückenlos das Recht zur *Kabelweitersendung*, und zwar sowohl bezüglich der Rechte der Urheber, als auch bezüglich der Rechte der Sendeunternehmen.²²⁸⁵ In diesem Bereich unterliegen die Lizenzgeber einem Kontrahierungszwang, d.h. die Plattformbetreiber können auch *gegen den Willen* der Lizenzgeber alle erforderlichen Urheberrechte erwerben.²²⁸⁶

Die Reichweite der Kontrahierungszwänge ist in *sachlicher* Hinsicht aber begrenzt. Sie erfassen nur die Verbreitung in Kabelnetzen; die Anwendung der §§ 20b, § 87 Abs. 5 UrhG auf *andere* Plattformarten ist umstritten und wird von der Rechtsprechung bisher abgelehnt.²²⁸⁷ Unstrittig dürfte sein, dass Satelliten- und Terrestrikplattformen nicht erfasst sind. Auch jede Art der *zeitversetzten* Auswertung ist nicht erfasst – die Auswertung per Video bzw. Audio on Demand beurteilt sich nur nach § 19a UrhG, bei dem keine entsprechenden Kontrahierungszwänge bestehen.²²⁸⁸ Die Literatur fordert teils energisch Reformen oder zumindest eine Klarstellung im Gesetzestext.²²⁸⁹ Im status quo gilt aber, dass die Kontrahierungszwänge ausschließlich die Kabelweitersendung betreffen.

Der urheberrechtliche „Must Offer“-Zwang berechtigt außerdem nur zur sog. *integralen* (d.h. zeitgleichen, unveränderten und vollständigen) *Weitersendung*.²²⁹⁰ Die Plattformbetreiber erwerben somit weder ein Recht,

²²⁸⁴ Binder, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 19 Rn. 28 ff.; a.A. Gersdorf K&R-Beil. zur Heft 1/2009, 1, 9 f.

²²⁸⁵ Siehe ab S. 326.

²²⁸⁶ Siehe dazu ab S. 328.

²²⁸⁷ LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586; ähnlich *Neurauter* GRUR 2011, 691, 693.

²²⁸⁸ Vgl. auch OLG Dresden MMR 2011, 610, 612 - *Save.tv*; BGH NJW 2009, 3511 - *Shift TV*; *Kianfar* GRUR-RR 2011, 393; *Neurauter* GRUR 2011, 691.

²²⁸⁹ *Neurauter* GRUR 2011, 691, 697.

²²⁹⁰ LG Leipzig ZUM 2001, 719, 721 f. LG Leipzig ZUM-RD 2001, 143, 145; *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 77 ff.

das Sendesignal zu verändern, noch es in einer Weise zu vermarkten, die über die reine „Weitersendung“ des Signals hinausreicht.²²⁹¹ Der urheberrechtliche Must Offer-Zwang ist also geeignet, den Kabelnetzbetreibern einen Zugriff auf die Programme zu verschaffen, limitiert aber gleichzeitig deren Nutzbarkeit.

Die urheberrechtliche Zwangslizenz ist nur gegen eine „angemessene Vergütung“ erhältlich, was die *Durchsetzbarkeit* dieses Anspruchs erschwert. Weigert sich eine Verwertungsgesellschaft oder ein Sendeunternehmen, die erforderlichen Weitersenderechte einzuräumen, können die betroffenen Plattformbetreiber ein „Recht auf Einspeisung“ nur erlangen, indem sie eine angemessene Lizenzvergütung *hinterlegen* und gleichzeitig dem Rechteinhaber den unbedingten *Abschluss eines Lizenzvertrags anbieten*.²²⁹² In Streitfällen über die Kabelweitersendung ist regelmäßig zunächst die Schlichtungsstelle beim DPMA einzuschalten.²²⁹³ Wird dies nicht zuvor durchgeführt, erklären Gerichte sich für nicht zuständig.²²⁹⁴

12.3 Kartellrecht

Als Grundlagen für einen „Must Offer“-Anspruch kommen auch kartellrechtliche Normen in Betracht; zum einen die Regeln zum Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen (§§ 1 ff. GWB, Art. 101 AEUV), zum anderen die Marktmachtmissbrauchsverbote nach den §§ 18 ff. GWB, Art. 102 AEUV. Auch hieraus können sich (indirekt) „Must Offer“-Pflichten ergeben.

In Verbindung mit § 33 GWB können diese Normen in Form von Schadensersatzansprüchen auch im Zivilrechtsweg eingeklagt werden. Die Rechtsfolge dieses Anspruchs zielt dann auf Naturalrestitution.²²⁹⁵ Ein „Must Offer“-Anspruch kann sich demnach ergeben, wenn die Naturalrestitution erfordert, *zukünftig das Programm zu überlassen*.

²²⁹¹ Die urheberrechtliche Kabelweitersendungs-Zwangslizenz verleiht im Normalfall kein Recht zur Pay-TV-Vermarktung; siehe dazu *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 80 ff.

²²⁹² *Kianfar* GRUR-RR 2011, 393, 395.

²²⁹³ BGH MMR 2013, 522, 525 f. – *Shift TV 2*.

²²⁹⁴ So der Fall z.B. in OLG Dresden MMR 2011, 610, 612 – *Save.tv*.

²²⁹⁵ *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 11.

12.3.1 Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen

Gem. § 1 GWB und Art. 101 AEUV sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verboten.

Zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zählen grundsätzlich auch Vereinbarungen entlang *vertikaler* Marktbeziehungen, d.h. zwischen Lieferant und Abnehmer.²²⁹⁶ Relevant werden im Kontext von „Must Offer“-Ansprüchen meist *vertikale* Vertriebsstrukturen betreffend Urheberrechte, d.h. ein *Lizenzgeber* räumt einem *Lizenznehmer* (meist exklusive) Nutzungsrechte an Programmmaterial ein. Solche exklusiven Rechteeinräumungen sind problematisch, weil sie einzelne Marktteilnehmer begünstigen, gleichzeitig aber alle anderen Marktteilnehmer von der Nutzung des betreffenden Lizenzrechts (d.h. des Programms) ausschließen. Führt dies zu einer Wettbewerbsbeschränkung, kann sich ein Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV ergeben.²²⁹⁷

Voraussetzung einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache ist unter anderem, dass sie tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* oder *bewirkt*. Fehlt es an einer solchen Wirkung, verstößt die Absprache nicht gegen Kartellverbote des GWB oder des AEUV.²²⁹⁸ Dies kann Anreize dahingehend setzen, Absprachen so auszugestalten, dass sie nicht wettbewerbsbeschränkend wirken. Um einen Verstoß gegen das Kartellverbot zu vermeiden, könnte ein Programmveranstalter sich daher entscheiden, seine Lizenzen nicht-exklusiv an mehrere Plattformbetreiber zu vergeben, statt exklusiv nur an einzelne Marktteilnehmer. Entsprechende Zugeständnisse sind auch als Zusageangebote in Kartellverfahren denkbar.²²⁹⁹

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass ein Exklusivsystem bei der Lizenzvergabe zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen *kann*, aber nicht

²²⁹⁶ Christmann ZUM 2009, 7, 9.

²²⁹⁷ Scheuer/Schweda, IRIS Plus 2008-10, 6.

²²⁹⁸ Zum Prüfungsmaßstab EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, Rn. 55 ff – *GlaxoSmithKline*.

²²⁹⁹ Scheuer/Schweda, IRIS Plus 2008-10, 6.

muss:²³⁰⁰ Auch dann, wenn Lizenzen territorial exklusiv vergeben werden, verstößt dies noch nicht automatisch gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB.²³⁰¹

Erst wenn das System der Lizenzvergabe dazu geeignet ist, den Wettbewerb in einem bestimmten Markt effektiv „auszuschalten“, kommt ein Verstoß gegen Kartellrecht in Frage. Auch dann ist noch zu fragen, ob die Wettbewerbsstörung zu *rechtfertigen* ist, z.B. durch den spezifischen Gegenstand des geistigen Eigentums.²³⁰²

12.3.2 Missbrauchsverbot

Als Anspruchsgrundlage für einen "Must Offer"-Anspruch kommt außerdem ein Kontrahierungszwang aus § 33 GWB i.V.m. den §§ 18 ff. GWB und Art. 102 AUV in Betracht.

Voraussetzung ist, dass der betreffende Programmveranstalter eine *marktbeherrschende Stellung* auf dem Markt hat, auf dem Plattformbetreiber die „plattformtypischen“ Vermarktungsrechte nachfragen: Das BKartA spricht insofern von einem „Senderechtemarkt“, der sich wiederum in einen Free- und einen Pay-TV-Markt aufteilt.²³⁰³

Marktbeherrschend auf dem Senderechtemarkt sind nach der hier vertretenen Meinung zumindest die *Veranstalter der wichtigsten Vollprogramme*, die von den Rezipienten als unverzichtbar angesehen werden („Must Have-Programme“).²³⁰⁴ Bei diesen Programmen ist von einer Nicht-Substituierbarkeit auszugehen, so dass diesbezüglich der Senderechtemarkt noch einmal in programmbezogene Märkte aufzuteilen wäre („ein Programm, ein Markt“).

Unabhängig davon ließe sich argumentieren, dass eine Marktbeherrschung sich auch aus den *Must Carry-Regeln* ergeben kann.²³⁰⁵ Dem ist insofern zuzustimmen, als dass ein Plattformbetreiber einer Nachfrage nach diesen

²³⁰⁰ Müller/Beckmann, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Teil 10 Rn. 188.

²³⁰¹ Soldner K&R 2011, 760, 762; Peifer GRUR-Prax 2011, 435, 435 f.; Hoeren/Bilek CR 2011, 735.

²³⁰² EuGH, Urt. v. 4.10.2011, Rs. C-403/08 und C-429/08, Rn. 106 ff. – *Murphy*.

²³⁰³ BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 – 22/07, 32 ff. – *Verschlüsselung von Free-TV-Programmen*.

²³⁰⁴ Zum Markt für Programmzeitschriften EuGH, Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Rn. 47 – *Magill*; allgemein zur sog. Spitzenstellungsabhängigkeit Lübbert, in: Wiedemann, Hdb. des Kartellrechts, § 25 Rn. 12.

²³⁰⁵ Trute/Broemel MMR-Beil. zu Heft 11/2012, 5.

Programmen – ähnlich wie bei den „Must Have“-Programmen – nicht ausweichen kann.²³⁰⁶ Für die übrigen Programme wäre ein deutschland- oder sogar europaweit einheitlicher Markt anzunehmen, der sich nur nach den eingeräumten Senderechten sachlich in einen Free-TV- und einen Pay-TV-Senderechtemarkt aufteilt.²³⁰⁷

Eine Marktbeherrschung eines Programmveranstalters ist allerdings generell ausgeschlossen, wenn er am „Senderechtemarkt“ *gar nicht teilnimmt*. Einige Programmveranstalter – vor allem die Rundfunkanstalten der ARD und das ZDF – vergeben ihre „Senderechte“ gar nicht selbst, sondern haben sie zur Wahrnehmung den Verwertungsgesellschaften überlassen. Diese wiederum unterliegen urheberrechtlich festgelegten Kontrahierungszwängen.²³⁰⁸ Ist auf diese Weise sichergestellt, dass der Programmveranstalter selbst über seine Senderechte keine entgeltlichen Verträge abschließt, ist er auch nicht Marktteilnehmer und unterfällt – unabhängig von der Veranstaltung von „Must Have“- oder „Must Carry“-Programmen – nicht den kartellrechtlichen Pflichten nach den §§ 18 ff. GWB.

Ist eine Marktbeherrschung anzunehmen und ein Programm wird vorenthalten, stellt sich die Frage nach einer Rechtfertigung dieser Verweigerung des Programms.

Anders als bei herkömmlichen Fällen der Geschäftsverweigerung²³⁰⁹ steht bei „Must Offer“-Ansprüchen nicht die Verweigerung einer *allgemeinen* Dienstleistung in Frage, sondern die Überlassung von Programmen zur Weitersendung – und damit die zwangsweise Erteilung einer *urheberrechtlichen Lizenz*,²³¹⁰ bezogen auf die jeweils avisierte Verwendung des Programms.²³¹¹ Ein kartellrechtlicher Zwang zur Lizenzerteilung

²³⁰⁶ Anders als bei einer Pflicht zur Zahlung von *Einspeiseentgelten* („Must Pay“), die sich angeblich aus einer durch die Must Carry-Pflichten ausgelöste Marktbeherrschung des *Einspeisemarktes* ergeben soll (siehe dazu ab S. 392), würde ein kartellrechtlicher *Must Offer*-Zwang keinen Interessenwiderspruch zu § 52b RStV auslösen; denn § 52b RStV setzt die Programmüberlassung ja sogar voraus. Problematisch bleibt aber ein Widerspruch zu den §§ 19 und 52a Abs. 3 RStV bzw. unmittelbar Art. 5 GG. Auf dieses Problem wird in Abschnitt 12.4 ab S. 438 noch gesondert eingegangen.

²³⁰⁷ BKartA, Beschl. v. 27.12.2012, Az. B7 – 22/07, 32 ff.- Verschlüsselung von Free-TV-Programmen.

²³⁰⁸ Siehe dazu ab S. 328.

²³⁰⁹ Siehe dazu ab S. 341.

²³¹⁰ *Scheuer/Schweda*, IRIS Plus 2008-10, 9 ff.

²³¹¹ Plattformanbieter können die Programme z.B. als Free-TV, als Pay-TV oder nur unter bestimmten technischen Bedingungen zugänglich machen; Programmveranstalter können versuchen, zu diesen Angebotsmodalitäten Vorgaben zu machen. Die urheberrechtliche

bedeutet einen Eingriff in das urheberrechtlich zugewiesene Alleinentscheidungsrecht des Rechteinhabers und ist deswegen nur unter engen Bedingungen einzuräumen.

Der *EuGH* hat in den Entscheidungen *Magill*²³¹² und *IMS Health*²³¹³ speziell über die Fallgruppe der kartellrechtlichen Zwangslizenzen entschieden. Nach diesen Entscheidungen müssen Lizenzen zwangsweise nur unter den folgenden Bedingungen eingeräumt werden:²³¹⁴

- es gibt für die betreffenden Lizenzgüter keinen entsprechenden Ersatz;
- die Geschäftsverweigerung lässt sich nicht mit vernünftigen Gründen rechtfertigen;
- die Geschäftsverweigerung schließt den Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt vollständig aus.

Für den Fall, dass eine Lizenzverweigerung einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot darstellt, ist damit noch nicht unmittelbar ein *Must Offer-Anspruch* gegeben. Denn ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang verlangt immer nur den Abschluss eines Vertrags zu *marktüblichen Bedingungen*.²³¹⁵ Dies gilt zumal im Urheberrecht, wo gem. § 32 UrhG grundsätzlich eine „angemessene Vergütung“ zu zahlen ist, selbst wenn sie nicht vertraglich vereinbart wurde.²³¹⁶

Ein Plattformbetreiber kann deshalb auch einen *kartellrechtlich* begründeten *Must Offer-Anspruch* nicht einfach einklagen. Ähnlich wie bei der *urheberrechtlichen* Zwangslizenz muss er zuvor ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrags machen, wobei die Vergütung in das billige Ermessen des Lizenzgebers zu stellen ist.²³¹⁷ Alternativ zu einer Klage kann ein Rundfunkplattformbetreiber auch das Programm einfach nutzen und Unterlassungsansprüchen des Rechteinhabers den *kartellrechtlichen*

Kabelweitersendungs-Zwangslizenz verleiht im Normalfall kein Recht zur Pay-TV-Vermarktung; siehe dazu *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, 80 ff.

²³¹² EuGH, Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P – *Magill*.

²³¹³ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01- *IMS Health*.

²³¹⁴ Siehe dazu *Wilhelmi* WRP 2009, 1431; *Deselaers*, EuZW 1995, 563; *Cohen/Mortelmans* GRUR-Int 1997, 11; *von Welser*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, vor §§ 120 ff. Rn. 46.

²³¹⁵ BGH GRUR 2009, 694, 696 ff. – *Orange Book-Standard*.

²³¹⁶ OLG Dresden ZUM 2010, 362.

²³¹⁷ OLG Dresden ZUM 2010, 362, 364 f.; Dies führt dazu, dass die Festsetzung der Lizenzgebühr gem. § 315 BGB gerichtlicher Kontrolle unterliegt, vgl. *Jestaedt* GRUR 2009, 801, 803.

Zwangslizenzeinwand entgegenhalten; dieser Einwand wirkt jedoch nur, wenn das Unternehmen neben dem unbedingten Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrags auch eine *angemessene Lizenzgebühr hinterlegt* hat.²³¹⁸

Zusammenfassend ergibt sich, dass kartellrechtliche Must Offer-Ansprüche nur schwer zu begründen sind. Voraussetzung ist eine marktbeherrschende Stellung, was allenfalls für die großen Sendergruppen und die Veranstalter der wichtigsten „Must Have“- bzw. Must Carry-Programme zu bejahen wäre - jedoch nur, soweit diese überhaupt Marktteilnehmer sind. Selbst die marktbeherrschenden Veranstalter können sich außerdem darauf berufen, nach der Rechtsprechung von EuGH und BGH an ihren Schutzrechten nur unter sehr engen Voraussetzungen Zwangslizenzen einräumen zu müssen. Selbst für diesen Fall steht ihnen noch eine angemessene Vergütung zu.

12.4 Konflikt zur Dispositionsfreiheit der Veranstalter

Nach dem oben gefundenen Ergebnis sind Konstellationen denkbar, in denen sich aus dem Rundfunkrecht, dem Urheberrecht oder dem Wettbewerbsrecht ein „Must Offer“-Zwang ergeben kann. Diese verschiedenen „Must Offer“-Ansprüche stehen jedoch in Konflikt zu Normen, die die *Dispositionsfreiheit* der Programmveranstalter schützen.

Diese Normen schützen das Recht der Programmveranstalter, *selbst* darüber entscheiden können, wer in welcher Weise ihr Programm am Markt anbietet:

- § 19 RStV (für die öffentlich-rechtlichen Veranstalter) bzw. unmittelbar die *Rundfunkfreiheit* nach Art. 5 GG (für die privaten Veranstalter) berechtigen Programmveranstalter, *selbst* ihre Verbreitungswege zu wählen. Dies betrifft auch die Entscheidung über die Nutzung oder Nicht-Nutzung von Rundfunkplattformen.
- Hinzu kommt § 52a Abs. 3 RStV: Diese Vorschrift verleiht Programmveranstaltern ein Recht darauf zu untersagen, dass Plattformanbieter die „Programme [...] in Programmpakete aufnehmen oder in anderer Weise entgeltlich oder unentgeltlich vermarkten.“ Abgesehen von einer Ausnahmeklausel für „Veränderungen, die ausschließlich einer effizienten Kapazitäts-

²³¹⁸ BGH GRUR 2009, 694, 696 - *Orange Book-Standard*; *Jestaedt* GRUR 2009, 801, 802.

nutzung dienen“ ist die Freiheit, dieses Verbotsrecht zu nutzen, im Gesetzeswortlaut nicht beschränkt.²³¹⁹

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass einige Normen die Überlassung der Programme *verlangen* oder sie *voraussetzen*, andere aber Programmveranstaltern diesbezüglich ausdrücklich ein *Ermessen* einräumen, bzw. ihnen sogar *Untersagungsrechte* verleihen.

Zusammengefasst:

- Das *Medienrecht* gewährleistet einerseits für die Programmveranstalter die Freiheit bei der Auswahl der Verbreitungswege – andererseits setzt es implizit voraus, dass die Programme überlassen werden.
- Das *Urheberrecht* geht von einem allgemeinen Überlassungszwang aus; dieser bezieht sich allerdings nur auf die urheberrechtlichen *Kabelweitersenderechte*. Zu welchen Aktivitäten des Kabelnetzbetreibers das Recht auf integrale Kabelweiterleitung ermächtigt, ist in weiten Bereichen ungeklärt.
- Das *Kartellrecht* gesteht den Programmveranstaltern wirtschaftliche Betätigungsfreiheit zu, die bei Bestehen von Marktmacht aber Grenzen unterworfen ist. Auch marktmächtige Programmveranstalter dürfen ihre Programme aber zurückhalten, sofern dies nachvollziehbar begründet ist und die Begründung einer Abwägung mit den allgemeinen Wertungen des Wettbewerbsrechts standhält.

Die Rechtslage ist damit *in sich widersprüchlich*. Insbesondere bleibt die Frage offen, ob urheberrechtliche und kartellrechtliche Must Offer-Zwänge gegenüber § 19 RStV und § 52a Abs. 3 RStV *vorrangig* sind, d.h. auch *medienrechtlich* begründeten Untersagungen entgegen gehalten werden können.

Das Problem lässt sich letztlich nur unter einem Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertungen lösen,²³²⁰ wobei der europarechtliche Rahmen mit einzubeziehen ist. Im Grundsatz gebührt den Programmveranstaltern die *Freiheit der Auswahl der Verbreitungswege*, die

²³¹⁹ Zur Auslegung von § 52a RStV siehe ab S. 299.

