

Fortschritte in der Diskussion um Must-Offer? Zur Exklusivität in Medien und Kommunikation

von Alexander Scheuer und Sebastian Schweda

LEITARTIKEL

„Wir sind gut aufgestellt!“ Mit diesem sich zunehmender Beliebtheit erfreuenden Satz soll Optimismus ausgestrahlt werden; Optimismus, dass ein Unternehmen oder ein Wirtschaftszweig in der Lage ist, die sich auf neuen Märkten bietenden Chancen wahrzunehmen, oder Optimismus, dass man trotz Marktveränderungen in der Erfolgsspur bleiben wird. Die Märkte, um die es dabei geht, mögen nach geografischen, technischen oder inhaltlichen Kriterien abgesteckt sein. Im audiovisuellen Sektor ringen derzeit beispielsweise Rundfunkveranstalter um die Teilhabe an den vielfältigen Distributionsformen für audiovisuelle Mediendienste und den damit entstehenden neuen Märkten.

Damit ein Unternehmen, das audiovisuelle Mediendienste anbieten möchte, gut aufgestellt ist, benötigt es vor allem Inhalte, die den Konsumenten interessieren. Die Ausgangsposition eines Unternehmens ist dann am erfolgversprechendsten, wenn das Unternehmen exklusiv diese Inhalte anbieten kann, es also ein Exklusivrecht an der Verbreitung der Inhalte besitzt. Zugleich muss das Unternehmen sich aber auch auf dem Markt der Verbreitungswege in Stellung bringen, denn das Unternehmen braucht den Kommunikationsweg zum Kunden, um sein Exklusivrecht in Geld umzuwandeln. Damit sind wir beim Thema dieser IRIS *plus*, die die verschiedenen Dimensionen von Exklusivität in Medien und Kommunikation beleuchtet.

Diese IRIS *plus* setzt sich mit der laufenden Diskussion auseinander, ob die Pflicht zur Verbreitung (Must Carry) bestimmter Inhalte durch eine Pflicht, bestimmte Inhalte anzubieten (Must Offer), ersetzt oder wenigstens um eine solche ergänzt werden sollte. Erste legislative Ansätze in diese Richtung gibt es bereits. Der Artikel untersucht diese Frage insbesondere im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Bewertung eines solchen Paradigmenwechsels, aber auch mit Blick auf das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerbs- und Urheberrecht. Diese sehr wichtige IRIS *plus* hat auch einen engen Bezug zu der IRIS *plus* 2008-4 über Verwertungsfenster, die sich mit der Chronologie audiovisueller Medien und damit einer weiteren Facette der Exklusivität beschäftigte.

Straßburg, im Oktober 2008

Susanne Nikoltchev

*IRIS Koordinatorin
Leiterin der Abteilung Juristische Information
Europäische Audiovisuelle Informationsstelle*

IRIS *plus* erscheint als Redaktionsbeilage von IRIS, *Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle*, Ausgabe 2008-10



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int

 **Nomos**
Verlagsgesellschaft

WALDSEESTRASSE 3-5 - D-76530 BADEN-BADEN
TEL. +49 (0)7221 2104-0 • FAX +49 (0)7221 2104-27
e-mail: nomos@nomos.de



Fortschritte in der Diskussion um Must-Offer? Zur Exklusivität in Medien und Kommunikation

Alexander Scheuer/Sebastian Schweda,

Institut für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken/Brüssel

I. Einleitung

1. Erscheinungsformen und Bedeutung von Exklusivität in den Medien

Exklusivität ist ein insbesondere unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zentrales Thema für den Medien- und Kommunikationssektor. Betrachtet man eine einzelne Mediengattung, wie etwa die Presse, so entdeckt man stets das besondere Anliegen, sich von Wettbewerbern dadurch abzuheben, dass in der eigenen Zeitung – und nur dort – eine „Exklusiv-Story“ zu finden ist. Vor allem im investigativen Bereich der Publizistik wurden und werden traditionell besondere Anstrengungen unternommen, für den gesamten Zeitraum von der Recherche bis hin zur abschließenden Veröffentlichung alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, damit die Konkurrenz „keinen Wind von der Sache bekommt“. Darüber hinaus versuchte man sich die exklusive Berichterstattung dadurch zu sichern, dass man beispielsweise die Rechte an der „Auswertung“ von Erlebnissen von Zeitzeugen, die einem spektakulären Ereignis beigewohnt hatten, „ausschließlich“ erwarb.¹ Es geht also weithin um den *Ausschluss* der Wettbewerber von besonders attraktiven Inhalten und den dadurch erhofften Wettbewerbsvorsprung. Diese Überlegungen gelten natürlich auch für das Verhältnis von Presse, Rundfunk und Internet untereinander, soweit diese Informations- und Unterhaltungsmedien miteinander konkurrieren.

Wie für den Bereich Presse ist auch im audiovisuellen Bereich das Streben nach Exklusivität – jedenfalls bislang – ein bestimmendes Phänomen. Ein Fernsehveranstalter wird zum Beispiel zum Ziel haben, ein in der Vergangenheit erfolgreiches und/oder für die Zukunft erfolversprechend erscheinendes Studio durch bestimmte exklusive Output-Deals an sich zu binden. Die Filmproduzenten ihrerseits haben ein Interesse daran, exklusiv mit bestimmten Drehbuchautoren, Kameraleuten, Schauspielern und Regisseuren zusammenzuarbeiten. Bei der Auswertung von audiovisuellen Werken – dies wurde erst jüngst in dieser Reihe beleuchtet² – herrschte ebenfalls sehr lange Zeit ein Exklusivitäts-Modell vor. Es ließ sich vor allem in zeitlicher Hinsicht als klare Absichtung aufeinander folgender Verwertungen in verschiedenen Medien („*media windows*“) abbilden. Verleihunternehmen können im geschäftlichen Umgang mit den verschiedenen Kinobetreibern diskriminierende oder missbräuchliche Praktiken anwenden und so jedem einzelnen sich im Wettbewerb befindenden Kinobetreiber den Zugang zu den Auführungsrechten von neuen Filmen erleichtern oder eben auch erschweren.³

Für Inhalte in den audiovisuellen Medien, die Werkcharakter haben, bildet das Urheberrecht die gesetzliche Grundlage für Exklusivität. Denn es ist gerade das ausschließliche Recht des Urhebers, über die Verwertung des von ihm Geschaffenen zu bestimmen und mithin andere von dessen Nutzung auszuschlie-

ßen. Dieses Recht wird durch Bestimmungen zum Schutz anderer im Zusammenhang mit Werken erbrachten Leistungen ergänzt. Hierzu gehören etwa die Regeln zu den (Verwertungs-)Rechten der Rundfunkveranstalter.⁴

Auch eine wettbewerbsrechtliche Betrachtung der Thematik verdeutlicht, dass man auf dem sachlich relevanten Markt des Einkaufs von Programminhalten neben den Rechten an Premium-Filmen auch den Rechten zur Verwertung von herausragenden Sportereignissen in Pay-TV und Free-TV eine Schlüsselfunktion für den Erfolg – durch Exklusivität – beimisst. Das gilt zunehmend auch im Falle der Nutzung neuer Verbreitungswege wie Internet und Mobilfunk.

Interessanterweise ist derzeit eine gewisse Abkehr von der Exklusivität bei der Verwertung von Kinofilmen in den „neuen Medien“ erkennbar; Ähnliches scheint im Musiksektor an Aktualität zu gewinnen. Für die Auswertung im Video-on-Demand-Segment (VoD) verlangen die Studios nicht, dass ihre Inhalte nur bei einem Anbieter zu sehen sind. Sie vergeben vielmehr nicht-exklusive Lizenzen. Zudem wird, wie bereits berichtet, die zeitliche Exklusivität eingeschränkt, sodass nach dem „*Day-and-date*“ genannten Vorgehen die Auswertung über DVD und VoD simultan abläuft.⁵

2. Exklusivität im Sektor der elektronischen Kommunikation/Bezug zur Verbreitung audiovisueller Medien

Im Kommunikationssektor bestand für viele Jahrzehnte schon deswegen Exklusivität, weil bestimmte Dienste dezidiert nur über ein bestimmtes Netz verfügbar waren. Infolge der durch die Digitalisierung beschleunigten Konvergenz von Übertragungswegen und Diensten wurde dieses Modell inzwischen beinahe vollständig abgelöst. Gleichwohl sind in diesem Kontext auch heutzutage noch „Ausschlusstendenzen“ feststellbar. Beispielhaft dafür ist der Mobilfunksektor: So geht mit der Subventionierung von Endgeräten eine exklusive Bindung des Kunden und Dienstanutzers an einen bestimmten „Heimnetz-Betreiber“ für eine zuvor vereinbarte Laufzeit einher (Stichwort: „*SIM-Lock*“); bei der Einführung von als besonders attraktiv angesehenen Mobiltelefonen kann es zu Vereinbarungen kommen, die in einem nationalen Markt nur einen Netzbetreiber dazu berechtigen, die Geräte in Verbindung mit einem Dienstleistungsvertrag anzubieten.⁶

Der ursprüngliche und lange Zeit exklusive Verbreitungsweg⁷ für Rundfunkübertragungen war die Terrestrik. Satelliten und Kabelnetze, in letzter Zeit das (offene) Internet, IPTV (Internet-Protokoll-Fernsehen, vornehmlich über DSL) und der Mobilfunk ergänzten das Angebot. Die Rundfunkveranstalter waren jedoch in aller Regel daran interessiert, neu nutzbar werdende Übertragungswegen ebenfalls in Anspruch zu nehmen. Bei den Rund-



funkveranstaltern mit öffentlichem Auftrag ergab sich dies vor allem aus ihrem (technischen) Grundversorgungsauftrag, also aus der ihnen obliegenden Pflicht, den Zuschauern bzw. Zuhörern unabhängig von deren bevorzugten Anschlussmöglichkeiten eine Zugangsmöglichkeit zu gewährleisten. Das Interesse der privaten und überwiegend werbefinanzierten Veranstalter an den neuen Übertragungswegen resultierte aus dem Streben nach einer möglichst großen technischen Reichweite. Von dieser versprach man sich eine größere potenzielle und aktuelle Erreichbarkeit der Zuschauer/Zuhörer als Adressaten der Werbeindustrie, „der“ Kundin der Rundfunkveranstalter.

