

SIMON ASSION

# Preisregulierung bei Rundfunkplattformen

Rechtliche Vorgaben für das Entgeltverhältnis zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern

Telekommunikations- und Medienrecht

Das Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern war in den vergangenen Jahren stark umstritten. Mit seinen Entscheidungen v. 16.6.2015 (Az. KZR 83/13 und KZR 3/14) hat der BGH nun einige der strittigen Fragen beantwortet. Insbesondere ist nun geklärt, dass das Recht für die Gestaltung der Programmeinspeisung kein bestimmtes „Modell“ vorschreibt, aus dem sich auch ungeschriebene Zahlungspflichten herleiten ließen („Must Pay“). Das ein-

schlägige Recht enthält aber sehr wohl bestimmte „Checks and Balances“, die sowohl von Programmveranstaltern als auch von Plattformbetreibern zu beachten sind. Der folgende Beitrag erklärt, aus welchen Normen sich für potenzielle Entgeltzahlungen zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern Rechtsfolgen ergeben. Dabei wird auf kartellrechtliche, urheberrechtliche und medienrechtliche Fragen eingegangen; insbesondere § 52d RStV wird vertieft erörtert.

## I. Wirtschaftliche Rahmensituation

<sup>1</sup> Unter einem Plattformbetreiber ist ein Unternehmen zu verstehen, das Rundfunkprogramme bündelt und i.R.e. eigenen Geschäftsmodells zugänglich macht, § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV; ausf. zum Plattformbegriff Assion, Must Carry, Übertragungspflichten auf digitalen Plattformen, 2015, S. 232 ff.

Die Marktsituation im Bereich der Rundfunkplattformen<sup>1</sup> hat sich grundlegend gewandelt. Nach Jahrzehntelangem Quasi-Monopolstatus der sog. „Regionalgesellschaften“, d.h. der

Nachfolgerinnen der *Deutschen Bundespost/Telekom*, gibt es nun eine große Anzahl von Unternehmen, die Rundfunkinhalte aggregiert, bündelt und Dritten (meist Endkunden) im Rahmen ihrer Geschäftsmodelle zugänglich macht. Es gibt also spürbar mehr Wettbewerb. Hierfür sind mehrere Entwicklungen ursächlich: Erstens haben sich alternative überregionale Kabelnetzbetreiber etabliert. Zweitens hat die *Deutsche Telekom* ein IPTV-Angebot aufgebaut, das in fast allen Kabelhaushalten eine Empfangsalternative bietet. Drittens beschränkt sich das „Plattform“-Geschäftsmodell nicht mehr nur auf Festnetzbetreiber: Auch über Satellit, Mobilfunk, Internetstreaming und bald DVB-T2 gibt es konkurrenzfähige Plattformprodukte. Und viertens gehen auch die Programmveranstalter mit ihrer Marktposition zunehmend selbstbewusst um.

Eine weitere Herausforderung für alle Beteiligten ist, dass auch das Medium „Fernsehen“ als solches sich verändert. „Fernsehen“ ist im Jahr 2015 nicht mehr nur lineare Broadcast-Verbreitung, sondern audiovisueller Medienkonsum, wo und wie der Endkunde ihn nachfragt: mobil empfangbar, zeitsouverän nutzbar und unabhängig vom ursprünglichen Verbreitungsweg („over the top“). Der Innovationsdruck trifft Programmveranstalter und Plattformbetreiber gleichermaßen – die Karten werden neu gemischt. Im Markt ist somit eine Umbruchssituation entstanden, in der spürbare Unsicherheit herrscht. Dies betrifft gerade auch die Rechtsfragen.

## II. Preisregulierung im Spannungsfeld von Kartell-, Urheber- und Medienrecht

Die Verhältnisse zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern lassen sich nicht einem einzelnen Rechtsgebiet zuordnen. Es gelten nebeneinander Preisregulierungsvorschriften des Urheber-, des Rundfunk- und ggf. auch des Kartellsrechts.<sup>2</sup> All dies steht aber in einem verfassungsrechtlichen Rahmen, auf den vorab eingegangen werden soll.

### 1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Das bilaterale Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern ist horizontal gelagert, d.h. es hat im Gegensetzigkeitsverhältnis ausschließlich privatrechtliche Natur. Keiner der Beteiligten kann für sich Hoheitsrechte in Anspruch nehmen. Plattformbetreiber und Rundfunkveranstalter sind einander gleichgeordnet, sie können in einen Leistungsaustausch treten und dazu Verträge abschließen.

Dieses Recht der Privatautonomie hat Verfassungsrang (Art. 2 Abs. 1 GG).<sup>3</sup> Für die Preisregulierung im Plattformbereich bedeutet dies, dass Eingriffe in die Vertragsfreiheit nur dann (und nur insoweit) zulässig sind, als dies unter Berufung auf legitime Ziele gerechtfertigt werden kann.<sup>4</sup> Ein legitimer Schutzzweck ist insbesondere der an die Gesetzgeber gerichtete Auftrag zur Gewährleistung von Rundfunkvielfalt (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG).<sup>5</sup> Auch Eingriffe zum Schutz des Urheberrechts und eines funktionierenden Wettbewerbs sind grundsätzlich zulässig.<sup>6</sup> Die Eingriffe dürfen aber nicht über das konkret erforderliche Maß hinausreichen.<sup>7</sup> Die Festlegung eines „Modells“, das die Geschäftsbeziehungen zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern insgesamt vorprägen würde, wäre also nicht gerechtfertigt. Die Preisregulierungsvorschriften im Plattformbereich haben – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – den Charakter von punktuellen Freiheitsbeschränkungen.