²³²⁰ Allgemein zum Verhältnis des Medienrechts zum Kartellrecht ab S. 145, zum Urheberrecht siehe ab S. 145.

sich aus Art. 5 GG bzw. Art. 11 EU-GrCh, Art. 10 EMRK ergibt.²³²¹ Eine einseitige Pflicht der Programmveranstalter, ihre Programme zu *jeder erdenklichen Bedingung und Vermarktungsvariante* zur Verfügung zu stellen, wäre deshalb ein deutlicher Verstoß gegen die Rundfunkfreiheit.²³²²

Andererseits sind die Grundrechte der Rundfunkveranstalter aber jeweils *einschränkbar*, wenn dies legitimen Interessen dient. Sowohl die kartell- als auch die urheberrechtlichen Must Offer-Zwänge dienen dem Zugriff der Plattformanbieter auf Programme, die für die Allgemeinheit wichtig sind. Die *allgemeine Verfügbarkeit* dieser Programme ist, wie sich ja auch in § 52b RStV zeigt, zumindest in Teilbereichen auch ein Interesse des Medienrechts. Hinzu kommt, dass die medien-, urheber- und kartellrechtlichen Must Offer-Zwänge alle eine *Interessenabwägung* zulassen. Die Programmveranstalter müssen ihre Programme demnach nicht generell und ausnahmslos überlassen, sondern nur unter „angemessenen“ Bedingungen. Die Klauseln zur Interessenabwägung lassen sich deshalb im Lichte der Rundfunkfreiheit so interpretieren, dass die von der Rundfunkfreiheit geschützten Interessen der Programmveranstalter gewahrt bleiben.

Somit ergibt sich als Lösung, dass der Rechtsordnung kein *schlechthin* gewährleisteter „Must Offer“-Anspruch zu entnehmen ist. Gleichzeitig besteht aber in bestimmten Konstellationen ein legitimer Anspruch der Plattformbetreiber auf Programmüberlassung, den die Rundfunkveranstalter nur mit guten Gründen zurückweisen können. Das Ergebnis ergibt sich dann aus einer Interessenabwägung im Einzelfall.

²³²¹ Zu EMRK siehe ab S. 198, zur Grundrechtecharta ab S. 200.

²³²² Siehe zum verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers ab S. 146, speziell zu Schutzpflichten gegenüber Rundfunkveranstaltern ab S. 195.

13. Anhang

13.1 Handlungsempfehlungen an die Gesetzgeber

Diese Arbeit hat im Zusammenhang mit den §§ 52 ff. RStV viele Einzelprobleme benannt und, soweit möglich, Lösungsmöglichkeiten angeboten. Dies waren aber jeweils Lösungswege auf Basis des geltenden Rechts, keine Vorschläge zur zukünftigen Normgestaltung.

Vorschläge, die sich aus den Ergebnissen dieser Arbeit ableiten und sich an die *Gesetzgeber* richten, sind im folgenden Abschnitt enthalten. In Abschnitt 13.1.1 werden zunächst eher abstrakte Vorschläge formuliert; in Abschnitt 13.1.2 sind konkrete Handlungsempfehlungen beschrieben.

13.1.1 Leitlinien und Prinzipien

Die Debatte um eine Weiterentwicklung der Plattformregulierung berührt eine Reihe von grundsätzlichen Fragen der Zukunft des Mediensystems.

Um diese Debatte zu unterstützen, sollen hier noch einige Gedanken zur Weiterentwicklung der Plattformregulierung zusammengefasst werden, die sich aus dieser Arbeit ableiten.

13.1.1.1 Grundsätzlich zur Regulierung von Rundfunkplattformen

Die Plattformregulierung gehört wohl zu den ambitioniertesten, gleichzeitig aber auch schwierigsten Regelungsvorhaben, die die Landesgesetzgeber in den letzten Jahren unternommen haben. Die Gesetzgeber haben mit der Plattformregulierung auf gleich mehrere Trends reagiert: Einerseits auf die zunehmende *Medienkonvergenz*, d.h. die Vermischung von technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Kategorien; andererseits auf die damit einhergehende zunehmende Einflussnahme von *Intermediären* auf die verfassungsrechtlich zu schützende Meinungsvielfalt.

Die Plattformregulierung ist insofern ein zukunftsträchtiges und wichtiges Feld der Medienregulierung, dem die Gesetzgeber auch weiterhin viel Aufmerksamkeit zukommen lassen sollten. Dass dabei immer wieder auch Fehlsteuerungen korrigiert werden müssen, ergibt sich sowohl aus dem

schnellen Wandel in Wirtschaft und Technik, als auch aus Lernprozessen, die die Gesetzgeber und Regulierer durchlaufen.²³²³

Bei einer Novelle der Plattformregulierung sind nicht nur komplexe wirtschaftliche und technische Materien zu durchdringen. Die Plattformregulierung bewegt sich auch in einem komplexen Geflecht aus verfassungs-, bundes- und europarechtlichen Rahmenbedingungen. Diesen Vorgaben muss auch eine *Weiterentwicklung* der Plattformregulierung Rechnung tragen.

Welche technischen, wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen bestehen, hat diese Arbeit bereits detailliert dargestellt.²³²⁴ Im Folgenden sollen deshalb nur einige Prinzipien zusammengefasst werden, die bei einer Weiterentwicklung der Plattformregulierung zu beachten sind:

- Notwendig ist aus verfassungsrechtlicher, teils auch aus europarechtlicher Sicht ein *ausreichend hohes Regulierungsniveau*; dem verständlichen Wunsch vieler Marktteilnehmer nach Deregulierung sind insofern Grenzen gesetzt.

Es ist insbesondere zu beachten, dass die Plattformregulierung Teil des verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrags ist. Dieser verpflichtet die Gesetzgeber, der „Sondersituation“ des Rundfunks Rechnung zu tragen und Bedrohungen der Rundfunkvielfalt schon in einem frühen Stadium zu vermeiden.²³²⁵ Es spricht vieles dafür, die Festlegung von Must Carry-Pflichten jedenfalls für die Grundversorgungsprogramme als verfassungsrechtlich zwingend anzusehen.²³²⁶

Ist diese Entscheidung den Gesetzgebern verfassungsrechtlich vorgegeben, greift zwingend auch Art. 31 UDRL ein, der wiederum detaillierte Vorgaben zur Ausgestaltung von Must Carry-Pflichten macht. Im Ergebnis bleibt damit den Gesetzgebern jedenfalls im Kernbereich der Plattformregulierung – der Festlegung von Must Carry-Pflichten – wenig Spielraum.

²³²³ Konkrete Änderungsvorschläge sind dargestellt ab S. 450.

²³²⁴ Insbesondere zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben siehe Abschnitt 7.1 ab S. 139; zu den europarechtlichen Vorgaben Abschnitt 7.2 ab S. 198.

²³²⁵ Grundsätzlich zum Gestaltungsauftrag und der Sondersituation des Rundfunks ab S. 146.

²³²⁶ Siehe dazu insbesondere auf S. 150 und die dort angegebenen Fundstellen.

- Die Marktentwicklung im Bereich der Rundfunkplattformen weist zwei wesentliche Tendenzen auf: Einerseits kommt es zu vermehrten Markteintritten und damit auch zu *mehr Wettbewerb*. Dadurch verschieben sich Kräfteverhältnisse, es kommt zu Bewegung im Markt. Andererseits sind aber weiterhin, in einigen Bereichen sogar verstärkt, *Konzentrations- und Vermachtungstendenzen* erkennbar. Für Programmveranstalter wird es in dieser Rahmensituation immer herausfordernder, die Distribution ihrer Programme zu kontrollieren.

Must Carry-Regeln haben in dieser Situation der Volatilität ihre fortgesetzte Berechtigung, denn sie sichern (als regulatorisch festgelegte *Konstante*) die Empfangbarkeit bestimmter Programme bei den Endkunden. Auch Regeln, die das Kräfteverhältnis zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern im Allgemeininteresse regulieren und ordnen (z.B. § 52a Abs. 3 RStV und die verschiedenen „Must Offer“-Vorschriften) sind zwingend notwendig und sollten ausgebaut werden.

- Das technologische und wirtschaftliche Umfeld der Plattformregulierung ändert sich rasant. Die Medienkonvergenz, die Digitalisierung und ihre Folgen und die ständig fortschreitende Vernetzung und Technisierung aller Lebensbereiche führen dazu, dass normative Kategorien schnell ihre Anknüpfungspunkte verlieren. Die Gesetzgeber können die Plattformregulierung deshalb nicht über längere Zeit „unbearbeitet“ lassen.

Wie in allen Bereichen, in denen Recht flexibel und innovativ sein muss, sollten die Gesetzgeber sich aber auf die Regelungsmethoden konzentrieren, die eine flexible Normanwendung möglich machen: Offen formulierte Tatbestände, die eher das normativ gewollte *Ergebnis* bestimmen, als bestimmte (technische oder sonstige) Vorfragen zu klären. Einen optimalen Ausgleich zwischen Rechtssicherheit für die Normadressaten und Flexibilität für die Normanwender bietet insbesondere die *Regelbeispielstechnik*.

- Auch alternative Regulierungskonzepte, z.B. die Anreizregulierung oder die regulierte Selbstregulierung können in Teilbereichen eine aussichtsreiche Alternative sein. Gleichzeitig sollte bei Abweichungen

von der herkömmlichen ordnungsrechtlichen Methodik aber im Auge behalten werden, dass – historisch belegt²³²⁷ – von Plattformbetreibern eine ständige Gefahr ausgeht, den deutschen TV-Markt zu monopolisieren. Die Möglichkeit (und Pflicht) der Plattformaufsicht, zum Schutz der Rundfunkvielfalt im Ernstfall schnell und effektiv einzugreifen, sollte deshalb nicht ausgeschlossen werden.

Diese allgemeinen Bemerkungen vorausgeschickt, soll es nun um konkrete Spannungsfelder gehen, in die die Gesetzgeber die Plattformregulierung einordnen müssen.

13.1.1.2 Die Rundfunkplattform im Umfeld der Medienregulierung

Der Begriff des Plattformanbieters gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV betrifft die *Aggregation von Medieninhalten*. Die Kategorie des Plattformanbieters ist damit eine von vielen „Intermediärs“-Kategorien, die sowohl der Bund- als auch die Landesgesetzgeber im Lauf der Jahre eingeführt haben.²³²⁸

Hier seien nur die wichtigsten genannt: Telekommunikationsdienste (§ 3 Nr. 24 TKG), die telekommunikationsgestützten Dienste (§ 3 Nr. 25 TKG), die elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste (§ 1 Abs. 1 Satz 1 TMG), die Telemedien (§ 1 Abs. 1 Satz 1 TMG, § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV), einschließlich diverser Untergruppen wie „vergleichbaren Telemedien“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV) und „audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf“ (§ 2 Satz 1 Nr. 6 TMG) und der Rundfunk (§ 2 Abs. 1, Abs. 3 RStV).

An der Abgrenzung dieser verschiedenen Kategorien arbeiten Gesetzgeber und juristische Literatur sich schon länger ab. Größere Erfolge waren dabei bisher nicht zu verbuchen.²³²⁹ Ganz im Gegenteil sind die Grenzen der jeweiligen Kategorien bisher nur unscharf erkennbar.²³³⁰ Das Problem ist, dass sich durch die Konvergenz alle Medienformen vermischen – technische Sachverhalte taugen kaum noch als Anknüpfung für normative Aussagen. Wollen die Gesetzgeber auf die neuen Entwicklungen reagieren, können sie deshalb nicht mehr an die etablierten Kategorien anzuknüpfen: Begriffe wie

²³²⁷ Siehe zu den verschiedenen Versuchen einer Monopolisierung des deutschen TV-Marktes ab S. 13; zu den wirtschaftlichen Hintergründen dieser Monopolisierungsgefahr siehe ab S. 117.

²³²⁸ Zur Intermediärs-Stellung des Plattformbetreibers siehe ausführlich ab S. 232.

²³²⁹ Zur Problematik *Schwartmann*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 3 Rn. 12 ff.

²³³⁰ Vgl. *Schulz*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 5 ff.; *Holznapel/Kibele*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 Rn. 39 ff.; *Gersdorf*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, Einleitung Teil C Rn. 11 ff.; zum Europarecht *Kogler K&R* 2011, 621, 622.

„Fernsehen“, „Programm“ oder „Kabelnetz“ verblassen im Ergebnis der Medienkonvergenz.

Die Landesgesetzgeber haben auf diese Problematik reagiert, indem sie bei der Legaldefinition des Plattformanbieters so weit als möglich auf technische Begrifflichkeiten verzichtet haben. Die nunmehr verwendete Definition beschreibt die Tätigkeit eines Plattformanbieters sehr abstrakt. Dies führt zwar in einigen Aspekten zu Rechtsunsicherheit,²³³¹ erlaubt aber eine dynamische Anpassung der Plattformregulierung an Entwicklungen der Medienkonvergenz. Das Ziel, mit der Plattformregulierung „technologie-neutral“ all diejenigen Anbieter zu regulieren, die durch ihre Machtposition beim Zusammenfassen von Rundfunkprogrammen „meinungsbildungsrelevant“ werden, ist im Kern richtig und sollte weiterverfolgt werden.

Andererseits muss dieser Ansatz aber auch bei den *anderen* „Intermediärs“-Kategorien weiterentwickelt werden. Statt den Plattformbegriff ins Uferlose auszudehnen, sollten die Gesetzgeber prüfen, inwieweit sie alternative Intermediärskategorien bilden oder anpassen können, um aus diesen *gemeinsam* ein in sich schlüssiges Regulierungskonzept zu entwickeln.

Um einerseits für alle Betroffenen ein „Level Playing Field“ zu ermöglichen, andererseits aber auch das notwendige Regulierungsniveau beizubehalten, sollten die Gesetzgeber hierbei genau untersuchen, welche unterschiedlichen Intermediäre existieren und wie diese nach bestimmten, abstrakt zu formulierenden Kriterien einzuordnen sind.²³³²

Solche Kriterien könnten z.B. sein:²³³³

- Relevanz für die Meinungsbildung („Meinungsmacht“),
- Relevanz für den demokratischen Diskurs („Medium und Faktor“),
- Relevanz für die Grundversorgung,²³³⁴

²³³¹ Ricke MMR 2011, 642, 643.

²³³² Ricke MMR 2011, 642, 648.

²³³³ Ähnlich Schmidt/Kitz ZUM 2009, 739, 744.

²³³⁴ Die ersten drei Punkte gehören zum verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrag; siehe dazu ab S. 146.

- „Neutralität“ gegenüber den aggregierten und verbreiteten Inhalten.²³³⁵

Diese Kriterien sollten wiederum getrennt voneinander betrachtet werden, soweit es einerseits um *mögliche* Handlungen der Aggregatoren geht (abstrakte Gefahr), andererseits um ihr *tatsächliches* Verhalten (konkrete Gefahr). Die Medienregulierung kann auch abstrakte Gefahren bekämpfen – in diesem Fall verlangt allerdings das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass besonders schwerwiegende Rechtsgutsverletzungen drohen müssen.

Ein Beispiel: Anhand der oben genannten Kriterien könnte festgestellt werden, ob ein Betreiber einer *Suchmaschine* große Meinungsmacht hat und für den demokratischen Austausch und die Bedürfnisse der Verbraucher eine unverzichtbare Stellung einnimmt.²³³⁶ Es könnte auch geprüft werden, ob sich eine solche Suchmaschine gegenüber den aggregierten Inhalten „neutral“ verhält, d.h. offen und diskriminierungsfrei alle Inhalte einbezieht und zugänglich macht. Dies wäre jeweils getrennt für die *realen* Verhältnisse einerseits und für die *potentiellen* Gestaltungsmöglichkeiten andererseits festzustellen. Ausgehend von den gefundenen Ergebnissen ließe sich dann ermitteln, welcher Regulierungsbedarf – auch im Vergleich zu anderen Intermediären – tatsächlich besteht.

13.1.1.3 „Offenheit“ als Gegenspieler des Plattformbegriffs

§ 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV stellt Plattformen „in offenen Netzen“ von der Plattformregulierung weitgehend frei. Einige der Stimmen in der Literatur und vor allem die Landesmedienanstalten nehmen dies zum Anlass, den Begriff des „Offenen Netzes“ als eine Art Gegenspieler des Plattformbegriffs aufzubauen.²³³⁷ Demnach wäre dann ein nicht-geschlossenes Netz „offen“, ein geschlossenes Netz eine Plattform.

In der aktuellen Formulierung des Gesetzes ist dies allerdings nicht angelegt: Nirgends ist festgestellt, dass die beiden Begriffe als *Gegensätze* verstanden werden sollen.²³³⁸ Tatsächlich sind Netz und Plattform auf unterschiedlichen „Schichten“ des Kommunikationsvorgangs angesiedelt:²³³⁹ Plattformen sind

²³³⁵ Der Neutralitätsbegriff ist ambivalent; siehe dazu ab S. 134.

²³³⁶ Dazu schon *Kühling/Gauß* ZUM 2007, 881.

²³³⁷ Siehe dazu ab S. 274.

²³³⁸ Siehe dazu ab S. 278.

²³³⁹ Siehe dazu ab S. 232.

mögliche *Anwendungen* von Telekommunikationsnetzen, sie sind nicht mit ihnen identisch.²³⁴⁰

Die Gesetzgeber können den Begriff der „Offenheit“ als Regulierungsbegriff weiterentwickeln; zunächst sollten sie dazu aber dessen systematische Einordnung klären. Als ersten Schritt bietet sich an, § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV entsprechend seines Sinn und Zwecks vollständig neu formulieren. Dabei wäre auch der genannten Tatsache Rechnung zu tragen, dass gerade Plattformen, die „offene Netze“ nutzen, selten gleichzeitig Netzbetreiber sind.

Anbieten würde sich die folgende Formulierung:

„Mit Ausnahme der §§ 52 a und f gelten sie [die Regeln der Plattformregulierung] nicht für Anbieter von [...] Plattformen, die Netze nutzen, auf denen ausreichend offene Kapazitäten zur Verfügung stehen“.

Damit würde dem Sinn und Zweck der Freistellung besser Rechnung getragen.²³⁴¹ Durch die Formulierung wäre auch der Weg für eine vorwärtsgewandte Auslegung des Begriffs der „Offenheit“ geöffnet; hierfür wurden in dieser Arbeit die ersten Schritte getan.²³⁴²

13.1.1.4 Mögliche Erweiterung des Plattformbegriffs

Die Plattformregulierung adressiert derzeit Unternehmen, die Rundfunkprogramme und vergleichbare Telemedien „zusammenfassen“.

²³⁴⁰ Siehe dazu ab S. 274.

²³⁴¹ Der Begriff der „Plattform“ wird insbesondere von den Landesmedienanstalten mit dem Begriff „Netz“ gleichgesetzt; entsprechend wird auch der Plattformbetreiber mit dem Netzbetreiber gleichgesetzt. Dies ist aber kein zwangsläufiger Zusammenhang; vgl., zur rechtlichen Bewertung ab S. 274.

²³⁴² Zu Ansätzen hierzu siehe ab S. 275. Noch eine Randbemerkung, um Missverständnissen vorzubeugen: Diese Norm würde auch in der geänderten Fassung *nicht* das Problem der „Netzneutralität“ adressieren. Wenn das Netz des Netzbetreibers nicht mehr „offen“ genug ist, führt weder die derzeitige Rechtslage, noch der hier eingebrachte Änderungsvorschlag zu einer Ermächtigungsgrundlage gegen den *Netzbetreiber*. Vielmehr wäre als Rechtsfolge eines „Offenheits-Verstoßes“ der *Plattformbetreiber* (z.B. Zattoo) verpflichtet, die volle Plattformregulierung einzuhalten. Soweit die Landesgesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Vielfaltsregulierung auch die Netzneutralität gewährleisten wollen, wäre hierfür eine gesonderte Regelung notwendig. Diese sollte dann aber nicht Teil der Plattformregulierung sein; dies würde weder dem Regelungsgegenstand noch der Komplexität des Problems gerecht.

Gemeint sind damit nur *lineare* Inhalteangebote;²³⁴³ die „Zusammenfassung“ kann sich aus verschiedenen Aspekten ergeben, z.B. aus der Kontrolle über die Verbreitungsinfrastruktur oder über ein Conditional Access-System.²³⁴⁴

Die aktuelle Entwicklung zeigt jedoch, dass sich die „Gatekeeper“-Problematik bei der Rundfunkverbreitung nicht mehr nur auf die *lineare* Bündelung von Programmen beschränkt.²³⁴⁵ Auch Anbieter von Suchmaschinen oder von sonstigen Angeboten, die Rundfunkprogramme auffindbar machen oder empfehlen, gewinnen Einfluss auf die kommunikativen Chancen der Inhalteanbieter. Zudem verbreiten sich am Markt auch sog. Smart-TV-Geräte, deren Hersteller eigene „Portale“ vorinstalliert haben.²³⁴⁶ Die Gesetzgeber sollten auf diese Entwicklung reagieren. Die Regelungslücke sollte aber nicht geschlossen werden, indem die Plattformregulierung ohne weitere Modifikation auf Anbieter von Empfehlungssoftware, Suchmaschinen und Endgerätehersteller ausgedehnt wird. Dies würde den Begriff des Plattformanbieters noch weiter verwässern und eine effektive Rechtsanwendung behindern. Insbesondere sind einige Bestimmungen der Plattformregulierung, vor allem die Übertragungspflichten in § 52b RStV, speziell auf lineare Bündelungsformen zugeschnitten.

Die bessere Lösung besteht darin, Suchmaschinen, Empfehlungssoftware und Benutzeroberflächen zwar in *Zusammenhang* mit der Plattformregulierung zu behandeln, aber nicht den Begriff des Plattformanbieters auf diese Anbieter zu erweitern. Soweit die Gesetzgeber dazu eine neue Kategorie definieren wollen, sollten sie diese im Sinn von Verbesserungsvorschlag 13.1.1.2 spezifisch ausgestalten.²³⁴⁷

Ein alternativer Weg wäre, *gar keine* konkreten Adressaten zu benennen; dann wäre nach Grundsätzen des allgemeinen Ordnungsrechts jede natürliche oder juristische Person Normadressat, die den rechtlich gewollten Zustand als „Störer“ beeinträchtigt.