Vorbehaltlich des sektorspezifischen oder allgemeinen Wettbewerbsrechts hat der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes aufgrund seiner Eigentümerstellung typischerweise die Hoheit über die Entscheidung, welche Dienste er von welchem Anbieter transportieren möchte. Solange die Netzinhaberschaft entweder bei den Rundfunkveranstaltern selber (wie etwa der Fall bei den terrestrischen Sendeanlagen mancher öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten) oder aber beim Staat (den Post- und Telekommunikationsverwaltungen) lag, war es verhältnismäßig einfach, den verfassungs- und medienrechtlich relevanten Belangen der Veranstalter beim Zugang zur Infrastruktur Rechnung zu tragen. Dort, wo Knappheit herrschte und deshalb keine ausreichenden Kapazitäten für alle (potenziellen) Anbieter vorhanden waren, wurden Auswahlentscheidungen getroffen, oftmals schon auf der Ebene der Zulassung von privaten Veranstaltern. Auch damit konnte ein gewisses Maß an Exklusivität einhergehen, wenn beispielsweise bestimmte Fernsehprogramme nicht auf allen Übertragungsplattformen gleichermaßen angeboten wurden. Im Rundfunkbereich kann es sogar erstrebenswert erscheinen, den Ausschluss eines Teils von Zuschauern zumindest temporär in Kauf zu nehmen – nämlich dann, wenn ein Verbreitungsweg in seiner Entwicklung besonders dadurch gefördert werden soll, dass nur über diesen ein besonders attraktives inhaltliches Angebot zur Verfügung steht.

Umgekehrt besitzen viele europäische Staaten aber auch seit langem Regelungen, aufgrund derer gesellschaftlich besonders relevante Programme in jedem Fall übertragen werden müssen, also eine Pflichteinspeisung in das Netz zu erfolgen hat (Must-Carry-Vorschriften). Die Universaldienst-Richtlinie (UDRL)⁸ der EG hält hierzu Bestimmungen bereit (Art. 31); jüngst hatte auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) Gelegenheit, zu den damit im Zusammenhang stehenden Fragen der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit Stellung zu nehmen.

Verhältnismäßig neu ist die intensivere Diskussion über den gewissermaßen spiegelbildlichen Ansatz, nämlich eine mögliche Verpflichtung zum Must Offer, d. h. der Vorgabe an bestimmte Inhalteanbieter (Programmveranstalter oder Aggregatoren), ihre Programme oder Programmpakete einem daran interessierten Netz- oder Plattformbetreiber oder Aggregator zur Verbreitung und/oder Vermarktung anzubieten. Auch hier stammen deutliche Impulse aus dem Bereich des (europäischen) Wettbewerbsrechts. Die Infrastrukturanbieter streben den Zugang zu Inhalten an, die sie für massenattraktiv halten und die der Kunde ihrer Meinung nach auf ihrer Plattform vorfinden möchte.

Da mag es konsequent erscheinen, dass dabei nicht mehr der einzelne Inhalt im Sinne einer Sendung, beispielsweise die Über-

tragung des Finales des Damen-Handballturniers der Olympischen Spiele, im Fokus steht, sondern ein komplettes Programm, und damit ein „Paket“. Während die Regulierung des Kurzberichterstattungsrechts und der Übertragung gesellschaftlich besonders bedeutender Ereignisse im Free-TV inzwischen zum „Standard-repertoire“ der Medienregulierung gezählt werden kann, soll mit dem Must-Offer-Ansatz also eine weitergehende Durchbrechung von Exklusivität erfolgen. Für diese wird tendenziell keine zeitliche Begrenzung anvisiert.

3. Fragestellung

Der vorliegende Beitrag zeichnet die Behandlung von Exklusivität in Medien und Kommunikation anhand der Diskussion um Angebotspflichten (Must Offer) nach.

Dabei geht er in einem ersten Schritt kurz auf die Regelungen zu Weiterverbreitungspflichten (Must Carry) ein. Es werden Hintergründe und Entwicklungslinien dieser spezifischen Art der Regulierung an der Schnittstelle zwischen dem Recht der elektronischen Kommunikation und dem Rundfunkrecht aufgezeigt und es wird untersucht, ob sich daraus für die allgemeine Fragestellung Erkenntnisse ziehen lassen (unten II.). Sodann werden die Gründe für und wider die Einführung einer Angebotspflicht anhand aktueller Entwicklungen der Technik und des Marktes erörtert (unten III.). In der Rundfunkgesetzgebung einiger europäischer Länder finden sich hierzu generell-abstrakte Regelungen. Daneben steht die auf den Einzelfall bezogene Anwendung des Wettbewerbsrechts. In der Praxis der europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden wurde, meist im Zusammenhang mit Fusionen von Unternehmen aus dem Telekommunikations- und Mediensektor, die Auferlegung von Angebotspflichten thematisiert – und häufig auch bejaht (unten IV.). Die Auferlegung von Must-Offer-Verpflichtungen, auf welchem Weg auch immer, beantwortet aber noch nicht zwangsläufig die Frage, zu welchen Modalitäten dies geschieht. Neben den Aspekt der Entgeltgestaltung tritt der grundlegende Aspekt der urheberrechtlichen Möglichkeit für die Anbieter von Inhalten, ihre Programme oder Bouquets auch für die Verbreitung über andere Übertragungswege oder -plattformen zu öffnen (unten V.). Der Bericht kann weder die Folgen bereits getroffener Must-Offer-Maßnahmen bewerten noch will er politische Handlungsempfehlungen zu dieser Fragestellung geben. Er soll vielmehr die in den letzten Jahren gewachsene Bedeutung des Themas Exklusivität in Medien und Kommunikation an dem Beispiel der Angebotspflichten aufzeigen (VI.).

II. Das Must-Carry-Konzept als Anknüpfungspunkt?

In den frühen Jahren der analogen Kabelverbreitung konnte – zumindest in Deutschland – von einem Kapazitätsengpass der Netzwerke noch keine Rede sein: Die Anzahl der überhaupt für eine (Weiter-)Verbreitung über das Kabel zur Verfügung stehenden Programme war damals noch recht beschränkt.⁹ Erst mit der Möglichkeit der Einspeisung weiterer, über Satelliten herangeführter Sender in das Fernseekabelnetz nahm die Zahl der angebotenen Programme deutlich zu. Neben der somit möglich gewordenen Übertragung ausländischer Kanäle waren nun auch die Bedingungen für das Entstehen weiterer privater Fernseh-(Spar-



ten-)programme gegeben. Dies führte in den 1990er Jahren zu einer zunehmenden Verknappung der im Kabel noch verfügbaren Kanäle; das Erreichen der Maximalkapazität, die aufgrund der eingesetzten Verstärkertechnik auf rund 33 Kanäle beschränkt war, erschien nur noch eine Frage der Zeit.¹⁰

Unter diesem Eindruck entstanden in vielen EU-Mitgliedstaaten nationale Regelungen über die Belegung der vorhandenen Kabelkanäle, welche die zunehmende Ressourcenknappheit berücksichtigen sollten.¹¹ Bei der Erstellung der Belegungspläne sollte den Programmen Vorrang eingeräumt werden, die von allgemeinem Interesse waren oder einen öffentlichen Wert besaßen. Damit sollte vor allem sichergestellt werden, dass die übertragenen Inhalte in ihrer Gesamtheit dem von den meisten nationalen Gesetzgebern mit den Must-Carry-Pflichten verfolgten Ziel der (Programm-)Vielfalt genügten.

So ermächtigt beispielsweise § 52 Abs. 1 Sätze 3 und 4 des zwischen den deutschen Bundesländern geschlossenen Rundfunkstaatsvertrags (RStV) die Landesgesetzgeber dazu, Belegungsregeln für das analoge Kabelnetz im allgemeinen Interesse aufzustellen. In vielen Ländern ist die Belegung mittlerweile durch Auferlegung konkreter Übertragungspflichten geregelt.¹² Seit 1999 müssen gemäß § 52 Abs. 2 und 3 RStV nun auch in Kabelnetzen mit zumindest teilweise digital verbreiteten Fernsehkanälen oder Telemedien die erforderlichen Übertragungskapazitäten für die öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme zur Verfügung stehen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Kapazitäten für private Fernsehprogramme mit regionalen Fensterprogrammen. Ferner müssen in diesen Netzen die Kapazität eines analogen Fernsehkanals für regionale und lokale Fernsehprogramme sowie Offene Kanäle bereitgestellt werden.

Mit der Verabschiedung der UDRL wurde 2002 eine gemeinschaftsweite Norm des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts geschaffen, die in Art. 31 eine Harmonisierung dieser Must-Carry-Vorschriften anstrebt.¹³ Die Ausgestaltung der belgischen Regelungen zu Kabelbelegungspflichten im zweisprachigen Gebiet Brüssel-Hauptstadt und deren Vereinbarkeit mit den Vorschriften des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH jüngst in der Rechtssache *United Pan-Europe Communications*¹⁴ untersucht. In seinem Urteil aus Dezember 2007 stellte er fest, dass selbst eine Regelung, welche die Übertragung von insgesamt 20 namentlich benannten Fernsehprogrammen verpflichtend vorschreibt, den freien Dienstleistungsverkehr nicht unverhältnismäßig beschränkt, sofern diese Regelung

„- ein Ziel des Allgemeininteresses wie die Aufrechterhaltung des pluralistischen Charakters des Fernsehprogrammangebots in diesem Gebiet im Rahmen der Kulturpolitik dieses Mitgliedstaats verfolgt, und
- nicht außer Verhältnis zu diesem Ziel steht, was bedeutet, dass die Durchführung der Regelung einem transparenten Verfahren unterliegen muss, das auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht.“

Der EuGH prüfte die nationalen Vorschriften ausdrücklich nicht anhand des Art. 31 UDRL, sondern anhand des Art. 49 EG-Vertrag, da die Richtlinie zum Zeitpunkt des Erlasses der rele-

vanten belgischen Ministerialverordnungen noch nicht in Kraft war.

Doch auch die Frage der richtigen Umsetzung dieser Richtlinie war und ist Gegenstand von Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren, in denen die Kommission bzw. Gerichte der Mitgliedstaaten klären lassen wollen, ob eine nationale Regelung über Kabelbelegungspflichten mit Art. 31 UDRL vereinbar ist.¹⁵

Mit der einsetzenden Digitalisierung der Übertragungswege entstand auch für die Kabelnetze die Perspektive eines nochmals gesteigerten Angebots an Programmen. Die bei der digitalen Signalübertragung gemäß den Standards der DVB-Familie – nicht nur über das Kabel (DVB-C), sondern auch terrestrisch (DVB-T) und per Satellit (DVB-S, DVB-S2) – eingesetzte Komprimierungstechnologie ermöglicht es in der Regel, auf einem analogen Kanal vier bis fünf digitale Programme zu übertragen.

