

iris
Spezial

Eine Publikationsreihe der
Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle

Konvergierte Märkte - konvergierte Macht? Regulierung und Fallrecht

20 ANS
YEARS
JAHRE


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



IRIS Spezial:
Konvergierte Märkte - konvergierte Macht? Regulierung und Fallrecht

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2012
ISBN: 978-92-871-7596-0
EUR 114

Verlagsleitung:

Wolfgang Closs, Geschäftsführender Direktor der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle
E-mail: wolfgang.closs@coe.int

Wissenschaftliche Betreuung und Koordination:

Dr. Susanne Nikoltchev, LL.M. (Florenz/Italien, Ann Arbor/MI)
Leiterin der Abteilung Juristische Information
E-mail: susanne.nikoltchev@coe.int

Beitragende Partnerorganisationen:

Institut für Europäisches Medienrecht (EMR)

Franz-Mai-Straße 6
D-66121 Saarbrücken
Tel.: +49 (0) 681 99 275 11
Fax: +49 (0) 681 99 275 12
www.emr-sb.de

Institut für Informationsrecht (IViR)

Kloveniersburgwal 48
NL-1012 CX Amsterdam
Tel.: +31 (0) 20 525 34 06
Fax: +31 (0) 20 525 30 33
E-mail: website@ivir.nl
www.ivir.nl



Verlagsassistentin:

Michelle Ganter
E-mail: michelle.ganter@coe.int

Marketing:

Markus Booms
E-mail : markus.booms@coe.int

Übersetzung/Korrektur:

Ulrike Aschermann-Henger, Kathrin Berger, France Courrèges, Evelyn Dreiseitlova, Michael Finn, Sabina Gorini, Julie Mamou, Martine Müller-Lombard, Stefan Pooth, Erwin Rohwer, Nathalie Sturlèse, Britta Probol

Satz/Druck:

Pointillés, Hoenheim (France)

Herausgeber:

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle
76 Allée de la Robertsau
F-67000 Strasbourg
Tel.: +33 (0)3 90 21 60 00
Fax: +33 (0)3 90 21 60 19
E-mail: obs@obs.coe.int
www.obs.coe.int

Bitte zitieren Sie diese Publikation wie folgt:

Susanne Nikoltchev, Hrsg., IRIS Spezial: Konvergierte Märkte - konvergierte Macht? Regulierung und Fallrecht (Straßburg, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, 2012)

© Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, 2012.

Jegliche in dieser Publikation geäußerten Meinungen sind persönlicher Natur und sollten in keiner Weise dahingehend verstanden werden, dass sie die Auffassung der Informationsstelle, ihrer Mitglieder oder des Europarats wiedergeben.

**Konvergierte Märkte –
konvergierte Macht?
Regulierung und Fallrecht**

Konvergierte Märkte – konvergierte Macht? Regulierung und Fallrecht

Herausgegeben von der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle

Vor elf Jahren veröffentlichte die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle eine *IRIS Spezial* mit dem Titel „Fernsehen und Medienkonzentration“.¹ Damals erschien es sinnvoll, die Veröffentlichung auf die Regulierung traditioneller Konzentrationsformen im Rundfunksektor zu beschränken und daher Informationen über spezifische nationale Konzentrationsbestimmungen sowie relevante wettbewerbsrechtliche Entscheidungen zu sammeln und zu analysieren.

Die Mittel, mit denen Unternehmen den Mediensektor kontrollieren können, sind mittlerweile immer subtiler geworden und greifen auf praktisch allen Stufen der Wertkette. Marktmacht und Mediendominanz können ebenso auf einem großen Bestand an Urheberrechten basieren wie auf der Kontrolle von Plattformen und Übertragungsnetzen. Vertikal integrierte Unternehmen haben Vorteile gegenüber Konkurrenten, die nur auf einem der Märkte auftreten und daher von Akteuren auf den vor- oder nachgelagerten Märkten abhängig sind. Die Vorteile zeigen sich vor allem für die Unternehmen, die sich gleichzeitig auf ein reiches Repertoire an audiovisuellen Inhalten, verschiedene Mediendienste und sie begünstigende Übertragungsvereinbarungen stützen können oder denen die Kontrolle einer solchen Infrastruktur möglich ist.

Vor elf Jahren war wohl der Rundfunk noch der audiovisuelle Mediendienst, der die öffentliche Meinung am deutlichsten prägte und am meisten zum Gedeihen eines wettbewerbsfähigen, aber auch kulturell reichen audiovisuellen Mediensektors beitrug. Heute dagegen gibt es immer mehr andere Dienste, die ein großes Publikum erreichen und hohe Marktkapazitäten aufweisen. Daher können nicht nur Rundfunkveranstalter, sondern auch Plattformbetreiber und Anbieter audiovisueller Abrufmediendienste von gesetzgeberischen, administrativen oder gerichtlichen Maßnahmen betroffen sein oder werden, bei denen es um Marktmacht und/oder marktbeherrschende Positionen geht. In jüngerer Zeit, kam zudem das Thema Marktbeherrschung auch in Bezug auf die Hersteller von Empfangsgeräten, wie vernetzten Fernsehgeräten, auf.

Traditionell versuchen die Gesetzgeber, die (Markt-)Macht einzelner Beteiligter zu begrenzen, um mehrere Wettbewerber auf einem Markt zu halten und den Einfluss jedes einzelnen auf die öffentliche Meinung einzuschränken. Angesichts der Konvergenz des audiovisuellen Mediensektors und der zunehmenden Vernetzung der Dienste führt dieser traditionelle Ansatz zur Frage, ob und inwieweit eine medienspezifische Regulierung noch zu rechtfertigen ist oder – im Kontext des

1) Der vollständige Titel lautet: *IRIS Spezial „Fernsehen und Medienkonzentration – Regulierungsmodelle auf nationaler und europäischer Ebene“*, redigiert und herausgegeben von der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle (Straßburg) 2001. Für weitere Informationen siehe: www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/2001.html

allgemeinen Wettbewerbsrechts – zur Überlegung, welche Märkte angesichts der Veränderung der bestehenden Geschäftsmodelle und -praktiken durch die Digitalisierung und die Vertikalisierung des audiovisuellen Sektors unterschieden werden sollten.

Staatliche Eingriffe durch medienspezifische Regelungen oder Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind für die Regulierung des audiovisuellen Mediensektors auch in einer konvergierten Umgebung weiterhin wichtig, doch diese Mechanismen sind nicht (und waren auch nie) die einzigen.

Traditionell prägen und stärken auch positive Anreize den audiovisuellen Sektor. Diese Anreize werden entweder vom Staat oder von privat organisierten Fonds gesetzt, um eine überlebensfähige audiovisuelle Industrie zu fördern, welche die als gesellschaftlich wünschenswert betrachtete Art und Vielfalt an Inhalten nicht nur hervorbringen bzw. verbreiten kann, sondern die dies wohl auch tun wird; dabei geht es um Inhalte, die (andernfalls) im Medienangebot unterrepräsentiert wären. Positive Anreize können auf praktisch alle Aktivitäten der audiovisuellen Industrie abzielen. Die Maßnahmen reichen von der direkten Projektfinanzierung bis hin zu steuerlichen Vergünstigungen, und sie gelten für die verschiedensten Gebiete, von regionalen bis hin zu länderübergreifenden Szenarien.

Die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle hat einen sehr umfassenden Bericht über die „Öffentliche Förderung von Film- und Fernsehwerken in Europa“ veröffentlicht,² der eine Fülle an Informationen über die Aktivitäten und Grundsätze öffentlicher Fördereinrichtungen bietet. Darüber hinaus informiert die Datenbank KORDA³ über die Details der einzelnen Förderprogramme in allen Mitgliedstaaten der Informationsstelle. Eine juristische Veröffentlichung der Informationsstelle⁴ hat sich bereits mit den vielfältigen Verpflichtungen befasst, die Staaten den Rundfunkveranstaltern zum Zwecke der Kinofilmproduktionsförderung auferlegt haben. Da es diese zusätzlichen Informationsquellen bereits gibt, aber auch damit diese IRIS *Spezial* im Rahmen des Machbaren bleibt, haben wir beschlossen, in dieser Veröffentlichung auf positive Anreizmaßnahmen nicht weiter einzugehen.

Dennoch ist zu beachten, dass staatliche Strategien zur Förderung von Pluralismus und Vielfalt im audiovisuellen Sektor meist beiderlei Eingriffe umfassen, also sowohl restriktive Maßnahmen im weitesten Sinne als auch positive Anreize beinhalten. Häufig kann das Fehlen negativer Eingriffe nur im Licht positiver Unterstützungsaktionen für die einheimische Industrie verstanden werden und umgekehrt.

Eine Alternative sowohl zu einschränkenden als auch zu fördernden Eingriffen sind inhaltliche Verpflichtungen zur Gewährleistung einer vielfältigen Medienlandschaft. Solche Verpflichtungen bestehen für verschieden Medien (z. B. die Verpflichtung zur Ausstrahlung von Kinderprogrammen, Nachrichten usw.) und vor allem, wenngleich nicht ausschließlich, für öffentlich-rechtliche

2) Siehe Öffentliche Förderung von Film- und Fernsehwerken in Europa (September 2011), www.obs.coe.int/oea_publ/funding/fundingreport2011.html, aber auch IRIS *plus* 2011-2 „Einblick in ausgewählte Filmfördersysteme“, www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/2011-2.html

3) Den kostenlosen KORDA-Zugang finden Sie unter: <http://korda.obs.coe.int/>

4) Dieses Thema war Gegenstand unserer IRIS *Spezial* über „Pflichten der Rundfunkveranstalter zur Investition in die Produktion von Kinofilmen“ (Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2006), die – obwohl sie seit längerer Zeit nicht aktualisiert wurde – noch immer eine Vorstellung darüber vermittelt, auf welcher vielfältigen Art und Weise Rundfunkveranstalter zur Unterstützung der Kreativwirtschaft verpflichtet werden können. Für mehr Informationen siehe: www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/2006_01.html

Medien (im Zusammenhang mit deren Grundversorgungsauftrag).⁵ Andere Beispiele sind die positiven inhaltlichen Verpflichtungen der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in Bezug auf europäische Werke und Werke unabhängiger Produzenten. Auf deren Rolle geht die vorliegende Veröffentlichung aus den bereits genannten Platzgründen ebenfalls nicht ein. Ihr Fokus liegt vielmehr auf den negativen Maßnahmen, das heißt auf Regelungen, die die Freiheit der Marktteilnehmer einschränken, ihr Geschäft ganz nach eigenen Wünschen oder wirtschaftlichen Überzeugungen zu führen. Einschlägige Regelungen finden sich im Rechtsrahmen der Europäischen Union sowie in den nationalen Gesetzen.

Der **erste Teil** dieser Publikation stellt den Ansatz der Europäischen Union für die Begrenzung von Medienmacht dar. Dieser Ansatz wird nach wie vor von der Anwendung des Wettbewerbsrechts beherrscht, da dieses noch immer der Bereich ist, in dem sich das EU-Recht direkt mit der Marktmacht befasst und eine strenge Kontrolle über den Binnenmarkt ausübt. Der Autor erklärt die allgemeine Funktionsweise des Wettbewerbsrechts und anderer Regulierungsinstrumente und geht dann insbesondere darauf ein, wie die verschiedenen Dienste im audiovisuellen Sektor reguliert werden und vor allem wie die Märkte gegeneinander abzugrenzen sind. Die davon betroffenen Aktivitäten reichen von der Produktion audiovisueller Medieninhalte bis hin zum Organisieren, Anbieten und schließlich Verbreiten von Diensten, kurzum es geht um alle Handlungen, durch deren Zusammenwirken die Inhalte an den Verbraucher gebracht werden.