13.1.1.5 Fortentwicklung der Preisregulierung

Für die Entgeltzahlungen zwischen Plattformanbietern und Programmveranstaltern gelten nebeneinander Normen des Urheberrechts,

²³⁴³ Siehe dazu ab S. 249.

²³⁴⁴ Siehe zum Begriff der „Zusammenfassung“ bzw. des „Gesamtangebots“ ab S. 242.

²³⁴⁵ Zu den neueren Marktentwicklungen siehe ab S. 100.

²³⁴⁶ Zu hybriden Endgeräten siehe ab S. 102.

²³⁴⁷ Zur Plattformregulierung im Umfeld der Intermediärsregulierung siehe ab S. 232.

des Kartellrechts und des Medienrechts;²³⁴⁸ die telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung ist weggefallen.²³⁴⁹ Gleichwohl gehen Teile der Literatur (und in einigen Bereichen auch das Gesetz selbst) davon aus, dass die medienrechtlichen Vorgaben nur einen *Annex* zur telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung darstellen; insbesondere wird behauptet, die Landesmedienanstalten seien nicht zuständig zur Durchsetzung des § 52d RStV.²³⁵⁰

Auch wenn dieser Ansicht im Ergebnis nicht zu folgen ist,²³⁵¹ so wäre es dennoch hilfreich, würden die Gesetzgeber die Zuständigkeit der Landesmedienanstalten für die Entgeltregulierung eindeutig festlegen. Dabei wäre auch auf das Problem einzugehen, dass neben den Landesmedienanstalten für einzelne Aspekte des Entgelt austauschs auch die Schiedsstelle beim DPMA und die Kartellbehörden zuständig sein können.²³⁵² Außerdem sollte der in § 52d Satz 4 RStV enthaltene Verweis auf den „Rahmen des Telekommunikationsrechts“ gestrichen werden, da es einen solchen Rahmen nicht mehr gibt.²³⁵³ Abgesehen davon ist § 52d RStV als Regulierungsmaßstab gut geeignet – sofern die Gesetzgeber festhalten, dass der Wortlaut der Norm der tatsächlichen gesetzlichen *Intention* (die Landesmedienanstalten mit einer eigenständigen Entgeltregulierung zu beauftragen) entspricht.

Die Gesetzgeber sollten außerdem in der Gesetzesbegründung festhalten, dass der Verweis auf die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, der in der Begründung zum 10. RÄStV enthalten ist, nur als *allgemeiner Hinweis* zu verstehen war, nicht als rechtliche Vorgabe. Vorzugswürdig ist eine eher breit und flexibel angelegte Missbrauchskontrolle der Landesmedienanstalten, die sich nicht an diesem eher ungeeigneten Kostenmaßstab orientieren muss.²³⁵⁴

13.1.1.6 Fortentwicklung der „Must Offer“-Regelungen

In dieser Arbeit wurde herausgearbeitet, dass es zu der Frage, ob Plattformbetreiber auch gegen den Willen der Programmveranstalter auf

²³⁴⁸ Siehe dazu ab S. 383.

²³⁴⁹ Siehe dazu ab S. 383.

²³⁵⁰ Siehe dazu ab S. 407.

²³⁵¹ Siehe dazu ab S. 407.

²³⁵² Siehe zur Zuständigkeit der DPMA-Schiedsstelle ab S. 390, zur Zuständigkeit der Kartellbehörden ab S. 397.

²³⁵³ Siehe dazu ab S. 383.

²³⁵⁴ Siehe dazu ab S. 404.

bestimmte Programme zugreifen können („Must Offer“) zwar durchaus einschlägige Normen gibt. Diese sind allerdings in Teilbereichen widersprüchlich, in anderen Bereichen ist ihr Anwendungsbereich eingeschränkt. Insbesondere die Beschränkung des § 20b UrhG auf die *Kabel*weisersendung als Unterfall der Weisersendung ist unsinnig und führt für die Plattformbetreiber, die *nicht* Kabelnetzbetreiber sind, in eine „Zwickmühlen“-Situation.²³⁵⁵ § 20b UrhG sollte technologie-neutral auf alle Plattform-Geschäftsmodelle ausgeweitet werden.

In diesem Zusammenhang sollten die Gesetzgeber die teils widersprüchlichen Normen rund um die „Must Offer“-Problematik ordnen. Einige Normen verlangen eine Überlassung der Programme bzw. Programmrechte (§ 87 Abs. 5 UrhG, § 11 UrhWahrnG und u.U. auch solche des GWB), andere setzen sie voraus (§ 52b RStV).²³⁵⁶ Andere Normen gehen demgegenüber davon aus, dass es im *Ermessen* der Programmveranstalter steht, ob sie ihre Programme überlassen (§ 19 RStV) bzw. in welchem Umfang sie dies tun (§ 52a Abs. 3 RStV).²³⁵⁷

Die Gesetzgeber sollten klarstellen, welche Untersagungsrechte Programmveranstalter konkret haben, bzw. welche „Must Offer“-Pflichten ihnen zukommen. Insbesondere sollten sie klarstellen, wie weit die Kontrahierungszwänge gem. § 87 Abs. 5 UrhG, § 11 UrhWahrnG reichen, speziell im Konkurrenzverhältnis zu § 52a Abs. 3 RStV.²³⁵⁸

Für den Fall, dass die Gesetzgeber § 52a Abs. 3 RStV beibehalten, so dass Programmveranstalter jede Form der „Vermarktung“ verbieten können, sollten sie das Verhältnis der Norm zu § 52b RStV klären. Insbesondere wäre dabei zu entscheiden, wie weit das Gestaltungsrecht der Programmveranstalter aus § 52a Abs. 3 RStV reicht.²³⁵⁹

13.1.2 Konkrete Handlungsempfehlungen

In einigen Fällen sind den Gesetzgebern bei der Formulierung der Plattformregeln semantische bzw. grammatikalische (dazu Abschnitt

²³⁵⁵ Siehe dazu ab S. 328.

²³⁵⁶ Siehe dazu ab S. 423.

²³⁵⁷ Siehe dazu ab S. 438.

²³⁵⁸ Eine für die Praxis wichtige Frage: Müssen die Programmveranstalter nicht nur ihre Programmrechte überlassen – sondern auch dulden, dass ihre Programme gegen ihren Willen als Pay-TV vermarktet und/oder verschlüsselt werden?

²³⁵⁹ Siehe zur Auslegung des § 52a Abs. 3 RStV ab S. 299.

13.1.2.1) oder systematische Fehler (dazu Abschnitt 13.1.2.2) unterlaufen. In einigen Aspekten bestehen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der §§ 52 ff. RStV mit höherrangigem Recht – auch hier müssen die Gesetzgeber nachsteuern (Abschnitt 13.1.2.3). Auch die *Nutzerfreundlichkeit* der Regeln der Plattformregulierung ist verbesserungsfähig. In vielen Fällen können die Gesetzgeber ihre Vorgaben zumindest präzisieren, um Rechtsunsicherheit zu beseitigen (Abschnitt 13.1.2.4).

13.1.2.1 Missverständliche Formulierungen im Gesetz

Die Regeln der Plattformregulierung enthalten einige Redaktionsversehen. Auch sind einzelne der Begrifflichkeiten dem Wortsinn nach falsch gewählt.

- § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV spricht von „digitalen Kapazitäten“ bzw. „Datenströmen“, § 52 Abs. 1 RStV von „Plattformen auf allen technischen Kapazitäten“. Gemeint ist in allen Fällen aber nicht die „Kapazität“ oder ein „Datenstrom“, sondern das *Übertragungsverfahren*.²³⁶⁰ Die Gesetzgeber sollten die Begriffe „Kapazitäten“ und „Datenströme“ durch „Übertragungsverfahren“ ersetzen; eine Sinnänderung des Gesetzes wäre nicht damit verbunden.
- Die Definition des Plattformanbieters in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV verlangt, dass dieser Rundfunk *und* vergleichbare Telemedien zusammenfassen muss. Anbieter, die *nur* Rundfunkprogramme, ohne vergleichbare Telemedien zusammenfassen, wären demnach bei strenger Wortlautauslegung nicht erfasst.²³⁶¹ Dies ist von den Gesetzgebern offensichtlich nicht beabsichtigt gewesen. Um das Problem zu lösen, sollten die Gesetzgeber das „und“ wieder durch ein „oder“ ersetzen.²³⁶² Alternativ denkbar wäre, die Kategorie „vergleichbare Telemedien“ komplett zu streichen.
- Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV müssen die Inhalte, die ein Plattformanbieter zusammenfasst, „auch von Dritten“ stammen. Dies soll Anbieter ausschließen, die *nur eigene* Programme zusammenfassen.²³⁶³ Das Wort „auch“ kann aber zugleich bedeuten, dass ein Anbieter, der *nur* Inhalte von Dritten zusammenfasst, nicht erfasst wird.²³⁶⁴ Dies war

²³⁶⁰ Siehe ausführlich ab S. 271.

²³⁶¹ Siehe dazu ab S. 251.

²³⁶² Das Problem liegt letztlich in der unklaren Bedeutung des Begriffs „vergleichbare Telemedien“; vgl. hierzu ab S. 251. Mit einer Präzisierung dieser Bezeichnung ließe sich auch das Problem der „und/oder“-Verknüpfung lösen.

²³⁶³ Siehe dazu ab S. 252.

²³⁶⁴ Siehe dazu ab S. 252.

offensichtlich nicht Intention der Gesetzgeber. Diese sollten dahingehend umformulieren, dass *nur* die Zusammenfassung der Angebote Dritter zur Regulierung als Plattformanbieter führt; das Wort „auch“ kann entsprechend ersatzlos wegfallen.

- § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV nennt als Beispiel für „offene Netze“ das Internet und UMTS. Während man noch darüber debattieren kann, ob das Internet ein offenes Netz darstellt, ist dies bei UMTS definitiv nicht der Fall.²³⁶⁵ Die Gesetzgeber sollten beide Begriffe oder zumindest UMTS aus der Norm streichen.
- § 52a Abs. 2 Satz 2 RStV spricht von „Aufsichtsbehörden“, wo eigentlich nur Landesmedienanstalten gemeint sein können. § 52a Abs. 2 Satz 2 RStV sollte, wie auch die übrigen §§ 52 ff. RStV, von Verfügungen der „zuständigen Landesmedienanstalt“ sprechen.
- In § 52b Abs. 1 Nr. 1 a) RStV stehen die Worte „für die“ doppelt. Ein „für die“ ist zu viel und kann gestrichen werden.²³⁶⁶
- § 52d RStV wählt Anknüpfungspunkt für die dort statuierten Diskriminierungsverbote die Anbieter von Programmen und vergleichbaren Telemedien. Offensichtlich verbietet das Diskriminierungsverbot aber keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von *Anbietern*, sondern von deren jeweiligen *Programmangeboten*.²³⁶⁷ Die Gesetzgeber sollten entsprechend umformulieren.

13.1.2.2 Systematische Fehler

Die Regeln der Plattformregulierung sind in systematischer Hinsicht an einigen Stellen verbesserungsfähig. Allgemein hilfreich (und weniger fehlerträchtig) wäre, die Vorschriften der Plattformregulierung zu *entzerren*, beispielsweise durch eine Aufteilung des aktuellen § 52b RStV in mehrere einzelne Paragraphen. Im aktuellen Stand bestehen in einigen Punkten Widersprüchlichkeiten, teils sind Verweise auf andere Normen nicht gelungen.

Im Einzelnen hat diese Arbeit die folgenden systematischen Fehler identifiziert:

²³⁶⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch das Internet kein „offenes Netz“, siehe dazu ab S. 273.

²³⁶⁶ Siehe dazu ab S. 311.

²³⁶⁷ Siehe dazu ab S. 399.

- Die Legaldefinition des Begriffs „Programmbouquet“ aus § 2 Abs. 2 Nr. 12 RStV ist überflüssig, da der Begriff im Gesetz nicht verwendet wird. Sie sollte im Interesse der Normenklarheit abgeschafft werden.²³⁶⁸
- § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 RStV privilegiert Plattformen, die ein fremdes Angebot unverändert weiterleiten. Netzbetreiber, die ein fremdes Angebot unverändert weiterleiten, *sind aber gar keine Plattformanbieter*.²³⁶⁹ Die Privilegierung ist also überflüssig und sollte im Interesse der Normenklarheit gestrichen werden.
- § 52a Abs. 2 Satz 2 RStV verleiht den Landesmedienanstalten die Befugnis, Plattformanbietern die Weiterverbreitung von Programmen zu untersagen, falls Maßnahmen gegen den Programmveranstalter nicht durchführbar oder nicht erfolgsversprechend sind. Im Unterschied zum fast deckungsgleichen § 51b Abs. 3 Satz 4 RStV fehlt aber ein Verweis auf das europarechtlich zwingend zu beachtende *Sendestaatsprinzip*.²³⁷⁰ Das Verhältnis der beiden Ermächtigungsgrundlagen zueinander ist außerdem unklar.²³⁷¹ Die Gesetzgeber sollten möglichst eine der beiden Normen streichen oder zumindest klarstellen, welche Norm für welche Fälle gelten soll. Das Sendestaatsprinzip ist dabei zu beachten.
- § 52b Abs. 1 Nr. 1 a) RStV benennt als Programme mit Must Carry-Status u.a. die „zur bundesweiten Verbreitung gesetzlich bestimmten“ öffentlich-rechtlichen Programme. Eine gesetzliche Bestimmung, die ausdrücklich die *bundesweite* Verbreitung bestimmter Programme anordnen würde, gibt es aber nicht.²³⁷² Die Gesetzgeber sollten das Tatbestandsmerkmal durch ein besser verständliches ersetzen, z.B. durch „die öffentlich-rechtlichen Gemeinschaftsprogramme und die Programme des ZDF“.
- § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV besagt, dass von den Must Carry-Pflichten auch die „im Rahmen der Dritten Programme verbreiteten Landesfenster“ erfasst sind. Die *regionalen Auseinandersaltungen*, die bei bestimmten Dritten Programmen vorkommen, sind aber keine „Fenster“ in diesem Sinne und auch nicht immer auf ganze *Länder* bezogen.²³⁷³ Die Gesetzgeber sollten umformulieren und an dieser Stelle

²³⁶⁸ Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 160.

²³⁶⁹ Siehe dazu ab S. 281.

²³⁷⁰ Zur AVMD-Richtlinie siehe ab S. 229.

²³⁷¹ Siehe dazu ab S. 294.

²³⁷² Siehe dazu ab S. 356.

²³⁷³ Insbesondere gilt dies für die Lokalzeit des WDR.

von Regionalisierungen bzw. regionalen Auseinandersetzungen sprechen.

- Auch der Begriff des „Regionalfensters“ in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) RStV ist etwas missverständlich. Dieses Problem ließe sich aber nur lösen, indem die Rundfunkgesetzgeber ganz allgemein das babylonische Begriffswirrwarr beenden, das sich rund um die verschiedenen „Fenster“ im Rundfunkrecht entwickelt hat.²³⁷⁴
- § 52b Abs. 1 Satz 2 RStV regelt den Umgang mit Kapazitätsengpässen. Die Norm bezieht sich auf „Satz 1“ und damit auf alle drei Kapazitätsdrittel (Must Carry, Can Carry und die verbleibende „Non Must Carry“-Kapazität). Kapazitätsengpässe kann es aber nur im Must Carry-Bereich geben, denn nur dort ist der Transport konkreter Programme vorgesehen.²³⁷⁵ Demnach ist der Verweis auf „Satz 1“ bzw. auf die „Grundsätze des Satzes 1“ fehlerhaft. Der Verweis kann sich nur auf § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV beziehen. Besser wäre es, die Engpassregelung direkt zu den Must Carry-Regeln zu ziehen, um sie auch für den Rechtsanwender leichter auffindbar zu machen.²³⁷⁶
- § 52d Satz 2 RStV schreibt vor, die Verbreitung der Angebote „nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 und 2 oder § 52b Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1“ habe bezüglich der erhobenen Entgelte zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen. Die Norm verweist damit im Fernsehbereich nur auf die Must Carry-Programme, im Hörfunkbereich aber auch auf die übrigen (Can Carry- und Non Must Carry-)Programme. Diese Ungleichbehandlung von Fernseh- und Hörfunkprogrammveranstaltern erscheint willkürlich bzw. unbeabsichtigt.²³⁷⁷ Die Gesetzgeber sollten entweder die Angemessenheitsverpflichtung auf *alle* Fernseh- und Hörfunkprogramme ausdehnen oder sie sowohl im Fernseh- als auch im Hörfunkbereich auf die Must Carry-Programme beschränken.
- § 52f RStV verweist nur auf § 38 Abs. 2 RStV. Warum er nicht auf die Durchsetzungskompetenzen des gesamten § 38 RStV verweist, ist nicht nachzuvollziehen.²³⁷⁸ Die Gesetzgeber sollten den Verweis auf den gesamten § 38 RStV ausdehnen.

²³⁷⁴ Assion, Telemedicus v. 03.03.2011, <http://tlmd.in/a/1957>.

²³⁷⁵ Siehe dazu ab S. 367.

²³⁷⁶ Problematisch an der Engpassregelung ist auch noch, dass einige Plattformen gar keine „Gesamtkapazität“ in diesem Sinne haben. Siehe dazu Verbesserungsvorschlag 13.1.2.4.5 auf S. 463.

²³⁷⁷ Siehe dazu ab S. 404.

²³⁷⁸ Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 52d Rn. 6 ff.

13.1.2.3 Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die in dieser Arbeit durchgeführte Prüfung hat ergeben, dass die Vorschriften der Plattformregulierung größtenteils mit dem höherrangigen Recht vereinbar sind. In einigen Punkten bestehen allerdings Bedenken.

13.1.2.3.1 Verstoß gegen Gebot der Meinungsneutralität in § 52b RStV

Die Privilegierung einiger Programme bzw. Programmkategorien in § 52b Abs. 1 Satz 1 RStV weckt Zweifel hinsichtlich der Einhaltung des verfassungsrechtlichen Gebots der Staatsferne bzw. der staatlichen Neutralität im Meinungswettbewerb.²³⁷⁹ § 52b Abs. 1 Nr. 1 c) RStV verleiht u.a. den *Lokal- und Regionalprogrammen* Must Carry-Status, § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV verlangt die Einbeziehung von *Teleshopping-* und *Fremdsprachenprogrammen* in die Can Carry-Vielfaltsauswahl. Dies führt für diese Programme zu Vorteilen im Wettbewerb der Programmveranstalter.

Die Anknüpfung an den Tatbestand der „im jeweiligen Land zugelassenen regionalen und lokalen Fernsehprogramme“ bewegt sich in einer Grauzone. Zwar lässt sich argumentieren, dass das Gesetz hier nur an einen bestimmten räumlich begrenzten *Wirkungskreis* anknüpft, was als „meinungsneutral“ zu werten wäre. Andererseits bestehen hier direkte Bezüge auch zum *Programminhalt*, was in die Nähe einer unmittelbaren staatlichen Einflussnahme auf den demokratischen Diskurses führt.²³⁸⁰

Betreffend die *Verhältnismäßigkeit* von Must Carry-Pflichten ist außerdem fraglich, wieso insbesondere Teleshopping-Programme einer gesonderten Privilegierung bedürfen. Übertragungspflichten sind nach Rechtsprechung des EuGH nur zugunsten von Programmen zulässig, deren „gesamter Programminhalt“ Zielen von allgemeinem Interesse dient.²³⁸¹

13.1.2.3.2 § 52b RStV nicht „bestimmt“ i.S.v. Art. 31 UDRL

Art. 31 UDRL verlangt, dass Must Carry-Pflichten für „bestimmte“ Programme festgelegt sein müssen, die Auferlegung der Pflichten muss „transparent“

²³⁷⁹ Das Gebot der Meinungsneutralität folgt nach der hier vertretenen Ansicht aus der Schranke der „allgemeinen Gesetze“, die wohl h.M. sieht dieses Gebot als Teil des Ausgestaltungsauftrags an. Vgl. dazu nur BVerfGE 114, 371, 390 - *Landesmediengesetz Bayern* und ausführlich ab S. 159.

²³⁸⁰ Siehe dazu ab S. 174.

²³⁸¹ EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10, Rn. 53; Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06, Rn. 47 - *United Pan-Europe Communications Belgium*; Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-336/07, Rn. 42 - *Kabel Deutschland*. Siehe zum Europarecht auch (kurz) auf S. 224.

sein.²³⁸² Die deutsche Rechtslage wirft in diesem Punkt Bedenken auf, vor allem, weil § 52b RStV in einigen Aspekten unscharf formuliert ist. Die Vorschrift gibt nicht an, welche Programme konkret Must Carry-Status haben, sondern beschreibt diese lediglich anhand *abstrakter Kriterien*, sie nennt z.B. die „zur bundesweiten Verbreitung gesetzlich bestimmten“ oder die „Dritten“ Programme. Welche Programme zur bundesweiten Verbreitung gesetzlich bestimmt sind,²³⁸³ bzw. auf welchen *räumlichen* Bereich sich die jeweiligen Must Carry-Pflichten erstrecken,²³⁸⁴ ergibt sich vielfach aber erst durch Auslegung. Um die Transparenzpflicht zu erfüllen, sollte die Vorschrift durch die Gesetzgeber konkretisiert werden.