Das Argument der Ressourcenknappheit zur Begründung einer Übertragungspflicht trat durch diese Entwicklung wieder in den Hintergrund. Zudem bewirkten die in den 1990er Jahren durch den EG-Rechtsrahmen für Telekommunikation einsetzende Liberalisierung der Netze und das Konvergenzphänomen eine Erweiterung der für die Rundfunkübertragung zur Verfügung stehenden Netze: Auch über die früher ausschließlich für Telekommunikationsdienste im engeren Sinne (d. h. Telefonie, Telefax und reiner Datenverkehr in geschlossenen Netzen) genutzten Telekommunikationsnetze dürfen nun im Einklang mit der Rechtsordnung Fernsehsignale übertragen werden, und sie können dies – insbesondere durch den Einsatz des IP¹⁶-gestützten DSL – auch technisch. Ein weiterer Verbreitungsweg steht seit einiger Zeit mit den für das mobile Fernsehen bereitgestellten Frequenzen zur Verfügung.

Angesichts dieser Entwicklungen auf den Märkten sowie in Recht und Technik wird seit einiger Zeit die Frage diskutiert, ob Must-Carry-Verpflichtungen noch zeitgemäß sind.¹⁷ Zwar sind auch die Anbieter von Inhalten auf der Suche nach neuen Verbreitungswegen,¹⁸ doch dürfte die größere Herausforderung gegenwärtig diejenige der Netzbetreiber und Plattformanbieter sein, ihren Endkunden ausreichend attraktive Programminhalte bereitstellen zu können.

Übertragungspflichten dienen also zunehmend dazu, den Programmveranstaltern den Zugang zu einer knappen Ressource zu sichern. Must-Carry-Pflichten können folglich auch als sektorspezifisches Zugangsrecht zu interessanten Inhalten aufgefasst werden. Die eigentliche Motivation liegt für die Sender jedoch woanders: Ihnen geht es um den Zugang zu ihren Zuschauern – jedenfalls auf den von diesen für den Empfang bevorzugten Wegen. Und auch der EU-Gesetzgeber will mit der Verpflichtung zur Übertragung bestimmter Programme vorrangig die „Erreichung klar umrissener Ziele des allgemeinen Interesses“ (Art. 31 Abs. 1 Satz 2 UDRL) sicherstellen. Welche Ziele das sind, bestimmt das Medienrecht der Mitgliedstaaten, und dort wiederum spielen regelmäßig Aspekte der Programmvielfalt für den Zuschauer eine wesentliche Rolle.

Auch wenn Must-Offer-Verpflichtungen oftmals als Spiegelbild zum Must-Carry-Konzept dargestellt werden, beinhaltet eine



solche Betrachtungsweise noch keine Aussage darüber, inwieweit sich auch die Zielrichtungen beider Modelle entsprechen. Unbestritten dürfte die fördernde Wirkung von Angebotspflichten für die Entwicklung neuer Verbreitungswege sein. Eine andere Frage ist, ob und inwieweit die Einführung von Angebotspflichten auch zur Verwirklichung der medienrechtlich angestrebten Vielfaltssicherung beitragen kann.

III. Must-Offer als Reaktion auf gegenwärtige Entwicklungen?

Auf europäischer Ebene hat die Diskussion um die Einführung einer Must-Offer-Regel bereits zu einer ersten Reaktion geführt: Eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates aus dem Jahre 2007¹⁹ fordert die Mitgliedstaaten auf, in ihren nationalen Gesetzen die Einführung von *Must-Offer*-Pflichten zu prüfen. Urheberrechtliche Beschränkungen sollen dabei jedoch berücksichtigt werden:

„[...] Member states should explore the relevance of a must offer obligation in parallel to the must carry rules so as to encourage public service media and principal commercial media companies to make their channels available to network operators that wish to carry them. Any resulting measures should take into account copyright obligations.“²⁰

Hierin kommt auch zum Ausdruck, dass bei einer grundsätzlichen Entscheidung über die Einführung derartiger Regelungen („Ob“) auch die Frage beantwortet werden muss, zu welchen Bedingungen eine entsprechende Angebotsverpflichtung erfolgen kann („Wie“). Urheberrechtliche Fragestellungen spielen dabei eine Rolle. Daneben kann darüber zu entscheiden sein – ähnlich wie bei Must-Carry-Verpflichtungen²¹ –, ob dafür und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Vergütung zu zahlen ist.

Gerade einer Übertragung über neue Verbreitungswege stehen die Programmveranstalter oftmals skeptisch gegenüber. Schon im Falle der Internet-TV-Plattform Zattoo hatten sich die Verhandlungen mit einigen etablierten Rundfunkveranstaltern als schwierig erwiesen, weil diese einer Bereitstellung ihrer Inhalte über die neuen Plattformen nicht zustimmen wollten. Für diese Haltung waren ungeklärte Fragen hinsichtlich des Umfangs der jeweils vorhandenen Verwertungsrechte sicherlich nur ein Grund. Auch die Honorierung der Sender für die Bereitstellung ihrer Inhalte galt es zu regeln. Bei Konkurrent Joost waren Verhandlungen mit europäischen Fernsehanstalten ebenfalls teilweise problematisch.²² Für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die sich über Gebühren finanzieren, dürfte bei Joost auch die geplante Einblendung von Werbung in das laufende Programm²³, die einen wesentlichen Teil des diesem Dienst zugrunde liegenden Geschäftsmodells ausmacht, einen kritischen Punkt darstellen.

Auch der Start der deutschen Plattform für mobiles Fernsehen im DVB-H-Standard verzögerte sich zunächst: Das erfolgreiche Bieterkonsortium Mobile 3.0 konnte der Auflage, innerhalb einer bestimmten Frist Vereinbarungen mit den Rundfunkanstalten über die Übertragung der Programme vorzulegen, nicht unmittelbar nachkommen.²⁴

In einigen Fällen „bewarben sich“ Netzbetreiber bzw. Plattformanbieter sogar regelrecht um Übertragungspflichten. Sie wollten so Exklusivvereinbarungen anderer Anbieter mit den Rundfunkveranstaltern verhindern und Zugang zu den für sie attraktiven Programmen erhalten.²⁵

IV. Must-Offer-Verpflichtungen

1. Medienrechtliche Vorgaben

In einigen Ländern, wie etwa Frankreich, Tschechien und dem Vereinigten Königreich, bestehen gesetzliche Must-Offer-Regelungen, die bestimmte Sender verpflichten, ihre Programme den Übertragungsplattformen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten.²⁶

a) Frankreich

Art. 34-1-1 des Gesetzes über die Kommunikationsfreiheit (*Loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication*) enthält seit dem Inkrafttreten des (Änderungs-)Gesetzes Nr. 2004-669 Bestimmungen, nach denen sich terrestrische Programmveranstalter nicht einer Weiterleitung ihrer Programme über Kabelnetze widersetzen dürfen. Sofern sie nicht gesetzlich verlängert wird, tritt diese Regelung fünf Jahre nach der Verkündung des Gesetzes Nr. 2004-669, also am 10. Juli 2009, außer Kraft.

Mit Entscheidung vom 8. Juli 2008 hat die französische Regulierungsbehörde, der *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) erstmals einem Fernsehveranstalter eine Angebotspflicht gegenüber dem Betreiber einer Satellitenplattform auferlegt.²⁷ Innerhalb einer Frist von sechs Wochen musste der Fernsehveranstalter Métropole Télévision ein Angebot für die Übertragung seines Fernsehkanals M6 über die von AB Sat betriebene *Direct-to-Home*-Plattform (DTH) Bis Television abgeben. Métropole hatte sich Beschwerden von AB Sat zufolge geweigert, mit dem Plattformanbieter in Vertragsverhandlungen zu treten. Allen anderen Plattformen hatte der Sender dagegen die Übertragungsrechte eingeräumt. Der CSA entschied, die Gesellschaft dürfe sich bei ihrer Weigerung nicht auf ihre Vertragsfreiheit berufen, sondern müsse M6 auch AB Sat zu ähnlichen, nichtdiskriminierenden Konditionen anbieten. Art. 34-1-1 war hier nicht anwendbar, da es sich bei Bis Television nicht um ein Kabelnetz handelte. Der CSA stützte seine Entscheidung vielmehr auf Art. 3-1, demgemäß der CSA die Freiheit der audiovisuellen Kommunikation (unter anderem) mit den Zielen eines freien Wettbewerbs und nichtdiskriminierender Rechtsbeziehungen zwischen Programmveranstaltern und Übertragungsdienstleistern in Ausgleich zu bringen hat. Art. 17-1 erlaubt es dem CSA, konkrete Anordnungen zur Herstellung dieses Ausgleichs zu treffen.

Für bestimmte öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter (France 2, France 3, France 4, France 5, Arte) gelten darüber hinaus Angebotspflichten, und zwar unabhängig von dem verwendeten Übertragungsnetz.²⁸

b) Tschechien

Nach Art. 54 Abs. 3 des Rundfunkgesetzes²⁹ müssen alle öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre frei verfügbaren



Programme den Kabelnetzbetreibern unentgeltlich anbieten. Gleichzeitig verpflichtet die Norm die Netzbetreiber, diese Programme ebenfalls unentgeltlich in ihr Minimalprogrammangebot aufzunehmen.

Vor der Gesetzesänderung vom 25. April 2006 waren neben den öffentlich-rechtlichen auch die privaten, landesweit ausgestrahlten sowie die lokalen Programme, die eine Frequenz mit einem solchen landesweiten Sender teilten, von der Angebotspflicht betroffen. Zudem beschränkte sich die Verpflichtung nicht nur auf das Angebot gegenüber Kabelnetzbetreibern, sondern galt gegenüber allen Netzbetreibern.

c) Vereinigtes Königreich

Die Must-Offer-Bestimmungen finden sich in den Art. 272–276 des Kommunikationsgesetzes von 2003 (*Communications Act 2003*). Danach muss das Office of Communications (Regulierungsbehörde für den Kommunikationsbereich – Ofcom) in den Lizenzbestimmungen für Rundfunkveranstalter mit öffentlichem Auftrag sowie für andere Veranstalter mit Must-Carry-Status sicherstellen, dass deren digitales Programmangebot für die Verbreitung über alle geeigneten Netze angeboten und über diese Netze auch tatsächlich verbreitet wird. Geeignete Netze sind nach Art. 272 Abs. 7 des *Communications Act 2003* öffentliche elektronische Kommunikationsnetze, mit deren Hilfe öffentliche elektronische Kommunikationsdienste angeboten werden, die von einer beträchtlichen Anzahl von Endnutzern als Hauptmittel zum Empfang von Fernsehprogrammen genutzt werden. Zudem muss das Ofcom im Wege der Formulierung der Lizenzbedingungen gewährleisten, dass die Programminhalte möglichst vielen potenziellen Zuschauern zur Verfügung gestellt werden und dass die Programmveranstalter keine Gebühren für die Bereitstellung der Inhalte verlangen.

d) Länder ohne gesetzliche Angebotspflicht

Die meisten europäischen Staaten haben bislang keine gesetzlichen Angebotspflichten normiert. De facto ergeben sich Must-Offer-Pflichten jedoch in vielen Ländern für öffentlich-rechtliche und teilweise auch private Rundfunkveranstalter aus ihrem öffentlichen Versorgungsauftrag.