Der **zweite Teil** enthält eine Beschreibung der geltenden Rechtsrahmen elf europäischer Staaten, die sich auf genau denselben Stufen der Wertkette mit der Medienmacht befassen, die auch der EU-Beitrag behandelt. Für jedes dieser Länder finden Sie insbesondere Informationen über die Regulierung von Angeboten audiovisueller Medien und derer Hilfsdienste, von Plattform- und konvergierten Diensten sowie schließlich von Verbreitungsdiensten.

Anders als der EU-Rechtsrahmen umfasst die nationale Regulierung sehr verschiedene Rechtsgebiete. Das Urheberrecht (einschließlich der Kontrolle privater Urheberrechtsvereinbarungen) kann beispielsweise Inhalteproduzenten in ihrer Macht beschränken, Exklusivverträge durchzusetzen, oder es kann die Öffnung audiovisueller Medienarchive für andere Marktteilnehmer anordnen. Lizenzierung reguliert den Markteintritt und bestimmt daher welche Unternehmen überhaupt in einem bestimmten Markt konkurrieren können. Medienspezifische Regelungen zur Konzentrationskontrolle befassen sich mit marktbeherrschenden und abschottenden Stellungen verschiedenen Ausmaßes. Sie beschränken die Macht der Unternehmen, einen gegebenen Markt zu beherrschen, aber auch ihre Geschäfte durch vertikale Organisation über ein bestimmtes Maß hinaus zu konzentrieren. Zudem begrenzen sie das gleichzeitige Eigentum an ähnlichen Diensten, die verschiedene Märkte bedienen (sogenannte Überkreuzbeteiligungen oder *cross-ownership*). In jüngerer Zeit haben nationale Gesetzgeber Bestimmungen eingeführt, die speziell auf Nadelöhrfunktionen (*gatekeeping-functions*) abzielen, damit nicht zur Schrankenbildung zwischen einem audiovisuellen Mediendienst und seinem Nutzer oder zwischen einem audiovisuellen Mediendienst und seinen Auslieferungsplattformen führen. Rechtliche und politische Konzepte wie Must-Carry, Netzneutralität, Zugangsregelungen und Kompatibilitätsregelungen sind nur einige Schlagwörter, die verdeutlichen, welch ein breites Spektrum rechtlicher Instrumente die Staaten einsetzen können, um der Medienmacht zu begegnen. Außerdem zeigen sie, dass sie gegen sehr verschiedene Aspekte der Medienmacht eingesetzt werden können.

5) Siehe IRIS *Spezial* „Die öffentlich-rechtliche Rundfunkkultur“ (Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2007), www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/2007_01.html

Sachverhalte mutmaßlicher Marktmacht, auf die medienpezifische Regelungen Anwendung finden, sind auf jeden Fall auch auf ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht hin zu prüfen. Vor allem im Bereich des Wettbewerbsrechts haben die Gerichte den rechtlichen Rahmen durch ihre Bewertung von Marktmacht und ihre Abgrenzung der Märkte genau festgelegt.

Da audiovisuelle Mediendienste nicht einfach kommerzielle Dienste sind, sondern auch für die Erreichung gesellschaftlicher und kultureller Ziele sowie für die Politik Bedeutung besitzen, werden sie oft in Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags erbracht. Zur Kontrolle der Marktmacht der mit diesem Grundversorgungsauftrag ausgestatteten Medien wenden viele Länder – zumindest auf bestimmte Aspekte – einen geänderten Rechtsrahmen an, was in der vorliegenden Veröffentlichung ebenfalls berücksichtigt wird.

Der **dritte Teil** befasst sich mit dem wirtschaftlichen Hintergrund und bietet verschiedene Übersichten über die Zuschaueranteile bei Fernsehen und Online-Video. Diese Daten stellen die rechtlichen Informationen in einen praktischen Kontext.

Der **vierte und letzte Teil** versucht, die Gemeinsamkeiten bei der staatlichen Regulierung der Medienmacht zusammenzufassen, die wesentlichen Unterschiede herauszuarbeiten und auf einige ungewöhnliche Lösungen hinzuweisen. Hier und dort werden Aspekte des EU-Rechts eingeflochten, welche die nationalen Rechtsrahmen beeinflusst haben.

Die elf Länder wurden für diese Studie ausgewählt, weil sie entweder die größten Märkte für audiovisuelle Dienste in Europa darstellen oder weil sie sich außerhalb der engen Grenzen des Binnenmarktes entwickeln konnten oder weil sie interessante Besonderheiten aufweisen, beispielsweise die Fähigkeit, große Marktteilnehmer anzulocken, obwohl ihnen ein entsprechend großer Markt fehlte. Außerdem haben wir versucht, eine gewisse geografische Balance zu wahren.

Das Konzept für diese IRIS *Spezial* wurde intern mit wesentlicher Unterstützung durch unsere Partner, das Institut für europäisches Medienrecht (EMR) und das Institut für Informationsrecht (IViR), entwickelt. Auf Seiten der Partner haben Alexander Scheuer, Tarlach McGonagle und Catherine Jasserand-Breeman außerdem bei der Suche nach den Experten geholfen, die an dieser Studie mitgewirkt haben. Diese Kollegen waren ferner auch an der Redaktion einzelner Beiträge beteiligt. Ihnen allen, ebenso wie den einzelnen Autoren, gilt unser Dank für die gemeinsame Anstrengung, in einem äußerst komplizierten Bereich, der in vielerlei Hinsicht die sich bei der Regulierung konvergierender Märkte und der damit verbundenen Marktmacht stellenden Herausforderungen mehr Transparenz zu schaffen, aufzeigt.

Straßburg, den 22. Oktober 2012

Wolfgang Closs
Geschäftsführender Direktor

Susanne Nikoltchev
Leiterin der Abteilung für rechtliche Informationen

INHALTSVERZEICHNIS

Teil I: Europäische Kontrolle der Marktmacht in einem konvergierten Mediensektor	9
EU - Europäische Union	
<i>Ralf Capito, Vodafone Deutschland</i>	11
Teil II: Marktzugangsvorschriften, Medienkonzentrationsregeln, Wettbewerbsrecht und sonstige Ansätze zur Begrenzung von Marktmacht in ausgewählten Ländern	37
CH - Schweiz	
<i>Franz Zeller und Michael Stämpfli, Bundesamt für Kommunikation (BAKOM)</i>	39
DE - Deutschland	
<i>Sebastian Schweda, Institut für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken/Brüssel</i>	51
ES - Spanien	
<i>Francisco Javier Cabrera Blázquez, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle und Carles Llorens, Universitat Autònoma de Barcelona</i>	67
FR - Frankreich	
<i>Eléonore Scaramozzino, SCARAYE</i>	81
GB - Vereinigtes Königreich	
<i>Lorna M. Woods, The City Law School, City University London</i>	93
HU - Ungarn	
<i>Szabolcs Koppányi und Patrik Polefkó, Anwaltskanzlei Koppányi & Tényi</i>	105
IT - Italy	
<i>Roberto Mastroianni und Amedeo Arena, Universität Neapel „Federico II“, juristische Fakultät</i>	119
LU - Luxemburg	
<i>Mark D. Cole und Jenny Metzdorf, Universität Luxemburg</i>	131
NL - Niederlande	
<i>Nico van Eijk, IViR, Universität Amsterdam</i>	141
NO - Norwegen	
<i>Marita Bergtun, Norwegische Medienaufsicht</i>	149
PL - Polen	
<i>Krzysztof Wojciechowski, Universität Warschau</i>	163

**Teil III: Messung der Zuschauerkonzentration bei Fernsehen
und Online-Video**

André Lange, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle179

**Teil IV: Gemeinsame Grundlagen,
abweichende Lösungsansätze**

Susanne Nikoltchev, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle189

Teil I

Europäische Kontrolle der Marktmacht in einem konvergierten Mediensektor

EU EUROPÄISCHE UNION

Ralf Capito
Vodafone Deutschland

A. Einführung

Das System des Wettbewerbsrechts in der Europäischen Union trägt zu einem der wichtigsten Ziele der Union bei: Es soll sicherstellen, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt nicht verzerrt wird.¹ Dieses System ruht im Wesentlichen auf drei Säulen.² Erstens untersagt Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)³ (ehemals Art. 82 EGV) Unternehmen die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung. Zweitens verbietet Art. 101 AEUV (ehemals Art. 81 EGV) allgemein alle Geschäftspraktiken zwischen zwei oder mehreren Unternehmen, die den freien Wettbewerb im Gemeinsamen Markt einschränken. Drittens soll die EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)⁴ verhindern, dass Zusammenschlüsse zu einer deutlichen Reduzierung des Wettbewerbs führen. Begleitet werden diese drei Säulen von einer Vielzahl gesetzgeberischer Umsetzungsmaßnahmen sowie von Leitlinien der Union und insbesondere der Europäischen Kommission, die gemeinsam mit den nationalen Wettbewerbsbehörden die Wettbewerbsvorschriften der Union durchsetzt.

Neben dem Wettbewerbsrecht hat der (sektorspezifische) EU-Kommunikationsrechtsrahmen der Europäischen Union für den Sektor der elektronischen Kommunikation (nachfolgend als EU-Kommunikationsrechtsrahmen bezeichnet) bei der Regulierung der Marktmacht im Mediensektor deutlich an Bedeutung gewonnen. Der EU-Kommunikationsrechtsrahmen besteht im Wesentlichen aus fünf Richtlinien und wurde 2009 überarbeitet.⁵ Insbesondere basiert er auf dem Prinzip der getrennten Regelung von Übertragung und Inhalt, behandelt also nicht die Inhalte, die über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden.⁶ Sein Ziel ist die Regulierung der bedeutenden Marktmacht bei elektronischen Kommunikationsnetzen, die hauptsächlich, wenn auch nicht ausschließlich, von den früheren monopolisierten Telekommunikationsmärkten herrührt. Anders als beim EU-Wettbewerbs-

1) Siehe Art. 3 Abs. 2 lit. g AEUV.

2) Dieses Kapitel befasst sich nicht mit den Regelungen zu staatlichen Beihilfen gemäß Art. 107 f. AEUV. Für einen Überblick über Fragen der Finanzierung von (öffentlich-rechtlichen) Rundfunkanstalten siehe Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, *EU-Wettbewerbsrecht* (5. Auflage, 2012), Art. 106 Abs. 2, Rz. 127 f.

3) Konsolidierte Fassung, [2010] ABL. C 83.

4) Verordnung des Rates (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, [2004] ABL. L 24/1, nachfolgend FKVO oder Fusionskontrollverordnung.

5) Richtlinie 2009/140/EG vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), [2009] ABL. 337/37 und Richtlinie 2009/136/EG vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, [2009] ABL. 337/11.

6) Erwägung 5, Rahmenrichtlinie. Siehe auch Art. 1 Abs. 3 Rahmenrichtlinie und M. Libertus, [2001] 6 *IJCLP* 1.

recht sind für die Durchsetzung des EU-Kommunikationsrechtsrahmens primär die nationalen Regulierungsbehörden zuständig.

Das Verhältnis zwischen EU-Wettbewerbsrecht und dem EU-Kommunikationsrechtsrahmen ist recht einfach, da die sektorspezifische Gesetzgebung ein paralleles Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden in dem betreffenden Sektor nicht ausschließt. Für die EU-Wettbewerbsregelungen folgt dies bereits aus der Tatsache, dass EU-Recht Vorrang vor nationalen Gesetzen hat.⁷ Sektorspezifische Regulierung und Wettbewerbsrecht sind einander ergänzende Regelwerke, die dieselben Ziele verfolgen, aber mit unterschiedlichen Instrumenten arbeiten.⁸

Der folgende Abschnitt gibt einen Überblick darüber, wie dieser gesetzliche Rahmen heute im Mediensektor im Hinblick auf die Marktmacht angewandt wird. Nach der Beschreibung der Funktionsweise der verschiedenen Instrumente des Wettbewerbsrechts und des EU-Kommunikationsrechtsrahmens (B.) orientiert sich der darauffolgende Abschnitt an der gemeinsamen Wertschöpfungskette der Mediendienste: audiovisuelle Mediendienste und Hilfsdienste (C.I.), Plattform- und konvergente Dienste (C.II.) und Vertriebsdienste (C.III.). Jeder dieser Abschnitte wird die relevanten Märkte erläutern, die zu den jeweiligen Diensten gehören, und die wichtigsten der in diesen Märkten auftretenden Aspekte des Wettbewerbsrechts und der sektorspezifischen Regulierung schildern.