### 2. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht

Vorgaben zur Preisgestaltung zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern können sich zunächst aus dem kartellrechtlichen Verbot des Missbrauchs von Marktmacht ergeben (§§ 18 ff. GWB, Art. 102 AEUV).

#### a) Überwiegende Marktmacht

Voraussetzung der kartellrechtlichen Preisregulierung nach Art. 102 AEUV und/oder den §§ 18 ff. GWB ist zunächst eine überwiegende Marktmacht des preissetzenden Unternehmens auf dem relevanten Markt. Welcher Markt jeweils maßgebend ist, bestimmt sich nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept. Die Spruchpraxis von *BKartA* und Rechtsprechung ordnet den Austausch zwischen Plattformanbieter und Programmveranstaltern typischerweise zwei unterschiedlichen Märkten zu: einerseits dem sog. Einspeisemarkt, andererseits dem sog. Senderechtemarkt.

##### ■ Einspeisemarkt

Auf dem sog. Einspeisemarkt sind Plattformbetreiber potenzielle Anbieter einer Transportleistung, die Programmveranstalter sind potenzielle Nachfrager. Marktbeherrschend sind auf diesem Markt unstrittig jedenfalls solche Plattformbetreiber, die eigene Netze betreiben und hierüber den Zugang zu einer bestimmten Kundengruppe exklusiv kontrollieren („ein Netz, ein Markt“).<sup>8</sup> Für Plattformanbieter ohne eine solche Gatekeeper-Stellung kommt es auf die Regeln zur Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung an, die sich aus den §§ 18 ff. GWB ergeben.

Die andere Marktseite bilden die Programmveranstalter. Soweit diese am Einspeisemarkt überhaupt teilnehmen, indem sie entgeltliche Verbreitungsleistungen nachfragen,<sup>9</sup> sind sie im Regelfall nicht marktbeherrschend.<sup>10</sup> Denn Plattformbetreiber sind auf die Nachfrage bestimmter Programmveranstalter nach der Einspeisung ihrer Programme üblicherweise nicht angewiesen.<sup>11</sup> Und angesichts von mehr als 200 Programmen herrscht auf der Nachfragerseite des Einspeisemarkts auch reger Wettbewerb.

Bezüglich der medienrechtlichen Must-Carry-Pflichten wird vertreten, aus diesen ergäbe sich eine marktbeherrschende Stellung der öffentlich-rechtlichen Veranstalter am Einspeisemarkt.<sup>12</sup> Dies hat zuletzt auch der *BGH* so gesehen, dabei aber betont, dass sich aus dem Must-Carry-Status noch keine Pflicht zur Zahlung von Einspeiseentgelten ergibt.<sup>13</sup> Die zutreffende Gegenansicht, die in der Literatur und von einigen anderen Gerichten vertreten wird, lehnt eine „Marktbeherrschung durch

**2** Auch wenn der Transport von Rundfunkprogrammen durch Netzbetreiber als TK-Dienst definiert ist, § 3 Nr. 24 TKG, greift nach Aufhebung der Regulierungsvoraussetzungen in den betroffenen Märkten für Plattformbetreiber keine tk-rechtliche Preisregulierung mehr; vgl. dazu *Assion* (o. Fußn. 1), S. 330 ff. und 384 ff.

**3** Vgl. nur *BVerfGE* 89, 214; *BVerfGE* 72, 155, 170.

**4** *Spindler*, MMR-Beil. 2/2003, 7; allg. *BVerfGE* 70, 1 25; *BVerfGE* 89, 214, 231.

**5** Auf. *Assion* (o. Fußn. 1), S. 146 ff.; die wohl h.M. würde im Bereich der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit die Eingriffsdogmatik gar nicht erst anwenden; vgl. *Assion* (o. Fußn. 1), S. 159 ff.

**6** *Spindler*, MMR-Beil. 2/2003, 6 f.

**7** *Spindler*, MMR-Beil. 2/2003, 6 f.

**8** Statt vieler *BGH* NJW 1996, 2656, 2657 – Pay-TV-Durchleitung; *Schlauri*, Network Neutrality, 2010, S. 102 ff.

**9** Programmveranstalter müssen am Einspeisemarkt nicht teilnehmen; vgl. *Peifer*, Zivilrechtliche Vergütungsansprüche von Kabelnetzbetreibern, abrufbar unter: [http://www.ard.de/download/1842974/Verguetungsansprueche\\_von\\_Kabelnetzbetreibern\\_fuer\\_die\\_Einspeisung.pdf](http://www.ard.de/download/1842974/Verguetungsansprueche_von_Kabelnetzbetreibern_fuer_die_Einspeisung.pdf), S. 13 ff.; *Podzun*, in: *Frankfurter Komm. Kartellrecht*, 80. EL 2014, Sonderbereiche TK-Recht, Rdnr. 181; *OLG München MMR* 2014, 201, 203.

**10** *OLG Düsseldorf*, U. v. 30.4.2014 – VI-U (Kart) 15/13, Rdnr. 75.

**11** Einspeiseentgelte sind – soweit überhaupt vorhanden – im Geschäftsmodell von Plattformen von untergeordneter Bedeutung; der Hauptteil der Einnahmen stammt aus der Vermarktung von Endkundenprodukten und anderen Geschäftsfeldern; vgl. *Gerpott/Winzer*, Verhältnismäßigkeit von Einspeiseentgelten, abrufbar unter: [http://www.ard.de/download/397988/Studie\\_zu\\_Verhaeltnismaessigkeit\\_von\\_Einspeiseentgelten\\_fuer\\_Kabelnetze.pdf](http://www.ard.de/download/397988/Studie_zu_Verhaeltnismaessigkeit_von_Einspeiseentgelten_fuer_Kabelnetze.pdf), S. 22 ff.