2. Wettbewerbsrechtliche Aspekte

Im Gemeinschaftsrecht kann sich eine Angebotspflicht prinzipiell auf eine der beiden folgenden Grundlagen stützen: entweder auf die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, die im EG-Vertrag (Art. 81 ff.) und der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)³⁰ geregelt sind, oder auf eine Norm des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts wie beispielsweise des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation.

a) Regelungen des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts

Während der EG-Rechtsrahmen in Art. 31 UDRL die Möglichkeit vorsieht, Netzbetreibern Übertragungspflichten für bestimmte Programmangebote aufzuerlegen, soweit diese Pflichten „zur Erreichung klar umrissener Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sind“ (Art. 31 Abs. 1 Satz 2 UDRL), ist eine Vorgabe in umgekehrter Richtung, also eine Verpflichtung der

Rundfunkveranstalter, ihre Inhalte den Netzbetreibern anzubieten, dort bislang nicht vorgesehen. Auch durch die in Kürze zu erwartende Verabschiedung des reformierten Rechtsrahmens („TK-Review“) wird sich daran aller Voraussicht nach nichts ändern.³¹ Dennoch kann ein Mitgliedstaat eigene Must-Offer-Pflichten vorsehen (siehe oben IV. 1.) – sei es im Rahmen seiner nationalen Politik zur Sicherung eines offenen und unverfälschten Wettbewerbs (mangels entgegenstehender Gemeinschaftsnorm) oder aus Gründen der Vielfaltssicherung (aus eigener Legislativkompetenz heraus).

b) Allgemeines EG-Wettbewerbsrecht

Auf Gemeinschaftsebene bleibt es daher bei der Möglichkeit, dass die Kommission im Rahmen ihrer Befugnisse zur allgemeinen Wettbewerbskontrolle bei einer Entscheidung nach den Art. 81 ff. EG-Vertrag oder der FKVO Angebotspflichten auferlegen kann. Ein Einschreiten der Kommission ist zunächst zur Verhinderung abgestimmter Verhaltensweisen nach Art. 81 EG-Vertrag (Kartellrecht) denkbar, und zwar bei vertikalen Selektivvertriebsstrukturen, die durch den Abschluss von Exklusivverträgen der Programmveranstalter mit einem bestimmten Netz- oder Plattformbetreiber entstehen können. Derartige Vereinbarungen können gegen das Kartellverbot verstoßen.³² Der vorliegende Beitrag wird sich jedoch auf die Untersuchung der Maßnahmen gegen Marktmissbrauch gemäß Art. 82 EG-Vertrag und der Auflagen bei der Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen nach der FKVO konzentrieren.

Den folgenden Ausführungen vorangestellt sei erstens, dass bei der Anordnung einer Angebotspflicht im Rahmen des Missbrauchsverfahrens der in Art. 7 der VO (EG) Nr. 1/2003³³ niedergelegte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist. Zur Lösung etwaiger wettbewerblicher Probleme kann zweitens auch eine freiwillige Verpflichtungszusage des Anbieters von Inhalten (vgl. Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003 in den Fällen des Marktmissbrauchs bzw. Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO bei Unternehmenszusammenschlüssen) in Betracht kommen. Diese könnte zweierlei enthalten: die Aufgabe der Exklusivität des Vertriebswegs und die Zusicherung, das eigene Programm allen Netz- und Plattformbetreibern zu nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten.

aa) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 82 EG-Vertrag

Artikel 82 Abs. 2 EG-Vertrag nennt Fälle, wann ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung wettbewerbswidrig missbraucht. Diese Aufzählung ist nicht abschließend; der Missbrauch ist lediglich „insbesondere“ in den aufgeführten Fällen gegeben. Als Unterfall der in Art. 82 Abs. 2 lit. c EG-Vertrag genannten Diskriminierung von Handelspartnern ist die Weigerung, mit einem Marktpartner überhaupt in Geschäftsbeziehungen zu treten, anerkannt. Für den hier interessierenden Bereich kommt eine solche Geschäftsverweigerung hauptsächlich in Form der Ablehnung einer Lizenzerteilung für Programminhalte in Betracht: Wenn sich ein Programmveranstalter weigert, einem Netz- oder Plattformbetreiber seine Programminhalte zur Verfügung zu stellen, dessen Konkurrenten dagegen die Verbreitungsrechte erteilt, könnte darin ein missbräuchliches Verhalten zu sehen sein, dem insbesondere mit einer Angebotspflicht abgeholfen werden



könnte (vgl. die Rechtssache Magill und die Folgerechtsprechung des EuGH, unten V.).

bb) Fusionskontrolle: Stream/Telepiù (SkyItalia)

In der Praxis der Europäischen Kommission ist die Entscheidung zum Zusammenschluss von Stream, einem italienischen Pay-TV-Anbieter unter der Kontrolle der US-amerikanischen Newscorp., mit Telepiù, einem weiteren italienischen Pay-TV-Dienst, beispielhaft für auferlegte Angebotspflichten.

Die Kommission stellte fest, dass die Fusion, aus der das gemeinsame Unternehmen SkyItalia hervorginge, zu einem Monopol auf dem italienischen Markt für Bezahlfernsehen führen würde.³⁴ Gleichzeitig entstünde ein Nachfragemonopol (Monopson) auf dem Markt für Premium-Inhalte. Eine solche Konstellation wäre unter normalen Marktbedingungen nicht genehmigungsfähig gewesen. Die besonders hohen Kosten auf den europäischen Pay-TV-Märkten, die insbesondere auf die hohen Lizenzgebühren für den Erwerb der Verwertungsrechte an Premium-Inhalten zurückzuführen sind, stellten jedoch hohe Marktzutrittsbarrieren für jeden neuen Anbieter und starke Belastungen für die bereits auf dem Markt befindlichen Anbieter dar.³⁵ Die Unternehmen Telepiù und Stream hatten in den Jahren 1991 bis 2001 schwere Verluste hinnehmen müssen. Die Kommission berücksichtigte diese besondere Marktsituation und bezog das von Newscorp. vorgebrachten Argument, ohne eine Sanierungsfusion (*rescue merger*) werde Stream aus Rentabilitätsgründen aus dem Markt ausscheiden, in ihre Erwägung mit ein. Sie war der Ansicht, dass eine Genehmigung zu angemessenen Bedingungen für den Verbraucher vorteilhafter wäre als die Marktzerüttung, die sich durch den Austritt von Stream ergäbe.

Die Kommission genehmigte den Zusammenschluss unter Bedingungen, die darauf abzielten, die betroffenen Märkte für den Wettbewerb offen zu halten. Die von Newscorp. akzeptierten Konditionen betrafen teils die Struktur und teils das Verhalten des Unternehmens. Unter anderem wurde Newscorp. verpflichtet, Dritten, die Programme über andere Übertragungswege als die direkte Satellitenkommunikation DTH verbreiten, Premium-Inhalte auf Großhandelsbasis anzubieten. Die Angebote müssen nicht-exklusiv, nichtdiskriminierend und entbündelt sein. Auf diese Weise soll Pay-TV-Anbietern außerhalb des Satellitenbereichs, die diese Inhalte andernfalls wegen zu hoher Lizenzgebühren oder langer Exklusivverträge zwischen etablierten Marktteilnehmern und Inhaltenanbietern nicht erwerben könnten, das Verbleiben oder der (Neu-)Eintritt in den Markt erleichtert werden. Sie sollen nicht von den Inhalten (vor allem Fußballübertragungen und Filme) abgeschnitten werden, die sie für ein erfolgreiches Bezahlfernsehangebot benötigen.³⁶

Die Kommission beschränkt sich also in ihrer Entscheidung nicht auf die Anordnung, Angebote verfügbar zu machen. Indem sie ein Angebot „auf Großhandelsbasis“ fordert, gibt sie zudem eine Entgeltspflicht und die konkrete Berechnungsweise hierfür vor. Damit regelt sie die Modalitäten, zu denen die Angebotspflicht umgesetzt werden soll. Der Großhandelspreis ergibt sich demnach grundsätzlich aus dem Einzelhandelspreis, zu dem die Inhalte über die Plattform von Newscorp. vermarktet werden, abzüglich eines Abschlags, der die Kosten widerspiegelt, die bei

Newscorp. für eine Direktvermarktung angefallen wären.³⁷ Mindestens einmal jährlich hat Newscorp. eine Preisliste zu veröffentlichen; die Veröffentlichung ist der Kommission bekannt zu geben.³⁸

Interessant ist schließlich Ziffer 10.8 des Anhangs, Teil II, der Entscheidung. Darin wird Newscorp. verpflichtet, bereits beim Erwerb neuer Inhalte zur Verwertung in Premium-Kanälen über DTH darauf hinzuwirken, dass ihr vom Rechteinhaber auch alle Rechte für die Nutzung über andere Pay-TV-Plattformen übertragen werden. Gelingt dies bei einigen Inhalten nicht, muss Newscorp. alle zumutbaren Schritte unternehmen, um Dritten ein vollständiges Programmpaket anbieten zu können, das geeignete Alternativinhalte für die Programminhalte bietet, für die keine Lizenz zur Übertragung über Nicht-DTH-Plattformen vorliegt.