Auch die in § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV enthaltenen Can Carry-Vorschriften geben keine konkreten Programme an, sondern nur abstrakte Vielfaltsvorgaben. Im Fall der hoheitlichen Festlegung der Can Carry-Belegung gem. § 52b Abs. 4 Satz 3 RStV kann aus der Can Carry-Pflicht allerdings eine Übertragungspflicht werden, die an Art. 31 UDRL zu messen ist.²³⁸⁵ Der EuGH hat allerdings die „bloße Angabe eines allgemeinen politischen Ziels, die im Übrigen mit keinem zusätzlichen Hinweis verbunden ist“, für nicht ausreichend bestimmt erachtet, um anhand dieses Maßstabs Übertragungspflichten festzulegen.²³⁸⁶ Mit diesem Maßstab ist § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV i.V.m. § 52b Abs. 4 Satz 3 RStV kaum vereinbar, da der dort angegebene Vielfaltsmaßstab zu abstrakt ist.

13.1.2.3.3 Zu eng formulierte Härtefallausnahmen

Der Plattformbegriff in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ist sehr weit formuliert. Er erfasst deshalb eine Reihe von Anbietern, die zwar grundsätzlich Rundfunkprogramme zusammenfassen, dabei jedoch keine echte „Gatekeeper“-Position einnehmen.²³⁸⁷

Kontrolliert ein Plattformbetreiber keine Gatekeeper-Position (in dem Sinn, dass seine Vermittlungsleistung für zumindest eine der beiden Seiten – Programmveranstalter oder Endkunden – *unverzichtbar* ist), fehlt ein

²³⁸² Siehe dazu ab S. 219.

²³⁸³ Siehe dazu ab S. 356.

²³⁸⁴ Siehe dazu ab S. 360.

²³⁸⁵ Siehe dazu ab S. 210.

²³⁸⁶ EuGH, Urt. v. 3.3.2011, Rs. C-134/10, Rn. 54.

²³⁸⁷ Zu ökonomisch und technisch verursachten Gatekeeper-Positionen siehe insbesondere ab S. 120; siehe auch HRKDSC, RStV, § 52d Rn. 3.

maßgebliches Element der Rechtfertigung von Eingriffen in dessen Grundrechte.²³⁸⁸

Insbesondere gilt das für Plattformanbieter, die keine eigenen Netze betreiben. Für solche Plattformanbieter sind im Gesetz Ausnahmeklauseln vorgesehen: Für Plattformen in offenen Netzen in § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV und für Programmplattformen § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV.²³⁸⁹ In beiden Fällen bestehen aber Bedenken, ob diese Ausnahmeklauseln nicht zu eng formuliert sind.²³⁹⁰

- *Plattformen in offenen Netzen* sind freigestellt, soweit die Netze, die sie zur Distribution nutzen, „offen“ sind. Fällt diese Offenheit weg – z.B. weil der Netzbetreiber beginnt, beim Transport zwischen Inhalteangeboten zu diskriminieren²³⁹¹ – verliert der Plattformanbieter sein Privileg.²³⁹² In der Praxis kann dies dazu führen, dass z.B. ein Anbieter wie Zattoo, der kaum Meinungsbildungsrelevanz hat, plötzlich die Must Carry-Regeln einhalten muss, nur weil die Deutsche Telekom AG sich (unabhängig von Zattoo) entschieden hat, eine diskriminierende Regel zur Volumendrosselung einzuführen.²³⁹³ Die Gesetzgeber sollten überdenken, ob sie diese strenge Rechtsfolge beibehalten möchten.²³⁹⁴

²³⁸⁸ Siehe zur Regulierungsbedürftigkeit von Plattformbetreibern ab S. 147, zur Übertragung dieser Wertung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ab S. 182.

²³⁸⁹ Zu den verschiedenen Unterkategorien des Plattformbegriffs vgl. ab S. 269.

²³⁹⁰ Zur Notwendigkeit von Härtefallausnahmen siehe ab S. 193.

²³⁹¹ Zur Auslegung des Begriffs „offen“ siehe ab S. 275.

²³⁹² Siehe dazu ab S. 278.

²³⁹³ Konkret hatte die Deutsche Telekom angekündigt, ihre Endkundenverträge zukünftig so auszugestalten, dass ab einer gewissen Volumenobergrenze die Nutzbarkeit des Internetanschlusses auf ein Minimum reduziert wird. Bestimmte Inhalteangebote – insb. das eigene IPTV-Angebot „Entertain“ und der Kooperationspartner „Spotify“ – sollten aber nicht auf das maximale Volumen einzahlen. Dies hätte voraussichtlich die Kundenpräferenzen auf diese Anbieter gelenkt und dadurch die Interessen von Wettbewerbern dieser Angebote beeinträchtigt.

²³⁹⁴ Eine volle Plattformregulierung von Streaming-Plattformen führt nach der hier vertretenen Ansicht aber noch nicht zur Unverhältnismäßigkeit: Es ist letztlich eine legitime Erwägung des Gesetzgebers, konsequent jeden Plattformanbieter zu regulieren, der nicht ausschließlich „offene Netze“ nutzt und auch nicht anderweitig freigestellt ist. Kommen die §§ 52 ff. RStV zur Anwendung, führen sie für Zattoo nicht zu unverhältnismäßigen Folgen. Soweit ersichtlich, hält Zattoo die Vorgaben der §§ 52 ff. RStV bereits vollständig ein, mit der Ausnahme der „programmbegleitenden Dienste“, die gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV mit übertragen werden müssen. Dies betrifft aber Dienste, die teils nach dem technischen Standard von Zattoo nicht abbildbar sind (z.B. HbbTV-Signalisierungen). Hier muss § 52b RStV einschränkend ausgelegt werden.

- Die sog. *Programmplattformen* nutzen ebenfalls kein eigenes Netz, sondern mieten Kapazitäten in Netzen von Dritten an.²³⁹⁵ Im Unterschied zu den „Plattformen in offenen Netzen“ sind dies aber herkömmliche Rundfunkverbreitungsnetze (z.B. die Fernsehsatelliten). Gem. § 52 Abs. 3 Nr. 1 RStV kann ein Programmplattformbetreiber von den Must- und Can-Carry-Pflichten freigestellt werden, wenn er *nachweist*, „dass er selbst oder ein Dritter den Empfang der entsprechenden Angebote auf einem gleichartigen Übertragungsweg und demselben Endgerät unmittelbar und ohne zusätzlichen Aufwand ermöglicht“.²³⁹⁶ – Es haben aber nicht alle Betreiber von Programmplattformen die Möglichkeit, die Endgerätepopulation der Kunden zu kontrollieren oder jeden einzelnen Verbreitungsweg zu überwachen. Sie können deshalb den geforderten *Nachweis* nicht immer erbringen – obwohl in *tatsächlicher* Hinsicht kein Anlass besteht, diese Anbieter den Übertragungspflichten zu unterwerfen. Dies führt bei einer strengen Auslegung der Nachweispflicht zur Unverhältnismäßigkeit.²³⁹⁷

Die Gesetzgeber sollten die aktuelle gesetzliche Formulierung durch die Variante ersetzen, die in § 1 Abs. 3 der Zugangs- und Plattformsetzung niedergelegt ist: Programmplattformen sind demnach freigestellt, wenn auf demselben Übertragungsweg „auf der übrigen Übertragungskapazität die Belegungsvorgaben eingehalten werden können“.²³⁹⁸

13.1.2.3.4 *Fehlendes Merkmal „Hauptmittel zum Empfang“*

Art. 31 Universaldienstrichtlinie lässt Must Carry-Pflichten nur für Netze zu, die (1.) für eine erhebliche Zahlung von Endnutzern (2.) das Hauptmittel zum Empfang darstellen. Während die Gesetzgeber das erste Merkmal, die erhebliche Zahl von Endnutzern, in § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 RStV umgesetzt haben, fehlt eine Umsetzung des zweiten Merkmals.

Dies führt dazu, dass nach deutschem Recht Must Carry-Pflichten auch für solche Plattformanbieter bzw. Netzbetreiber gelten, die für ihre Endnutzer *nicht* ein Hauptmittel zum Empfang sind – ein Beispiel hierfür sind Mobile TV-Anbieter. Diesen Anbietern Must Carry-Pflichten aufzuerlegen, ist

²³⁹⁵ Siehe dazu ab S. 99.

²³⁹⁶ Siehe dazu ab S. 284.

²³⁹⁷ Zur Notwendigkeit von Härtefallausnahmen siehe ab S. 193.

²³⁹⁸ Siehe dazu im Einzelnen ab S. 287.

demzufolge europarechtswidrig.²³⁹⁹ Die Gesetzgeber sollten das Tatbestandsmerkmal „Hauptmittel zum Empfang“ in § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 RStV noch ergänzen.

13.1.2.4 Auflösung von Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten

In einigen Aspekten sind die Regeln der Plattformregulierung undeutlich, in anderen Punkten sind sie widersprüchlich. Die Gesetzgeber können diese Probleme ausräumen, indem sie die §§ 52 ff. RStV präzisieren.

13.1.2.4.1 Präzisierung der Bezeichnung „Plattform“

Bei der Legaldefinition des Begriffs des Plattformanbieters besteht in mehrerer Hinsicht Verbesserungsbedarf. Die in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV enthaltenen *sprachlichen* Verbesserungsmöglichkeiten wurden in Abschnitt 13.1.2.1 bereits dargestellt.²⁴⁰⁰ Im folgenden Abschnitt werden einige *konzeptionelle* Änderungsvorschläge beschrieben.

13.1.2.4.1.1 Trennung der Definitionen „Plattform“ und „Plattformbetreiber“

Obwohl die §§ 52 ff. fast ausschließlich auf den Begriff der „Plattform“ abstellen, liegt hierfür keine Legaldefinition vor. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV definiert demgegenüber den Begriff des Plattformanbieters. Hier fehlt der systematische Anschluss.

Der Begriff des „Plattformanbieters“ ist zudem irreführend: Plattformanbieter ist gem. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV gerade *nicht* derjenige, der die Plattform *anbietet*, sondern derjenige, der über ihre Zusammenstellung entscheidet.²⁴⁰¹

Die Gesetzgeber sollten deshalb den Begriff „Plattformanbieter“ durch „Plattformbetreiber“ ersetzen und eine eigene *Unterdefinition* des Begriffs „Plattform“ in den Gesetzestext aufnehmen.²⁴⁰² Sinnvoll wäre, in diesem Zusammenhang auch gleich die Begriffe zu definieren, die jeweils *Unterkategorien* des Begriffs des Plattformanbieters bezeichnen.²⁴⁰³

²³⁹⁹ Siehe dazu ab S. 214.

²⁴⁰⁰ Siehe dazu ab S. 451.

²⁴⁰¹ Siehe dazu ab S. 262.

²⁴⁰² Zur Aufspaltung der Definition siehe ab S. 241.

²⁴⁰³ Siehe dazu ab S. 214.

13.1.2.4.1.2 Bessere Verständlichkeit durch Begriff „Rundfunkplattform“

Der Begriff „Plattform“ führt häufig zu Irritationen, denn seine rechtliche Bedeutung entspricht kaum dem tatsächlichen Sprachgebrauch. In der Umgangssprache ist eine „Plattform“ eine „ebene Fläche auf hohen Gebäuden, Türmen“,²⁴⁰⁴ in der IT-Fachsprache ein Hardware- oder Software-System, das von Dritten als Basis für eigene Anwendungen genutzt wird. In der Wirtschaftswissenschaft wird der Begriff „Plattform“ häufig als Beschreibung für einen mehrseitigen Markt gebraucht. Nur im sehr kleinen Kreis der deutschen Rundfunkrechts-Spezialisten wird der Begriff „Plattform“ als Beschreibung eines Aggregators von Rundfunkprogrammen verstanden.

Das heißt nicht, dass die Bezeichnung als „Plattform“ völlig verfehlt ist. Wie diese Arbeit gezeigt hat, bestehen durchaus Parallelen zu IT-Plattformen und mehrseitigen Märkten. Dennoch sind Plattformen i.S.d. RStV nicht dasselbe wie Plattformen im allgemeinen Sprachgebrauch. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollten die Gesetzgeber sich deshalb präzisieren und zukünftig von „*Rundfunkplattformen*“ sprechen.

13.1.2.4.1.3 Öffnung des Plattformbegriffs für die Analogverbreitung

Die Regulierung der Rundfunk-Weitersendung ist bisher zwischen den Landesmediengesetzen und dem Rundfunkstaatsvertrag aufgeteilt. Der RStV regelt die *digitale*, die Landesmediengesetze regeln die *analoge* Weitersendung. Für Rechtsanwender irritierend ist allerdings, dass der Begriff „Plattform“ ausweislich seiner Legaldefinition in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nur die *digitale* Verbreitung beschreibt. Eine Zusammenfassung von Rundfunkprogrammen im analogen Bereich ist demnach keine „Plattform“.²⁴⁰⁵

Geht man vom Sinn und Zweck der Plattformregulierung aus, sollte diese Aufteilung abgeändert werden: Auch mit analoger Technik lassen sich Geschäftsmodelle realisieren, die dem des Rundfunkplattformbetreibers entsprechen. Analoge „Plattformen“ sind nicht weniger regulierungs-

²⁴⁰⁴ Vgl. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Plattform>.

²⁴⁰⁵ Siehe hierzu ab S. 255.

bedürftig als digitale.²⁴⁰⁶ Dies spricht dafür, die Legaldefinition des Plattformbetreiberbegriffs in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV um das Merkmal „digital“ zu verkürzen und dieses stattdessen in § 52 Abs. 1 RStV aufzunehmen. Die Aufteilung der Anwendungsbereiche zwischen RStV und Landesmediengesetzen bliebe damit bestehen, der Plattformbegriff würde aber für analoge Programmbündel und damit auch für die Landesmediengesetze geöffnet.

13.1.2.4.1.4 Meinungsstreit zur Kontrolle über die Übertragungswege

Ob von § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV nur Plattformanbieter erfasst sein sollen, die auch Verbreitungswege kontrollieren, ist umstritten.²⁴⁰⁷ Diesen Streit haben die Gesetzgeber durch widersprüchliche Aussagen im Gesetz bzw. der Begründung zum 10. RÄStV verursacht.²⁴⁰⁸ Sowohl für die eine als auch für die andere Ansicht liegen zwingende Anhaltspunkte vor – das Gesetz ist in sich widersprüchlich.²⁴⁰⁹ Die Gesetzgeber sollten diesen Streitpunkt klären und dabei auch alle Widersprüche aufheben, die diesbezüglich derzeit im Gesetz enthalten sind.

Je nachdem, wie die Gesetzgeber sich entscheiden, müssen sie deshalb einige der *Unterkategorien* des Plattformbetreiberbegriffs anpassen. Soll die Plattformregulierung nur Anbieter erfassen, die eigene Netze kontrollieren, hat die Privilegierung von Plattformen in offenen Netzen (§ 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV) keinen Anwendungsbereich. Auch der Anwendungsbereich der Privilegierung von Programmplattformen in § 52b Abs. 3 Nr. 1 RStV greift in diesem Fall nur sehr begrenzt. Soll die Plattformregulierung andererseits – wie auch in dieser Arbeit angenommen – zugleich „verbreitungswegslose“ *Verbreiter* erfassen, sollten die Gesetzgeber in § 52 RStV nicht von „technischen Kapazitäten“ und „drahtgebundenen“ oder „drahtlosen“ Plattformen sprechen.

²⁴⁰⁶ Zur Regulierungsbedürftigkeit von Plattformbetreibern siehe insbesondere ab S. 105 (hinsichtlich der tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklung), S. 117 (aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht) und S. 147 (aus verfassungsrechtlicher Sicht).

²⁴⁰⁷ Siehe zum Streit ab S. 256.

²⁴⁰⁸ Siehe dazu ab S. 34.

²⁴⁰⁹ Siehe zur unbefriedigenden Streitentscheidung ab S. 260.

13.1.2.4.2 Adressat der Anzeigepflicht bei Weiterverbreitung

Nach § 51b Abs. 2 Satz 2 RStV kann auch ein Plattformanbieter die Weiterverbreitung eines Nicht-EU-Rundfunkprogramms anzeigen. Tatsächlich meint die Vorschrift aber nicht den Plattformbetreiber, sondern die Person, die die Weiterverbreitung vornimmt.

Dies ist aber der Inhaber des *Verbreitungswegs*, der mit dem Plattformanbieter nicht zwangsläufig identisch ist: Es gibt Verbreitungswege, auf denen keine Plattform aufbaut.²⁴¹⁰ Die Vorschrift sollte korrigiert werden und wieder denjenigen adressieren, der die Verbreitung vornimmt.

13.1.2.4.3 Adressat des Veränderungsverbots

Das Veränderungsverbot nach § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV ist adressiert an *Plattformanbieter*. Die Gefahr, dass Dritte das Rundfunkprogramm während des Transports abwandeln, gilt allerdings nicht nur für Plattformbetreiber, sondern für *alle*, die während des Transports auf das Programmsignal einwirken können.²⁴¹¹ Missbrauchspotential haben insbesondere Unternehmen, die die Multiplexbildung (Playout) übernehmen, Verbreitungsinfrastruktur betreiben oder Endgeräte kontrollieren. Dies sind aber nicht zwangsläufig auch Plattformbetreiber i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV.

Der Schutz der Signalintegrität ist also im Zusammenhang der Plattformregulierung falsch eingeordnet; er sollte ausgekoppelt werden und die Abwandlung des Programmsignals durch *jedermann* verbieten, der nicht Programmveranstalter oder Endnutzer ist.

13.1.2.4.4 Wortlaut des § 52a Abs. 3 RStV

Das Veränderungs- und Vermarktungsverbot des § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV (und die Ausnahme nach Satz 2) stellt auf „vereinbarte“ Qualitätsstandards ab. Geht man vom Wortlaut aus, gibt die Norm deshalb nichts anderes wieder als den allgemeinen Grundsatz „pacta sunt servanda“. Die Vorschriften machen aber nur Sinn, soweit sie *vertragslose* Übertragungen absichern, insbesondere die von Must Carry-Programmen gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV.²⁴¹² In diesem Sinn sollte § 52a Abs. 3 RStV umformuliert werden: Er

²⁴¹⁰ Siehe zu § 51b RStV ab S. 293, allgemein zum Verhältnis zwischen Plattform und Verbreitungsweg ab S. 232.

²⁴¹¹ Siehe dazu ab S. 232.

²⁴¹² Siehe dazu ab S. 298.

sollte nicht auf „vereinbarte“ Qualitätsstandards abstellen, sondern auf „marktübliche“ bzw. „technisch gleichwertige“ Übertragungsqualität.

13.1.2.4.5 Bezugnahme auf die Gesamtkapazität

§ 52b Abs. 1 Satz 1 RStV will den Kapazitätsbedarf der Must Carry-Programme auf „höchstens ein Drittel der für die digitale Verbreitung von Rundfunk zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität“ beschränken. Einige Plattformen, insb. *Web-TV- und IPTV-Plattformen* haben aber gar keine Gesamtkapazität in diesem Sinne. Die Gesetzgeber sollten präzisieren, dass es auf ein Drittel der verwendeten *Programmplätze* der Plattform ankommt, nicht auf die genutzte Kapazität.²⁴¹³

13.1.2.4.6 Privilegierung öff.-rechtl. statt „beitragsfinanzierter“ Programme

§ 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) RStV stellt bei der Definition der privilegierten Must Carry-Programme unter anderem auf den Terminus „beitragsfinanziert“ ab. Die Gesetzgeber haben aber übersehen, dass auch Programme aus Rundfunkbeiträgen finanziert werden, die nicht beitragsfinanziert sind (vgl. § 40 Abs. 1 Nr. 2 RStV). Diese Programme waren offensichtlich nicht gemeint.²⁴¹⁴ Die Gesetzgeber sollten den Begriff „beitragsfinanziert“ durch „öffentlich-rechtlich“ ersetzen.

13.1.2.4.7 Räumlicher Umfang der Must Carry-Pflichten

Die Must Carry-Regeln gehen nur in Teilbereichen darauf ein, auf welchem *räumlichen Gebiet* sie zu erfüllen sind. Hinsichtlich der Dritten Programme hat sich deswegen ein Streit ergeben, der allerdings mit juristischen Auslegungsmethoden lösbar ist.²⁴¹⁵ Noch weniger eindeutig sind aber die Regelungen zu den privaten Regionalfensterprogrammen, den regionalen und lokalen Programmen und den offenen Kanälen: Hier fehlt teils jede präzise Angabe zum räumlichen Umfang der Verbreitungspflicht.²⁴¹⁶

Die Gesetzgeber sollten zu allen Must Carry-Programmen unmissverständlich klarstellen, auf welche Bundesländer bzw. Regionen sich die Must Carry-Pflichten jeweils beziehen.

²⁴¹³ Siehe dazu ab S. 365.

²⁴¹⁴ Siehe dazu ab S. 354.

²⁴¹⁵ Siehe dazu ab S. 360.

²⁴¹⁶ Zur räumlichen Reichweite hinsichtlich der Regionalfensterprogramme siehe ab S. 362, zu Regional- und Lokal-TV-Programmen siehe ab S. 363.