**12** *Fink/Keber*, MMR-Beil. 2/2013, 1, 22 ff.; *Trute/Broemel*, MMR-Beil. 11/2012, 19 ff.

**13** *BGH*, U. v. 16.6.2015 – KZR 83/13, Rdnr. 46 ff.

Must Carry" von vornherein ab.<sup>14</sup> Teils wird dies damit begründet, dass die Plattformbetreiber auf die Zahlung von Einspeiseentgelten schlicht nicht angewiesen seien.<sup>15</sup> Teils wird dies auch damit begründet, dass der Wettbewerb in der für Must-Carry-Programme reservierten Kapazität von vornherein aufgehoben sei – damit sei auch das Wettbewerbsrecht nicht anwendbar.<sup>16</sup>

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass auf dem Einspeisemarkt meist der Plattformbetreiber der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterfällt; in wenigen Fällen gilt dies auch für Programmveranstalter (strittig).

#### ■ Senderechtemarkt

Der sog. Senderechtemarkt ist der Markt, auf den sich die Geschäftsbeziehungen zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern sukzessive verlagern. Dieser Markt steht dem Einspeisemarkt gegenüber: Hier sind die Programmveranstalter Anbieter von „Senderechten“, die Plattformbetreiber sind die Nachfrager.<sup>17</sup> Grund für diese Verlagerung ist, dass Programme für Kabelnetz- bzw. Plattformbetreiber den Charakter von wertvollen Vorprodukten haben. Sie fragen die Programmüberlassung deshalb (entgeltlich) bei Senderechteinhabern nach.<sup>18</sup>

Das *BKartA* fasst unter die Einräumung von „Senderechten“ sowohl die KabelweiterSenderechte nach § 20b UrhG (dazu noch unten) als auch die Einräumung weitergehender Rechte, z.B. von Pay-TV- oder „Free-TV“-Rechten.<sup>19</sup> Eine marktbeherrschende Stellung von Seiten der Programmveranstalter kann sich ergeben, falls ein bestimmter Programmveranstalter auf dem Senderechtemarkt überwiegende Marktanteile hat oder die Plattformbetreiber auf bestimmte (nichtsubstituierbare) Programme zwingend angewiesen sind.<sup>20</sup> Eine marktbeherrschende Stellung auf der anderen Marktseite, bei den nachfragenden Plattformbetreibern, ist im deutschen Markt eher fernliegend.<sup>21</sup>

Auf dem Senderechtemarkt sind somit in wenigen Fällen die Programmveranstalter Adressaten der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle.

**14** Peifer (o. Fußn. 9), S. 14 ff.; Holznagel/Salwitzek, K&R 2013, 454, 456; OLG Düsseldorf, U. v. 30.4.2014 – VI-U (Kart) 15/13, Rdnr. 93; Hain, K&R 2015, 563; LG Berlin ZUM 2013, 954, 960 = MMR 2013, 548 (Ls.).

**15** So Peifer (o. Fußn. 9), S. 23 f.

**16** Peifer (o. Fußn. 9), S. 15 ff.; OLG Düsseldorf, U. v. 30.4.2014 – VI-U (Kart) 15/13, Rdnr. 93; LG Berlin ZUM 2013, 954, 960 = MMR 2013, 548 (Ls.); Holznagel/Salwitzek, K&R 2013, 454, 456; Bauer, Netz und Nutzung, 2004, S. 195; Assion (o. Fußn. 1), S. 393 f.

**17** *BKartA*, B. v. 27.12.2012 – B7 – 22/07, Rdnr. 32 ff. – Verschlüsselung von Free-TV-Programmen; OLG Düsseldorf, U. v. 21.5.2014 – VI-U (Kart) 16/13, Rdnr. 71.

**18** Assion, ZUM 2015, 631.

**19** *BKartA*, B. v. 27.12.2012 – B7 – 22/07, Rdnr. 32 ff. – Verschlüsselung von Free-TV-Programmen.

**20** Zu sog. Must-Offer-Pflichten s. Assion, ZUM 2015, 631.

**21** Denkbar wäre dies bei Pay-TV-Veranstaltern ohne eigene Distributionsinfrastruktur, die sich ausschließlich über den Vertrieb von „Senderechten“ an Plattformbetreiber finanzieren und deshalb auf deren Nachfrage zwingend angewiesen sind.

**22** Vgl. zum sog. Preishöhenmissbrauch Eilmansberger/Bien, MükoKartellrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rdnr. 201 ff.; Fuchs/Mösche, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rdnr. 246 ff.

**23** BGH NJW 2012, 2110 f. – Werbeanzeigen.

**24** Statt vieler BGH NJW 2012, 3243 – Wasserpriese Calw.

**25** Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 55. EL 2015, Art. 102 AEUV Rdnr. 172; auf die Gewinnspanne der abhängigen Unternehmen abstellend EuGH, U. v. 17.2.2011 – C-52/09, Rdnr. 30 ff. = MMR 2012, 339757 (Ls.) – Telia Sonera; U. v. 14.10.2010 – C-280/08, Rdnr. 250 ff. = MMR-Aktuell 2012, 326521 (Ls.) – Deutsche Telekom.