An dieser Stelle deutet sich bereits ein Dilemma der mit Must-Offer-Pflichten belegten Programmveranstalter/Aggregatoren an, auf das im Folgenden noch einzugehen sein wird: Einerseits können wettbewerbs- und medienrechtliche Bestimmungen sie dazu verpflichten, ihre Programme den Netz- oder Plattformbetreibern anzubieten. Andererseits können gerade urheberrechtliche Vorschriften das jedoch verbieten.

c) Anwendung des Wettbewerbsrechts auf nationaler Ebene

aa) Spanien

Der *Consejo de Ministros* (spanische Ministerrat) machte im Jahre 2002 die Genehmigung des Zusammenschlusses von Sogecable S.A. und DTS Distribuidora de Televisión por Satélite S.A. (Vía Digital), den Betreibern der beiden führenden spanischen Pay-TV-Plattformen, unter anderem von der Erfüllung einer Reihe von Bedingungen³⁹ abhängig, die Angebotspflichten statuieren⁴⁰: So musste Sogecable über einen Zeitraum von fünf Jahren Dritten wenigstens einen Premium-Kanal mit Filmen der großen Studios sowie sämtliche von Sogecable direkt oder im Auftrag produzierten Themenkanäle zu gleichen, transparenten und nichtdiskriminierenden Bedingungen anbieten.⁴¹

Darüber hinaus wurde Sogecable für den Fall, dass die Gesellschaft die Exklusivrechte für die Übertragung von Spielen der spanischen Fußballliga oder des Königspokals (*Copa del Rey*) und deren jeweiligen Zusammenfassungen besitzen oder erwerben sollte, dazu verpflichtet, Unterlizenzen dieser Rechte für die Ausstrahlung über frei empfangbare und Bezahlfernsehkanäle zu erteilen.⁴²

bb) Frankreich

(1) Canal+

In der Entscheidung des *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (Ministeriums für Wirtschaft, Finanzen und Industrie) über den Zusammenschluss der beiden Satelliten-TV-Plattformen CanalSat und TPS vom August 2006 spielten Must-Offer-Gesichtspunkte ebenfalls eine große Rolle. Das neue Unternehmen sollte voraussichtlich mehr als 10 Mio. Abonnenten haben.⁴³ Das Ministerium stützte sich bei seiner Entscheidung auf die Stellungnahmen des CSA und des *Conseil de la concurrence*



(Kartellbehörde). Berücksichtigt wurden vor allem die von TPS und CanalSat gegebenen Gewährleistungen zur Beschränkung der wettbewerblichen Risiken, die durch den zahlreiche Märkte betreffenden Zusammenschluss entstehen. Unter den insgesamt 59 verschiedenen Bedingungen, die für einen Zeitraum von fünf bis sechs Jahren akzeptiert wurden, finden sich auch solche, die für das vorliegende Thema relevant sind: Zum einen verpflichtete Canal+ sich, die Dauer der Verträge mit Filmproduzenten auf drei Jahre zu beschränken und auf die Nutzung der VoD-Exklusivrechte zu verzichten; zum anderen garantierte es seinen Konkurrenten einen nichtdiskriminierenden Zugang zu seinem Katalog. Die Gruppe hat außerdem die Verpflichtung akzeptiert, die Rechte zur unverschlüsselten Ausstrahlung von Fernsehserien und Sport zur Verfügung zu stellen. Außerdem sollten Drittanbietern von Pay-TV-Angeboten sieben Programme zur Verfügung gestellt werden: TPS Star, CinéStar, CinéCulte, Cinétoile, Sport+ sowie die Jugendprogramme Piwi und Télétoon. Damit sollten derartige Plattformanbieter in die Lage versetzt werden, neue und attraktive Programmpakete zu schaffen.

(2) Neuf Cegetel ./ Eurosport

Einen Streit zwischen dem Internetprovider Neuf Cegetel und dem Sportkanalveranstalter Eurosport, in den auch der Pay-TV-Anbieter Canal+ involviert ist, hatte der *Cour d'appel de Paris*, 14^e ch. (14. Kammer des Berufungsgerichts von Paris) im Oktober 2007 (vorläufig) zu entscheiden. Hierbei standen zwar nicht unmittelbar Must-Offer-Ansprüche zur Diskussion – und der Hintergrund ist auch eher ein vertragsrechtlicher, denn ein wettbewerbsrechtlicher –, der Fall illustriert aber anschaulich die aufeinanderstehenden Interessen im Zusammenhang mit Exklusivität in Medien und Kommunikation.

Zwischen Eurosport und Canal+ bestanden vertragliche Abreden, denen zu Folge Canal+ das exklusive Recht der Vermarktung des Sportsenders über Satellit und IPTV sowie das nicht-exklusive Recht der Verbreitung über eine DVB-T-Plattform eingeräumt worden war. Damit eröffnete sich für Neuf Cegetel die Möglichkeit, mit Eurosport ebenfalls einen Vertrag über die digital-terrestrische Verbreitung abzuschließen. In der Presseinformation anlässlich dieses Übereinkommens kündigte Neuf Cegetel jedoch insbesondere an, seinen ADSL-Zugangskunden alsbald ein Bouquet verschiedener Inheldienste anbieten zu wollen, das mit Hilfe eines speziellen Decoders empfangbar sein und u. a. den Eurosport-Kanal beinhalten werde. Über den „Umweg“ der Empfangbarkeit des terrestrisch ausgestrahlten Programms und dessen Einspeisung und Weiterleitung im Wege der Internetverbreitung wäre es also zu einer „Durchbrechung“ der Canal+ auf ausschließlicher Basis eingeräumten Rechte in Bezug auf „Eurosport über IPTV“ gekommen. Hiergegen protestierte zunächst Canal+; im weiteren Verlauf kündigte Eurosport an, die Zuführung des Signals für die terrestrische Verbreitung abzuschalten und den Vertrag mit Neuf Cegetel zu kündigen. Im Wege einer einstweiligen Verfügung versuchte der Internetdiensteanbieter nunmehr, Eurosport zur Einhaltung seiner vertraglichen Pflichten anzuhalten.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts von Paris kann nicht ausgeschlossen werden, dass Neuf Cegetel den Vertrag mit Eurosport ohne die Absicht unterzeichnet hat, selbst terrestrisches Bezahlfernsehen zu vertreiben. Vielmehr scheint es darum gegangen zu

sein, einen attraktiven Sender in das Bouquet aufzunehmen, das der Provider seinen ADSL-Kunden anbieten wollte.⁴⁴ Die erstinstanzliche Entscheidung, einstweiligen Rechtsschutz zu versagen, wurde folglich bestätigt.

(3) AFORST ./ France Télécom und France Télévisions

Exakt die Frage eines wettbewerbsrechtlich begründeten Zugangsanspruchs zu Inhalten, über deren Verbreitung Fernsehveranstalter einerseits und Anbieter von Internetzugangsdiensten andererseits exklusive Verträge geschlossen haben, betraf der vom *Conseil de la concurrence* im Mai 2008 entschiedene Fall.⁴⁵ Die Gesellschaften France Télécom und France Télévisions hatten eine vertragliche Vereinbarung getroffen, derzufolge bestimmte Inhalte der öffentlichen Fernsehkanäle von France Télévisions zum späteren Ansehen exklusiv für Abonnenten von France Télécom über eine Plattform mit dem Namen „Rewind TV“ verfügbar gemacht werden. Dies griff die *Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications* (eine Vereinigung von mit France Télécom konkurrierenden Festnetztelekommunikationsanbietern – AFORST) vor dem *Conseil de la concurrence* an. Sie bemängelte den wettbewerbschädigenden Charakter der Exklusivitätsvereinbarung und machte geltend, ihren Mitglieder wäre es im Falle der Durchführung der Vereinbarung verwehrt, ein eigenes attraktives Programmangebot zusammenzustellen. Zudem könne der etablierte Betreiber auf diese Weise den Breitbandkundenmarkt unter Druck setzen.

Der *Conseil de la concurrence* half der Beschwerde jedoch nicht ab und wies auch den ebenfalls eingereichten Antrag auf Aussetzung der Vertragsdurchführung ab.⁴⁶ Zur Begründung führte er aus, die exklusiv über „Rewind TV“ verbreiteten Inhalte beschränkten sich auf Sendungen in der Erstausrahlungszeit zwischen 18.00 und 24.00 Uhr, mit Ausnahme von Kinofilmen. Zudem sei die Vereinbarung zeitlich auf zwei Jahre begrenzt. Schließlich seien die Exklusivhalte auch nicht unerlässlich für den Aufbau eines erfolgreichen Konkurrenzangebots, da die ADSL-Betreiber auch andere attraktive interaktive Dienste wie etwa Onlinemusikkataloge anbieten oder mit anderen Anbietern oder gar France Télévisions selbst Vereinbarungen über nicht von dem beanstandeten Exklusivvertrag betroffene Sendungen vereinbaren könnten.

cc) Vereinigtes Königreich

Über zwei Entscheidungen, die das *Office of Fair Trading* (Wettbewerbsbehörde – OFT) Ende Dezember 2005 in Zusammenfassungsverfahren nach dem *Enterprise Act 2002* (Unternehmensgesetz) getroffen hat, soll hier ebenfalls berichtet werden.⁴⁷

(1) BSkyB Broadband/Easynet

Im ersten Fall ging es um den Erwerb der Easynet Group durch die BSkyB Broadband Services. Diese Übernahme sollte Sky erstmalig in die Lage versetzen, sog. Triple Play-Produkte über die Digital Subscriber Line (DSL) – ein gebündeltes Angebot von Pay-TV-, Internetzugangsdiensten und traditionellen Telekommunikationsdiensten – anbieten zu können. Aus Sicht der am Verfahren beteiligten Dritten bestand die Sorge, Sky könnte die Lieferung von Bezahlfernsehinhalten an künftige Wettbewerber im DSL-



Markt angesichts seiner Marktmacht bei der Bereitstellung von Premium-Inhalten und seiner bedeutenden Einkaufsmacht bei Nicht-Premium-Inhalten blockieren. Das OFT entschied jedoch, Sky habe diese Macht bereits, und die Fusion schaffe keine grundlegend neuen Anreize für ein solches, nicht wettbewerbsfreundliches Verhalten.

(2) NTL/Telewest

Die zweite Entscheidung betraf die Fusion von NTL und Telewest, die beiden letzten noch verbliebenen britischen Kabelnetzbetreiber. Ihre lokalen Netze wiesen keine geografischen Überschneidungen auf, sodass diesbezüglich von getrennten Märkten auszugehen war. In anderen Märkten (Telekommunikationsdienstleistungen für Großkunden und schmalbandiges Internet) besteht starker Wettbewerb. Beide Unternehmen treten jedoch als Nachfrager nach Bezahlfernsehinhalten auf. Außerdem gehört zu Telewest ein Pay-TV-Anbieter, nämlich Flextech. Das OFT musste sich mit den Befürchtungen auseinandersetzen, dass das fusionierte Unternehmen zum einen die Lieferung von Flextech-Inhalten an DSL-Konkurrenten einstellen und zum anderen seine Einkaufsmacht dazu nutzen könnte, Exklusivrechte an Bezahlfernsehinhalten von Drittanbietern zu erwerben und so die Lieferung solcher Inhalte zu blockieren.