13.1.2.4.8 Besonderheit von bundesweit einheitlichen Plattformen

Mit Einführung der Plattformregulierung wurden auch Anbieter den Must Carry-Regeln unterworfen, die – anders als Kabelnetzbetreiber – nicht ein lokal jeweils unterschiedliches Programmportfolio anbieten können. Diese Plattformbetreiber verbreiten z.B. per Satellit oder über das offene Internet, was aus technischen Gründen nur ein *bundesweit einheitliches* Produkt erlaubt.

Die Must Carry-Regeln in § 52b RStV wurden dahingehend aber nicht angepasst. Geht man vom Wortlaut aus, muss deshalb ein Anbieter z.B. einer Satellitenplattform gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RStV bundesweit nicht nur die Vielzahl von Regionalisierungen der öffentlich-rechtlichen Programme anbieten, sondern auch sämtliche Regionalfenster der privaten Must Carry-Programme sowie alle regionalen und lokalen Fernsehprogramme und Offenen Kanäle.²⁴¹⁷ Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass dies zu einer unüberschaubaren Vielzahl von Programmen auf der Plattform dieses Anbieters führen würde, nach denen keine wirkliche (bundesweite) Nachfrage besteht.

Die Verhältnismäßigkeit der betreffenden Must Carry-Bestimmungen steht allein aufgrund dieser Tatsache noch nicht in Frage, denn in keinem Fall kommt es dazu, dass die Must Carry-Programme mehr als ein Drittel der Gesamtkapazität belegen.²⁴¹⁸ Allerdings sollten die Gesetzgeber überdenken, ob eine Indienstnahme von Plattformbetreibern in diesem Umfang wirklich sinnvoll ist.

13.1.2.4.9 Übertragungsqualität bei Erfüllung der Must Carry-Pflicht

Die §§ 52 ff. RStV enthalten keine unmittelbare Aussage dazu, mit welcher Übertragungsqualität die Must Carry-Pflichten zu erfüllen sind. Aus § 52a Abs. 3 und § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 d) RStV lässt sich jedoch zumindest ableiten, dass Plattformbetreiber die ihnen zur Verfügung gestellten Programmsignale bzw. Datenströme im Regelfall nicht abwandeln dürfen; auch dürfen sie Must Carry-Programme nicht in schlechterer Qualität transportieren als andere Programme.²⁴¹⁹

²⁴¹⁷ Siehe zur räumlichen Reichweite der Must Carry-Pflichten ab S. 360.

²⁴¹⁸ Siehe dazu ab S. 365.

²⁴¹⁹ Siehe dazu ab S. 364.

Problematisch ist aber, dass der Bezugspunkt der „technischen Gleichwertigkeit“ aus § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 d) RStV nicht exakt angegeben ist. Dort ist lediglich klargestellt, dass Plattformanbieter die Must Carry-Programme gegenüber „anderen digitalen Kapazitäten“ nicht diskriminieren dürfen.²⁴²⁰ Damit bleibt unklar, ob bzw. bei welcher Sachlage die Must Carry-Pflicht nicht nur den Transport eines SD-, sondern auch eines HD-Signals verlangt.²⁴²¹ Die Gesetzgeber sollten dieses Problem lösen, indem sie den Bezugspunkt der Gleichbehandlungspflicht in § 52b Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 d) RStV klarstellen.

13.1.2.4.10 Kapazitätsumfang des Can Carry-Bereichs

Gem. § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV entspricht der Umfang des Kapazitätsbereichs, der nach abstrakten Vielfaltsvorgaben zu belegen ist („Can Carry“), dem des Must Carry-Bereichs.²⁴²² Der genaue Kapazitätsbedarf der Must Carry-Programme lässt sich in der Praxis allerdings kaum ermitteln, insbesondere weil der Umfang der Must Carry-Belegung regional variieren kann.²⁴²³ Die Verweisung auf einen *erst zu bestimmenden* Kapazitätsumfang ist unpraktikabel und sollte durch eine konkrete Beschreibung (z.B. „ein Drittel der Gesamtkapazität“) ersetzt werden.²⁴²⁴

13.1.2.4.11 Privilegierung für Plattformen mit Frequenznutzungsrecht

§ 52b Abs. 3 Nr. 2 RStV stellt Plattformen mit eigener Frequenzzuordnung bzw. -zuweisung von den Übertragungspflichten frei. Dies ist aus einer Reihe von Gründen unschlüssig und auch aus rechtspolitischer Sicht nicht nachvollziehbar.²⁴²⁵ Insbesondere gilt dies, weil Plattformen im Rahmen der Frequenzzuordnung bzw. -zuweisung nicht zwangsläufig denselben Übertragungspflichten unterworfen werden wie gem. § 52b RStV. Denn anders als die Gesetzgeber offenbar glaubten, sind die Regeln zur Frequenzzuweisung hinsichtlich der Übertragungspflichten nicht spezieller,

²⁴²⁰ Siehe hierzu Fußnote 1941 sowie Schütz/Schreiber MMR 2014, 161, 163.

²⁴²¹ Schütz/Schreiber MMR 2014, 161, 163.

²⁴²² Siehe dazu ab S. 368.

²⁴²³ Allgemein zur räumlichen Reichweite der Must Carry-Pflichten siehe ab S. 360.

²⁴²⁴ Siehe dazu ab S. 365.

²⁴²⁵ Siehe dazu ab S. 288.

sondern *allgemeiner* als § 52b RStV.²⁴²⁶ Die Privilegierung ist deshalb auch verfassungsrechtlich bedenklich²⁴²⁷ und sollte abgeschafft werden.

²⁴²⁶ Siehe ab S. 288.

²⁴²⁷ Zu verfassungsrechtlichen Vorgaben speziell hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Programme siehe ab S. 146.

13.2 Kurzfassungen der Ergebnisse

13.2.1 Kurzfassung auf Deutsch

Die Arbeit untersucht die im deutschen Rundfunkstaatsvertrag enthaltenen digitalen Must Carry-Regeln und stellt sie in einen historischen, technischen, wirtschaftlichen, wirtschaftswissenschaftlichen und politischen Kontext. Sie arbeitet dabei heraus, dass sich aus all diesen Bereichen maßgebliche Einflüsse auf die heutige Rechtslage und Rechtspraxis ableiten lassen, was die Rechtsanwendung erleichtert und für Außenstehende transparenter macht.

Die Arbeit erklärt sowohl die verfassungs- als auch die europarechtliche Rahmensituation und prüft die Vereinbarkeit der Must Carry-Regeln mit diesem höherrangigen Recht. Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Must Carry-Regeln größtenteils mit diesen Vorgaben vereinbar sind, äußert aber zu einigen Teilaspekten Bedenken. Dies betrifft insbesondere die Ausstattung einzelner Programmtypen mit einem Must Carry-Status und die korrekte Umsetzung von Art. 31 der Universaldienstrichtlinie.

Die Arbeit erläutert detailliert sowohl den Begriff des Plattformanbieters, die einzelnen Tatbestände der Plattformregulierung und die digitalen Must Carry-Regeln. Sie setzt dabei die einzelnen Normen untereinander in Bezug und klärt die sich stellenden Fragen, insbesondere nach der inhaltlichen und räumlichen Reichweite der Must Carry-Regeln.

Die Arbeit untersucht die rechtlichen Vorgaben zur Entgelt- und Preisgestaltung zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern, die sich verschiedenen Rechtsgebieten entnehmen lassen. Sie nimmt in diesem Zusammenhang Stellung zu der Frage, ob Must Carry-Regeln per se entgeltlich oder per se unentgeltlich zu erbringen sind und lehnt beide Auffassungen ab. Die Arbeit fasst die Ergebnisse der unterschiedlichen Rechtsgebiete zusammen und bildet daraus einen einheitlichen Maßstab, an dem sich die ggf. geforderten Entgelte rechtlich prüfen lassen.

Zuletzt untersucht diese Arbeit die Möglichkeit von Plattformbetreibern, auf Programme auch gegen den Willen von deren Veranstaltern zuzugreifen zu können („Must Offer“). Die Arbeit kommt dabei zu dem Ergebnis, dass zwar einige Must Offer-Anspruchsnormen existieren, diese jedoch in ihrem Anwendungsbereich begrenzt sind. Zudem stehen diese Normen in einem

Spannungsverhältnis zur Rundfunkfreiheit der Veranstalter und zu einfachgesetzlichen Normen, die die Dispositionsrechte der Programmveranstalter über die Vermarktung ihrer Programme gewährleisten.

In einem Abschnitt im Anhang fasst die Arbeit die Erkenntnisse zusammen, die sich zur Weiterentwicklung der Plattformregulierung ableiten lassen. Sie macht dabei konkrete Vorschläge, die sich an die Gesetzgeber richten.

13.2.2 Kurzfassung auf Englisch

This thesis examines the Must Carry Rules applying under the German Federal Broadcasting Interstate Treaty. Those rules are put into context, regarding their historical evolution and their technical and economical frame conditions. The thesis investigates how these conditions have influenced and are still influencing both the legislation and the legal practice in this area, in order to make these influences understandable and to provide assistance to those applying the law.

The thesis explains both the constitutional and the European law regulatory framework. It investigates if the Must Carry Rules are compliant with this superior law and establishes that, while the Must Carry Rules are generally compatible, some aspects are critical. This concerns particularly the application of the Must Carry status to some types of channels and the correct implementation of Art. 31 of the Universal Services Directive.

The thesis explains in detail the concept of the term „platform provider“, the rules of the platform regulation and the digital Must Carry Rules. It interconnects these parts of the legal code and addresses the emerging issues, particularly regarding the material and territorial scope of the Must Carry Rules.

The thesis examines the legal provisions that pertain to the remuneration and pricing among platform providers and broadcasters, which can be derived from different fields of law, such as cartel law, copyright law and media law. It explains and establishes a position on the issue if Must Carry Rules have to be complied with generally in return for payment, or generally free of payment. Both opinions are answered negatively. The thesis merges the outcomes of the findings in the different fields of law and establishes the concept of a consistent approach to regulating the payment exchanges.

Finally, the thesis analyses how platform providers can use channels for their business models, even if the broadcasters refuse to hand them over („Must Offer Rules“). It is explained that, while there is some basis for Must Offer-claims, these claims are limited in their effectivity. Also, these claims are in tension to the freedom of broadcasting and the parts of the legislation that support the right of the broadcasters to control the distribution of their channels.

In an appendix, the thesis explains how the findings can be used for a further development of the platform regulation code. It offers concrete proposals on how to change the law.

13.3 Verzeichnisse

13.3.1 Literaturverzeichnis²⁴²⁸

Alm GbR/Die Medienanstalten (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2013 - Rundfunk und Internet - These, Antithese, Synthese?* Berlin 2013.

Ambrosius, Gerold (2009): *Standards und Standardisierungen in der Perspektive des Historikers – vornehmlich im Hinblick auf netzgebundene Infrastrukturen*. In: Ambrosius, Gerold/Henrich-Franke, Christian/Neutsch, Cornelius/Thiemeyer, Guido (Hrsg.): *Standardisierung und Integration europäischer Verkehrsinfrastruktur in historischer Perspektive*, S. 15. Baden-Baden 2009 (zitiert: *Ambrosius, Standards*).

Amlung, Robert/ Fisch, Martin: *Digitale Rundfunkangebote im Netz - Bewegtbild in der digitalen Welt*. ZUM 2009, 442.

Assion, Simon: *Anmerkung zu VG Oldenburg, Urteil vom 16. Oktober 2012 – 1 A 2353/11 – Vergleichbare Telemedien*. ZUM 2013, 603.

Assion, Simon: *Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27.3.2014 – C-314/12*. K&R 2014, 333.

Assion, Simon: *EuGH zum Anwendungsbereich des Sendestaatsprinzips*. Telemedicus v. 29.9.2011, abrufbar unter <http://tlmd.in/a/2078>.

Assion, Simon: *Die neuen EU-Grundrechte*. Telemedicus v. 13.5.2011, abrufbar unter: <http://tlmd.in/a/2000>.

Assion, Simon: *Medien als meritorische Güter*. Telemedicus v. 03.07.2010, abrufbar unter: <http://tlmd.in/a/1802>.

Assion, Simon: *Rundfunkrecht: Wenn der Gesetzgeber den Überblick verliert*. Telemedicus v. 03.03.2011, abrufbar unter: <http://tlmd.in/a/1957>.

Assion, Simon: *Verantwortlichkeit für Inhalte im Internet*. Telemedicus v. 30.05.2007, abrufbar unter: <http://tlmd.in/a/230>.

²⁴²⁸ Fundstellenangaben beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf die Seitenzahlen. Alle Fundstellenangaben im Internet wurden zuletzt auf ihre Richtigkeit überprüft am 16.9.2014.

Assion, Simon: *Was sind „vergleichbare Telemedien“?* Telemedicus v. 18.1.2012, abrufbar unter <http://tlmd.in/a/2155>.

Assion, Simon: *ZAK: Netzneutralität ist Frage des Rundfunkrechts*. Telemedicus v. 24.01.2011, abrufbar unter: <http://tlmd.in/a/1929>.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): *Beck'scher Online-Kommentar BGB*. Edition 26, Stand 1.2.2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB).

Ballon, Pieter/Bleyen, Valérie-Anne/Donders, Karen/Lindmark, Sven: *The double „layered“ platform structure of the audiovisual media industry: A case study of Flanders*. Abrufbar unter: <http://hdl.handle.net/10419/60344> (zitiert: *Ballon et al., platform structure*).

Baramizide, Aleqsandre/Kapanadze, Natia: *„Must-Carry“ - Analyzes of foreign Countrie's Legislation and Practice, Demands on Georgian Broadcasting Market* [sic!]. Abrufbar unter: http://www.gmldc.ge/files/must_carry_en_2.pdf (zitiert: *Baramizide/Kapanadze, Must Carry Legislation and Practice*).

Bartosch, Andreas: *Die neue EG-Kabelfernseh-Richtlinie*. NJW 1999, 3750.

Bartosch, Andreas: *Das neue EG-Telekommunikationsrecht: der Richtlinienentwurf zur rechtlichen Trennung der beiden großen Netzwerke*. K&R 1998, 339.

Bärwolff, Matthias: *End-to-End Arguments in the Internet: Principles, Practices, and Theory*. CreateSpace 2010, zugl. Diss. TU Berlin 2010 (zitiert: *Bärwolff, End-to-End Arguments in the Internet*).

Bates, Ed: *The evolution of the European Convention on Human Rights: from its inception to the creation of a permanent court of human rights*. Oxford/New York 2010 (zitiert: *Bates, The evolution of the European Convention on Human Rights*).

Bauer, Andreas: *Netz und Nutzung: Rechtspositionen vertikal integrierter Betreiber digitaler Breitbandkabelnetze*. Berlin 2004, zugl. Diss. Uni Leipzig, 2003 (zitiert: *Bauer, Netz und Nutzung*).

Beck, Hanno: *Medienökonomie: Print, Fernsehen und Multimedia*. 3. Auflage Heidelberg 2011 (zitiert: *Beck, Medienökonomie*).

Beckert, Bernd/Schulz, Wolfgang/Zoche, Peter/Dreier, Hardy: *Die Zukunft des deutschen Kabelfernsehnetzes - sechs Schritte zur Digitalisierung: Marktstudie für das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*. Heidelberg 2005 (zitiert: Beckert et al., Zukunft des Kabelfernsehnetzes).

Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Studienausgabe*. Berlin/New York 2. Aufl. 1995 (zitiert: Bearbeiter, in: Benda et al., Hdb. des Verfassungsrechts).

Beth, Stephan: *Rechtsprobleme proprietärer Standards in der Softwareindustrie*. Göttingen 2005, zugl. Diss. Uni Münster, 2005 (zitiert: Beth, Rechtsprobleme proprietärer Standards).

Bleich, Holger (2005): *Bosse der Fasern - Die Infrastruktur des Internet*. c't 7/2005, 88; auch abrufbar unter: <http://heise.de/-289840>.

Bornemann, Roland: *Der Sendeplan im Rundfunkrecht*. ZUM 2013, 845.

Borowski, Martin (2000): *Intendiertes Ermessen*. DVbl. 2000, 149.

Brecht, Rike/Busch, Gernot/Chardon, Carine/Freyer, Ulrich/Hornbostel, Anja/Karanas, Andreas/Merkel, Klaus/Felix Segebrecht/Wenk, Holger/Sewczyk, Jürgen: *White Book Hybrid TV*. Frankfurt am Main 2011 (zitiert: Brecht et al., White Book Hybrid TV).

Breunig, Christian: *Handy-TV vor ungewisser Zukunft*. MP 2008, 598.

Breunig, Christian: *IPTV und Web-TV im digitalen Fernsehmarkt*. MP 2007, 478.

Breunig, Christian: *Programmbouquets im digitalen Fernsehen*. MP 2000, 378.

Brocker, Doris: *Die Beaufsichtigung Internet-basierter Medien durch die Landesmedienanstalten : regional, national, international*. Köln 2011 (zitiert: Brocker, Beaufsichtigung Internet-basierter Medien).

Broemel, Roland: *Vielfaltsgewährleistung auf virtuellen Plattformen: Anpassung des kartellrechtlichen Konzepts an die medienrechtliche Regulierung*. MMR 2013, 83.

Broemel, Roland: *Hybrid-TV als Regulierungsproblem? Medien-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen hybriden Fernsehens*. ZUM 2012, 866.

Budzinski, Oliver/Lindstädt, Nadine: *Neuere Entwicklungen in der Medienökonomik: Das Konzept der mehrseitigen Märkte*. SSRN 2009, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1403137> (zitiert: Budzinski/Lindstädt, Konzept der mehrseitigen Märkte).

Caillaud, Bernard/ Jullien, Bruno (2003): *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers*. The RAND Journal of Economics 2003, 309, auch abrufbar unter: <http://www.jstor.org/stable/1593720>.

Castendyk, Oliver: *Öffentliches und europäisches Medienrecht*. In: Wandtke, Artur-Axel (Hrsg.): *Medienrecht*. 2. Aufl. Berlin/Boston 2011, Band 1, Kapitel 3 (zitiert: Castendyk, in: Wandtke, Medienrecht, Band 1 Kapitel 3).

Castendyk, Oliver: *§ 75 Sendeverträge*. In: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.): *Handbuch des Urheberrechts*, München 2. Auflage 2010 (zitiert: Castendyk, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 75).

Cebulla, Manuel: *Rundfunkauftrag und Gebührenfinanzierung nach dem 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag*. München 2007 (zitiert: Cebulla, Rundfunkauftrag und Gebührenfinanzierung).

Charissé, Peter: *Kabelkommunikation zwischen Rundfunk- und Urheberrecht*. K&R 2002, 164.

Christmann, Sabine: *Rechtliche Rahmenbedingungen für Plattformbetreiber - Regulatorische Aspekte beim Plattformbetrieb*. ZUM 2009, 7.

Christmann, Sabine/Enßlin, Holger/Wachs, Friedrich-Carl: *Der Markt für Breitbandkabel in der digitalen Übergangsphase: ordnungspolitische Herausforderungen für die deutsche Medienpolitik*. MMR 2005, 291 (zitiert als: Christmann et al., MMR 2005, 291).

Clement, Reiner/Schreiber, Dirk: *Internet-Ökonomie - Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft*. Heidelberg 2010 (zitiert: Clement/Schreiber, Internet-Ökonomie).

Cohen, Herman/Mortelmans, Kamiel: *Zur „Magill“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs*. GRUR-Int 1997, 11.

Communications Committee: *Working Document „An approach to costing the transport of ‘must -carry’ channels, in relation to Article 31 of the Universal Service Directive”, COCOM03-38*. Auf den Webseiten der EU offenbar nicht mehr abrufbar; eine Kopie ist abrufbar unter:
<http://www.docstoc.com/docs/91956277/MUST-CARRY> (zitiert: *Communications Committee, COCOM03-38*).

Cooper, Mark (Hrsg.): *Open Architecture as Communications Policy*. Stanford 2004,
auch abrufbar unter:
<http://cyberlaw.stanford.edu/attachments/openarchitecture.pdf>.

Cornils, Matthias: *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*. Tübingen 2005, zug. Habil. Uni Bonn, 2003/2004 (zitiert: *Cornils, Ausgestaltung der Grundrechte*).

Degenhart, Christoph: *Duale Rundfunkordnung im Wandel*. AfP 2007, Sonderheft, 24.

Degenhart, Christoph: *Der Staat im freiheitlichen Kommunikationsprozess - Funktionsträgerschaft, Funktionsschutz und Funktionsbegrenzung*. AfP 2010, 324.

Degenhart, Christoph: *Medienrecht und Medienpolitik im 21. Jahrhundert*. K&R 2000, 49.

Degenhart, Christoph: *Art. 5 Abs. 1 und 2 GG*. In: Vogel, Klaus/Graßhof, Karin/Dolzer, Rudolf (Hrsg.): *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, Losebl. Stand 122. Aktualisierung 2006 (zitiert: *Degenhart*, in: BK GG, Art. 5).

Demir, Ünsal: *Unentgeltliche Einspeisung von Fernsehprogrammen ins Kabelnetz als Rechtsproblem – eine vergleichende Untersuchung um Hinblick auf die Rechtsstellung der Kabelnetzbetreiber unter Berücksichtigung anderer Fallgruppen unentgeltlicher Leistungserbringung*. Hamburg 2013, zugl. Diss. FU Berlin, 2013 (zitiert: *Demir, Unentgeltliche Einspeisung*).

Deselaers, Wolfgang: *Die „Essential Facilities“: Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH*. EuZW 1995, 563.