**26** Fuchs/Mösche, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rdnr. 180 ff.

**27** Assion (o. Fußn. 1), S. 91 f.

**28** BGH NJW 1996, 2656, 2658 – Pay-TV-Durchleitung.

**29** BGH NJW 1996, 2656, 2659.

**30** BGH NJW 1996, 2656, 2659.

**31** Die Reichweite des Lizenzregimes der KabelweiterSendung, § 20b UrhG, ist umstritten; vgl. dazu LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586; Neurauter, GRUR 2011, 691, 693; Kreilev. Krüdener, ZUM 2014, 772, 773 f.

#### b) Maßstab der kartellrechtlichen Preisregulierung

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass in verschiedener Hinsicht Konstellationen denkbar sind, in denen entweder Plattformbetreiber oder Programmveranstalter einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterfallen können – teils sogar beidergleichzeitig, beim Abschluss desselben Vertrags. Das Kartellrecht untersagt in einem solchen Fall bestimmte Entgelt- und Tarifgestaltungen, wenn diese einen Ausbeutungs-, Behinderungs- oder Diskriminierungsmisbrauch darstellen würden.

Die kartellrechtlichen Anforderungen laufen (verknüpft dargestellt) darauf hinaus, dass die Normadressaten ihre Preise so festsetzen müssen, wie sie hypothetisch bei funktionierendem Wettbewerb zu Stande kommen würden.<sup>22</sup> Die Missbrauchsgrenze bei der Entgelthöhe ergibt sich aus „einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB“.<sup>23</sup> Zur Ermittlung der Preishöchstgrenze werden meist zwei Ansätze miteinander kombiniert:<sup>24</sup> Zum einen die kostenorientierte Entgeltkontrolle, bei der die Einnahmen mit den inkrementellen Kosten verglichen werden; die Gewinnspanne des preissetzenden Unternehmens wird dann auf ein normales Maß zurückgefahren.<sup>25</sup> Demgegenüber wird beim sog. Vergleichsmarktkonzept darauf abgestellt, welche Preise auf vergleichbaren Märkten zu Stande kommen.<sup>26</sup>

Bei der Ermittlung von „wettbewerbskonformen“ Preisen ist zu berücksichtigen, dass die Marktteilnehmer in vielen unterschiedlichen Konstellationen aufeinandertreffen.<sup>27</sup> Der BGH hat schon in seiner Pay-TV-Entscheidung betont, dass Kabelnetzbetreiber nicht generell verpflichtet sind, alle Rundfunkprogramme zu gleichen Konditionen einzuspeisen.<sup>28</sup> Insbesondere sei es zulässig, Pay-TV- und Free-TV-Programme unterschiedlich zu behandeln.<sup>29</sup> Dabei nimmt der BGH ausdrücklich darauf Bezug, dass bestimmte Rundfunkprogramme für Plattformbetreiber einen größeren Wert haben als andere.<sup>30</sup>

### 3. Urheberrechtliche Entgeltregulierung

Ein weiterer Teilespekt des Austauschverhältnisses zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern ist im Urheberrecht geregelt. Dies betrifft die Einräumung der urheberrechtlichen Lizenz zur (Kabel-)WeiterSendung (§ 20b UrhG).<sup>31</sup> Die Lizenz ist obligatorisch einzuräumen, wobei für Programmveranstalter noch die Wahl besteht, ob sie ihre Rechte Verwertungsgesellschaften zur Wahrnehmung überlassen oder diese selbst wahrnehmen wollen (§ 20b Abs. 1 Satz 2 UrhG). Alle anderen Rechteinhaber werden über Verwertungsgesellschaften vertreten.

Die Modalitäten der Lizenzvergabe sind insbesondere in den §§ 11 ff. UrhWahrnG und § 87 Abs. 5 UrhG geregelt. Diese Vorschriften verpflichten (je nachdem, wer die Lizenzrechte wahrnimmt) entweder die Verwertungsgesellschaften oder die Sendeunternehmen, ihre KabelweiterSenderechte gegen „angemessene Bedingungen“ einzuräumen. Können die Parteien sich nicht selbst auf „angemessene“ Konditionen einigen, ist zunächst ein Schlichtungsverfahren durchzuführen (§ 16 i.V.m. § 14 Abs. 1 UrhWahrnG), an dessen Ende die Schiedsstelle beim DPMA einen Einigungsvorschlag macht (§ 14a UrhWahrnG).

Für die Bestimmung der „Angemessenheit“ der Entgeltkonditionen gilt entweder § 13 UrhWahrnG (falls KabelweiterSendelizenzen durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden) oder § 87 Abs. 5 UrhG (für die „eigene“ Rechtewahrnehmung durch Sendeunternehmen). § 13 Abs. 3 UrhWahrnG nennt verschiedene Kriterien, die bei der Ermittlung einer „angemessenen“ Entgelthöhe zu berücksichtigen sind. Dies sind neben der geldwerten Vorteile des Lizenznehmers und dem Anteil der Werknutzung am Gesamtumfang des Verwertungsvorgangs auch Allgemeininteressen, z.B. religiöse, kulturelle und soziale Belange. Die

parallele „Angemessenheits“-Vorgabe für Sendeunternehmen in § 87 Abs. 5 UrhG enthält zwar keine solche nähere Ausgestaltung des anzuwendenden Maßstabs. Der Maßstab des § 13 Abs. 5 UrhWahrnG lässt sich aber zumindest dem Sinn nach übertragen.<sup>32</sup>

Die Frage, welche Tarife urheberrechtlich „angemessen“ sind, ist somit vor allem über eine allgemeine Abwägung der Rechts- und Interessenpositionen aller beteiligten Parteien zu beantworten.<sup>33</sup> Die bisherige Höhe der gezahlten Entgelte kann ein Indikator sein, ist nach der hier vertretenen Ansicht aber keinesfalls ausschlaggebend.<sup>34</sup>