B. Überblick über die Instrumente des EU-Wettbewerbsrechts und des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation

I. Art. 102 AEUV – Missbrauch von Marktmacht

Art. 102 AEUV verbietet Unternehmen die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die sie innerhalb eines wesentlichen Teils des Gemeinsamen Marktes innehaben, sofern dieser Missbrauch Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat. Im Mediensektor spielt die Bestimmung insbesondere im Hinblick auf die Weigerung, Inhalte bereitzustellen, eine Rolle.⁹ Um festzustellen, ob ein Unternehmen seine beherrschende Stellung missbraucht hat, ist eine mehrstufige Analyse erforderlich:

- Erstens müssen das betreffende Produkt und der oder die geografischen Märkte, für welche die Marktbeherrschung festgestellt werden soll, definiert werden.
- Zweitens muss das fragliche Unternehmen beherrschend sein, d. h. sich in einer Position wirtschaftlicher Stärke befinden, durch die es wirksamen Wettbewerb in dem betreffenden Markt verhindern kann, da es die Macht besitzt, weitgehend unabhängig von seinen Konkurrenten und Kunden und letztlich auch von den Verbrauchern zu handeln.¹⁰
- Drittens muss das Unternehmen seine Stellung missbraucht haben. Nach Auffassung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) erfasst der Begriff der „missbräuchlichen Ausnutzung“ „die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“.¹¹
- Schließlich ist der Missbrauch einer beherrschenden Stellung nur dann verboten, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinflusst.¹²

7) R. Klotz, in: Ch.Koenig/A.Bartosch/J.-D.Braun/M.Romes (Hrsgg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, (2. Auflage, 2009), S. 108.

8) Ibid. Siehe EuGH, Rechtssache C-280/08P, *Deutsche Telekom gegen Kommission*, Slg. 2010, I- 9555; EuG, Urteil vom 29. März 2012, Rechtssache T-336/07, *Telefónica Kommission* (noch nicht in Slg.).

9) Siehe unten C.I.3.

10) Siehe EuGH, Rechtssache 27/76, *United Brands gegen Kommission*, Slg. 1978, 207, Rz. 38.

11) Siehe EuGH, Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche gegen Kommission*, Slg. 1978, 461, Rz. 91.

12) Siehe EuGH, Rechtssache 42/84, *Remia gegen Kommission*, Slg. 1985, 2545, Rz. 22. Die Voraussetzung der Beeinflussung des Handels zwischen Mitgliedstaaten in Art. 102 AEUV dient als Zuständigkeitsregel und zieht damit eine Grenze zwischen der Anwendung des EU- und des nationalen Wettbewerbsrechts.

Nach ständiger Rechtsprechung gilt Art. 102 AEUV, ebenso wie die anderen Bestimmungen des EU-Wettbewerbsrechts, allgemein auch für die Medien mit Grundversorgungsauftrag (im folgenden: „öffentlich-rechtlichen Medien“).¹³ Obwohl die Kommission nur wenige formale Entscheidungen auf der Grundlage von Art. 102 AEUV getroffen hat, führt häufig die reine Androhung einer Untersuchung der Kommission zum mutmaßlichen Missbrauchsverhalten eines Unternehmens dazu, dass dieses sein Verhalten im Markt ändert oder anpasst.

1. Marktdefinition im EU-Wettbewerbsrecht, insbesondere gemäß Art. 102 AEUV

Bevor ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung festgestellt werden kann ist es notwendig, das Bestehen einer beherrschenden Stellung in einem bestimmten Markt nachzuweisen, was wiederum voraussetzt, dass ein solcher Markt bereits definiert wurde.¹⁴ Der in Art. 102 AEUV verankerte Begriff der beherrschenden Stellung besagt daher, dass wirtschaftliche Macht eines Unternehmens nur in Bezug auf einen bestimmten Markt¹⁵ bestehen und nur in Bezug auf den betreffenden Markt oder die betreffenden Märkte beurteilt werden kann. Dasselbe Prinzip gilt generell für die Beurteilung von Zusammenschlüssen sowie für die Analyse der Auswirkungen eines mutmaßlich wettbewerbsfeindlichen Verhaltens von Unternehmen gemäß Art. 101 AEUV auf den Wettbewerb. Der allgemeine Zweck einer Marktdefinition besteht darin, die Wettbewerbsschranken zu identifizieren, denen Unternehmen unabhängig von der anwendbaren Bestimmung des Wettbewerbsrechts gegenüberstehen.¹⁶

Der Ansatz der Kommission für die Marktdefinition wurde in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft von 1997 dargelegt.¹⁷

Bei der Beurteilung der Wettbewerbsschranken für ein zu untersuchendes Unternehmen berücksichtigt die Kommission das Produkt¹⁸ und die geografische Dimension des betreffenden Marktes.

1.1. Sachlich relevante Produktmärkte

Nach der Bekanntmachung über die Marktdefinition von 1997 umfasst ein sachlich relevanter Produktmarkt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.¹⁹ Die Definition zeigt klar, dass die Austauschbarkeit eines bestimmten Produkts durch andere Produkte aus Sicht der Verbraucher das zentrale Kriterium in jeder Definition des relevanten Produktmarkts darstellt.²⁰

Der Preis eines Produkts ist ein wichtiger Faktor bei der Entscheidung, ob Produkte Substitute sind.²¹ Wenn ähnliche Produkte innerhalb desselben geografischen Raums zu sehr unterschiedlichen Preisen verkauft werden, können sie kaum enge Substitute sein.²² In der Mehrheit der Fälle müssen die Produktmärkte jedoch durch die Eigenschaften und den Verwendungszweck eines Produkts definiert werden. Produkte mit gleichen Eigenschaften können mögliche Substitute sein.²³ In diesem Zusammenhang ist die funktionale Eigenschaft eines Produkts normalerweise wichtiger als sein Ausse-

13) Siehe z. B. EuGH, Rechtssache 155/74, *Sacchi*, Slg. 1974, 409, Rz. 13 f. Zumindest solange nicht nachgewiesen wird, dass die genannten Verbote nicht mit der Erfüllung der Aufgaben der Sender vereinbar sind.

14) EuG, Rechtssache T-62/98, *Volkswagen AG gegen Kommission*, Slg. 2000, II-2707, Rz. 230.

15) Siehe EuGH, Rechtssache C-209/98, *Entreprenorforeningens Affalds*, Slg. 2000, I-3743, Rz. 57.

16) Siehe z. B. S. Weatherill/P. Beaumont, *EU Law: The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union* (4. Auflage, 2008), S. 745. Es gibt jedoch einige (geringfügige) Unterschiede in der Art und Weise, wie Märkte nach den verschiedenen Bestimmungen des Vertrags und der Fusionskontrollverordnung 2004 von definiert werden, siehe R. Capito in: *EMR, Media Markets Definitions 2003*, Rz. 1.13 f.

17) Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, [1997] ABL C 372/5, nachfolgend „Bekanntmachung über die Marktdefinition von 1997“, Absatz 7. Für eine kurze Erläuterung der rechtlichen Stellung der Bekanntmachung siehe R. Whish, *EC Competition Law*, S. 31; siehe auch R. Capito in: *EMR, Media Markets Definitions 2003*, Rz. 1.06 f.

18) Hier steht der Begriff Produktmarkt als Synonym für Produkt- und Dienstleistungsmarkt.

19) Bekanntmachung über die Marktdefinition von 1997 (oben Fußnote 17), Rz. 7.

20) D. Hall in: *Bellamy & Child*, Rz. 6-096.

21) Vgl. J. Briones Alonso [1994] *ECLR* 195 (200).

22) Siehe C. Jones/E. González-Díaz, *The EEC Merger Regulation*, auf S. 112.

23) Siehe Bekanntmachung über die Marktdefinition, Rz. 36.

hen oder seine physikalische oder chemische Zusammensetzung.²⁴ Beim Verwendungszweck eines Produkts²⁵ gehören Produkte, die für bestimmte Zwecke benötigt werden, zum selben Markt wie Produkte, die denselben Bedarf decken.²⁶

Abgesehen von der Nachfragesubstituierbarkeit wird die Kommission bei der Bewertung von Wettbewerbsschranken für ein Unternehmen auch die Angebotssubstituierbarkeit berücksichtigen. Wenn Anbieter anderer Produkte die Produktion auf die betreffenden Produkte umstellen können, kann dies eine stark disziplinierende Wirkung auf das Wettbewerbsgebaren haben.²⁷ Dieser Angebotssubstituierbarkeit muss dann ebenfalls Rechnung getragen werden, „wenn sie sich genauso wirksam und unmittelbar auswirkt wie die Nachfragesubstituierbarkeit“.²⁸

1.2. Räumlich relevante Märkte

Bei der Abgrenzung der Märkte ist es ebenfalls notwendig, den räumlich relevanten Markt zu identifizieren.²⁹ Theoretisch kann der räumlich relevante Markt alles sein, angefangen vom Weltmarkt über den EU-weiten, den transnationalen oder nationalen bis zum regionalen oder lokalen Markt. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.³⁰

Der Umfang des räumlich relevanten Marktes kann durch nationale Vorlieben oder durch Vorlieben für nationale Marken, Sprache, Kultur und Lebensweise bestimmt sein, aber auch durch die Notwendigkeit einer örtlichen Präsenz. Daher tendiert die Kommission bei Verbraucherprodukten im Allgemeinen dazu, den räumlichen Markt als national zu betrachten.³¹ Außerdem müssen das vorliegende geographische Kaufmuster, die Handelsflüsse und Transportmuster, hohe Eintrittshürden und Umstellungskosten sowie die fortschreitende Integration des Binnenmarktes berücksichtigt werden.

1.3. Besonderheiten bei der Definition der Märkte im Medienbereich

Jede Marktdefinition muss die Besonderheiten des jeweiligen Sektors beachten. Die Besonderheiten auf dem Mediensektor lassen sich am besten mit den Worten der Kommission in der Sache *Vivendi/Canal+/Seagram* beschreiben:

„Die Struktur der Medienindustrie ist mehrdimensional und komplex. In der Wertekette von der Produktion von Inhalten wie Filmen, Pay-TV-Programmen und Musik bis zur Bereitstellung über Kinos, Pay-TV-Kanäle oder Internet-„Portale“ operieren verschiedene Teilnehmer wie Inhabere, Rechteinhaber und Inhalteverbreiter.“³²

Der Mediensektor zeichnet sich durch verschiedene Besonderheiten aus. Die komplexen Beschaffungsketten, bei denen verschiedene Produktionsstufen involviert sind, sind nur ein Beispiel. Erwähnenswert ist auch, dass viele der Märkte im gesamten Mediensektor schnelle Veränderungen erfahren haben und weiterhin erfahren. Diese Änderungen sind eng an das Phänomen der Konvergenz geknüpft, d. h. an die Annäherung von Medien-, Telekommunikations- und Informationstechnologien zu ein-

24) Siehe L. Ritter/W. D. Braun/F. Rawlinson, *EC Competition Law: A Practitioner's Guide* (The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 1999), S. 25.

25) Bekanntmachung über die Marktdefinition von 1997, Rz. 36.