Deutsche TV-Plattform (Hrsg.): *Chronik. Daten, Fakten und Notizen von 1990 bis 2010: 20 Jahre Deutsche TV-Plattform*. Abrufbar unter: http://www.tv-plattform.de/images/stories/archiv/2010/Chronik_20Jahre_DTVP.pdf (zitiert: *Deutsche TV-Plattform* (Hrsg.), *Chronik 20 Jahre Deutsche TV-Plattform*).

Dewenter, Ralf: *Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt, Diskussionspapier*. EconStor 2007, abrufbar unter: <http://hdl.handle.net/10419/23714> (zitiert: *Dewenter, Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt*).

Dewenter, Ralf: *Das Konzept der zweiseitigen Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, Diskussionspapier*. EconStor 2006, abrufbar unter: <http://hdl.handle.net/10419/23640> (zitiert: *Dewenter, Zweiseitige Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen*).

Dewenter, Ralf/Haucap, Justus: *Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten: Fallstudien aus Sicht der „Theorie zweiseitiger Märkte, Diskussionspapier“*. EconStor 2008, abrufbar unter: <http://hdl.handle.net/10419/38737> (zitiert: *Dewenter/Haucap, Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten*).

die medienanstalten – ALM GbR (Hrsg.), *Digitalisierungsbericht 2014*, Berlin 2014 (zitiert: *Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2014*).

Dierking, Laura/ Möller, Simon: *Online-TV und das „Long Tail“-Phänomen verändern die Grundlagen der Rundfunkordnung*. MMR 2007, 426.

European Commission, Directorate-General Information Society, Open Network Provision Committee: *Working Document - Subject: The 2003 regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting*. Dokument vom 14.6.2002. Auf den Webseiten der EU offenbar nicht mehr abrufbar; eine Kopie ist abrufbar unter <http://www.cjsm.vlaanderen.be/raadcjsm/historiek/mediaraad/adviezen/2002/02-006bijlagMReconvergentie.pdf> (zitiert: *DG INFSO, Working Document v. 14.6.2002: Regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting*).

European Commission, Directorate-General Information Society: *Working Document Subject: Universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services*. Working Document v. 27.4.2000, abrufbar unter:
<http://ec.europa.eu/archives/ISPO/infosoc/telecompolicy/review99/wdunisrv.pdf> (zitiert: *DG INFSO*, Working Document v. 27.4.2000: Universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services).

Die Medienanstalten: *Digitalisierungsbericht 2012 - Daten und Fakten Chartreport*. Abrufbar unter:
http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/Digitalisierungsbericht/2012/Chartreport_Digitalisierungsbericht_2012.pdf.

Dörr, Dieter: *Die rechtliche Einordnung der Must-carry-Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag und den Landesmediengesetzen*. ZUM 2013, 81.

Dörr, Dieter: *Die Kabelbelegungsregelungen in den Landesmediengesetzen und der Anspruch auf unentgeltliche Durchleitung des Fernsehprogramms PREMIERE zu den angeschlossenen Haushalten*. ZUM 1997, 337.

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hrsg.): *Urheberrechtsgesetz (UrhG): Mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Urheberrecht im Einigungsvertrag*. 3. Aufl. München 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze, UrhG; Fundstellenangaben beziehen sich auf das UrhG).

Dussel, Konrad: *Deutsche Rundfunkgeschichte*. Konstanz 3. Aufl. 2010.

Eberle, Carl-Eugen: *Neue Verbreitungswege, neue Angebote - die Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks*. ZUM 2007, 439.

Eberle, Carl-Eugen/Gersdorf, Hubertus: *Der grenzüberschreitende Rundfunk im deutschen Recht*. Baden-Baden 1993.

van Eijk, Nico/van der Sloot, Bart: *Must-Carry-Regulierung: Muss oder Last? Must-Carry: Renaissance oder Reformation?*, IRIS plus 2012-5, 7.

Eisenmann, Thomas/Parker, Geoffrey/Van Alstyne, Marshall: *Strategies for two-sided markets*. abrufbar unter
<https://wiki.aalto.fi/download/attachments/38374131/van+Alstyne+HBR+Two-sided+markets.pdf>; auch publiziert in Harvard Business Review 10/2006, 92 (zitiert: *Eisenmann et al.*, Strategies for two-sided markets).

Engel, Christoph: *Die Kabelnetzbetreiber als Mäzene wider Willen - Die Pflicht zur unentgeltlichen Einspeisung von Rundfunkprogrammen in die Kabelnetze nach § 19 LMG Baden-Württemberg 1999*. RTKom 2000, 189.

Engel, Christoph/ Lüdemann, Jörn: *Die technische Seite der Verbreitung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in digitalisierten Kabelnetzen*. ZUM 2008, 904.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): *Beck'scher Online-Kommentar GG*. München 2013, Online-Publikation Stand 15.05.2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG).

Europäische Kommission: *Towards a New Framework for Electronic Communications Infrastructure and Associated Services. The 1999 Communications Review. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. Kommunikation v. 10.11.1999, Az. COM (99) 539 final. Kopie abrufbar unter: <http://aei.pitt.edu/5978/> (zitiert: *Europäische Kommission*, COM (99) 539).

Evans, David S./ Schmalensee, Richard (2007): *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*. NBER Working Paper No. 11603, abrufbar unter <http://www.nber.org/papers/w11603> (zitiert: *Evans/Schmalensee*, *Organization of Markets with Two-Sided Platforms*).

Fares, Ali: *Entwicklung einer Software zur Deep Inspection für MPEG-2-Video über IP Streaming*. Bachelor-Thesis der FH Köln, abgegeben am 26. März 2009, abrufbar unter: http://www.dn.fh-koeln.de/download/arbeiten/Ali_Fares_2009.pdf (zitiert: *Fares*, *Deep Inspection über IP-Streaming*).

Fiedler, Ingo: *Die Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt: Wohlfahrtsauswirkungen einer Satellitengebühr*. Norderstedt 2007 (zitiert: *Fiedler*, *Fernsehübertragung als zweiseitiger Markt*).

Fink, Udo: *Wem dient die Rundfunkfreiheit?* DÖV 1992, 805.

Fink, Udo/Keber, Tobias O/Roguski, Premyslaw: *Die Zukunft der Medienregulierung im Europarat*. ZUM 2011, 292 (zitiert: *Fink et al.* ZUM 2011, 292).

Fink, Udo/ Keber, Tobias O.: *Übertragungspflichten ohne Einspeiseentgelt? Die Verbreitung öffentlich-rechtlicher Fernseh- und Hörfunkprogramme durch Kabelnetze*. MMR-Beil. zu Heft 2/2013, 1.

Fischer, Marion: *Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher und aus rundfunkrechtlicher Sicht : Diskussionsbericht zur gleich lautenden Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 27. März 2009.* ZUM 2009, 465.

Fischer, Walter: *Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik in Theorie und Praxis: MPEG-Basisbandcodierung, DVB-, DAB-, ATSC-, ISDB-T-Übertragungstechnik, Messtechnik.* Berlin/Heidelberg, 3. Aufl. 2010 (zitiert: Fischer, Digitale Fernseh- und Hörfunktechnik).

Flatau, Kai: *Neue Verbreitungsformen für Fernsehen und ihre rechtliche Einordnung: IPTV aus technischer Sicht.* ZUM 2007, 1.

Floren, Dieter: *Sendernetzbetrieb der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten - verfassungsrechtlicher Status.* ZUM 2000, 904.

Forrester, Chris: *High Above: The Untold Story of Astra, Europe's Leading Satellite Company.* 2. Aufl. 2010 Berlin u.a. (zitiert: Forrester, High Above).

Foucault, Michel: *Die Ordnung des Diskurses.* Frankfurt a. M. 11. Aufl. 2012.

Frevert, Tobias: *Regelungen des neuen TKG zur Rundfunkübertragung.* MMR 2005, 23.

Freyer, Ulrich/Jaske, Andreas: *Kabel und Satellit: der Übergang in die multimediale Welt.* Düsseldorf 2004 (zitiert: Freyer/Jaske, Kabel und Satellit).

Fuhr, Ernst/Krone, Gunnar: *Pay-TV und kommunikative Versorgungsgerechtigkeit.* FuR 1984, 630.

ALM GbR (Hrsg.): *Wirtschaftliche Lage des Rundfunks in Deutschland 2010 / 2011.* Berlin 2011 (zitiert: ALM, Wirtschaftliche Lage des Rundfunks 10/11).

Gehring, Robert: *Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe: Eine institutionenökonomische Erklärung.* Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Uni Köln Heft 171, abrufbar unter <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/17103.pdf>, Köln 2003 (zitiert: Gehring, Aufstieg und Fall der Kirch-Gruppe).

Geiger, Phillip: „War of Platforms“ - Wettstreit von Kabel und DSL um den „Triple Play“-Kunden. Abrufbar unter http://www.solonstrategy.com/uploads/tx_soloncm003/Solon_War_of_Platforms_dt_03.pdf (zitiert: Geiger, War of Platforms).

Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang (GSDZ)/Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM): *Digitalisierungsbericht 2005. Digital-TV und Analog-Digital-Übergang*. Berlin 2005 (zitiert: GSDZ/ALM, Digitalisierungsbericht 2005).

Geppert, Martin/Piepenbrock, Hermann-Josef/Schütz, Raimund/Schuster, Fabian (Hrsg.): *Beck'scher TKG-Kommentar – Telekommunikationsgesetz*. München 3. Aufl. 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck'scher TKG-Kommentar).

Gerpott, Thorsten/Winzer, Peter: *Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten für die Verbreitung öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme über Kabelnetze aus ökonomischer Sicht - Studie im Auftrag des MDR*. Abrufbar unter: http://www.ard.de/download/397988/Studie_zu_Verhaeltnismaessigkeit_von_Einspeiseentgelten_fuer_Kabelnetze.pdf (zitiert: *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten aus ökonomischer Sicht).

Gersdorf, Hubertus: *Anreizregulierung zu Lasten Dritter? (Verfassungs-) rechtliche Bewertung einer anreizorientierten Regulierung des privaten Rundfunks zu Lasten der Kabelnetzbetreiber*. MMR-Beil. zu Heft 6/2012, 1.

Gersdorf, Hubertus: *Netzneutralität: Landesrechtliche Plattformregulierung als Referenzmodell?* In: Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) der Landesmedienanstalten (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2010: Rundfunk im Zeichen des Internets - Strukturen und Akteure im Wandel*, 29 (zitiert: *Gersdorf*, in: ZAK (Hrsg.), Digitalisierungsbericht 2010, 29).

Gersdorf, Hubertus: *Einspeisung öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme in die Kabelnetze*. K&R-Beil. zur Heft 1/2009.

Gersdorf, Hubertus: *Der Rundfunkbegriff: Vom technologieorientierten zum technologieneutralen Begriffsverständnis*. München 1. Aufl. 2007 (zitiert: *Gersdorf*, Der Rundfunkbegriff).

Gersdorf, Hubertus: *Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze*. Berlin 1996.

Gersdorf, Hubertus: *Teleshopping - Exerzitium für die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Ausgestaltung und Beschränkung der Rundfunkfreiheit*. ZUM 1995, 841.

Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (Hrsg.): *Beck'scher Kommentar zum Informations- und Medienrecht*, 2. Edition Stand: 1.11.2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK InfoMedienR; Fundstellenangaben beziehen sich, wo nicht anders angegeben, auf den RStV).

Gilder, George: *Metcalf's law and legacy*. Abrufbar unter: <http://www.seas.upenn.edu/~gaj1/metgg.html>.

Goldhammer, Klaus/Birkel, Mathias: *Der Markt für Onlinevideo in Deutschland*. In: Die Medienanstalten – ALM GbR (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2011: Offen, neutral, hybrid - die neue (Un)Ordnung der Medien*, Berlin 2011, 35 (zitiert: *Goldhammer/Birkel*, in: Die Medienanstalten (Hrsg.), *Digitalisierungsbericht 2011*, 35).

Gomolka, Martin/Struck, Julia: *Best practice im IPTV-Markt - kritische Erfolgsfaktoren zur Etablierung neuer Dienste und deren Geschäftsmodelle im deutschen IPTV-Markt*. Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln Heft 258, abrufbar unter <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/25809.pdf>, Köln 2009 (zitiert: *Gomolka/Struck*, *Best practice im IPTV-Markt*).

Gorini, Sabina/van Eijk, Nico: *Workshop on Must-Carry Obligations - Summary of the Discussion*. Media Law & Policy Vol. 15.2 2006, 192, auch abrufbar unter: http://www.nyls.edu/media_center/wp-content/uploads/sites/141/2013/08/Workshop-on-Must-Carry-Obligations...-by-Sabina-Gorini-and-Nico-van-Eijk.pdf (Zitiert als: *Gorini/van Eijk*, Media L. & Pol'y 2006, Vol. 15.2, 192).

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.): *Das Recht der Europäischen Union*. München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*).

Grimm, Dieter: *Anforderungen an künftige Medienordnungen*. Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Uni Köln Heft 176, abrufbar unter: <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/17603.pdf>, Köln 2003.

Grünwald, Andreas: *Analoger Switch-Off: Zur Verwaltung terrestrischer Rundfunkfrequenzen im Zeichen der Digitalisierung der Fernsehübertragung in Deutschland und den U.S.A.* München 2001 (zitiert: *Grünwald*, *Analoger Switch-Off*).

Gugel, Bertram: *Spielekonsolen als TV-Plattform*. Whitepaper für das Projektbüro HbbTV 2012, abrufbar unter: <http://www.slm-online.de/wp-content/uploads/2012/04/whitepaper.pdf>.

Guggenberger, Nikolas/ Ulmer, Ludwig: *Presse-Grosso: Vielfaltsicherung durch Artenschutz!?* AfP 2013, 183.

Gundel, Jörg: *Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen Rundfunksendungen? Zur Frage der „Polizeifestigkeit“ der Rundfunkfreiheit am Beispiel aktueller Konflikte um die Durchsetzung des Glücksspielwerbeverbots*. ZUM 2010, 770.

Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns - Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt a.M. 8. Aufl. 2011 (zitiert: Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1).

Hachmeister, Lutz/Rager, Günther: *Wer beherrscht die Medien? Die 50 größten Medienkonzerne der Welt - Jahrbuch 2005*. München 2005 (zitiert: Hachmeister/Rager, Wer beherrscht die Medien).

Hahn, Caroline: *Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven*. Frankfurt a. M. 2010, zugl. Diss. Uni Mainz 2009 (zitiert: Hahn, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks).

Hahn, Werner/Vesting, Thomas (Hrsg.): *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 3. Auflage München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hahn/Vesting, RStV; Fundstellenangaben beziehen sich, wo nicht anders angegeben, auf den RStV).

Hain, Karl-E.: *Medienmarkt im Wandel: Technische Konvergenz und Anbieterkonkurrenz als Herausforderung an Verfassungsrecht und Regulierung*. AfP 2012, 313.

Hain, Karl-E./Steffen, Christine/Wierny, Thomas: *Das deutsche Must-Carry-Regime auf dem Prüfstand - Vereinbarkeit entgeltlos zu erfüllender Must-Carry-Pflichten mit Unionsrecht und deutschem Verfassungsrecht*. MMR 2014, 24.

Hain, Karl-E./Steffen, Christine/Wierny, Thomas: *Die Must-Carry-Regelungen des deutschen Medienrechts im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks - Rechtsgutachten im Auftrag der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten*. Abrufbar unter: http://www.ard.de/download/397936/Rechtsgutachten_zu_Must_Carry_Regelungen_fuer_oeffentlich_rechtlichen_Rundfunk.pdf (zitiert: Hain et al., Die Must-Carry-Regelungen im Hinblick auf Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks).

Hain, Karl-E./Steffen, Christine/Wierny, Thomas: *Must-Carry! Must-Offer! Must-Pay? Deutsche Must-Carry-Regelungen zu Gunsten öffentlich-rechtlicher Angebote und die Frage der Einspeiseentgelte*. MMR 2013, 769.

Hain, Karl-E.: *Rezension zu Matthias Cornils: Die Ausgestaltung der Grundrechte*. JZ 2010, 939.

Hain, Karl-E./Poth, Hans-Christian: *Ausgestaltung und Beschränkung der „dienenden“ Rundfunkfreiheit*. JA 2010, 572.

Hamann, Andreas: *Aktueller Stand der Digitalisierung in den deutschen TV-Haushalten Juni 2008*. In: Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang (GSDZ) der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2008 - Die Frage nach dem digitalen Mehrwert - Neue Inhalte und ihre Finanzierung*, 44 (zitiert: Hamann, in: GSDZ (Hrsg.), Digitalisierungsbericht 2008, 44).

Hamann, Andreas: *Aktueller Stand der Digitalisierung in den deutschen TV-Haushalten Juni 2010*. In: Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) der Landesmedienanstalten (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2010: Rundfunk im Zeichen des Internets - Strukturen und Akteure im Wandel*, 56 (zitiert: Hamann, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, 56)

Harcourt, Alison: *The European Union and the regulation of media markets*. Manchester 2005.

Hartstein, Reinhard/Ring, Wolf-Dieter/Kreile, Johannes/Dörr, Dieter/Stettner, Rupert/Cole, Mark D: *Rundfunkstaatsvertrag: Kommentar*, München Losebl. Stand April 2013 (zitiert: HRKDSC, RStV; Fundstellenangaben beziehen sich, wo nicht anders angegeben, auf Teil B5 und dort auf den RStV).

Hege, Hans: *Zwischen Neutralität und Priorisierung – vor den Herausforderungen der Konvergenz*. In: Alm GbR/Die Medienanstalten (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2013 - Rundfunk und Internet - These*,

Antithese, Synthese? Berlin 2013, 11 (zitiert: Hege, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 11).

Hege, Hans: *The Power of Open*. In: Die Medienanstalten - ALM GbR (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2011 - Offen, neutral, hybrid - die neue (Un)Ordnung der Medien*. Berlin 2011, 15 (zitiert: Hege, in: ALM GbR (Hrsg.), Digitalisierungsbericht 2011, 15).

Hege, Hans: *Aufsicht, offene Plattformen und Interoperabilität - Belastbarkeit des Medienrechts im Sinne der Vielfaltssicherung*. In: Gerth, Joachim/Scheuer, Alexander (Hrsg.): *Digitale Satellitenplattformen in den USA und Europa und ihre Regulierung*, Düsseldorf, 2004, 60 (zitiert: Hege, in: Gerth/Scheuer, *Digitale Satellitenplattformen*, 60).

Hein, Werner/Schmidt, Jens: *Entgelte für die Übertragung von Rundfunksignalen über das Breitbandkabel*. K&R 2002, 409.

von Herget, Harald: *Die Auswirkungen der Digitalisierung elektronischer Massenmedien auf den Rundfunkbegriff und die Folgen für die Rundfunkhoheit und die Rundfunkordnung in Deutschland und Europa*. Neuenhagen 2005, auch abrufbar unter <http://www.db-thueringen.de/servlets/DocumentServlet?id=2938>, zugl. Diss. Uni Jena 2004 (zitiert: v. Herget, Rundfunk und Grundgesetz).

Hesse, Albrecht: *Rundfunkrecht*. München 3. Aufl. 2003.

Hillig, Hans-Peter: *Urheberrechtliche Fragen des Netzzugangs in der Kabelkommunikation*. MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 34.

Hoeren, Thomas/Bilek, Julia: *Die territoriale Exklusivitätsvereinbarung bei Fußball-Übertragungen - ein Modell der Vergangenheit! - Zu den Risiken und Nebenwirkungen der EuGH-Urteile vom 4.10.2011 - Rs. C-403/08 und 429/08*. CR 2011, 735.

Hoeren, Thomas/Neurauter, Sebastian: *IPTV - Die wichtigsten Rechtsfragen aus Sicht der Anbieter*. Berlin 2010 (zitiert: Hoeren/Neurauter, IPTV).

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich (Hrsg.): *Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Handbuch Multimedia-Recht*, München Losebl. Stand 25. Ergänzungslieferung 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*).

Hoffmann-Riem, Wolfgang: *Chancengleichheit in zukünftigen Kommunikationssystemen: rechtspolitische Erwägungen zur Weiterentwicklung elektronischer Medien, insbesondere des Kabelfernsehens*. In: *Wandel der Medienordnung: Reaktionen in Medienrecht, Medienpolitik und Medienwissenschaft; ausgewählte Abhandlungen*, Baden-Baden 2009, 297 (zitiert: Hoffmann-Riem, *Wandel der Medienordnung*, 297).

Hoffmann-Riem, Wolfgang: *Chancengleichheit durch Kabelfernsehen*. Neue Gesellschaft 1977, 586.

Holznagel, Bernd: *Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltssicherung*. K&R 2010, 95.

Holznagel, Bernd/Enaux, Christoph/Nienhaus, Christian: *Telekommunikationsrecht – Rahmenbedingungen, Regulierungspraxis*. München 2. Aufl. 2006 (zitiert: Holznagel et al., *Telekommunikationsrecht*).

Holznagel, Bernd/ Salwitzek, Astrid: *Doppelt hält besser - Wer zahlt für das Kabelfernsehen?* K&R 2013, 454.

Höppner, Thomas: *Technisch-ökonomische Aspekte des Leistungsschutzrechts für Presseverleger: zur Verteidige Dein Netz!-Kampagne und anderen Fakten zum Gesetzesentwurf*. K&R 2013, 73.

Höppner, Thomas: *Das Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhalteanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht*. WRP 2012, 625.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, München 4. Aufl. 2007 (Zitiert als: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, *Kartellrecht*).

Inderst, Roman/Valletti, Tommaso: *Buyer Power and the 'waterbed Effect'*. *The Journal of Industrial Economics* 2011, Vol. 59, Nr. 1, 1; abrufbar unter <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6451.2011.00443.x/abstract> (zitiert: Inderst/Valletti, *Buyer Power and the 'Waterbed Effect'*).