#### 4. Entgeltregulierung nach § 52d RStV

Als weiteres einschlägiges Rechtsgebiet ist das Rundfunkrecht zu nennen. Aus dem Rundfunkrecht ergibt sich, wie der BGH zuletzt klargestellt hat, zwar keine Entgeltzahlungspflicht für Programmveranstalter. Nur falls Plattformbetreiber Einspeiseentgelte durchsetzen können, was in der Praxis vorkommt, unterfallen sie einer ex post-Missbrauchskontrolle durch die Landesmedienanstalten gem. § 52d RStV.<sup>35</sup>

§ 52d RStV gehört zu den Vorschriften der Plattformregulierung, die sich an sog. Plattformanbieter richten. Plattformanbieter sind Unternehmen, die Rundfunkprogramme, die von Dritten stammen, bündeln und das gebündelte Angebot im Rahmen eigener Geschäftsmodelle zugänglich machen (§ 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV).<sup>36</sup> Die Plattformregulierung soll verhindern, dass Plattformbetreiber ihre Gatekeeper-Stellung zu Lasten der Rundfunkvielfalt missbrauchen. Zu nennen sind insbesondere die Must-Carry-Pflichten (§ 52b RStV) und die Pflicht zur Offenhaltung technischer Flaschenhälse (§ 52c RStV). § 52d RStV flankiert die anderweitigen Vorschriften der Plattformregulierung im Bereich der Entgelt- und Preisgestaltung.

Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot in § 52d Satz 1 RStV bezieht sich auf „Entgelte und Tarife“, d.h. die Preisgestaltung des Plattformanbieters.<sup>37</sup> Um dem Schutzzanspruch der Norm gerecht zu werden, müssen die Begriffe weit ausgelegt werden, um ggf. auch Umgehungsgeschäfte zu erfassen. Deshalb sind auch Entgelte einzubeziehen, die vorgeblich nicht als Vergütung des Signaltransports gezahlt werden, sondern für andere „Dienstleistungen“, z.B. für die Präsenz auf einer Benutzeroberfläche.

§ 52d Satz 1 RStV gilt für jede Art der Preisgestaltung und enthält ein Diskriminierungs- und ein 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.

##### a) Behinderungsverbot

Das in § 52d Satz 1 Halbs. 1 RStV festgelegte Behinderungsverbot erfüllt, ähnlich wie § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, die Funktion einer Generalklausel. Anders als sein kartellrechtliches Pendant setzt § 52d Satz 1 RStV aber nicht voraus, dass der Normadressat ein „marktbeherrschendes Unternehmen“ ist. Vielmehr fasst § 52d Satz 1 RStV alle Plattformanbieter, soweit diese nicht gem. § 52 Abs. 1 RStV freigestellt sind.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup>

##### b) Diskriminierungsverbot

§ 52d Satz 1 Halbs. 2 RStV ergänzt ein Diskriminierungsverbot. Dieses bezieht sich, entgegen seines Wortlauts, nicht auf eine Ungleichbehandlung von Programmveranstaltern bzw. Anbietern von Telemedien. Gemeint ist offensichtlich eine Ungleichbehandlung der einzelnen Angebote. Denn es wäre widersinnig, müssten alle Angebote eines bestimmten Anbieters gleichbehandelt werden, obwohl diese inhaltlich und kommerziell völlig unterschiedlich sind (z.B. veranstalten viele Veranstalter sowohl Free- als auch Pay-TV).

Das Diskriminierungsverbot in § 52d Satz 1 Halbs. 2 RStV verbietet eine Ungleichbehandlung, soweit Anbieter von Rundfunkprogrammen bzw. vergleichbaren Telemedien grundsätzlich vergleichbar sind und für die Ungleichbehandlung kein rechtfertigender Grund besteht. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liegt nach dem Wortlaut des § 52d RStV vor, wenn insgesamt drei Tatbestandsmerkmale erfüllt sind: Erstens muss zunächst eine grundsätzliche Vergleichbarkeit bzw. ein gleichartiger Anbieterkreis vorliegen, zweitens eine Ungleichbehandlung, und drittens darf diese nicht gerechtfertigt sein.

Das Diskriminierungsverbot in § 52d Satz 1 RStV darf somit nicht als allgemeines Gleichbehandlungsgebot verstanden werden. § 52d Satz 1 RStV verbietet lediglich eine schwidrige Ungleichbehandlung. Differenzierungen bei Entgeltausgestaltung und -höhe bleiben aber zulässig. Es geht „nicht um einen Zwang strikter formeller Gleichbehandlung, sondern um das Gebot, keine unsachgemäßen willkürlichen Unterschiede zu machen.“<sup>40</sup> Das Rechtfertigungserfordernis lässt sich nach dem Sinn und Zweck der Plattformregulierung dahingehend konkretisieren, dass die rechtfertigende Begründung einer Abwägung mit den Zielen der Plattformregulierung standhalten muss. Ein Differenzierungsmerkmal, das mit dem Leitbild der Rundfunkvielfalt nicht vereinbar ist, ist demnach untauglich.<sup>41</sup> Wenn ein Plattformanbieter sich jedoch auf sachlich richtige, in sich schlüssige und mit den Leitlinien der Vielfaltsregulierung vereinbare Differenzierungsgründe berufen kann, darf er bei der Tarifgestaltung zwischen verschiedenen Programmgruppen unterscheiden.<sup>42</sup>

##### c) Angemessene Bedingungen

§ 52d Satz 2 RStV verlangt von dem Plattformbetreiber die Gewährleistung von „angemessenen Bedingungen“ in Bezug auf bestimmte Programme. Ausdrücklich verweist die Norm auf „Angebote nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 und 2 oder § 52b Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1“. Nach ihrem Wortlaut würde sich die Angemessenheitsverpflichtung demnach bei den Fernsehprogrammen zwar auf die Programme mit Must- oder Can-Carry-Status, bei den Hörfunkprogrammen aber auf alle Programme beziehen. Es handelt sich offenbar um ein Redaktionsverssehen.<sup>43</sup>

Geht man von dem Sinn und Zweck der Norm aus, sind sowohl im Fernseh- als auch im Hörfunkbereich nur die Programme mit

<sup>32</sup> So die wohl h.M., vgl. nur Hoeren/Neurauter, IPTV, 88; dagegen Spindler, MMR-Beil. 2/2003, 8.