26) Siehe R. Whish, *Competition Law*, S. 32. Andere Kriterien, die eine wichtige Rolle bei der Feststellung der Nachfragesubstituierbarkeit spielen, sind die Ansichten der Konkurrenten und Verbraucher sowie die Vorlieben der Verbraucher.

27) Siehe J. Briones Alonso, [1994] *ECLR* 195 (205).

28) Bekanntmachung über die Marktdefinition von 1997, Rz. 20. Andernfalls werden die Wettbewerbseinschränkungen durch neue Anbieter, die in einen Markt eintreten könnten, als potenzieller Wettbewerb eingestuft.

29) Verglichen mit anderen Rechtsordnungen spielt die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes für die Marktdefinition im EU-Recht eine recht wichtige Rolle, siehe C. Canenbley, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.* 307, 307.

30) Siehe 1997 Bekanntmachung über eine Marktdefinition, Rz. 8.

31) Siehe z. B. Kommission, Entscheidung 97/540/EG, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* (Sache IV/M.794), [1997] *ABL* L 218/15, Randnrn. 95 f.

32) Kommission, Sache IV/M.2050, 13. Oktober 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, Rz. 14.

heitlichen Plattformen und Netzen.³³ Gleichzeitig wird der Konsum in einigen Medienbereichen durch spezielle Angebote mit einer geringeren Anzahl von Kopien audiovisueller Werke und geringerer Reichweite zunehmend fragmentiert, was möglicherweise auf kleinere Produktmärkte schließen lässt.

In den meisten Fällen, welche die Medien betreffen, untersucht die Kommission den Markt auf der Nachfrageseite und wendet die üblichen Kriterien an.³⁴ Eine Besonderheit der Marktdefinition im Mediensektor ist die Rolle der Handelsbeziehungen. Im Kontext der Fernsehmärkte hat die Kommission unterstrichen, dass das Bestehen von Handelsbeziehungen eine Voraussetzung für einen Markt sei.³⁵

Außerdem wird bei der Definition entsprechender vorgelagerter Beschaffungsmärkte die Endverbrauchernachfrage als ein wesentliches Werkzeug der Marktdefinition im Mediensektor verwendet. Die Kommission hat diese Methode beispielsweise für die vorgelagerten Märkte für den Zugang zu digitalen Plattformen für interaktive Dienste³⁶ und die Großhandelsmärkte für den Kauf von Senderechten angewandt.³⁷

Hinsichtlich der räumlichen Ausdehnung der Medienmärkte sind unterschiedliche Regulierungssysteme, Sprachbarrieren, kulturelle Faktoren und Urheberrechtseinschränkungen die bestimmenden Faktoren in beinahe allen Segmenten des Sektors.³⁸ Das führt häufig dazu, dass sich die räumlichen Grenzen von Medienmärkten auf ein Land oder zumindest auf einen einzelnen Sprachraum beschränken.³⁹

2. Feststellung der Beherrschung gemäß Art. 102 AEUV

Die Frage der Marktbeherrschung ist schlicht eine Frage der wirtschaftlichen Macht.⁴⁰ Dass ein Unternehmen effektiven Wettbewerb zu behindern vermag, zeigt sich darin, dass es weitgehend unabhängig von seinen Konkurrenten und Kunden und letztlich auch von den Verbrauchern handeln kann. Dies kann auf verschiedenen Faktoren beruhen, die jeder für sich genommen nicht notwendigerweise zu einer beherrschenden Stellung führen würden.⁴¹ Unter diesen Faktoren ist der Marktanteil eines Unternehmens sicherlich der stärkste Indikator für die Marktmacht, auch wenn er kein beweiskräftiges Kriterium darstellt.⁴²

Nach Auffassung des EuGH sind Unternehmen mit sehr hohen Marktanteilen, sofern keine außergewöhnlichen Umstände auf Anderes hindeuten, als marktbeherrschend zu betrachten.⁴³ Marktanteile von 70 Prozent und mehr werden als sehr hoch eingestuft.⁴⁴ Marktanteile von 45 Prozent bis 70 Prozent erfordern dagegen die Beurteilung zusätzlicher Faktoren, etwa des Anteils des größten Unternehmens im Vergleich zu seinen Konkurrenten und die im Laufe der Zeit gewonnene Stabilität der Marktanteile. Anzeichen für eine Marktbeherrschung können auch das Fehlen einer Gegenmacht auf der Nachfrageseite, der Zugang des betreffenden Unternehmens zu Kapital sowie seine Gesamtgröße und Wirtschaftsmacht sein. Die vertikale Integration von Unternehmen, die im Mediensektor nicht unüblich ist,⁴⁵ wird ebenfalls als Indikator einer Marktbeherrschung gesehen.⁴⁶

33) Siehe Europe Economics, *Market Definition in the Media Sector*, Rz. 2.1.24. Siehe auch Ch. Whiddington, „European Union“, in: M. de Avillez Pereira (Hrsg.), *Antitrust and New Media*, S. 184 f.

34) Siehe R. Capito in: EMR, *Media Markets Definitions 2003*, Rz. 1.233.

35) Die Marktdefinitionen, die aus diesem Ansatz hervorgehen, sind weiter unten unter C.I. beschrieben.

36) Siehe R. Capito in: EMR, *Media Markets Definitions 2003*, Rz. 1.233.

37) Siehe Kommission, Entscheidung 2000/400/EC, *Eurovision* (Sache IV/32.150), [2000] ABL L 151/18, Rz. 42.

38) Siehe z. B. Kommission, Entscheidung 1999/242/EG, *TPS I* (Sache IV/36.237), [1999] ABL L 90/6, Rz. 40.

39) Die Konvergenz der verschiedenen Medien, die flächendeckende Einführung von Breitband-Internetzugängen und der fortschreitende Integrationsprozess könnten in Zukunft jedoch zu multinationalen oder EU-weiten Medienmärkten führen.

40) Siehe S. Weatherill/P. Beaumont, *EU Law: The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union* (4. Auflage, 2008), S. 864.

41) EuGH, *Hoffmann-La Roche gegen Kommission*, Slg. 1978, 461, Rz. 39.

42) Marktanteile werden im Allgemeinen durch die Betrachtung des Marktwerts und -volumens bemessen, siehe R. Fowler/J. Skilbeck in: *Bellamy & Child*, Rz. 9-040.

43) Siehe EuGH, Rechtssache C-62/86, *AKZO gegen Kommission*, Slg. 1991, I-3359, Rz. 60.

44) Siehe z. B. EuGH, Rechtssache 40 etc./73, *Suiker Unie*, Slg. 1975, 1663, Rz. 379.

45) Siehe E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2. Auflage, 2004), § 25 Rz. 60.

46) Siehe z. B. EuGH, *United Brands gegen Kommission*, Slg. 1978, 207, Randnrn. 69-81, 85-90.

Der eindeutige Wortlaut von Art. 102 AEUV („ein oder mehrere Unternehmen“) zeigt, dass die Bestimmung nicht nur für beherrschende Stellungen einzelner Unternehmen gilt, sondern auch Fälle erfasst, in denen mehrere Unternehmen gemeinsam den Markt beherrschen.⁴⁷

3. Missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung

Art. 102 AEUV verbietet nicht das Bestehen einer beherrschenden Stellung an sich. Das beherrschende Unternehmen hat vielmehr eine „besondere Verantwortung“ dafür, den Wettbewerb auf dem Markt nicht zu verzerren.⁴⁸ Nach dem EU-Wettbewerbsrecht können beherrschende Unternehmen ihre eigenen geschäftlichen Interessen wahren, indem sie vernünftige Maßnahmen treffen, die sie zum Schutz dieser Interessen für richtig halten. Jedoch sind derartige Maßnahmen nicht zulässig, wenn sie gerade auf eine Verstärkung dieser beherrschenden Stellung und ihren Missbrauch abzielen.⁴⁹

Der Begriff Missbrauch wird im Vertrag nicht definiert. Stattdessen enthält Art. 102 AEUV eine nicht abschließende Liste möglicher Missbrauchsfälle.⁵⁰ Die Kommission und die Gerichte der Europäischen Union haben sich nicht auf die verschiedenen in Art. 102 AEUV aufgeführten Arten des Missbrauchs beschränkt, sondern stellen auch zahlreiche andere Praktiken in Frage. Als generelles Prinzip gilt, dass jedes Verhalten beherrschender Unternehmen verboten wird, das den Wettbewerb ernsthaft und un gerechtfertigt⁵¹ verzerrt oder zu einer weiteren Schwächung des Wettbewerbs führt, sofern es den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.⁵² Die Gerichte unterstrichen zudem, dass der Begriff des Missbrauchs ein objektives Konzept sei, sodass subjektive Absichten beherrschender Unternehmen bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht relevant seien.⁵³

Man kann im Großen und Ganzen zwischen zwei Arten von Missbrauch unterscheiden: „Ausbeutungsmissbrauch“, d. h. die schlichte Ausbeutung der „Verbraucher“ auf dem relevanten Markt, und „Behinderungsmissbrauch“, d. h. die Ausnutzung der beherrschenden Stellung, um Konkurrenz durch andere „Unternehmen“ zu ver- oder behindern.⁵⁴ Gemäß Art. 102 lit. a und b AEUV sind Beispiele für Ausbeutungsmissbrauch:

- die Erzwingung überhöhter Preise;
- die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen;
- die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;

Behinderungsmissbrauch umfasst unter anderem:

- Preisdumping⁵⁵ und diskriminierende Preisbildung;
- die Gewährung von Treuerabatten;
- die Weigerung, zu handeln oder zu liefern, und
- die Bindung von Abnehmern.⁵⁶

47) Siehe EuG, Rechtssache T-392/99, *Airtours gegen Kommission*, Slg. 2002, II-2585, Randnrn. 62 f. Zur Darstellung des Konzepts nach dem Urteil vgl. z. B. S. Baxter/F. Dethmers, [2006] *ECLR* 148 f.

48) Siehe EuGH, Rechtssache 322/81, *Michelin gegen Kommission*, Slg. 1983, 3461, Rz. 57.

49) Siehe EuGH, *United Brands gegen Kommission*, Slg. 1978, 207, Rz. 189; EuG, Rechtssache T-65/89, *BPB Industries und British Gypsum gegen Kommission*, Slg. 1993, II-389, Rz. 69; verbundene Rechtssachen T-24/93 et al., *Compagnie Maritime Belge Transports gegen Kommission*, Slg. 1996, II-1201, Rz. 107.

50) Siehe z. B. EuGH, Rechtssache 6/72, *Continental Can gegen Kommission*, Slg. 1973, 215, Rz. 26.

51) Kann ein beherrschendes Unternehmen eine objektive Rechtfertigung liefern, stellt sein Verhalten auch keinen Missbrauch dar, siehe z. B. EuG, *British Airways gegen Kommission*, Slg. 2003, II-5917, Rz. 293.

52) Siehe R. Fowler/J. Skilbeck in: *Bellamy & Child*, Rz. 9-040.

53) Siehe EuGH, *Hoffmann-La Roche gegen Kommission*, Slg. 1978, 461, Rz. 91.

54) Siehe R. Lane, *EC Competition Law*, S. 150; D. Sinclair, [2004] *ECLR* 491 (492 f.).

55) Preisdumping ist im Wesentlichen die Festlegung von Preisen durch ein beherrschendes Unternehmen auf einem recht niedrigen Niveau, um die Konkurrenten auszuschalten oder zu schwächen, siehe R. Fowler/J. Skilbeck in: *Bellamy & Child*, Rz. 9-076.

56) EuGH, *Continental Can gegen Kommission*, Slg. 1973, 215, Rz. 14.