Für die Freigabe der Fusion war erstens entscheidend, dass die OFT zu dem Ergebnis kam, Flextech habe nur einen relativ geringen Zuschaueranteil (10–15 Prozent am Publikum von Nichtpremium-Bezahlfernsehsendern) und es seien alternative Inhalte verfügbar. Deshalb werde eine Entwicklung nicht dadurch behindert, dass keine „Flextech-Inhalte“ angeboten werden. Zweitens teilten andere Marktteilnehmer schon nicht die Einschätzung, durch die Fusion entstünde eine bedeutende Nachfrageposition nach Inhalten; einen vergleichbaren Grad an Marktmacht hatte das OFT zudem bei früheren Zusammenschlüssen akzeptiert.

dd) Ungarn

In Ungarn hat der *Versenytanács* (Wettbewerbsrat) die Genehmigung der Übernahme von Sport1 TV M sorszolgálató Zrt. durch Chellomedia Programming B. V. mit einer Angebotspflicht verbunden.⁴⁸ Die Behörde hatte nach der 2006 durchgeführten Transaktion Bedenken geäußert, Sport1 TV könnte sich weigern, seine Programme Sport1 und Sport2 Wettbewerbern des mit Chellomedia verbundenen Unternehmens UPC, einem Vermarkter der Satelliten-Plattform DTH, zur Verfügung zu stellen. Sport1 TV hatte zum damaligen Zeitpunkt einen Anteil von etwa 70 Prozent an dem Markt für ungarischsprachige Sportspartenkanäle. Vor allem mit Blick auf die sich entwickelnde ungarische IPTV-Landschaft hatte der Rat negative Auswirkungen auf den Wettbewerb befürchtet, falls Konkurrenten der Zugang zu den von Sport1 TV produzierten Sportkanälen verwehrt werde. Chellomedia erklärte sich daraufhin bereit, Wettbewerbern bis 2010 die Weiterverbreitung zu nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten.

3. Zwischenfazit

Vergleicht man die vorstehend skizzierten Regelungen, so fällt auf, dass sich die Mediengesetze und Entscheidungen aus dem Medienrecht zu Angebotspflichten mit der Beziehung zwi-

schen Fernsehveranstaltern und den Betreibern der Verbreitungsinfrastruktur (Netz- oder Plattformbetreibern) befassen. Wettbewerbsrechtlich beurteilt wurden dagegen vor allem die Beziehungen von Pay-TV-Anbietern untereinander (SkyItalia bzw. Canal+ zu ihren jeweiligen Wettbewerbern) sowie zwischen diesen und Free-TV-Anbietern bzw. „Dritten“ (Canal+, Sogecable/Via Digital); in Teilaspekten bildet lediglich der Fall Chellomedia hierzu eine Ausnahme.

Offensichtlich herrscht im Medienrecht der Gedanke vor, Angebotspflichten dienen vor allem dazu, einem Infrastrukturanbieter Zugang zu attraktiven Inhalten zu verschaffen. Die Fälle aus dem nationalen und dem EG-Wettbewerbsrecht zeigen dagegen, dass sich die Frage, wer wem welche Inhalte im Rahmen einer Angebotspflicht zur Verfügung stellen muss, auch in anderen, vielfältig gelagerten Konstellationen stellen kann.

V. Urheberrechtliche Aspekte

Die Antwort auf die Frage nach einer angemessenen medien- und/oder wettbewerbsrechtlichen Regulierung wird durch einen weiteren, externen Faktor beeinflusst: das Urheberrecht. Eine (sektorspezifische) Wettbewerbs- oder medienrechtliche Vorschrift beispielsweise, die Programmveranstalter verpflichtet, ihre Inhalte zu bestimmten, nichtdiskriminierenden Bedingungen allen *Carriers* zur Verfügung zu stellen, darf die Begrenzungen, die sich aus dem Umfang der bei den Programmveranstaltern bestehenden oder von diesen erworbenen Verwertungs- und sonstigen Schutzrechte ergeben, nicht unberücksichtigt lassen. Abhängig von der Ausgestaltung des Urheberrechts im jeweiligen Mitgliedstaat und von den vertraglichen Vereinbarungen⁴⁹ können die Rechte des Senders, bestimmte Inhalte über die verschiedenen Übertragungswege zu verbreiten, beschränkt sein.⁵⁰

Ungeachtet dieser grundsätzlichen Fragestellung ist jedenfalls allgemein zu klären, welche Durchsetzungskraft das Wettbewerbsrecht gegenüber dem Urheberrecht hat, etwa wenn aus Gründen eines festgestellten Marktmachtmissbrauchs⁵¹ wettbewerbsrechtlich die Forderung erhoben wird, den Zugang der Netz- oder Plattformbetreiber zu den Inhalten sicherzustellen.

Der EuGH hatte sich in der Vergangenheit bereits mit den möglichen Zielkonflikten auseinanderzusetzen, die sich aus der Anwendung des Wettbewerbsrechts in Konstellationen ergeben können, die durch das Bestehen von Schutzrechten des geistigen Eigentums charakterisiert sind. Der EuGH urteilte hierzu in Fällen, in denen der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG-Vertrag zu prüfen war.

Abstrakte Bedingungen und Voraussetzungen für die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens in diesem Kontext definierte der EuGH erstmals in seinem Urteil in der Rechtssache Magill.⁵² Der Fall betraf die Weigerung dreier irischer und britischer Fernsehgesellschaften, ihre urheberrechtlich geschützten Programminformationen der Firma Magill für die Verwendung in einer alle Ausstrahlungen einer Woche umfassenden Programmzeitschrift zur Verfügung zu stellen. Während die Informationen in den sendereigenen Programmführern sowie in der Tagespresse veröffentlicht werden durften, erteilten die Fernsehveranstalter Magill keine Lizenz. Die Kommission sah darin eine missbräuch-



liche Ausnutzung von Marktmacht gemäß Art. 82 EG-Vertrag. Die hiergegen eingelegten Nichtigkeitsklagen wurden vom Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) in allen drei Fällen abgewiesen.⁵³ In den Rechtsmittelverfahren bestätigte der EuGH die Rechtsauffassung der Kommission und das Urteil des EuG.⁵⁴ Zwar ist nach Auffassung des EuGH in der bloßen Verweigerung der Lizenzerteilung noch kein missbräuchliches Verhalten zu sehen, da das ausschließliche Vielfältigkeitsrecht dem Urheber zustehe. Zudem bestimme sich der Schutz von Immaterialgüterrechten mangels Rechtsangleichung nach nationalem Recht. Dennoch sei ein Missbrauch unter bestimmten „außergewöhnlichen“ Umständen denkbar.

Der Gerichtshof nannte drei solcher Umstände, die im zu entscheidenden Fall vorlagen: Erstens sei durch die Verweigerung einer Lizenz das Entstehen eines neuen Produkts – nämlich eines umfassenden wöchentlichen Programmführers –, zu dem es keinen tatsächlichen oder potenziellen Ersatz gab und nach dem eine potenzielle Nachfrage bestand, verhindert worden. Zweitens war eine Rechtfertigung dieser Verweigerung nicht ersichtlich. Und drittens bewirkte die Verweigerung einen Ausschluss des Wettbewerbs auf einem abgeleiteten Markt, den sich der Urheber auf diese Weise für sich selbst freihalten konnte.

In Folgeentscheidungen⁵⁵ wurden diese Umstände teils präzisiert, teils erweitert, teils beschränkt. In der Rechtssache IMS Health⁵⁶ stellte der EuGH schließlich klar, dass alle Bedingungen kumulativ erfüllt sein müssen, um ein missbräuchliches Verhalten annehmen zu können.

Wesentlich für das Verständnis dieser Rechtsprechung ist die Unterscheidung zwischen dem vorgelagerten und dem abgeleiteten, nachgelagerten Markt. Hierfür ist nach den Ausführungen des EuGH maßgebend, „dass zwei verschiedene Produktionsstufen unterschieden werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist“⁵⁷.

Überträgt man diese Bedingungen nun auf die Fälle, in denen sich ein Inhaltenanbieter wie etwa ein Programmveranstalter oder Aggregator weigert, die Inhalte, an denen er Verwertungsrechte besitzt – sei es, weil er ihr Urheber ist oder weil er sie vom Urheber erworben hat –, einem Dritten zur (Weiter-)Verbreitung anzubieten, so ergibt sich folgendes Bild: Auf dem vorgelagerten Inhaltenmarkt tritt der Dritte mit seinem Ersuchen um Lizenzerteilung an den Inhaltenanbieter heran, während er auf dem abgeleiteten Markt selbst als Anbieter dieser Inhalte auftreten möchte.

Wie oben (vgl. IV. 3.) gezeigt, sind die möglichen Konstellationen vielfältig: Bei dem Dritten kann es sich beispielsweise um einen Netz- oder Plattformbetreiber handeln, der sich durch den Zugang zu Premium-Inhalten erst einen erfolgreichen Markteintritt erhofft. Aber auch ein anderer Inhaltenanbieter (z. B. ein konkurrierender Pay-TV-Anbieter) dürfte hiervon umfasst sein. Denn er agiert auf einem anderen (abgeleiteten) Markt als dem des Handels mit den Verbreitungsrechten.

Allein in der Weigerung des Inhaltenanbieters, dem Dritten die Verbreitungsrechte an seinen Inhalten einzuräumen, kann eine

missbräuchliche Ausnutzung seiner Marktmacht noch nicht gesehen werden. Ein Missbrauch kann aber dann vorliegen, wenn die besagten Inhalte für eine erfolgreiche Tätigkeit auf dem abgeleiteten Markt unerlässlich sind und die Weigerung des Rechteinhabers das Entstehen eines potenziell nachgefragten Fernsehangebots ungerechtfertigt verhindert und damit jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird. Gerade die letzte Bedingung wird im Einzelfall sehr sorgfältig zu prüfen sein. Handelt es sich bei dem Inhaltenanbieter etwa um ein vertikal integriertes Unternehmen, das selber auf dem Markt vertreten ist, den der Dritte als potenzieller Anbieter eines abgeleiteten Produkts anvisiert, dürfte das Kriterium nicht erfüllt sein. Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zu den Wirkungen, die im Zuge einer Fusionskontrollentscheidung eintreten können.

Die Sensibilität, mit der die Rechtsprechung des EuGH hier einen Ausgleich zwischen Wettbewerbs- und Urheberrecht sucht, dürfte auch bei der Schaffung einer gesetzlichen Must-Offer-Regel zu empfehlen sein, um den Inhaber der Verwertungsrechte nicht unverhältnismäßig in der Verfügungsbefugnis über sein geistiges Eigentum zu beschränken.