Irion, Kristina/ Schirmbacher, Martin: *Netzzugang und Rundfunkgewährleistung im deutschen Breitbandkabelnetz - Der Bedarf an neuen Kabelbelegungsvorschriften nach dem Verkauf der Breitbandkabelnetze an vertikal integrierte Netzbetreiber*. CR 2002, 61.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Demokratie - Bundesorgane*, Heidelberg 3. Aufl. 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts).

Janik, Cornelia: *Die EMRK und internationale Organisationen - Ausdehnung und Restriktion der equivalent protection-Formel in der neuen Rechtsprechung des EGMR*. ZaöRV 2010, 127.

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar*. München 12. Aufl. 2012 (zitiert: *Jarass/Pieroth, GG*).

Jestaedt, Dirk: *Der Lizenzerteilungsanspruch nach der BGH-Entscheidung „Orange-Book-Standard“*. GRUR 2009, 801.

Kaaranen, Heikki/Ahtiainen, Ari/Laitinen, Lauri/Naghian, Siamäk/Niemi, Valtteri: *UMTS networks: architecture, mobility, and services*. Chichester 2. Aufl. 2005 (zitiert: *Kaaranen et al., UMTS Networks*).

Kappler, Cornelia: *UMTS networks and beyond*. Chichester 2005.

Keller, Andres: *Breitbandkabel und Zugangsnetze: Technische Grundlagen und Standards*. Berlin Heidelberg 2. Aufl. 2011 (zitiert: *A. Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze*).

Keller, Reiner: *Diskursforschung: Eine Einführung für SozialwissenschaftlerInnen*. Wiesbaden 4. Aufl. 2010 (zitiert: *R. Keller, Diskursforschung*).

Keller, Reiner: *Wissenssoziologische Diskursanalyse: Grundlegung eines Forschungsprogramms*. Wiesbaden 3. Aufl. 2011 (zitiert: *R. Keller, Wissenssoziologische Diskursanalyse*).

Kempermann, Philip: *Content-Regulierung in konvergierenden Medien*. Frankfurt a. M. 2010, zugl. Diss. Uni Hannover, 2009.

Kempf, Matthias: *Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten: Ein Theorieansatz und seine Illustration am deutschen Kabelnetzsektor*. Wiesbaden 2007, zugl. Diss. LMU München 2007 (zitiert: *Kempf, Strukturwandel und die Dynamik von Abhängigkeiten*).

Kianfar, Mina: *Die Weitersenderechte für den Betrieb des Online-Videorecorders (OVR) - Zugleich Besprechung von OLG Dresden, Urt. v. 12. 7. 2011 - 14 U 801/07 - save.tv*. GRUR-RR 2011, 393.

Klaes, Roland: *Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff und Internet - Eine dogmatische Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages*. ZUM 2009, 135.

Kleist, Thomas: *Begrüßung und Einleitung*. In: Gerth, Joachim/Scheuer, Alexander (Hrsg.): *Digitale Satellitenplattformen in den USA und Europa und ihre Regulierung*, Düsseldorf, 2004, 9 (zitiert: Kleist, in: Gerth/Scheuer, *Digitale Satellitenplattformen*, 9).

Klickermann, Paul/Lotz, Sascha: *Hybrid-TV in der Plattformregulierung - Vorgaben zum chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugang*. MMR 2012, 801.

Kloepfer, Michael: *Vergleichende Werbung und Verfassung - Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen*. GRUR 1991, 170.

Koenig, Christian/Busch, Martin: *Unterlassungsansprüche von TK-Satellitenbetreibern gegen Störungen der ihnen zugewiesenen Orbitalpositionen und Frequenzbereiche*. K&R 2013, 712.

Kogler, Michael: *Hybrid-TV - modernes „Fernsehen“ im unmodernen EU-Rechtsrahmen? - (Hypo-)Thesen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für Inhalte an Fernsehbildschirmen*. K&R 2011, 621.

Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) der Landesmedienanstalten (2011): *Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet - Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität*. Abrufbar unter: http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/Positionen/Digitale_Welt/ZAK-Thesen_zur_Netzneutralitaet_21012011.pdf (zitiert: ZAK, *Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität*).

Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK): *Sechzehnter Jahresbericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich*. Abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/jahresbericht_12-13.pdf. Potsdam 2012 (zitiert: KEK, 16. Jahresbericht).

Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) (2005): *Achter Jahresbericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich*. Abrufbar unter: http://www.kek-online.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/jahresbericht_04-05.pdf. Potsdam 2005 (zitiert: KEK, 8. Jahresbericht).

König, Michael/Kösling, Stefan: *Die digitale Zugangsfreiheit im 8. RÄStV - nur Anpassung an das TKG oder materielle Änderungen beabsichtigt?* ZUM 2005, 289.

Kops, Manfred: *Publizistische Vielfalt als Public Value?* Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Uni Köln Heft 265, abrufbar unter: <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/publikationen/arbeitspapiere/kops-publizistische-vielfalt.php>. Köln 2010 (zitiert: Kops, Publizistische Vielfalt als Public Value).

Kops, Manfred: *Das deutsche duale Rundfunksystem - Entstehungsgeschichte, derzeitige Ausgestaltung und absehbare Veränderungen.* Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Uni Köln Heft 250, abrufbar unter <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/publikationen/arbeitspapiere/ap250.php>. Köln 2009 (zitiert: Kops, Das deutsche duale Rundfunksystem).

Krause, Michael: *Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter - Probleme von Nutzern beim Rechteerwerb aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.* ZUM 2011, 21.

Kühling, Jürgen/Gauß, Nicolas: *Suchmaschinen - eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt?* ZUM 2007, 881.

Kunow, Kristian: *Aktueller Stand der Digitalisierung in den deutschen TV-Haushalten.* In: die medienanstalten – ALM GbR (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2014: Alles fließt! Neue Formen und alte Muster*, 34. Berlin 2014. (zitiert: Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2014, 34).

Kunow, Kristian: *Aktueller Stand der Digitalisierung in den deutschen TV-Haushalten.* In: Die Medienanstalten – ALM GbR (Hrsg.): *Digitalisierungsbericht 2013: Rundfunk und Internet - These, Antithese, Synthese?*, 34. Berlin, 2013 (zitiert: Kunow, in: Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2013, 34).

Kurose, James F./Ross, Keith W.: *Computernetzwerke: Der Top-Down-Ansatz.* 4. Aufl. München 2008 (zitiert: Kurose/Ross, Computernetzwerke).

Kurth, Matthias: *Marktdefinitionen, Netzzugang und Entgeltregulierung - Medienrechtliche Belange zwischen Wettbewerbs- und Kommunikationsrecht*. In: Gerth, Joachim/Scheuer, Alexander (Hrsg.): *Digitale Satellitenplattformen in den USA und Europa und ihre Regulierung*, 56. Düsseldorf, 2004 (zitiert: Kurth, in: Gerth/Scheuer, *Digitale Satellitenplattformen*, 56).

Ladeur, Karl-Heinz: *Entgeltspflicht für die Kabeleinspeisung von Programmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten?* ZUM 2012, 939.

Ladeur, Karl-Heinz: *Rechtsproblem der Regulierung der Entgelte, der Paketbündelung und der Vertragsgestaltung im digitalen Kabelfernsehen*. ZUM 2005, 1.

Ladeur, Karl-Heinz: *Der prozedurale Schutz der Medienfreiheit: Zur Bedeutung von Verfahren für den Schutz der öffentlichen Kommunikation, insbesondere im Internet*. ZUM 2004, 1.

Ladeur, Karl-Heinz: *Einspeisung digitaler Fernsehprogramme - zur Rechtsstellung von Kabelnetzbetreiber und Programmveranstalter; zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Medien- und Telekommunikationsrecht unter Multimediabedingungen*. K&R 2001, 496.

Ladeur, Karl-Heinz: *Terrestrische Übertragungsformen für digitales Fernsehen und Hörfunk (DVB-T und DAB-T) - rechtliche Probleme der Projektgestaltung*. MMR 1999, 266.

Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias: *Von der dienenden Funktion der Telekommunikation für den Rundfunk zur Konfliktbewältigung durch Frequenzplanungsrecht*. K&R 2011, 777.

Ladeur, Karl-Heinz/ Gostomzyk, Tobias: *Rundfunkfreiheit und Rechtsdogmatik - zum Doppelcharakter des Art. 5 I 2 GG in der Rechtsprechung des BVerfG*. JuS 2002, 1145.

Langhoff, Helge: *Medienrechtliche Einordnung neuer Angebote über neue Übertragungswege (z. B. IP-TV, Mobil-TV etc.) - Diskussionsbericht der gleich lautenden Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20. April 2007*. ZUM 2007, 447.

Lehofer, Hans-Peter: *EuGH (neuerlich) zu belgischen must carry-Regeln*. e-comm v. 3.3.2011, abrufbar unter: <http://blog.lehofer.at/2011/03/eugh-neuerlich-zu-belgischen-must-carry.html>.

Lenk, Friedrich: *Multiplex*. In: Frohberg, Wolfgang/Kolloschie, Horst/Löffler, Helmut (Hrsg.): *Taschenbuch der Nachrichtentechnik*, 125. München/Leipzig 2008 (zitiert: *Lenk*, in: Frohberg et al., *Nachrichtentechnik*, 125).

Lent, Wolfgang: *Elektronische Presse zwischen E-Zines, Blogs und Wikis: Was sind Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten?* ZUM 2013, 914.

Levy, David: *Europe's Digital Revolution: Broadcasting Regulation, the EU and the Nation State*. London/New York 2001 (zitiert: *Levy*, *Broadcasting Regulation, the EU and the Nation State*).

Libertus, Michael: *Durchleitung digitaler Rundfunksignale im Breitbandkabelnetz*. K&R 1999, 259.

Longolius, Nikolai: *Web-TV - AV-Streaming im Internet*. Köln 2010.

Marek: *Der Begriff des Anbieters einer Plattform nach dem Rundfunkstaatsvertrag*. Seminararbeit Rostock 2009, abrufbar unter: http://www.gersdorf.uni-rostock.de/fileadmin/Jura_KR/Seminar_SS2009/Plattformanbieter_Seminararbeit.pdf.

Martini, Mario: *Netzneutralität zwischen kommunikativer Chancengleichheit und Infrastruktureffizienz*, Speyerer Vorträge, Heft Nr. 96, 2011, auch abrufbar unter: <http://www.dhv-speyer.de/PUBL/Vortraege/Heft96.pdf> (zitiert: *Martini*, *Speyerer Vorträge Heft Nr. 96*).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, München Losebl. Stand 63. Ergänzungslieferung 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Dürig, GG*).

Merkel, Klaus/Roßnagel, Alexander/Scheuer, Alexander/Schweda, Sebastian: *Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung - Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*. Online-Publ. 2009, abrufbar unter: http://www.emr-sb.de/tl_files/EMR-SB/content/PDF/Telekommun%20-%20Beitraege/Merkel_Rossnagel_Scheuer_Schweda_IRT-EMR_BMWi_Studie_Interoperabilitaet_2009.pdf (zitiert: *Merkel et al.*, *Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung*).

Möller, Simon: *Was ist eigentlich Netzneutralität?* In: Krone, Jan/Pellegrini, Tassilo (Hrsg.): *Netzneutralität und Netzbewirtschaftung: Multimedia in Telekommunikationsnetzwerken*, 17. Baden-Baden 2012 (zitiert: S. Möller, in: Krone/Pellegrini, *Netzneutralität und Netzbewirtschaftung*, 17).

Müller, Christina/Müller, Reimar/Pagella, Alessandro/Sengera, Jari/Tolsdorff, Sonja/Schaarschmidt, Lisa/Spiegel, Stefan/Vogel, Constantin (2010): *PriceWaterhouseCoopers German Entertainment and Media Outlook 2010-2014*. Frankfurt am Main 2010 (zitiert: C. Müller et al., *PWC German Entertainment and Media Outlook 2010-2014*)

Müller, Stefan: *Logik, Widerspruch und Vermittlung: Aspekte der Dialektik in den Sozialwissenschaften*. Wiesbaden 2011, zugl. Diss. Uni Mainz, 2010 (zitiert: S. Müller, *Aspekte der Dialektik in den Sozialwissenschaften*).

Müller, Ulf: *Medienkartellrecht*. In: Wandtke, Arthur (Hrsg.), *Praxishandbuch Medienrecht*, Band 3: Wettbewerbs- und Werberecht. Berlin/Boston 2. Aufl. 2011, Band 3 Kapitel 2 (zitiert: U. Müller, in: Wandtke, *Praxishandbuch Medienrecht*, Band 3 Kapitel 2)

Neumann, Karl-Heinz/Stumpf, Ulrich/Stamm, Peter: *Zur Ökonomie der Einspeiseentgelte im Kabelnetz*. Bad Honnef 2013, abrufbar unter: http://www.medienpuls-bayern.de/uploads/tx_fnblm/WIK-Studie_2013_-_Zur_OEkonomie_der_Einspeiseentgelte_im_Kabelnetz.pdf.

Neurauter, Sebastian: *Internetfernsehen und Co: das Urheberrecht unter dem Druck des Medienwandels*. GRUR 2011, 691.

Neurauter, Sebastian: *DPMA-Schiedsstelle: Digitaler Kabelweitersendungstarif der VG Media kritisiert – Etappensieg für die DTAG und ihr IPTV-Angebot*. MMR-Aktuell 2010, 299952.

Niemann, Fabian (2009): *Shift der urheberrechtlichen Verwertungsrechte in der arbeitsteiligen digitalen Welt : Auswirkungen der BGH-Entscheidungen zu Online-Vidcorekordern (shift.tv, save.tv) auf Outsourcing, Virtualisierung und Web 2.0 Dienste*. CR 2009, 661.

Ohler, Christoph: *Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh*. NVwZ 2013, 1433.

Oliver & Ohlbaum Associates Limited: *PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK - The Case for Change*. London 2011, abrufbar unter:
<http://downloads.bbc.co.uk/aboutthebbc/reports/pdf/RetransmissionandAccessChargesReview.pdf> (zitiert: *Oliver & Ohlbaum Associates*, PSB Network Platform Re-Transmission and Access Charges in the UK).

Ory, Stephan: *Rechtliche Überlegungen aus Anlass des „Handy-TV“ nach dem DMB-Standard*. ZUM 2007, 7.

Paasilinna, Reino: *Opinion of the Committee on Industry, Research and Energy for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on consumer protection cooperation*. Stellungnahme vom 9.6.2008, Az. – COM(2007)0698 – C6-0420/2007 – 2007/0248(COD).

Abrufbar unter:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ad/726/726618/726618en.pdf (zitiert: *Paasilinna*, Stellungnahme des Committee on Industry, Research and Energy vom 9.6.2008, Az. 2007/0248(COD)).

Peifer, Karl-Nikolaus: *Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern für die Einspeisung der Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Must-Carry-Bereich*. Ohne Erscheinungsort 2013, abrufbar unter:

http://www.ard.de/download/1242446/Rechtsgutachten_zu_Verguetungsansprueche_von_Kabelnetzbetreibern.pdf (zitiert: *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern).

Peifer, Karl-Nikolaus: *Territorialität und Dienstleistungsfreiheit : der Fall „Karen Murphy“ vor dem EuGH*. GRUR-Prax 2011, 435.

Pestalozza, Christian: *Der Schutz vor der Rundfunkfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland : Bemerkungen anlässlich des Urteils des BVerfG vom 16.6.1981*. NJW 1981, 2158.

Pfennig, Gerhard: *Reformbedarf beim Kabelweisersenderecht?* ZUM 2008, 363.

Pomorin, Kerstin: *Rechtswegzuständigkeit für Klagen von Programmveranstaltern gegen Kabelanlagenbetreiber wegen der Kanalbelegung im Kabelnetz*. ZUM 2005, 220.

Potthast, Klaus-Peter: *Medienrechtliche Einordnung neuer Angebote über neue Übertragungswege (z. B. IP-TV, Mobil-TV etc.)*. ZUM 2007, 443.

Radtko, Stefan/Dilevka, Inita: *Empirischer Überblick über die deutsche Fernsehindustrie*. Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln Heft 256, auch abrufbar unter: <http://www.rundfunkinstitut.uni-koeln.de/institut/pdfs/25609.pdf>. Köln 2009.

Raitz von Frentz, Wolfgang/ Masch, Christian: *Öffentliche Wiedergabe und Kabelweitersendung bei Gemeinschaftsantennenanlagen außerhalb Abschattungsgebieten und das Verhältnis zwischen Einspeiseentgelt und angemessener Lizenzgebühr für die Kabelweitersendung - Urteilsanmerkung zum Urteil des Kammergerichts vom 25. Januar 2010 - 24 U 16/09 (ZUM 2010, 342)*. ZUM 2010, 519.

Reinemann, Susanne: *DVB-H, DMB und interaktive Fernbedienung - Ist der Rundfunk(begriff) den neuesten technischen Entwicklungen gewachsen?* ZUM 2006, 523.

Reinemann, Susanne: *Rundfunkvermarktung und Informationsfreiheit - Tagungsbericht über das 7.BLM-Symposion Medienrecht 2004 in München*. ZUM 2005, 307.

Ricke, Thorsten: *Die rundfunkrechtliche Plattformregulierung auf dem Prüfstand: wird den neuen Entwicklungen richtig Rechnung getragen?* MMR 2011, 642.

Ricke, Thorsten: *IPTV und Mobile TV: Neue Plattformanbieter und ihre rundfunkrechtliche Regulierung*. Baden-Baden 2011; zugl. Diss. Uni Münster 2010 (zitiert: Ricke, IPTV und Mobile TV).

Ricker, Reinhart: *Die Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen aus verfassungsrechtlicher Sicht*. Berlin 1984.

Ring, Wolf-Dieter/Gummer, Andreas: *Medienrechtliche Einordnung neuer Angebote über neue Übertragungswege (z. B. IP-TV, Mobil-TV etc.)*. ZUM 2007, 433.

Ritlewski, Kristoff: *Pluralismussicherung im 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag - ein Beitrag zur Dogmatik der Pluralismussicherung*. ZUM 2008, 403.

Ritlewski, Kristoff: *Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk: Anforderungen aus dem Funktionsauftrag und Regelungen zur Sicherung in Deutschland und Polen*. Frankfurt a.M. 2009, zugl. Diss. Uni Mainz 2009 (zitiert: Ritlewski, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk).

Rochet, Jean-Charles/Tirole, Jean: *Platform competition in two-sided markets*. Journal of the European Economic Association 2003, Band 1, 990, auch abrufbar unter: <http://idei.fr/doc/wp/2002/platform.pdf> (zitiert: Rochet/Tirole, Platform competition in two-sided markets).

Rochet, Jean-Charles/ Tirole, Jean: *Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations*. The RAND Journal of Economics 2002, Band 33, 549, auch abrufbar unter: <http://www.jstor.org/stable/3087474> (zitiert: Rochet/Tirole, Cooperation among Competitors).

Roßnagel, Alexander/Sosalla, Werner/Kleist, Thomas/Scheuer, Alexander/Müssig, Jan: *Der Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung - Digitalisierung und Fernsehen ohne Grenzen - Gutachten im Auftrag der Gemeinsamen Stelle Digitaler Zugang der Landesmedienanstalten*. Berlin 2004 (zitiert: Roßnagel et al., Zugang zur digitalen Satellitenverbreitung).

Rößner, Sören: *Unitymedia Kabel BW und der zweite Anlauf: Inhalte und Infrastruktur*. Telemedicus v. 19.12.2013, abrufbar unter: <http://tlmd.in/a/2695>.

Rößner, Sören: *Kommentar zu: EuGH, Urteil vom 22.12.2008 - C-336/07. K&R* 2009, 252.

Roukens, Thomas: *What Are We Carrying Across the EU These Days? Comments on the Interpretation and Practical Implementation of Article 31 of the Universal Service Directive*. Media L. & Pol'y 2006, Band 15, 201, auch abrufbar unter: http://www.nyls.edu/media_center/wp-content/uploads/sites/141/2013/08/What-are-We-Carrying-Across-the-EU-These-Days-by-Thomas-Roukens.pdf.

Ruck, Silke: *Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankgesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit*. AöR 1992, 534.

Ruffert, Matthias: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht*. JZ 2009, 389.

Ruthig, Josef/Storr, Stefan: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*. Heidelberg u.a., 3. Aufl. 2011.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München 5. Auflage 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKo BGB*).

Sadler, Gerhard: *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz / Verwaltungszustellungsgesetz: Kommentar anhand der Rechtsprechung*. Heidelberg u.a., 7. Aufl. 2010 (zitiert: *Sadler*, *VwVG/VwZG*).

Scheuer, Alexander/Schweda, Sebastian: *Fortschritte in der Diskussion um Must-Offer? Zur Exklusivität in Medien und Kommunikation*. In: *IRIS Plus* 2008, Vol. 2008, Nr. 10 (Zitiert als: *Scheuer/Schweda*, *IRIS Plus* 2008-10).

van Schewick, Barbara: *Internet architecture and innovation*. Cambridge 2010.

Schiff, Aaron (2008): *The „Waterbed“ Effect and Price Regulation*. SSRN Working Paper, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=905172> (zitiert: *Schiff*, *The „Waterbed“ Effect and Price Regulation*).

Schladebach, Marcus/Simantiras, Nikolaos: *Grundstrukturen des unionalen Rundfunkrechts*. EuR 2011, 748.