<sup>33</sup> Sog. Ansatz der Interessenabwägung, vgl. Hoeren/Neurauter, IPTV, 98.

<sup>34</sup> Ohne zeitlichen Rückbezug auch EuGH MMR 2010, 828, 829 m. Anm. Hoeren – Padawan; s. aber auch Hein/Schmidt, K&R 2002, 409, 413.

<sup>35</sup> BGH, U. v. 16.6.2015 – KZR 83/13, Rdnr. 22; LG Köln MMR 2015, 284; VG Köln, E. v. 30.04.2015 – 6 K 334/14, Rdnr. 38.

<sup>36</sup> Ausf. Assion (o. Fußn. 1), S. 232 ff.

<sup>37</sup> Gummer, in: BeckOK InfoMedienR, Stand: 1.11.2014, § 52d Rdnr. 14.

<sup>38</sup> Plattformanbieter ohne marktbeherrschende Stellung sind zumindest dann ausgenommen, wenn sie in einem offenen Netz aktiv sind, § 52 Abs. 1 Nr. 1 RStV.

<sup>39</sup> Wagner, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 52d Rdnr. 9; Gummer (o. Fußn. 37), § 52d Rdnr. 13.

<sup>40</sup> OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122, 131 f. = MMR 2000, 233 (Ls.)

<sup>41</sup> Gummer (o. Fußn. 37), § 52d Rdnr. 12.

<sup>42</sup> Ausf. Assion (o. Fußn. 1), S. 400 ff.

<sup>43</sup> Wagner (o. Fußn. 39), § 52d Rdnr. 11; HRKDSC, RStV, 57. Aufl. 2013, § 52d Rdnr. 7; a.A. Gummer (o. Fußn. 37), § 52d Rdnr. 16.

Must-Carry-Status gemeint. Diese Programme sind besonders vielfaltsrelevant, eine gesetzliche Privilegierung entspricht der in § 52b RStV gewählten Systematik. Ein auf alle Programme bezogenes Angemessenheitsgebot würde zudem das in Satz 1 enthaltene Behinderungsverbot vollständig umfassen und überflüssig machen.

Im RStV selbst wird der Begriff der „angemessenen Bedingungen“ nicht weiter definiert. In der Begründung zum 10. RÄStV wird jedoch ausgeführt:<sup>44</sup> „Angemessen im Sinne des Satzes 2 sind Verbreitungskosten, die nicht höher ausfallen als die Kosten einer effektiven Leistungserbringung, oder die marktüblich erhoben werden.“ Der Begriff der Marktüblichkeit ist bekannt aus der Kartellrechtspraxis, im rundfunkrechtlichen Kontext aber problematisch: Zum einen soll die spezifische Medienregulierung ja schädliche Auswirkungen des Wirtschaftswettbewerbs auf die Rundfunkvielfalt verhindern, statt sie zum eigenen Bewertungsmaßstab zu machen.<sup>45</sup> Zum anderen würde ein einseitiges Versteifen auf die „Marktüblichkeit“ zu einer Determinierung von Entgeltgestaltungen führen, die zwar „marktüblich“, aber dennoch vielfaltsschädlich sind. Erst recht gelten diese Bedenken für die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ (KeL): Es handelt sich um einen sehr speziellen Kostenermittlungsmaßstab, der im Recht der regulierten Industrien angewendet wird (z.B. §§ 31 Abs. 1, 32 TKG). Als Maßstab für die medienrechtliche Preiskontrolle im Plattformbereich sind die KeL gänzlich ungeeignet. Es ist somit die bessere Lösung, den Begriff der „Angemessenheit“ unmittelbar anhand des Gesetzeswortlauts und in Anlehnung an das Prinzip der kommunikativen Chancengerechtigkeit auszulegen.

#### d) Spezielle Vorschriften für regionale und lokale Angebote und offene Kanäle

Gem. § 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.<sup>46</sup> Satz 4 verlangt, dass die regionalen und lokalen Angebote selbst dann noch „chancengleiche Bedingungen“ vorfinden sollen, wenn man ihre schwache Finanzkraft mit einbezieht.<sup>47</sup> In vielen Bundesländern sind Plattformanbieter sogar verpflichtet, Regional- und Lokalrundfunkprogrammen und/oder offenen Kanälen die Übertragung kostenlos anzubieten.<sup>48</sup> § 52d Satz 5 stellt klar, dass diese Vorschriften unberührt bleiben. Die Vorschrift deckt sich mit § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) Halbs. 2 RStV.

**44** Begr. zum 10. RÄStV, abgedr. in: HRKDSC (o. Fußn. 43), Teil A 2.8, S. 27.

**45** BVerfG MMR 2007, 770 m. Anm. Scheuer; Vesting, in: Hahn/Vesting (o. Fußn. 39), § 1 Rdnr. 15 f.; zutreffend krit. zur Anwendung von Wettbewerbsrecht auf rundfunkrechtlich regulierte Bereiche Peifer GRUR-Prax 2012, 521; Mailänder, FS Bornkamm, S. 223.