VI. Zusammenfassung

Für die Zukunft des Must-Offer-Konzepts ist daher zu fragen, ob das Gemeinschafts- oder mitgliedstaatliche Recht eine generelle, gesetzlich normierte Angebotspflicht – als sektorspezifische Wettbewerbsregel oder in Ergänzung des bestehenden medienrechtlichen Instrumentariums – benötigt. Im Falle der Gemeinschaft müsste zudem mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten vorab geklärt werden, ob sie dazu ermächtigt wäre. Ein Vorteil einer gesetzlichen Regelung könnte darin bestehen, dass alle relevanten Aspekte – und damit auch solche, die in wettbewerbsrechtlichen Einzelfallentscheidungen keine Rolle spielen (können bzw. sogar dürfen) – in die Abwägung eingestellt und zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden können.

In die Bedarfsanalyse einzubeziehen wäre dabei auch die künftige Bedeutung einer Must-Carry-Regel: Wird auf liberalisierten, digitalisierten und konvergierten Märkten die Knappheit an Inhalten dauerhaft der einzige Engpass sein? Dies könnte eine Übertragungspflicht, wie sie Art. 31 UDRL vorsieht, mittelfristig überflüssig machen.⁵⁸ Oder können neue Verbreitungsformate wie HDTV und neuartige, bandbreitenintensive audiovisuelle Mediendienste wieder zu einer Verknappung der Ressourcen führen? Dann würde sich die Beibehaltung dieser Norm auch in Zukunft als notwendig erweisen. Und schließlich: Greift das Argument, eine Übertragungspflicht verzerre die Verhandlungssituation und würde den Rundfunkveranstaltern eine Position verschaffen, aus der heraus sie die Netzbetreiber unbillig unter Druck setzen könnten, nicht – mit vertauschten Rollen – auch für den umgekehrten Fall einer Angebotspflicht? Insgesamt betrachtet könnte eine mögliche und zu diskutierende Konsequenz der Überlegungen sein, Angebotspflichten nicht als Ersatz für auf einem gewandelten Markt obsoletere Übertragungspflichten anzusehen, sondern eher als notwendige Ergänzung zur Herstellung der Chancengleichheit der Parteien.⁵⁹



Generell erscheint der zeitliche Aspekt bedeutsam: Must-Carry-Regeln sind nach Art. 31 Abs. 1 Satz 3 UDRL in regelmäßigen Abständen auf ihre Notwendigkeit hin zu überprüfen. Es wäre darüber nachzudenken, eine zeitliche Begrenzung auch bei Must-Offen-Pflichten vorzusehen. Wie bei den wettbewerbsrechtlichen erforderlichen Laufzeitbeschränkungen für Verträge über Premium-Inhalte könnte hierdurch sichergestellt werden, dass der Eingriff in die unternehmerische Freiheit nur so lange andauert, wie er erforderlich ist, um den Zugang zu den vorgelagerten Märkten für den Wettbewerb offen zu halten. Denn Ziel einer Angebotspflicht ist es vor allem, die Position eines marktmächtigen Anbieters für eine Übergangsphase aufzubrechen bzw. abzumildern, um dadurch den Eintritt neuer Anbieter mit ebenfalls attraktiven (teilweise identischen oder vergleichbaren) Inhalten zu ermöglichen. Diesen Gesichtspunkt greifen die fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen bereits auf.

Ein schlüssiges Gesamtkonzept sollte sich schließlich nicht auf die Beziehungen zwischen Netzbetreiber und Rundfunkveranstalter beschränken, sondern alle Ebenen der Rundfunkübertragung umfassen. Das betrifft neben den beiden genannten Par-

teien auch die Plattformanbieter, die in zunehmend offenen Netzen eine wichtige Mittlerrolle einnehmen.⁶⁰

Darüber hinaus müssen auch die Lieferanten von Inhalten mit in die Überlegungen einbezogen werden: Die Durchsetzung von Angebotspflichten hängt wesentlich davon ab, welche Inhalte von den Rechteinhabern überhaupt für eine Verwertung über die jeweilige Infrastruktur zur Verfügung gestellt werden. Daher ist die Frage zu beantworten, ob sich die Angebotspflicht der Programmveranstalter auch auf der urheberrechtlichen Ebene fortsetzen sollte. Bejaht man dies, wäre dann allerdings auch die Folgefrage zu diskutieren: Ob nämlich auch auf dieser Stufe eine spiegelbildliche „Übertragungspflicht“, sozusagen ein „Must Market“, zur Wahrung der Chancengleichheit erforderlich wäre ...

Der Beitrag zeigt, dass die Exklusivität in Medien und Kommunikation und damit ein wesentlicher Eckpfeiler für die zugrunde liegenden Geschäftsmodelle grundsätzlich – wenn gleich gelegentlich mit Einschränkungen versehen – bestehen bleiben kann.

- 1) Vgl. Bundesgerichtshof (BGH), Urteil abgedruckt in: GRUR 1968, S. 209 ff. (Grubenunglück von Lengede). Der BGH hielt den Exklusivvertrag einer deutschen Illustrierten mit Bergleuten, die ein Unglück im Steinkohlenbergbau überlebt hatten, für sittenwidrig (und damit nichtig). Der Vertragsinhalt war darauf gerichtet, dass nur dieser Zeitschrift das Berichtserstattungsrecht zukommen sollte. Damit werde die einzige Informationsquelle über ein Ereignis verstopft, an dem die Öffentlichkeit ein erhebliches und berechtigtes Informationsinteresse habe. Dabei wurde ein Verstoß gegen die Meinungs-(äußerungs-) und Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz (GG), die über die sogenannte Drittwirkungslehre auch in den privatrechtlichen Beziehungen Einzelner zueinander Bedeutung hat, angenommen.
- 2) Martin Kuhr, Verwertungsfenster im Wandel: Herausforderungen für die Chronologie audiovisueller Medien, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), IRIS plus 2008-4.
- 3) Vgl. dazu: Amélie Blocman, Frankreich: Bericht über Kino und Wettbewerbsrecht, IRIS 2008-5:10, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/5/article15.de.html>
- 4) Exklusivität kann auch räumlich, in Bezug auf einzelne oder mehrere Mitgliedstaaten, hergestellt werden: Basierend auf dem Territorialitätsprinzip des Urheberrechts bei Werken und dem folgend auf (bzw. z. B. bei Sportübertragungen begründet aus) der Einräumung bestimmter Nutzungsrechte findet bislang eine territoriale Aufspaltung der Rechte statt. Dies steht seit Längerem in der Kritik, vor allem wegen der daraus resultierenden Beschränkungen des Binnenmarkts; vgl. „EU fordert Fernsehen ohne Grenzen“, Handelsblatt vom 24. September 2008, <http://www.handelsblatt.com/politik/international/eu-fordert-fernsehen-ohne-grenzen;2046813>, und Lorna M. Woods, *Murphy v. Media Protection Services (Part II)*, in MMR 9/2008, S. XXVI.
- 5) Vgl. Sebastian Schweda, Video-on-Demand: Die rechtlichen Bande zwischen Geschäftspartnern, Wettbewerbern und Nutzern, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte von Video-on-Demand*, IRIS Spezial 2007-2, S. 13; aus jüngster Zeit z. B. „Tele2 signs Warner Brothers and Disney VOD deals“, *Broadband TV News* 5 September 2008, <http://www.broadbandtvnews.com/?p=7816>
- 6) Vgl. die Diskussion um die Exklusivvermarktung des Apple iPhone in Deutschland (durch T-Mobile, <http://www.heise.de/newsticker/Zeitung-iPhone-in-Deutschland-bei-T-Mobile-/meldung/92157>) und Frankreich (durch France Télécom, <http://www.heise.de/newsticker/France-Telecom-verkauft-iPhone-in-Frankreich-/meldung/96390>). Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit dieses Vertriebskonzepts in Deutschland wurde durch das LG Hamburg festgestellt (vgl. <http://www.heise.de/newsticker/iPhone-in-Deutschland-weiter-exklusiv-bei-T-Mobile-Update-/meldung/100010>).

- 7) Oberhalb der Infrastrukturebene kann Exklusivität auch durch den Einsatz bestimmter Informations- und Kommunikationstechnologien, etwa Spezifikationen für Set-Top-Boxen (STB), angestrebt werden; dies und die zugehörigen Entscheidungen insbesondere der europäischen Wettbewerbsbehörde werden ausführlich dargestellt in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), *Zugang zum digitalen Fernsehen*, IRIS Spezial 2004. Aus jüngerer Zeit sind vor allem die Kommissionsentscheidungen zu Microsoft (Fall Nr. COMP/C-3/37.792, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:032:0023:0028:de:pdf>) und Newscorp./Premiere, (Fall Nr. COMP/M.5121, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m5121_20080625_20212_en.pdf) relevant.
- 8) Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0022:DE:HTML>
- 9) Markus Nauheim, Die Rechtmäßigkeit des Must-Carry-Prinzips im Bereich des digitalisierten Kabelfernsehens in der Bundesrepublik Deutschland, S. 106.
- 10) In einigen Bundesländern Deutschlands mussten die Landesmedienanstalten seit 1995 Auswahlentscheidungen treffen, da die Zahl der sich um die Kabelweiterverbreitung bewerbenden Fernsehprogramme die der Kabelplätze überstieg, vgl. Klaus Beucher/Oliver Rosenberg, Kapazitätsknappheit und Programmvielfalt, ZUM 1996, S. 643 ff.
- 11) Vgl. beispielsweise in Deutschland § 52 RStV i. d. F. des 9. RÄStV. Seit dem Inkrafttreten des 10. RÄStV am 1. September 2008 ist die Regelung in § 52b RStV enthalten und richtet sich nicht mehr ausschließlich an Kabelnetzbetreiber, sondern allgemeiner an alle Plattformbetreiber (mit Ausnahme der in § 52 Abs. 1 RStV genannten).
- 12) Vgl. z. B. § 36 Abs. 1 S. 1 BayMG; § 41 MStV Bln.-Bbg.; § 38 Abs. 2 SächsPRG.
- 13) Die Frage, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber für die gefundene Regelung eine ausreichende Kompetenz besitzt, oder ob darin bereits ein zu intensiver Eingriff in die den Mitgliedstaaten zustehende Regelungskompetenz im Kulturbereich zu sehen ist, ist hier nicht zu behandeln. Eher zurückhaltend hinsichtlich einer zu weitgehenden Gemeinschaftszuständigkeit z. B. Markus Nauheim, a. a. O. (Fn. 9), S. 134 ff.
- 14) EuGH, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA gegen Belgien*, Slg. 2007, I-11135.
- 15) Vgl. z. B. Vorlagebeschluss VG Hannover vom 14. Juni 2007, *Kabel Deutschland gegen NLM* (Rs. C-336/07), abgedruckt in: ZUM-RD 2008, S. 43 ff., und Carmen Palzer, EuGH: Vorabentscheidungsverfahren zu Must-Carry-Regeln, MMR 12/2006, S. XXI, zu Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland in Bezug auf entsprechende Regelungen in einigen deutschen Landesgesetzen.