Schlaury, Simon: *Network Neutrality: Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts*. Baden-Baden 2010, zugl. Habil. Uni Zürich, 2010 (zitiert: *Schlaury*, *Network Neutrality*).

Schmalensee, Richard: *Payment systems and interchange fees*. NBER Working Paper 8256, abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w8256> (zitiert: *Schmalensee*, *Payment systems and interchange fees*).

Schmidt, Manfred: *Demokratietheorien - Eine Einführung*. Wiesbaden 5. Aufl. 2010 (zitiert: *M. Schmidt*, *Demokratietheorien*).

Schmidt, Tobias/Kitz, Volker: *Von der Begriffs- zur Gefährdungsregulierung im Medienrecht : Möglichkeiten und Grenzen von Fiktionen in einer modernen Medienordnung*. ZUM 2009, 739.

Schmidt-Aßmann (Hrsg.): *Besonderes Verwaltungsrecht*. Berlin 13. Aufl. 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Aßmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*).

Schmittmann, Michael: *IPTV und Mobile TV : Kabelweiterverbreitung i.S.d. Satelliten- und Kabel-RL?* MR-Int 2010, 68.

Schmittmann, Michael/ Kempermann, Philip: *Blick nach Brüssel*. AfP 2009, 31.

Schröder, Jens-Ole: *Der Rundfunkauftrag ist kein Bezahlauftrag*. MMR 2013, 1.

Schubert, Frederik: *Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit in Deutschland*. Norderstedt 2006 (zitiert: *Schubert*, *Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit*).

Schüller, Valérie: *Die Auftragsdefinition für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach dem 7. und 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag*. Frankfurt 2007.

Schulte, Martin: *Handbuch des Technikrechts*. Berlin/New York 2003.

Schulz, Wolfgang: *Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung*. MP 2008, 158.

Schulz, Wolfgang: *Medienkonvergenz light - Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste*. EuZW 2008, 107.

Schulz, Wolfgang: § 53 RStV: „Auf jeden Fall werde ich, oder wenigstens will ich, wenn nicht, dann doch, allerdings müßte ich und kann nicht“ - *Regulierung der Zusatzdienste digitalen Fernsehens im 4. Rundfunkänderungsstaatsvertrag*. K&R 2000, 9.

Schulz, Wolfgang: *Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung*. Baden-Baden 1998, zugl. Diss. Uni Hamburg 1998.

Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten: *Regulierung durch Anreize: Optionen für eine anreizorientierte Regulierung der Leistungen privater Rundfunkveranstalter im Rundfunkstaatsvertrag*. Berlin 2011 (zitiert: *Schulz/Held*, *Regulierung durch Anreize*).

Schulz, Wolfgang/Jürgens, Uwe: *Die Regulierung von Inholdediensten in Zeiten der Konvergenz - Rundfunkrechtliche Überlegungen zu einer dienstespezifisch diversifizierten Ausgestaltung der Sicherung von Vielfalt, Zugangschancengerechtigkeit und Publizistik*. Berlin 2002 (zitiert: Schulz/Jürgens, Die Regulierung von Inholdediensten in Zeiten der Konvergenz).

Schulz, Wolfgang/Kühlers, Doris: *Konzepte der Zugangsregulierung für digitales Fernsehen*. Berlin 2000.

Schumacher, Annette: *Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung: Analyse und Perspektiven*. Baden-Baden 2002, zugl. Diss. Uni Augsburg, 2001 (zitiert: Schumacher, Kabelregulierung als Instrument der Vielfaltssicherung).

Schütz, Raimund: *10. RfÄSTV: Einführung einer Plattformregulierung*. MMR 2007, Heft 9, X.

Schütz, Raimund: *Kommunikationsrecht - Regulierung von Telekommunikation und der elektronischen Medien*. München 2005 (zitiert: Schütz, Kommunikationsrecht).

Schütz, Raimund: *Nutzung von Breitbandkabelnetzen im Spannungsfeld von Netzbetreiberfreiheit, offenem Netzzugang und hoheitlicher Kabelallokation*. MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 20.

Schütz, Raimund/Attendorn, Thorsten: *Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union - Was muss Deutschland ändern?* MMR-Beil. zu Heft 4/2002, 1.

Schütz, Raimund/Schreiber, Kristina: *Anpassungsbedarf des digitalen Must carry-Regimes im RStV - Die Notwendigkeit von landesspezifischen Befugnissen und verpflichtender HD-Verbreitung*. MMR 2014, 161.

Schütz, Raimund/Schreiber, Kristina: *Anmerkung zu LG Köln*, MMR 2013, 542. MMR 2013, 544.

Schütz, Raimund/ Schreiber, Kristina: *Smart TV: Diskriminierungsfreier Zugang zu Portalen auf TV-Endgeräten - Lösungsmöglichkeiten mit den bestehenden medien-, tk- und kartellrechtlichen Vorgaben?* MMR 2012, 659.

Schütze, Marc/Salevic, Marc: *Die Eingriffsbefugnisse/-pflichten von Kartellbehörden bei sektorspezifisch regulierten Entgelten - zugleich eine*

Besprechung von EuG, Urt. v. 10.4.2008 - Rs. T-271/03 - Deutsche Telekom/EU-Kommission. CR 2008, 481.

Schwartmann, Rolf (Hrsg.): *Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht*, Hamburg 2. Aufl. 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwartmann (Hrsg.), *Praxishandbuch Medienrecht*).

Schweda, Sebastian: *Die audiovisuellen Medien im reformierten EG-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation*. K&R 2010, 81.

Selmer, Peter: *Bestands- und Entwicklungsgarantien für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in einer dualen Rundfunkordnung: eine verfassungsrechtliche Untersuchung ihrer Zulässigkeit und Reichweite*. Berlin 1988 (zitiert: *Selmer*, Bestands- und Entwicklungsgarantien für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk).

Sharma, Aruna: *Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz: Das Verhältnis von Programmveranstalter und Kabelnetzbetreiber im Spannungsfeld von Rundfunkrecht und neuer Telekommunikationsordnung*. Baden-Baden 2009, zugl. Diss. Uni Köln, 2008 (zitiert: *Sharma*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnnetz).

Sjurts, Insa: *First-Copy-Cost-Effekt*. In: Springer Gabler Verlag (Hrsg.), *Gabler Wirtschaftslexikon*. Abrufbar unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/569869/first-copy-cost-effekt-v3.html>

Soldner, André: „Murphys Law“? - Territoriale Exklusivität in der Vermarktung von Fußballübertragungen auf dem Prüfstand des Europarechts. K&R 2011, 760.

Spindler, Gerald: *Die Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelnetze - Rechtsfragen der urheberrechtlichen Vergütung und vertragsrechtlichen Gestaltung*. MMR-Beil. Heft 2/2003.

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.) (2011): *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl. 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*).

Spoerr, Wolfgang/ Luczak, Jan-Marco: *Die Digitalisierung der Rundfunkübertragung in Kabelnetzen 2010 - 2020 - staatliche Handlungsoptionen*. ZUM 2010, 553.

Stamm: *Aktuelle Entwicklungen und Strategien der Kabelbranche - WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 347*. Bad-Honnef 2010 (zitiert: Stamm, Aktuelle Entwicklungen und Strategien der Kabelbranche).

von Staudinger, Julius/Neumann, Dirk/Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich (Hrsg.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, § 138 BGB Stand Neubearbeitung 2011, § 686 Stand Neubearbeitung 2006. (Zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).

Steiner, Volker: *Die Angebotsvielfalt des digitalen Satellitennetzes*. In: Gerth, Joachim/Scheuer, Alexander (Hrsg.): *Digitale Satellitenplattformen in den USA und Europa und ihre Regulierung*, 37. Düsseldorf 2004 (zitiert: Steiner, in: Gerth/Scheuer, Digitale Satellitenplattformen, 37).

Steinert, Andreas: *Medienrecht, Telekommunikationsrecht, Kartellrecht - die Offenhaltung der Medienordnung*. Münster 2002, zug. Diss. Uni Heidelberg, 2002 (zitiert: Steinert, Die Offenhaltung der Medienordnung).

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.): *Verwaltungsverfahrensgesetz*. München 7. Auflage 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG).

Stettner, Rupert: *Rechtsbindungen der Programmbeschaffungstätigkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten - im Wettbewerb mit Privaten*. ZUM 1991, 441.

Stettner, Rupert: *Anmerkung zum Urteil des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 14. September 1999 – OVG 1 HB 433/98*. ZUM 2000, 204.

Stock, Martin (1981): *Koordinationsrundfunk im Modellversuch: das Kabelpilotprojekt (Mannheim-)Ludwigshafen*. Berlin 1981 (zitiert: Stock, Koordinationsrundfunk im Modellversuch).

Thomaschki, Kathrin/ Krakies, Jens: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Kanalbelegung in Kabelnetzen*. ZUM 1995, 368.

Rhein, Tilman: *Das Breitbandkabelnetz der Zukunft - der Business Case*. MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 3.

Trute, Hans-Heinrich/Roland Broemel: *Der Verbreitungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten - Einspeisung und Vergütung von Programmen mit Must Carry-Status in Kabelnetzen*. MMR-Beil. zu Heft 11/2012.

von Holtzbrinck, Stefan: *Definitions- und Rangfolgeprobleme bei der Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen*. Berlin 1990, zug. Diss. Uni München 1989.

v. Wichert-Nick: *Wirtschaftsfaktor Kabel*. Ohne Erscheinungsort 2011, abrufbar unter:
http://anga.de/media/file/10.Solon-Studie_Wirtschaftsfaktor_Kabel_final.pdf.

Valcke, Peggy: *Die Zukunft der Weiterverbreitungspflicht: Von der Weiterverbreitungspflicht zu einem Konzept des universellen Dienstes im Informations-Kommunikationssektor*. Inn: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.): *IRIS Spezial Haben oder nicht haben - Must-Carry-Regeln*, 31. Straßburg 2005 (zitiert: Valcke, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, IRIS Spezial 2005 – Haben oder nicht haben, 31).

Verband der deutschen Werbewirtschaft ZAW: *Werbung in Deutschland 2011*. Berlin 2011.

Vesting, Thomas: *Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten und die Umstellung der verwaltungsrechtlichen Systembildung auf ein „Informationsverwaltungsrecht“ - das Beispiel des § 53 Rundfunkstaatsvertrag*. Abrufbar unter: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748515/Satzungsbefugnis-von-Landesmedienanstalten_Die-Verwaltung-205.pdf (zitiert: Vesting, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten)

Vesting, Thomas: *Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten: Rechtsgutachten*. München 2001 (zitiert: Vesting, Rechtsprobleme der unentgeltlichen Kabelkanalbelegung durch Landesmedienanstalten).

Vesting, Thomas/ Kremer, Carsten: *Rechtsschutz gegen gemeinsame Satzungen der Landesmedienanstalten*. AfP 2010, 9.

Wagner, Christoph: *Konvergenz und Trennung der Regulierung von Netz und Inhalt - Fragen an das EG-rechtliche Konzept für Fernsehverbreitung per Satellit*. In: Gerth, Joachim/Scheuer, Alexander (Hrsg.): *Digitale Satellitenplattformen in den USA und Europa und ihre Regulierung*, 41. Düsseldorf, 2004 (zitiert: *Wagner*, in: Gerth/Scheuer, *Digitale Satellitenplattformen*, 41).

Wagner, Christoph: *Rechtsfragen digitalen Kabelfernsehens - gutachterliche Untersuchung im Zusammenhang mit der Einführung von Digital Video Broadcasting in Berlin-Brandenburg*. Berlin 2002 (zitiert: *Wagner*, *Rechtsfragen digitalen Kabelfernsehens*).

Wagner, Christoph: *Wettbewerb in der Kabelkommunikation zwischen Transport- und Vermarktungsmodell*. MMR-Beil. zu Heft 2/2001, 28.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.): *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. München 3 Aufl. 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger, *UrhG*).

Weber, Peter: *Die Reichweite des urheberrechtlichen Sendebegriffs aus Sicht der Europäischen Rundfunkunion EBU*. ZUM 2009, 460.

Weisser, Ralf/Glas, Vera: *Die medienrechtliche Regulierung von Plattformen*. ZUM 2009, 914.

Weisser, Ralf/Höppener, Markus: *Kabelweitersendung und urheberrechtlicher Kontrahierungszwang*. ZUM 2003, 597.

Weisser, Ralf/ Lübbert, Tobias: *Must-carry im Breitbandkabel*. K&R 2000, 274.

Weißleder, Horst/Edelmann, Ernst/Danz, Hendrik: *Analoger und Digitaler Rundfunk im Kabelnetz*. Berlin 2001 (zitiert: *Weißleder et al.* *Analoger und Digitaler Rundfunk im Kabelnetz*).

Wiedemann, Gerhard (Hrsg.): *Handbuch des Kartellrechts*, München 2. Aufl. 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wiedemann, *Hdb. des Kartellrechts*).

Wielsch, Dan: *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*. Tübingen 2008 (zitiert: *Wielsch*, *Zugangsregeln*).

Wilhelmi, Rüdiger: *Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Gemeinschaftsrechtsprechung - von Volvo über Magill zu IMS Health - und Microsoft? WRP 2009, 1431*.

Wilke, Jürgen (Hrsg.): *Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Köln u.a. 1999. (zitiert: *Autor*, in: Wilke, *Mediengeschichte*).

Wille, Karola: *Rechtsfragen der Verbreitung von Rundfunk in IP-basierten Netzwerken (DSL)*. In: *Festschrift für Karl Peter Mailänder*, 589. Berlin 2006.

Wille, Karola: *Kabelrundfunk aus Sicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*. ZUM 2002, 261.

Wille, Karola/ Heckel, Mario *Verfassungsrechtliche Aspekte bei der Kabeleinspeisung - Zur Auslegung des Begriffs „gesetzlich bestimmtes Programm“*. ZUM 1997, 240.

Wirtz, Bernd: *Medien- und Internetmanagement*. Wiesbaden 6. Aufl. 2009.

Woldt, Runar: *Kabel vor dem nächsten Konsolidierungsschritt?* MP 2013, 339, auch abrufbar unter http://www.media-perspektiven.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2013/06-2013_Woldt.pdf.

Woldt, Runar: *Konturen des digitalen Kabelmarkts: Sind Vielfalt und offener Zugang gewährleistet?* MP 2002, 34, auch abrufbar unter: http://www.media-perspektiven.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2002/01-2002_Woldt.pdf.

Woldt, Runar: *Pay-TV: Marktvereinigung auf breiter Front*. MP 2002, 534, auch abrufbar unter: http://www.media-perspektiven.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2002/11-2002_Woldt.pdf.

Wolf, Christopher: *Der Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Frankfurt a.M. 2010, zugl. Diss. Uni Mainz 2009 (zitiert: *Wolf*, *Der Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks*).

Wright, Julian: *Pricing in debit and credit card schemes*. Abrufbar unter: <http://profile.nus.edu.sg/fass/ecsikdw/pricing%20final.pdf>.

Wrona, Stephan: *Die Entgeltregulierung der Breitbandkabelnetze - Die deutsche Breitbandkabelbranche auf dem Prüfstand der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung*. CR 2005, 789.

Yurukoglu, Ali: *Bundling and vertical relationships in multichannel television*.

Abrufbar unter:

http://www.stanford.edu/~ayurukog/multichannel_vertical.pdf.

Ziekow, Jan: *Öffentliches Wirtschaftsrecht - Ein Studienbuch*. München. 2.

Aufl. 2010. (zitiert: Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht).

Zubayr, Camille/Geese, Stefan: *Die Fernsehsender im Qualitätsurteil des*

Publikums. MP 2011, 230, auch abrufbar unter: [http://www.media-](http://www.media-perspektiven.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2011/05-2011_Zubayr_Geese.pdf)

[perspektiven.de/fileadmin/user_upload/media-](http://www.media-perspektiven.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2011/05-2011_Zubayr_Geese.pdf)

[perspektiven/pdf/2011/05-2011_Zubayr_Geese.pdf](http://www.media-perspektiven.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2011/05-2011_Zubayr_Geese.pdf).

13.3.2 Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Gang der Untersuchung.....	2
Abbildung 2: Zeitstrahl zur Entwicklung der Plattformregulierung	42
Abbildung 3: Broadcast.....	44
Abbildung 4: Unicast	46
Abbildung 5: Multicast.....	48
Abbildung 6: Netzebenen im Breitbandkabelnetz	51
Abbildung 7: Schematisierte Darstellung des Multiplexverfahrens	64
Abbildung 8: Marktanteile von Fernsehsendern nach Geschäftsmodellen ..	70
Abbildung 9: Private TV-Geschäftsmodelle im Vergleich	71
Abbildung 10: Wertschöpfung beim Fernsehen	78
Abbildung 11: First Copy Costs.....	79
Abbildung 12: Marktanteile bei Mehrnutzerverträgen	83
Abbildung 13: Einnahmenstruktur einer Regionalgesellschaft	85
Abbildung 14: Vertragskonstellationen bei Kabelnetzbetreibern.....	95
Abbildung 15: Rolle von Plattformanbietern	106
Abbildung 16: Makler als Beispiel eines zweiseitigen Markts.....	113
Abbildung 17: Rückkopplung in einem zweiseitigen Markt.....	114
Abbildung 18: Plattformbetreiber im mehrseitigen Austausch.....	119
Abbildung 19: Multihoming in einem mehrseitigen Markt.....	123
Abbildung 20: Intensität der Grundrechtseingriffe bei Must Carry	189
Abbildung 21: OSI-Schichtenmodell.....	233
Abbildung 22: Plattformen und Verbreitungswege	236
Abbildung 23: Flowchart zur Plattformregulierung	270
Abbildung 24: Vertikal- und Horizontalverhältnis	319
Abbildung 25: Urheberrechtliche Lizenzpflicht des Plattformbetreibers...	324
Abbildung 26: Vertragsbeziehungen bei Kabelweitersenderechten	329

14. Danksagung

Diese Arbeit wäre nicht, was sie ist, ohne die Unterstützung der vielen wissenschaftlichen und beruflichen Begleiter, die mich und das Thema „Must Carry“ über die Jahre unterstützt haben. Meine Forschungsarbeit hat in vielerlei Hinsicht davon profitiert, dass sich mein berufliches Arbeitsfeld und das Thema meiner Dissertation fast durchweg eng überschneiden haben. Vor allem habe ich über fast drei Jahre als Referent in der Juristischen Direktion des MDR die ARD-Federführung der Kabelverbreitung betreut; in diese drei Jahre fallen Anfang und Höhepunkt des „Kabelstreits“, bei dem es um die Zahlung von Einspeiseentgelten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter an die großen Kabelregionalgesellschaften geht. In vielen Facetten schöpft diese Arbeit aus den sich täglich stellenden Sachfragen dieser Federführung – und beruht auf der Grundlagenarbeit, den Beiträgen und Informationen all derer Kolleginnen und Kollegen, die über die Jahre an dieser Federführung mitgewirkt haben.

Mein Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Schulz, für die stets kompetente und geduldige Begleitung und Unterstützung dieser Arbeit. Frau Claudia Zavala danke ich für die administrative Unterstützung im Promotionsausschuss. Ich danke Herrn Dr. Christoph Wagner für die Unterstützung zu meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Hogan Lovells, für viele spannende Gespräche, für Rückendeckung und die ein oder andere Ermahnung zu wissenschaftlicher Disziplin, wenn ich sie brauchte. Ich danke Herrn Honorarprofessor Dr. Jens-Ole Schröder für die vorbehaltlose Unterstützung auch meiner wissenschaftlichen Arbeit und den täglichen Austausch, der menschlich wie fachlich immer gewinnbringend war. Ich danke den Kolleginnen und Kollegen der „Arbeitsgruppe Kabel“ für die vielfältige Unterstützung, vor allem die vielen Erklärungen; vielen Dank insbesondere Herrn Klaus Merkel, Herrn Jürgen Heuer und Herrn Michael Albrecht.

Viel profitiert hat meiner Arbeit auch von meiner Zusammenarbeit mit den die ARD-Rundfunkanstalten vertretenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, insbesondere Herrn Dr. Raimund Schütz, Frau Dr. Kristina Schreiber, Frau Dr. Maike Friedrich, Herrn Prof. Dr. Karl-Peter Mailänder und Frau Dr. Anni Kollmann; auch Ihnen vielen Dank. Ich danke außerdem Herrn Prof. Dr. Torsten Gerpott, Herrn Prof. Dr. Peter Winzer, Herrn Prof. Dr. Karl-

Eberhard Hain, Herrn Thomas Wierny und Herrn Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer für die intensive und auch für diese Dissertation sehr fruchtbare Zusammenarbeit während der Erstellung der drei Gutachten zu Einzelaspekten von „Must Carry“ im Auftrag des Mitteldeutschen Rundfunks.

Für die Korrektur bedanke ich mich bei Frau Dr. Judith Möller, Herrn Adrian Schneider und vor allem bei Herrn Klaus-Heiner Weber – diese Arbeit tatsächlich komplett und bis zum Schluss detailliert Korrektur zu lesen, war ein Kraftakt, der nicht hoch genug gelobt werden kann.

Mein wichtigster und umfangreichster Dank gebührt meiner Familie und vor allem meiner Frau. Diese Arbeit beruht auf intensiver Arbeit über einen Zeitraum von mehreren Jahren, vielen durchgearbeiteten Tagen, Nächten und Wochenenden. Ohne die Unterstützung, das Verständnis und ohne die Geduld von Dir, Anja, gäbe es dieses Buch nicht.

Simon Assion