II. Art. 101 AEUV

Art. 101 AEUV verbietet alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Art. 101 AEUV kann jedoch auf Vereinbarungen usw., die zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, für nicht anwendbar erklärt werden (Art. 101 Abs. 3 AEUV), vorausgesetzt die Verbraucher werden an den entstehenden Vorteilen angemessen beteiligt. Nur Vereinbarungen usw., die ausschließlich zur Erreichung dieser Ziele unverzichtbare (und keine weiteren) Einschränkungen enthalten, kommen als Ausnahmen gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV in Frage. Voraussetzung ist außerdem, dass sie es den betroffenen Unternehmen nicht ermöglichen, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Produkte auszuschalten. Im Mediensektor gewinnt Art. 101 AEUV unter anderem für den Verkauf von Senderechten für Medieninhalte wie Fußball oder Filme besondere Bedeutung.⁵⁷

Oberstes Ziel des Art. 101 AEUV ist die Sicherung des freien und fairen Wettbewerbs, da dieser eine Steigerung des Wohlstands der Verbraucher und die Sicherung einer wirksamen Ressourcenverteilung bedeutet. Obwohl sich diese Bestimmung nicht direkt auf die Frage der Marktmacht bezieht, ist das System des EU-Wettbewerbsrechts ohne sie nicht zu verstehen. Die Anwendung von Art. 101 AEUV erfordert eine zweistufige Analyse. Es muss geklärt werden, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen

1. einen wettbewerbswidrigen Zweck oder entweder tatsächliche oder potentielle wettbewerbswidrige Auswirkungen hat;⁵⁸ und
2. wettbewerbsfördernde Wirkungen entfaltet, die diese einschränkenden Auswirkungen aufwiegen.⁵⁹

Art. 101 AEUV findet nicht nur formale Vereinbarungen Anwendung, die rechtlich durchsetzbar sind. Er gilt für alle Arten der Kooperationsvereinbarungen zwischen Handelsverbänden, auch für formlose Absprachen.⁶⁰ Die Bestimmung bezieht sich gleichermaßen auf horizontale wie auf vertikale Vereinbarungen. Das bedeutet, dass sie nicht nur für Vereinbarungen zwischen Konkurrenten gilt, die auf derselben Stufe der Wertekette agieren, sondern auch für alle Arten restriktiver Praktiken, die in vertikalen Beziehungen auftreten, d. h. zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Produktionsstufen tätig sind.

III. Die EG-Fusionskontrollverordnung

Eine Fusion ist ein Zusammenschluss zweier zuvor unabhängiger Unternehmen.⁶¹ Eine solche Bündelung der Kräfte kann natürlich eine dauerhaftere Veränderung am Markt bewirken als bloß befristete Vereinbarungen zwischen Unternehmen.⁶² Diese Änderungen können sowohl positiv als auch negativ sein: Ein fusioniertes Unternehmen kann seine Effizienz steigern und in der Lage sein, die Kosteneinsparungen und Integrationsgewinne zu realisieren, die der Binnenmarkt bietet. Eine Fusion kann auch das Scheitern eines Unternehmens verhindern. Der Kauf oder die Stärkung einer marktmächtigen Position durch Fusionierung kann jedoch auch zu einer Erhöhung des Marktpreises der Produkte oder Dienstleistungen auf dem relevanten Markt und somit zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Jede Regelung zur Fusionskontrolle soll daher die Wettbewerbsbehörden in die Lage versetzen, die Veränderungen der Marktstruktur und die möglichen Auswirkungen einer geplanten Fusion auf den Wettbewerb im Voraus zu überprüfen, bevor sie entscheiden, ob sich zwei oder mehr Unternehmen zusammenschließen dürfen oder nicht.⁶³

57) Siehe unten C.I.2. und C.I.3.2.

58) Bekanntmachung der Kommission 2004/C 101/08, *Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag*, [2004] ABL. C 101/97 Rz. 11.

59) *Ibid.*, Rz. 11.

60) Entscheidung der Kommission 84/191/EWG, *Nuovo Cegam* (Sache IV/30.804), [1984] ABL. L 99/29.

61) A.Jones/B.Sufrin, *EC Competition Law*, S. 847.

62) Vgl. D.G. Goyder, *EC Competition Law*, S. 335.

63) A.Jones/B.Sufrin, *EC Competition Law*, S. 699.

1989 hat der Rat der EU eine erste Fusionskontrollverordnung verabschiedet,⁶⁴ die schon bald zum wichtigsten Instrument der EU-Wettbewerbspolitik wurde.⁶⁵ Am 1. Mai 2004 hat die derzeitige Fusionskontrollverordnung, gemeinsam mit den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁶⁶ der Kommission, die alte Fusionsregelung ersetzt.⁶⁷

Seit den 1990er Jahren verzeichnet der Mediensektor starke Konzentrationstendenzen. Daher spielte und spielt die Fusionskontrolle auf EU-Ebene eine wichtige Rolle. Bis heute hat sich die Kommission im Rahmen der Fusionskontrollverordnung mit mehr als 140 Fällen befasst, die mit dem Mediensektor im Zusammenhang standen, insbesondere mit Fusionen im Bereich Pay-TV.⁶⁸

1. Geltungsbereich der Fusionskontrollverordnung

Gemäß Art. 1 Abs. 1 gilt die Fusionskontrollverordnung für alle Zusammenschlüsse. Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass entweder zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen fusionieren oder dass die Kontrolle über ein Unternehmen übernommen wird. Dabei ist es unerheblich, ob die Veränderung der Kontrolle durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise ausgelöst wird (Art. 3 Abs. 1 FKVO).

Der Geltungsbereich der Fusionskontrollverordnung ist außerdem durch eine Zuständigkeitsregel begrenzt, wonach das EU-Recht nur anwendbar ist, wenn der Zusammenschluss eine EU-weite Bedeutung hat. Gemäß Art. 1 Abs. 2 FKVO haben Zusammenschlüsse dann eine unionsweite Bedeutung, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen mehr als EUR 5 Milliarden und der unionsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen mehr als EUR 250 Millionen beträgt. Zugleich dürfen die beteiligten Unternehmen nicht jeweils mehr als zwei Drittel ihres unionsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Zusätzlich zu diesen allgemeinen Schwellen legt Art. 1 Abs. 3 FKVO spezielle Schwellen fest, die Zusammenschlüsse erfassen, die zwar unterhalb der Vorgaben gemäß Ziffer 2 liegen, aber Konsequenzen in mindestens drei Mitgliedstaaten haben. Insbesondere ist ein grenzüberschreitender Zusammenschluss keine Voraussetzung für die Anwendung der Fusionskontrollverordnung. Doch selbst wenn ein Zusammenschluss unionsweite Bedeutung hat, können ihn die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten prüfen, wenn er gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO auf einen begründeten Antrag hin an sie verwiesen wurde.

2. Marktdefinition und wettbewerbliche Würdigung

Eine saubere Definition des relevanten Marktes ist für die Bewertung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb unerlässlich.⁶⁹ Nachdem die Kommission die sachlich und räumlich relevanten Märkte abgegrenzt hat, muss sie die Prüfung gemäß Art. 2 FKVO durchführen, um festzustellen, ob ein Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Die Verordnung des Rates 139/2004/EG änderte die materiell-rechtliche Prüfung für die Fusionsbewertung. Gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO sind Zusammenschlüsse dann als für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären, wenn durch sie ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, erheblich behindert würde.

64) Verordnung des Rates 4064/89/EWG vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, [1989] ABl. L 395/1, Corrigendum [1990] ABl. L 257/14.

65) Vom Inkrafttreten der FKVO im Jahr 1990 bis zum 30. Juni 2012 wurden der Kommission 5009 Zusammenschlüsse angezeigt.

66) Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, [2004] ABl. C 31/03.

67) Zu den Änderungen siehe z. B. T.Soames/S.Maudhuit [2004] *ECLR* 57 f., 75 f. und 144 f.

68) Siehe Europäische Kommission, Fallsuche auf http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2. (Datum der Recherche: 22. Juli 2012). Zu spezifischen Medienfällen nach der Fusionskontrollverordnung siehe weiter unten C.I.3.2. und C.II.2.1.

69) Siehe EuG, Rechtssache T-342/99, *Airtours plc gegen Kommission*, Slg. 2002, II-2585, Rz. 19; verbundene Rechtssachen C-69/94 und C-30/95, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1998, I-1375, Rz. 143. Es gibt einige kleine Unterschiede im Verfahren zur Definition des Marktes zwischen Art. 102 AEUV und der Fusionskontrollverordnung, siehe R. Capito in: *EMR, Media Markets Definitions 2003*, Randnrn. 1.13 f.

Die Bedeutung des Begriffs der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs („*Significant Impediment of Effective Competition*“, daher auch die Bezeichnung „SIEC-Test“) kann aus den Zielen der Fusionskontrollverordnung und den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse abgeleitet werden.⁷⁰ Die Fusionskontrolle soll Zusammenschlüsse verhindern, die geeignet wären, den Verbrauchern Vorteile, z. B. in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte, einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovation, vorzuenthalten, indem die Marktmacht der Unternehmen spürbar erhöht würde.⁷¹ „Erhöhte Marktmacht“ bezeichnet in diesem Sinne die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, gewinnbringend ihre Preise zu erhöhen, den Absatz, die Auswahl oder die Qualität der Waren oder Dienstleistungen zu verringern, die Innovation einzuschränken oder die Wettbewerbsparameter auf andere Weise zu beeinflussen.⁷²

Gemäß Erwägungsgrund 25 der FKVO von 2004 kann ein Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb durch nicht koordinierte oder koordinierte Wirkungen erheblich behindern. Koordinierte Wirkungen hat ein Zusammenschluss, der das Wesen des Wettbewerbs in einer Weise verändert, dass Unternehmen, die zuvor ihr Verhalten nicht koordiniert hatten, nunmehr eher geneigt sind, in einem koordinierten Vorgehen ihre Preise zu erhöhen oder auf andere Weise einen wirksamen Wettbewerb zu schädigen.⁷³

Nicht koordinierte Wirkungen liegen vor, wenn ein Zusammenschluss wichtigen Wettbewerbsdruck für ein oder mehrere Unternehmen beseitigt, die dadurch ihre Marktmacht erhöhen, ohne auf ein koordiniertes Verhalten zurückgreifen zu müssen.⁷⁴ Nach Erwägungsgrund 25 FKVO ist der Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO dahingehend auszulegen, dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus ausschließlich auf diejenigen wettbewerbschädigenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses erstreckt, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden. Ein Zusammenschluss kann somit nicht koordinierte Wirkungen hervorrufen, indem er einem Unternehmen die Marktmacht verleiht, die es in die Lage versetzt, weitgehend unabhängig von seinen Konkurrenten und Kunden und letztlich auch von den Verbrauchern zu handeln.

Wettbewerbsfremde Ziele spielen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen keine Rolle. Dies gilt insbesondere für die Medienvielfalt, auch wenn die folgende Argumentation theoretisch zu einem anderen Ergebnis führen könnte. Gemäß Art. 167 Abs. 2 AEUV, muss die EU – wenn sie nach den Bestimmungen der Verträge handelt – kulturelle Aspekte beachten und insbesondere die Vielfalt ihrer Kulturen achten und fördern. Als sogenannte Integrationsbestimmung,⁷⁵ kann Art. 167 Abs. 2 AEUV dahingehend verstanden werden, dass die Kommission dazu verpflichtet ist, auch die Auswirkungen von Fusions- und Übernahmen auf die Medienvielfalt zu betrachten, wenn sie die Vereinbarkeit von Fusionen und Übernahmen mit dem Gemeinsamen Markt beurteilt. Außerdem erkennt Art. 21 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung an, dass Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz berechtigter Interessen wie der Medienvielfalt ergreifen können. Natürlich kann der Versuch, die Schaffung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern, als Nebenerfekt auch zur Sicherung der Medienvielfalt beitragen.⁷⁶ Dennoch ist dieses wettbewerbsfremde Ziel bisher nicht explizit als Ziel der EU-Fusionskontrolle anerkannt.⁷⁷

70) Für eine Analyse der Bedeutung des SIEC-Tests siehe S.Baxter/F.Dethmers, [2005] *ECLR* 380 f.; J. Schmidt, [2004] *CMLRev* 1555 f.

71) Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rz. 8.

72) *Ibid.*

73) Koordinierte Wirkungen können auch dort bestehen, wo die Koordinierung für Unternehmen, die bereits vor der Fusion ihr Verhalten koordiniert haben, erleichtert, stabilisiert oder erfolgreicher gemacht wird, siehe Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rz. 22 lit. b.

74) Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rz. 22 lit. a.

75) Siehe P.J.G.Kapteyn/P.VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the EC*, S. 1114.

76) Siehe E. Psychogiopoulou, [2005] *ELRev* 838 (858).

77) Siehe Kommission, Sache COMP/M.5932, 21. Dezember 2010, *News Corp/BSkyB*, Randnrn. 304 f; siehe auch E. Psychogiopoulou, [2005] *ELRev* 838 (858), beschreibt Kommission, Entscheidung 2004/422/EG, *Lagardère/Natexis/VUP* (Sache COMP/M.2978), [2004] *ABl.* L125/54 als den einzigen Fall eines Zusammenschlusses, in dem „ernsthafte Anstrengungen unternommen wurden, um kulturelle und wirtschaftliche Grundsätze miteinander in Einklang zu bringen“. Siehe auch Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme zu „Vielfalt und Konzentration in den Medien“, [2000] *ABl.* C 240/19, Rz. 2.1 f.

IV. Der EU-Kommunikationsrechtsrahmen

Eines der wichtigsten Ziele des EU-Kommunikationsrechtsrahmens ist die Harmonisierung der Regulierung der elektronischen Kommunikation im Binnenmarkt. Hierfür ist die Harmonisierung der Verfahrenserfordernisse ein entscheidender Faktor geworden. Dies zeigt sich am besten in dem Verfahren für die Marktregulierung, das in Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie detailliert vorgeschrieben wird.⁷⁸ Dieses System stellt sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Einführung, Aufrechterhaltung und Aufhebung rechtlicher Verpflichtungen EU-weit denselben Regeln folgen.

Das Verfahren der Marktregulierung, das in erster Linie von den nationalen Regulierungsbehörden umgesetzt wird, erfolgt im Großen und Ganzen in drei Schritten:⁷⁹ Erstens definieren die nationalen Regulierungsbehörden die relevanten Märkte innerhalb des Sektors für elektronische Kommunikation, zweitens analysieren sie, ob in den relevanten Märkten ein wirksamer Wettbewerb besteht, und drittens beschließen sie, wenn sie in einem Markt einen Mangel an wirksamem Wettbewerb finden, geeignete Maßnahmen nach Maßgabe des EU-Kommunikationsrechtsrahmens, namentlich der Zugangsrichtlinie⁸⁰ und der Universaldienstrichtlinie.⁸¹

1. Marktdefinition

Nach Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie legen die nationalen Regulierungsbehörden die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts fest. Im EU-Kommunikationsrechtsrahmen besteht der Zweck der Marktdefinition in der Ermittlung der Wettbewerbsschranken, denen Firmen gegenüberstehen. Um einen harmonisierten Ansatz für nationale Verfahren für die Definition der Märkte zu fördern, ermächtigt Art. 15 der Rahmenrichtlinie die Kommission, eine Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte zu erlassen, die diejenigen Märkte für elektronische Kommunikationsprodukte und -dienste aufführt, die sektorspezifische regulierende Eingriffe erfordern. Nach einer ersten Empfehlung im Jahr 2003 erließ die Kommission 2007 ihre zweite Empfehlung,⁸² in der sie sieben Produkt- und Dienstmärkte innerhalb des Sektors für elektronische Kommunikation nannte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen. Anders als 2003 betrachtet die Kommission den Markt für Rundfunkübertragungsdienste (zur Bereitstellung von Sendehalten für Endnutzer) nicht mehr als einen Markt, der für eine Vorabregulierung in Betracht kommt.⁸³ Die nationalen Regulierungsbehörden sind dazu verpflichtet, die Empfehlung der Kommission im Marktdefinitionsverfahren *weitestgehend zu berücksichtigen*.⁸⁴ Nur wenige nationale Regulierungsbehörden haben tatsächlich Marktdefinitionen verabschiedet, die nicht im Einklang mit den von der Kommission empfohlenen Definitionen stehen.

2. Marktanalyse – wirksamer Wettbewerb

Nach Art. 16 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie müssen die nationalen Regulierungsbehörden gemäß der Universaldienstrichtlinie oder gemäß der Zugangsrichtlinie feststellen, ob Verpflichtungen für Unternehmen aufzuerlegen, beizubehalten, zu ändern oder aufzuheben sind, und anhand der Marktanalyse gemäß Art. 16 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie ermitteln, ob auf einem relevanten Markt *wirksamer Wettbewerb* herrscht. Hält die nationale Regulierungsbehörde den Wettbewerb auf einem Markt für wirksam, darf sie keine sektorspezifischen rechtlichen Verpflichtungen auferlegen oder beibehalten und muss gegebenenfalls bestehende Verpflichtungen aufheben. Stellt eine nationale Regulierungsbehörde fest, dass auf einem Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so erlegt sie geeignete spezifische Verpflichtungen auf bzw. ändert diese oder behält bereits bestehende Verpflichtungen bei (Art. 16 Abs. 3 und 4 Rahmenrichtlinie). Einem Markt mangelt es dann an wirksamem Wettbewerb, wenn ein oder

78) Richtlinie 2002/21/EG, s. Fußnote 5.

79) Für eine genauere Analyse dieses Verfahrens siehe J.-D. Braun/R. Capito, in: Ch.Koenig/A.Bartosch/J.-D.Braun/M.Romes (Hrsgg.), *EC Competition and Telecommunications Law* (2. Auflage 2009), S. 343 f.

80) Richtlinie 2002/19/EG, s. Fußnote 5.

81) Richtlinie 2002/22/EG, s. Fußnote 5.

82) Empfehlung der Kommission 2007/879/EG über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2007 ABl. L 344/65. Diese Empfehlung wird zurzeit überarbeitet.

83) Für eine nähere Betrachtung dieses Marktes siehe C.III.1.

84) Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie.

mehrere Unternehmen auf diesem Markt beträchtliche Marktmacht haben. Die Marktanalyse ist im Wesentlichen die Analyse eines Marktes zur Feststellung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht. Das Konzept der beträchtlichen Marktmacht ist daher ein zentrales Konzept des EU-Telekommunikationsrechts. Grundsätzlich unterliegen Unternehmen nur dann einer sektorspezifischen Regulierung, wenn bei ihnen eine beträchtliche Marktmacht festgestellt wird.

3. Auferlegung geeigneter Regulierungsmaßnahmen

Besteht auf einem Markt kein wirksamer Wettbewerb, müssen die nationalen Regulierungsbehörden dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gemäß Zugangsrichtlinie und Universaldienstrichtlinie geeignete Maßnahmen auferlegen. Der EU-Kommunikationsrechtsrahmen bietet nationalen Regulierungsbehörden ein vollständiges Instrumentarium für die Behandlung der Wettbewerbsprobleme, die sie auf einem Markt feststellen. Diese Maßnahmen reichen von der detaillierten Zugangsregelung (z. B. zu einem Netz oder Teilen davon) über Weiterveräußerungs- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen bis hin zu einer kostenbasierten Vorabregulierung für Zugangsgebühren. 2009 hat der EU-Gesetzgeber in diesen Maßnahmenkatalog sogar die Befugnis aufgenommen, die funktionale Aufspaltung eines Netzbetreibers als letztes Mittel anzuordnen.

Ausnahmsweise ermächtigt der EU-Kommunikationsrechtsrahmen die nationalen Regulierungsbehörden auch zum Eingriff in Märkte, auf denen sie *keine* beträchtliche Marktmacht feststellen. Die wichtigsten Beispiele hierfür sind die Eingriffsbefugnisse zur Sicherung einer durchgehenden (technischen) Anbindung von Nutzern und des Zugangs der Endnutzer zu digitalen Rundfunkdiensten.⁸⁵ Außerdem enthält der EU-Kommunikationsrechtsrahmen eine große Anzahl anderer rechtlicher Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten Unternehmen auferlegen müssen bzw. können und die nicht in erster Linie dazu dienen, deren Marktmacht zu regulieren, sondern vor allem dazu, den Verbraucher- oder Datenschutz oder andere Regulierungsziele zu gewährleisten. Diese Verpflichtungen werden hier nicht behandelt.

C. Die Anwendung des Wettbewerbsrechts und des EU-Kommunikationsrechtsrahmens auf den Mediensektor

I. Audiovisuelle Mediendienste und Hilfsdienste

Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD) definiert einen audiovisuellen Mediendienst als eine Dienstleistung, für die ein Mediendiensteanbieter die redaktionelle Verantwortung trägt und deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze ist. Bei diesen audiovisuellen Mediendiensten handelt es sich entweder um Fernsehprogramme oder um audiovisuelle Mediendienste auf Abruf.⁸⁶

1. Relevante Märkte

Mit Blick auf AVMD hat die Europäische Kommission eine große Anzahl von Entscheidungen zur Definition der Märkte im Mediensektor veröffentlicht. So besteht z. B. die gewöhnliche Lieferkette beim Fernsehen aus der Lizenzierung und dem Kauf audiovisueller Inhalte, der Lieferung von Fernsehkanälen an Großkunden und der Bereitstellung von (linearen und nichtlinearen) Fernsehdiensten für Endverbraucher. Der folgende Überblick betrachtet die wichtigsten Definitionen für relevante Märkte, die in Fusions- und Kartellfällen angewandt wurden.

85) Art. 5 Abs. 1 Zugangsrichtlinie.

86) Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziffer i der Richtlinie 2010/13/EU vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), [2010] ABL L 95/1.

1.1. Fernsehen

Für die Fernsehmärkte vertrat die Kommission die Ansicht, dass die wichtigste Unterscheidung zwischen dem Markt für die Verbreitung von Pay-TV an die Endverbraucher (Abonnements) und dem Markt für frei empfangbares Fernsehen (Werbung) gemacht werden müsse. Als Gründe nannte sie die unterschiedlichen Handelsbeziehungen, die unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen, den Preis der Dienste und die Eigenschaften der beiden Arten von Fernsehen.⁸⁷ Im Fall des werbefinanzierten Privatfernsehens und des gebühren- und teilweise ebenfalls werbefinanzierten öffentlich-rechtlichen Fernsehens stehen der Programmanbieter und der Werbewirtschaft zueinander in einer Handelsbeziehung. Beim Pay-TV besteht dagegen die (wichtigste) Handelsbeziehung zwischen dem Programmanbieter und dem Zuschauer als Abonnenten.⁸⁸ Die Kommission hat in ihrer Entscheidung *News Corp/Telepiù* darauf hingewiesen, dass die fortschreitende Digitalisierung des frei empfangbaren Fernsehens den Unterschied zwischen den beiden Märkten in Zukunft verwischen könne.⁸⁹ In ihrer kürzlich ergangenen Entscheidung *News Corp/BSkyB*⁹⁰ hielt die Kommission jedoch trotz der fortschreitenden Verbreitung des Digitalfernsehens in der EU und ungeachtet der zahlreichen Kritik⁹¹ am Kriterium der Handelsbeziehungen an der Unterscheidung fest.