**46** Demir, Unentgeltliche Einspeisung, 2013, S. 37 ff.

**47** Begr. zum 10. RÄStV (o. Fußn. 44), Teil A 2.8, S. 28.

**48** Übersicht bei Demir (o. Fußn. 46), S. 2, dort Fußn. 7, und S. 18 ff.; s.a. HRKDSC (o. Fußn. 43), § 52d Rdnr. 11.

**49** BGH MMR 2014, 54; BGH GRUR 2013, 717, 718 f. = MMR-Aktuell 2013, 353144 (Ls.); BGH GRUR 2001, 1142.

**50** Die Schiedsstelle ist Teil der bundesunmittelbaren Verwaltung, Art. 87 Abs. 3 GG; ihre Zuständigkeit reicht nicht weiter als die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das zu Grunde liegende Rechtsgebiet, vgl. Suerbaum, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2015, Art. 87 Rdnr. 28 ff.

**51** Gundel, ZUM 2010, 770; Ladeur, ZUM 2004, 1, 2 ff.

**52** Zur Komplementarität von kartellrechtlicher und medienrechtlicher Missbrauchskontrolle BGH NJW 1996, 2656, 2656 – Pay-TV-Durchleitung.

**53** Spindler, MMR-Beil. 2/2003, 23; Hein/Schmidt, K&R 2002, 409, 413.

**54** Spindler, MMR-Beil. 2/2003, 8; für eine reine „Modellbetrachtung“ Janik, in: Schwartmann, Praxishdb. Medienrecht, 3. Aufl. 2014, Kap. 8 Rdnr. 38.

**55** Krit. zur Vergütung von „Transportleistungen“ an Kabelnetzbetreiber KG MMR 2010, 576.

**56** BGH GRUR 1988, 206, 208; OLG Hamburg ZUM-RD 2000, 122 = MMR 2000, 233 (Ls.).

#### 5. Konkurrenzen auf materieller Ebene und bei der Behördenzuständigkeit

Die o.g. Vorgaben zur Preisgestaltung sind jeweils bestimmten Behörden zugeordnet:

■ Die *Schiedsstelle beim DPMA* befasst sich mit der Angemessenheit urheberrechtlicher Lizenzgebühren. Sie kann am Ende eines (vor Gerichtsverfahren obligatorischen) Schlichtungsverfahrens einen Schlichtungsvorschlag unterbreiten, dem die Gerichte eine Vermutung der Angemessenheit zuweisen.<sup>49</sup> Für eine Regulierung spezifisch medienrechtlicher Sachverhalte (z.B. eine Anwendung von § 52d RStV) fehlt der *Schiedsstelle* aber sowohl die Verwaltungskompetenz als auch der gesetzliche Auftrag.<sup>50</sup> Die Plattformregulierung ist eine exklusive Kompetenz der Landesmedienanstalten.<sup>51</sup>

■ Die *Kartellbehörden* sind beauftragt mit der Sicherung eines funktionierenden Wirtschaftswettbewerbs. Auch sie haben keine Kompetenz zur Anwendung von originär medienrechtlichen oder urheberrechtlichen Rechtsnormen.<sup>52</sup>

■ Die *Landesmedienanstalten* sind spezielle, der Landesverwaltung zugeordnete Behörden, deren spezifische Aufgabe die Anwendung von Vorschriften des Rundfunk- und Telemedienrechts ist. Sie haben weder eine Kompetenz zur Festlegung von Urheberrechtsentgelten noch zur Gewährleistung eines funktionierenden Wirtschaftswettbewerbs.

Die Preisgestaltung zwischen Plattformanbietern und Programmveranstaltern unterfällt somit gleichzeitig der Kontrolle von mehreren Behörden. Diese sind aber 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 letztlichen Saldo zwischen Plattformanbietern und Rundfunkveranstaltern fließen.

Dies mag aus den gesetzlichen Auftragsbestimmungen der Behörden resultieren – sachgerecht ist es nicht. Häufig lassen sich in Verträgen zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern keine urheberrechtlichen, kartellrechtlichen oder medienrechtlichen „Teile“ der Austauschbeziehung abgrenzen.<sup>53</sup> Denn der Leistungsaustausch zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern ist zu vielfältig und komplex für eindimensionale Betrachtungen. Soweit Verträge geschlossen werden, haben diese eher den Charakter von Compensations- bzw. Tauschgeschäften, in denen potenziell mögliche Vergütungen saldiert werden.<sup>54</sup>

Dies führt zu der unglücklichen Situation, dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht unterschiedliche Behörden zuständig sind, während die tatsächliche Sachlage nach einer einheitlichen Aufsicht verlangt. Speziell dann, wenn Parteien mit unterschiedlicher Marktmacht aufeinandertreffen, führen die begrenzten Behördenzuständigkeiten auch zu Rechtsschutzdefiziten.<sup>55</sup>

Anders als für die Behörden gibt es aber für Gerichte keine Beschränkung auf bestimmte Rechtsgebiete oder bestimmte „Teile“ der Austauschbeziehung. Die Gerichte können – bzw. müssen – zur Lösung des Rechtsstreits sämtliche entscheidungserheblichen Normen anwenden.<sup>56</sup> Wird bei einem Gericht ein Leistungsantrag anhängig, ist das Gericht nach dem Grundsatz „*jura novit curia*“ berufen, von sich aus alle entscheidungserheblichen Normen zu ermitteln und anzuwenden. Ein Gericht kann also ggf. medienrechtliche, urheberrechtliche und kartellrechtliche Normen nebeneinander anwenden – und deshalb auch einen Angemessenheitsmaßstab bilden, der alle einschlägigen Normen miteinbezieht.