- 16) Das Internet Protocol (IP) ist ein in Computernetzen weit verbreitetes Netzwerkprotokoll, http://de.wikipedia.org/wiki/Internet_Protocol
- 17) Dabei kann die Frage außer Betracht bleiben, ob Kanäle, die wegen des öffentlichen Interesses von einer Weiterverbreitungspflicht umfasst sind, nicht ohnehin schon aus ökonomischen Überlegungen heraus freiwillig von den Netzbetreibern und Plattformanbietern übertragen werden würden.
- 18) Vgl. Peggy Valcke, Die Zukunft der Weiterverbreitungspflicht, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), Haben oder nicht haben – Must-Carry-Regeln, IRIS Spezial 2005, S. 37.
- 19) Recommendation Rec(2007)2 of the Committee of Ministers to member states on media pluralism and diversity of media content, Nr. II.3.3.
- 20) Deutsche Übersetzung: „[...] Die Mitgliedstaaten sollten untersuchen, ob eine Angebotspflicht [Must-Offer] parallel zu den Übertragungspflichten [Must-Carry] sachdienlich sein kann, um Medien mit öffentlichem Auftrag und die wichtigsten kommerziellen Medienunternehmen zu ermutigen, ihre Programme denjenigen Netzbetreibern zur Verfügung zu stellen, die sie übertragen möchten. Alle sich hieraus ergebenden Maßnahmen sollten urheberrechtliche Pflichten berücksichtigen.“ (Übersetzung von den Verfassern)
- 21) Vgl. Art. 31 Abs. 2 und Erwägungsgrund 43 UDRL.
- 22) Presseberichten, Joost wolle sich aus dem europäischen Markt insgesamt zurückziehen, wurde von Unternehmensseite jedoch widersprochen (vgl. <http://www.heise.de/newsticker/P2P-Videodienst-Joost-will-sich-angeblich-nur-noch-auf-die-USA-konzentrieren-Update--meldung/106118>).
- 23) Vgl. heise.de Newsticker, ZDF-Inhalte bald bei P2P-Streamingdiensten?, Meldung vom 1. November 2007, <http://www.heise.de/newsticker/ZDF-Inhalte-bald-bei-P2P-Streamingdiensten--meldung/98339>
- 24) epd medien 1/2008, S. 11.
- 25) Vgl. etwa Peggy Valcke, a. a. O. (Fn. 18), S. 36, zu Überlegungen, die Weiterverbreitungspflicht in Flandern auszuweiten, die Belgacom den Zugang zum quotenstarken Programm des flämischen Senders VMMa gesichert hätte.
- 26) Vgl. die Zusammenstellung bei Cullen International et al., *Study on the Regulation of Broadcasting Issues under the New Regulatory Framework*, Annex: Database of regulatory information for the broadcasting sector – Data collection by topic, Tab. 17.
- 27) CSA, Entscheidung Nr. 2008-523 vom 8. Juli 2008, AB Sat gegen Métropole Télévision, http://www.csa.fr/upload/decision/reglement_differend_m6_absat.pdf
- 28) Vgl. Cullen International et al., a. a. O. (Fn. 26), Tab. 17, Frankreich. Die Angebotspflicht wird aus der in Art. 34-2 angeordneten Übertragungspflicht für diese Sender abgeleitet. Dabei wird argumentiert, dass logische Folge der „Must-Carry“-Pflicht sein müsse, dass das Signal dann auch von den öffentlichen Fernsehkanälen zu liefern ist (vgl. etwa CSA Mitteilung vom 15. Januar 2008 an den *Conseil de la concurrence*, AFORST gegen France Télécom/France Télévisions, S. 2, Fn. 1, http://www.csa.fr/upload/dossier/avis_tvr_15_janvier_08_a.pdf). Die Verpflichtung gilt allerdings nur für linear verbreitete Fernsehprogramme und eben nur insoweit, wie eine Must-Carry-Pflicht besteht. Nicht-lineare Angebote hingegen waren Gegenstand einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung des *Conseil de la concurrence*, siehe unten IV. 2. a) bb) (3).
- 29) Gesetz Nr. 231/2001 über den Hör- und Fernsehrundfunkbetrieb und Änderungen anderer Gesetze i. d. F. des Änderungsgesetzes vom 25. April 2006.
- 30) Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:DE:PDF>
- 31) Vgl. zum Stand der Revision die Ergebnisse der 1. Lesung des Europäischen Parlaments am 24. September 2008, abrufbar (in vorläufiger Fassung) unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+20080924+SIT+DOC+WORD+VO//DE&language=DE>
- 32) Vgl. die Ermittlungen des Bundeskartellamts gegen Kabel Deutschland GmbH (KDG) wegen Exklusivklauseln in Verträgen mit Pay-TV-Anbietern, http://www.digitalfernsehen.de/news/news_282666.html. Das Verfahren ist mittlerweile eingestellt worden, da laut Bundeskartellamt die KDG keine marktbeherrschende Stellung beim Einkauf von Spartenprogrammen auf dem deutschen Pay-TV-Markt habe, http://www.digitalfernsehen.de/news/news_332998.html
- 33) Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0001:DE:HTML>
- 34) Europäische Kommission, Newscorp/Telepiù (Fall Nr. COMP/M.2876, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf), Ziffer 180.
- 35) Vgl. allg. Alison Harcourt, Der Zusammenbruch digitaler Plattformen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), Die Regulierung des Zugangs zum digitalen Fernsehen, IRIS Spezial 2004, S. 91 ff.
- 36) A. a. O. (Fn. 34), Ziff. 246 und Annex Teil II Ziff. 10.
- 37) A. a. O. (Fn. 34), Annex Teil II Ziff. 10.5.
- 38) A. a. O. (Fn. 34), Annex Teil II Ziff. 10.10.
- 39) Die Entscheidung des Ministerrats vom 29. November 2002 ist (auf Spanisch) abrufbar unter: http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2002/c2911020.htm; vgl. auch <http://merlin.obs.coe.int/iris/2003/3/article17.de.html>
- 40) Vgl. Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), Die zukünftige Verbreitung audiovisueller Dienste, IRIS Spezial 2005, S. 8–10.
- 41) A. a. O. (Fn. 39), Allgemeine Bedingungen, Nr. 9 und 10.
- 42) A. a. O. (Fn. 39), Zweite Vereinbarung des Rates bezüglich des Fußballs, Nr. 5.
- 43) Amélie Blocman, Frankreich: Grünes Licht für die Annäherung der Anbieter von Satelliten-Programmpaketen TPS und CanalSat, IRIS 2006-8:14; <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/8/article22.de.html>
- 44) Siehe Amélie Blocman, Frankreich: Fernsehen über ADSL – ein Konflikt um die Exklusivrechte zwischen Betreibern, IRIS 2007-10:12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/10/article20.de.html>
- 45) Conseil de la concurrence, Entscheidung Nr. 08-D-10 vom 7. Mai 2008, betreffend France Télécom/France Télévisions, <http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/08d10.pdf>
- 46) So auch der ebenfalls mit der Sache befasste CSA, siehe Stellungnahme, a. a. O. (Fn. 28).
- 47) Vgl. Tony Prosser, Vereinigtes Königreich: Wettbewerbsbehörden genehmigen Multimedia-Fusionen, IRIS 2006-2:13; <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/2/article20.de.html>
- 48) Vgl. Márk Lengyel, Ungarn: Must-Offer-Verpflichtung durch Wettbewerbsrat auferlegt, IRIS 2006-9:13; <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/9/article19.de.html>
- 49) Dieser Aspekt kann vorliegend nicht weiter ausgeführt werden. Vgl. aber dazu ausführlich Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), *Remuneration for Creative Contributions to Audiovisual Works – the Role of Collecting Societies*, IRIS Spezial 2008-2 (in Vorbereitung), sowie Lucie Guibault/Roy Melzer, Der rechtliche Schutz von Rundfunksignalen, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), IRIS plus 2004-10.
- 50) Vgl. zu einer ähnlichen Konstellation bei der Ausgestaltung des Rechts auf Kurzberichterstattung Art. 3k und Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste; näher: Alexander Scheuer/Max Schoenthal, Comments on Art. 3k AVMSD, in: Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, Alphen a/d Rhijn 2008, Rdn. 5.
- 51) Siehe auch Natali Helberger, *Controlling Access to Content*, 2006, S. 160 ff., sowie Estelle Derclaye, *An economic approach to what the conditions of abuse of a dominant position of copyright should be*, 2003, <http://www.serci.org/2003/derclaye.pdf>
- 52) EuGH, verb. Rs. C-241/91 und C-242/91, RTE und ITP gegen Kommission, Slg. 1995, I-743.
- 53) EuG, T-69/89, RTE gegen Kommission, Slg. 1991, II-485; EuG, T-70/89, BBC gegen Kommission, Slg. 1991, II-535; EuG, T-76/89, ITP gegen Kommission, Slg. 1991, II-575.
- 54) A. a. O. (Fn. 52).
- 55) Hier sei insbesondere verwiesen auf EuG, T-504/93, Tiercé Ladbroke gegen Kommission, Slg. 1997, II-923; und EuGH, C-7/97, Oscar Bronner, Slg. 1998, I-7791; vgl. näher Martin Kuhr, a. a. O. (Fn. 2), S. 6 f.
- 56) EuGH, C-418/01, IMS Health, Slg. 2004, I-310.
- 57) A. a. O. (Fn. 56), Rdn. 45.
- 58) Wer Must Offer (allein) deshalb fordert, weil damit ein *Level-Playing-Field* im Sinne eines Ausgleichs für Must Carry hergestellt werden könne, müsste sich bei einem Wegfall der Übertragungspflichten allerdings von der Einführung einer Angebotspflicht wieder distanzieren.
- 59) In diese Richtung geht auch die Europarats-Empfehlung (siehe oben, bei Fn. 19).
- 60) Die deutschen Länder beispielsweise haben die Bedeutung der Plattformbetreiber erkannt und ihnen bei der Revision der rundfunkrechtlichen Übertragungs- und Zugangsverpflichtungen durch den 10. RÄStV eine entscheidende Rolle eingeräumt; vgl. dazu Sebastian Schweda, Deutschland: 10. Rundfunkänderungs-Staatsvertrag in Kraft getreten, IRIS 2008-9:7.