Die Kommission erkannte einerseits an, dass das frei empfangbare Fernsehen gewisse Einschränkungen für das Pay-TV bedeute und dass eine Wechselwirkung zwischen beiden Märkten insbesondere in Ländern bestehe, in denen „das frei empfangbare Fernsehen eine breite Auswahl an Kanälen bietet, von denen einige durchaus als attraktiv geltende Inhalte umfassen“. Andererseits reicht dies nach Ansicht der Kommission nicht dafür aus, die Unterscheidung zwischen den beiden Märkten aufzugeben, da diese Dienste aufgrund der unterschiedlichen Finanzierung von frei empfangbarem Fernsehen und Pay-TV und der Tatsache, dass diese Angebote aus Sicht des Zuschauers nicht austauschbar sind, unterschiedlichen Produktmärkten angehören. Die Kommission verweist auch auf ihre Begründung in der Sache *News Corp/Premiere*, in der es heißt, dass Pay-TV und frei empfangbares Fernsehen noch immer deutlich unterschiedliche Märkte seien, da unterschiedliche Inhalte und Programmarten von Pay-TV und frei empfangbarem Fernsehen angeboten würden. Es mangle auch insoweit an der Ersetzbarkeit als auf der Nachfrageseite beim frei empfangbaren Fernsehen keine Abonnements und auf der Angebotsseite verschiedene Geschäftsmodelle der beiden Rundfunktypen möglich seien.

Die Kommission sieht keinen Grund, zwischen Märkten für analoges und digitales Pay-TV zu unterscheiden.⁹² Ob der (Pay-TV-) Markt für Endverbraucher nach der Art der Signalübertragung – Terrestrik, Kabel, Satellit oder DSL – unterteilt werden sollte, kann unter anderem vom unterschiedlichen Durchdringungsgrad abhängen, den diese Übertragungsarten in den verschiedenen Mitgliedstaaten erreichen. Obwohl die Kommission beim französischen Pay-TV-Markt Anzeichen für das Bestehen solcher Submärkte fand, blieb diese Frage in der Sache *UGC/Noos* offen.⁹³ Sie sah auch in ihren jüngsten Entscheidungen davon ab, zwischen den Übertragungsarten zu unterscheiden.⁹⁴ In der Sache *Nordic Satellite Distribution* vertrat die Kommission dagegen die Ansicht, dass die DTH-Satellitenverbreitung des Pay-TV in der nordischen Region einen Markt darstelle, der sich vom Pay-TV-Vertrieb über Kabelnetze unterscheide.⁹⁵

87) Siehe z. B. Kommission, Sache COMP/M.5121, 25. Juni 2008, *News Corp/Premiere*, Rz. 16. Der Ansatz der Kommission zur Abgrenzung der Fernsehmärkte unter Zugrundelegung der Verbrauchereinschätzungen wird kritisiert von E. J. Carter [2001] *World Competition* 93, 100 f.

88) Kommission, Sache COMP/JV.37, 21. März 2000, *BSkyB/Kirch Pay TV*, Rz. 24.

89) Grundsätzlich kann es sein, dass einige Unterschiede zwischen frei empfangbarem Fernsehen und Pay-TV – die unterschiedlichen Anforderungen an die Hardware und die unterschiedliche Funktionalität – in Zukunft nicht mehr bestehen werden, siehe Kommission, Entscheidung 2004/311/EG, *News Corp/Telepiù* (Sache COMP/M.2876), [2004] ABL. L110/73, Rz. 34 f. 2010 hat die Kommission *News Corp* von einer Verpflichtung befreit, die das Unternehmen im Rahmen des ursprünglichen Fusionsverfahrens eingegangen war, siehe Kommission, Pressemitteilung IP 10/983 vom 20. Juli 2010. Die Kommission kann Verpflichtungen ändern, wenn sich die Marktbedingungen erheblich verändert haben. Obwohl dies auf dem italienischen Fernsehmarkt der Fall war, hat die Kommission das Thema der Marktdefinition nicht aufgegriffen.

90) Sache COMP/M.5932, 21. Dezember 2010, *News Corp/BSkyB*, Rz. 99.

91) Siehe z. B. die deutsche Monopolkommission, XI. Hauptgutachten 94/95, Randnrn. 240, 936 und XIII. Hauptgutachten 1998/99, Tz. 611.

92) Das Digitalfernsehen stelle nur eine Weiterentwicklung des Analogfernsehens dar und sei daher aus Wettbewerbsicht kein separater relevanter Produktmarkt. Ebenso könne erwartet werden, dass HD-Fernsehen (HDTV) als Weiterentwicklung des digitalen Standardfernsehens nicht zu einem separaten HDTV-Markt führen werde.

93) Siehe Kommission, Sache COMP/M.3411, 17. Mai 2004, *UGC/Noos*, Rz. 25.

94) Kommission, Sache COMP/M.5932, 21. Dezember 2010, *News Corp/BSkyB*, Rz. 105; Sache COMP/M.5121, 25. Juni 2008, *News Corp/Premiere*, Rz. 20.

95) Siehe Kommission, Entscheidung 96/177/EG, *Nordic Satellite Distribution* (Sache IV/M.490), [1995] ABL. L53/20, Rz. 58 f.

Sogenannte Pay-per-View- (PPV) oder Near-Video-on-Demand-Dienste (NVOD)⁹⁶, die Pay-TV-Anbieter neben den regulären Pay-TV-Diensten wie Basis- oder Premiumkanälen (für Filme, Sport und Sonderthemen) anbieten, werden bisher nicht als eigene Märkte angesehen.⁹⁷ Hinsichtlich der räumlichen Ausdehnung wird unter einem Fernsehmarkt im Allgemeinen ein Land oder allenfalls ein homogener Sprachraum verstanden. Diese Ansicht wird in erster Linie mit den unterschiedlichen Regulierungssystemen, kulturellen Faktoren, Urheberrechtsbeschränkungen und vor allem den sprachlichen Barrieren begründet.

1.2. Kauf von Übertragungsrechten

Audiovisuelle Inhalte umfassen alle „Unterhaltungsprodukte“, die über das Fernsehen übertragen werden können. Auf den vorgelagerten Märkten wollen Rundfunkveranstalter und Vermittler von Rechteinhabern sendefähige Inhalte kaufen. Die Entscheidungspraxis der Kommission hat auf dieser Ebene in einem schrittweisen Vorgehen verschiedene Märkte definiert. Insbesondere unterscheidet sie zwischen Rechten für Sportereignisse und Premiumfilme.⁹⁸ Solche Inhalte gelten als „Triebfeder“ für Pay-TV. Insbesondere Sportsendungen über populäre Sportarten oder über große internationale Veranstaltungen können häufig hohe Zuschauerquoten erreichen und gelten allgemein als für Werbung besonders geeignet, wie die Anzahl der Sponsoren zeigt, die an diesen Sendungen beteiligt sind.⁹⁹

Die Märkte für Sportrechte sind weiter segmentiert. In der Sache *Eurovision* gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, dass „höchstwahrscheinlich separate Märkte für die Rechte an einigen großen, meist internationalen Sportereignissen bestehen“.¹⁰⁰ Große Sportereignisse wie die olympischen Sommer- und Winterspiele und die Fußballweltmeisterschaft scheinen weitgehend unabhängig von jeglichen anderen größeren Sportereignissen zu sein, die gleichzeitig ausgestrahlt werden. Daher werden Rundfunkveranstalter bereit sein, viel höhere Preise für diese Veranstaltungen zu zahlen.¹⁰¹ Außerdem führten die Besonderheiten des Fußballs als Programminhalt in den Sachen *News Corp/Telepiù*¹⁰² und *UEFA Champions League*¹⁰³ zur Definition eines separaten Marktes für die Übertragung von Fußballereignissen, die regelmäßig über das Jahr verteilt stattfinden. Die Kommission vertritt die Ansicht, dass nur Übertragungsrechte für Fußballereignisse wie die Spiele der (obersten) nationalen Liga oder der UEFA Champions League höhere Zuschauerzahlen oder spezielle Zuschauergruppen anlocken oder den Sendern ein bestimmtes Markenimage verschaffen könnten.

Auch bei den Märkten für den Kauf von Filmrechten unterscheidet die Kommission zwischen einem Markt für Senderechte für Spielfilme und einem Markt für Senderechte für Sendungen, die für das Fernsehen produziert werden.¹⁰⁴ Dieser Markt schließt eigene Produktionen der Rundfunkveranstalter aus, die nur für die interne Verwendung gedacht sind, sogenannte In-House-Produktionen.¹⁰⁵ Die Kommission erklärte außerdem – auch wenn sie diese Frage offen gelassen hat –, dass möglicherweise ein

96) Bei NVOD müssen Abonnenten warten, bis ein Film, den sie sehen wollen, das nächste Mal beginnt. NVOD kann als Vorstufe der Video-on-Demand-Dienste (VOD) angesehen werden, die es völlig ins Ermessen des Endverbrauchers stellen, einen bestimmten Film zu einem beliebigen Zeitpunkt zu sehen.

97) In ihrer letzten Entscheidung zu diesem Thema sah die Kommission jedoch Anzeichen dafür, dass die PPV/NVOD-Dienste für Endverbraucher einen eigenen Markt neben dem Markt für Pay-TV-Dienste darstellten, siehe Kommission, Sache COMP/C.2.38.287, 29. Dezember 2003, *Telenor / Canal + / Canal Digital*, Rz. 55.

98) Siehe Kommission, Sache IV/M.1574, 3. August 1999, *Kirch/Mediaset*, Rz. 15; Entscheidung 1999/242/EG, *TPS I* (Sache IV/36.237), [1999] ABL L 90/6, Rz. 34.

99) Siehe Kommission, Sache IV/M.779, 7. Oktober 1996, *Bertelsmann/CLT*, Rz. 18. Die Begründung der Kommission für die Unterscheidung zwischen Sport- und Filmrechten wurde kritisiert von E. J. Carter [2001] *World Competition* 93, 111 f.

100) Kommission, Entscheidung 2000/400/EG, *Eurovision* (Sache IV/32.150), [2000] ABL L 151/18, Rz. 43. Die Entscheidung wurde mit Erfolg vor dem EuG angefochten. Das Gericht erkannte aber faktisch die von der Kommission angewandte Marktdefinition an, siehe EuG, verbundene Rechtssachen T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00, *Métropole télévision SA*, Slg. 2002, II-3805, Rz. 57. Siehe auch D. Brinkman/E. Vollebregt, [1998] *ECLR* (281) 283 f.

101) Kommission, Entscheidung 2000/400/EG, *Eurovision* (Sache IV/32.150), [2000] ABL L 151/18, Rz. 42.

102) Kommission, Entscheidung 2004/311/EG, *News Corp/Telepiù* (Sache COMP/M.2876), [2004] ABL L110/73, Rz. 66.

103) Siehe Kommission, Entscheidung 2003/778/EG, *UEFA Champions League* (Sache C-2/37.398), [2003] ABL L 291/25; Rz. 77. Siehe auch Kommission, Sache COMP/C-2/37.214, 19. Januar 2005, *Bundesliga*, Rz. 17 und Sache COMP/M.4519, 18. Januar 2007, *Lagardère/Sportfive*, Rz. 10.

104) Siehe Kommission, Sache IV/M.2050, 13. Oktober 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, Rz. 17. Verwirrend ist, dass dieser Markt manchmal auch als Markt für Fernsehproduktionen bezeichnet wird, siehe Kommission, Sache IV/M.779, 7. Oktober 1996, *Bertelsmann/CLT*, Rz. 17; Sache IV/M.553, 20. September 1995, *RTL/Veronica/Endemol*, Rz. 29.

105) Siehe Kommission, Sache IV/M.1958, 29. Juni 2000, *Bertelsmann/GBL/Pearson TV*, Rz. 11; siehe auch Kommission, Sache COMP/M.4353, 22. September 2006, *Permira/All3media Group*, Rz. 10.

