

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 Ausgestaltungsauftrags 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 Ausgestaltungsauftrag 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.; *Holznagel/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 Ausgestaltungsauftrag; 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*weiterendung als Unterfall der Weiterendung 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 Auseinandersetzungen*, 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 Diskurs 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-Weiterwendung ist bisher zwischen den Landesmediengesetzen und dem Rundfunkstaatsvertrag aufgeteilt. Der RStV regelt die *digitale*, die Landesmediengesetze regeln die *analoge* Weiterwendung. 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.