#### 6. Gemeinsamer Angemessenheitsmaßstab

Die gemeinsame Anwendung der einschlägigen Vorschriften wird dadurch erleichtert, dass es sich jeweils um Generalklau-

seln handelt. Sowohl § 20b Abs. 2 Satz 1, § 87 Abs. 5 UrhG und § 11 Abs. 1 UrhWahrnG als auch § 52d RStV verpflichten auf „angemessene“ Bedingungen. Auch das Kartellrecht verfolgt das Ziel eines „angemessenen“ Ausgleichs. Es spricht nichts dagegen, auch diese 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 Angemessenheitsmaßstabs sind dann allerdings die unterschiedlichen Regelungsziele zu berücksichtigen:

- Urheberrecht und Medienrecht sollen (einseitig) sicherstellen, dass die Plattformbetreiber die Programmveranstalter bzw. Rechteinhaber nicht übermäßig benachteiligen.
- Das Kartellrecht schützt beide Seiten vor missbräuchlichem Verhalten der jeweils anderen Seite, soweit diese über Marktmacht verfügt. Entgelte müssen ggf. „marktüblich“ sein, bzw. einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Plattformbetreiber und Programmveranstalter darstellen.

Als Essenz der gemeinsamen Auslegung der verschiedenen Normen verbleibt, dass eine „saldierte“ Auslegung der einschlägigen Normen durchaus zulässig ist. Keines der einschlägigen Rechtsgebiete untersagt Tauschgeschäfte. Eine „angemessene“ Entgeltdarstellung ist somit eine, die dem Wert der jeweils wechselseitig zufließenden Güter entspricht – ggf. erst nach Durchführung einer Saldobetrachtung. Soweit die wechselseitigen Leistungen saldiert betrachtet werden, ist in der „Saldokontrolle“ sowohl dem grundsätzlichen Vergütungsanspruch der urheberrechtlich geschützten Rechteinhaber als auch dem Schutzausspruch der Rundfunkvielfalt Rechnung zu tragen.

Bei der Marktbetrachtung ist einzubeziehen, dass jedenfalls die großen Regionalgesellschaften über Jahrzehnte hinweg am Einspeisemarkt eine marktbeherrschende Stellung hatten, die seitens BNetzA<sup>57</sup> und BKartA im Entgeltbereich kaum kontrolliert wurde. Die Tatsache, dass (nur) diese Gruppe von Kabelnetzbetreibern bis noch vor wenigen Jahren annähernd flächendeckend Einspeiseentgelte durchsetzen konnte, ist ein Unikum des

deutschen Kabelmarkts. Sie beruht auf historischen Gründen, vor allem auf freiwilligen Beiträgen der Rundfunkanstalten zum ursprünglichen Aufbau der Kabelnetze und einer kritikwürdigen Regulierungspraxis der BNetzA bis 2010.<sup>58</sup> Sie entspricht, wie sowohl ein Blick auf ausländische Vergleichsmärkte als auch ein Blick auf die Praxis kleinerer Netzbetreiber zeigt, weder dem Marktverhalten in einer Wettbewerbssituation noch dem realen Wert der ausgetauschten Güter. Die Marktsituation ist ungleich komplexer, als es die bisherige Regulierung angenommen hat; hier besteht Nachbesserungsbedarf.

Jedenfalls für die beliebten, klassischen Free-TV-Programme gilt, dass diese die Grundlage des Geschäftsmodells der Plattformbetreiber bilden.<sup>59</sup> Ihr „Wert“, der auf erheblichen Programminvestitionen der Veranstalter beruht, fließt den Plattformbetreibern zu. Der Wertzuwachs beim Plattformbetreiber beträgt ein Vielfaches des Werts der Verbreitung, die er (als „Gegenleistung“) an den Programmveranstalter erbringt.<sup>60</sup> Gerade in den Fällen der beliebten Programme spricht somit viel dafür, eher eine Zahlungspflicht des Plattformbetreibers an den Programmveranstalter anzunehmen als umgekehrt.<sup>61</sup> Die gesamte Vielfalt des Markts in einem kohärenten Entgeltregulierungssystem zu erfassen, ist eine Herausforderung, der sich die zuständigen Institutionen aber stellen müssen.



Dr. Simon Assion

ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Bird & Bird LLP in Frankfurt/M. Der Autor dankt Herrn Batur für die Unterstützung bei diesem Beitrag.

Der Beitrag basiert in Teilenbereichen auf der Dissertation des Autors: Must Carry, Übertragungspflichten auf digitalen Plattformen, Berlin 2015.

**57** Einspeiseentgelte waren bis 2010 tk-rechtlich reguliert, vgl. Assion (o. Fußn. 1), S. 384 f.

**58** Hierzu Assion (o. Fußn. 1), S. 385 und Wagner, MMR-Beil. 2/2001, 28, 29 f.

**59** Im deutschen TV-Markt entfallen ca. 75% der Zuschauermarktanteile auf nur 9 Programme (Dritte Programme gemeinsam gezählt); zur Werthaltigkeit von Programmen für Kabelnetzbetreiber Gerpott/Winzer (o. Fußn. 11), S. 43 ff.; Zubayr/Geese, Media Perspektiven 2011, 230.

**60** Ausf. Gerpott/Winzer (o. Fußn. 11), S. 40 ff.

**61** Gerpott/Winzer (o. Fußn. 11), S. 48.