Unterschied zwischen Filmen, die in den Vereinigten Staaten produziert wurden, und anderen Filmen gemacht werden müsse, da der relevante Markt für diese Filme vor allem aus kommerziell „erfolgreichen Filmen“ bestehe, im Allgemeinen also aus Hollywood-Produktionen.¹⁰⁶

In der Sache *Vivendi/Canal+/Seagram* wurden unterschiedliche Märkte für die Senderechte für Filme identifiziert, die sich im Zeitplan und den Zeitfenstern für die Aufführung der Filme unterscheiden.¹⁰⁷ Filmrechte werden allgemein nach einem speziellen Zeitplan (mit sogenannten „Bezahlzeiträumen“ oder „Verwertungsfenstern“) verwertet.¹⁰⁸ Premiumfilme können im Pay-TV nur gesendet werden, nachdem sie im Kino liefen, auf Video/DVD verfügbar waren und auf Pay-per-View-Basis angeboten wurden.¹⁰⁹ Filme, die danach innerhalb einer Frist von normalerweise sechs Monaten gesendet werden, sind sogenannte First-Window-Filme (Erstverwertungen). Dem Erstverwertungsfenster folgt ein zweites Fenster von etwa derselben Länge, bevor die Filme schließlich für den Markt für frei empfangbares Fernsehen zur Verfügung stehen. Daher hat die Kommission einen Markt für den Erwerb von Senderechten für sogenannte First-Window-Filme durch Pay-TV-Betreiber definiert.¹¹⁰

Für die Rundfunkmärkte vertritt die Kommission die Ansicht, der räumlich relevante Markt für die Lizenzierung bzw. den Erwerb von Senderechten für audiovisuelle Inhalte (Filme und andere Inhalte) sei ein Land oder allenfalls ein homogener Sprachraum. Der Hauptgrund hierfür liegt darin, dass Senderechte-Deals im Allgemeinen länderspezifisch verhandelt und abgeschlossen werden, mit der offensichtlichen Ausnahme von Sprachräumen wie Deutschland, Österreich und Teilen der Schweiz oder Gebieten mit besonderem gemeinsamem sozio-kulturellem Hintergrund (z. B. Skandinavien).¹¹¹

2. Wettbewerbsrechtliche Fälle zu audiovisuellen Mediendiensten

Es gibt eine beachtliche Anzahl an von den Gerichten der Union gefällten Urteilen und an Kommissionsentscheidungen, die das Wettbewerbsrecht auf die AVMD anwenden.¹¹² Hier sollen nur kurz einige hervorgehoben werden, um einen Überblick zu geben.¹¹³

2.1. *FA Premier League gegen Karen Murphy – Exklusivrechte und Gebietsbeschränkungen*

In der erst kürzlich entschiedenen Sache *FA Premier League gegen Karen Murphy* befasste sich der EuGH mit Fragen der exklusiven Lizenzierung von (Fußball-) Übertragungsrechten an Rundfunkveranstalter.¹¹⁴ Karen Murphy, Eigentümerin eines Pubs in Großbritannien, zeigte in ihrem Pub Fußballspiele der *Premier League*, wobei sie ein griechisches Satellitensystem nutzte. Die Fußballverband *FA Premier League* hatte die Lizenz für die Live-Übertragung der Fußballspiele der *Premier League* in Großbritannien an Sky und ESPN vergeben. Gleichzeitig verboten (vertikale) Lizenzabkommen zwischen dem Verband und den Sendern letzteren die Bereitstellung von Decodern, die es ermöglichen, ihre Sendungen zu entschlüsseln und außerhalb des Gebietes zu nutzen, für das sie die Lizenz hatten. Der EuGH hatte nun zu entscheiden, ob die Lizenzvereinbarungen zwischen der *Premier League* und den Rundfunkveranstaltern eine Einschränkung des Wettbewerbs darstellten und somit gegen das Wettbewerbsrecht – also gegen Art. 101 AEUV – verstießen.

Der EuGH vertrat die Ansicht, dass „ein Abkommen, das darauf abzielen würde, die Abschottung nationaler Märkte wiederherzustellen, geeignet sein könnte, dem Ziel des Vertrags entgegenzuwirken, die Integration dieser Märkte durch die Schaffung eines einheitlichen Marktes zu verwirklichen“.¹¹⁵ Daher seien Verträge, durch die nationale Märkte nach den nationalen Grenzen abgeschottet werden

106) Sache COMP/M.5932, 21. Dezember 2010, *News Corp/BSkyB*, Rz. 65.

107) Siehe Kommission, Sache IV/M.2050, 13. Oktober 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, Rz. 18. Siehe auch Kommission, Entscheidung 2004/311/EG, *News Corp/Telepiù* (Sache COMP/M.2876), [2004] ABL L110/73, Randnrn. 34 f. und 59.

108) Siehe M. Kuhr, Verwertungsfenster im Wandel – Herausforderungen für die Chronologie audiovisueller Medien, *IRIS plus* 2008-4.

109) Siehe Kommission, Sache COMP/JV.37, 21. März 2000, *BSkyB/Kirch Pay TV*, Rz. 43.

110) Siehe Kommission, Sache IV/M.2050, 13. Oktober 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, Rz. 18.

111) Sache COMP/M.5932, 21. Dezember 2010, *News Corp/BSkyB*, Rz. 73.

112) Für eine ausführliche Liste siehe <http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/cases.html>

113) Einige andere Fälle wurden bereits in Abschnitt C.I.1. behandelt oder werden in Abschnitt C.I.3. besprochen.

114) EuGH, verbundene Rechtssachen C-403/08 und C-429/08, Slg. 2011, I (noch nicht in Slg.).

115) *Ibid.*, Rz. 139.

sollen oder durch die gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte erschwert wird, grundsätzlich als Vereinbarungen anzusehen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken. Durch die entsprechenden Bestimmungen in den Sendelizenzen werde faktisch jeder (grenzüberschreitende) Wettbewerb zwischen verschiedenen Rundfunkveranstaltern im Bereich dieser Dienste ausgeschaltet.

Der EuGH vertrat außerdem die Ansicht, dass für die Gebietsbeschränkungen der Sendelizenzen keine Ausnahme gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht komme. Das Wettbewerbsrecht erkenne an, dass die geistigen Eigentumsrechte den Schutz des Rechts der betreffenden Rechteinhaber, die Vermarktung oder Zugänglichmachung des Schutzgegenstands kommerziell zu verwerten, gewährleisten sollen. Dies gelte insbesondere für die Verwertung durch Lizenzierung, die gegen Zahlung einer Vergütung erteilt werden.¹¹⁶ Dies garantiere ihnen jedoch nicht, dass sie die höchstmögliche Vergütung verlangen können.¹¹⁷ Den Rechteinhabern werde lediglich eine angemessene Vergütung für jede Nutzung des Schutzgegenstands zugesichert. Damit eine solche Vergütung angemessen sei, müsse sie in Relation zum wirtschaftlichen Wert des bereitgestellten Dienstes angemessen sein. Insbesondere müsse dies in Relation zur tatsächlichen oder möglichen Anzahl von Personen gelten, die diesen Dienst nutzen oder nutzen möchten.¹¹⁸

In der vorliegenden Sache hätten die Rechteinhaber jedoch eine erhöhte Zahlung als Ausgleich für die Garantie einer gebietsabhängigen Exklusivität erhalten. Dies habe im Gegenzug zu künstlichen Preisunterschieden zwischen den voneinander abgeschotteten nationalen Märkten geführt. Daher schloss der EuGH, eine Einschränkung, die im Verbot der Nutzung ausländischer Decoder besteht, könne im Hinblick auf das Ziel, geistige Eigentumsrechte zu schützen, nicht gerechtfertigt sein. Es handele sich daher um einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV.

Einen ähnlichen Ansatz wandte der EuGH auf den Schutz geistiger Eigentumsrechte gemäß Art. 102 AEUV an. In der Rechtssache *Kanal 5 und TV 4*¹¹⁹ kam die Frage auf, unter welchen Umständen davon auszugehen sei, dass eine Verwertungsgesellschaft ihre beherrschende Stellung im Hinblick auf die für die Fernsehübertragung urheberrechtlich geschützter Musikwerke gezahlte Entschädigung missbraucht. Dies wäre der Fall, wenn die Vergütung im Sinne von Art. 102 AEUV unangemessen wäre. Nicht missbräuchlich ist laut EuGH ein Vergütungsmodell, bei dem die Höhe der Vergütung einem Teil der Einnahmen der Sender entspricht, vorausgesetzt, dass dieser Teil alles in allem in angemessenem Verhältnis zu der Menge urheberrechtlich geschützter Musikwerke steht, die im Fernsehen tatsächlich übertragen worden ist oder übertragen werden kann. Dies treffe jedoch nur zu, solange es keine andere Methode gebe, nach der die Nutzung dieser Werke und der Zuschaueranteil genauer festgestellt und mengenmäßig bestimmt werden können. Außerdem sollte eine solche Methode nicht zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung der Kosten der Verwaltung der vertragsgegenständlichen Titel und der Überwachung der Nutzung der genannten Werke führen.¹²⁰

2.2. Apple – Verkauf von Online-Medieninhalten

2007 leitete die Kommission ein förmliches Verfahren wegen Gebietsbeschränkungen bei Abkommen über Online-Musikverkäufe zwischen großen Tonträgerherstellern und Apple ein.¹²¹ Apple betreibt eine Reihe von iTunes-Online-Stores im Europäischen Wirtschaftsraum, die Musik- und Video-Downloads verkaufen. Obwohl es im folgenden Fall um den Musikvertrieb geht, gibt es keinen Grund, dieselben Überlegungen nicht auch auf Videoinhalte anzuwenden.

Apple hatte in Großbritannien und anderen europäischen Ländern verschiedene (Online-) Stores eingerichtet. iTunes identifizierte das Heimatland der Verbraucher anhand ihrer Kreditkartendaten. Daher konnte ein in Deutschland ansässiger Kunde nur Musik im deutschen iTunes-Store kaufen, während ein

116) Siehe z. B. verbundene Rechtssachen C-92/92 und C-326/92, *Phil Collins und andere*, Slg. 1993, I-5145, Rz. 20.

117) EuGH, verbundene Rechtssachen C-403/08 und C-429/08, Slg. 2011, I (noch nicht in Slg.) Rz. 108.

118) Vgl. EuGH, Rechtssache C-61/97, *FDV*, Slg. 1998, I-5171, Rz. 15, und Rechtssache C-52/07, *Kanal 5 und TV 4*, Slg. 2008, I-9275, Randnrn. 36 f.

119) Rechtssache C-52/07, *Kanal 5 und TV 4*, Slg. 2008, I-9275.

120) Siehe EuGH, Rechtssache C-52/07, *Kanal 5 und TV 4*, Slg. 2008, I-9275, Rz. 40. Für eine genauere Betrachtung der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Verwertungsgesellschaften siehe R.Capito, in Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, 2008, Article 82 EC, Rz. 41 f.

121) Sachen COMP/C-2/39154, *PO/iTunes*, und COMP/C-2/39174. Siehe Kommission, Pressemitteilung MEM0/07/126 vom 3. April 2007.

britischer Kunde sie im britischen Store kaufen musste. Diese Praxis erregte die Aufmerksamkeit der Kommission, weil sich die Preise für den Download von Musik in den Mitgliedstaaten unterschieden. In Großbritannien waren Musikdownloads deutlich teurer als in andern EU-Ländern.

Die Kommission nahm an, dass die Vertriebsvereinbarungen zwischen Apple und den großen Tonträgerherstellern Gebietsbeschränkungen für den Verkauf enthielten, die gegen Art. 101 AEUV verstießen. Wenn sich dies bestätigt hätte, wäre derselbe Ansatz gegenüber Gebietsbeschränkungen zur Anwendung gekommen, dem der EuGH in der Rechtssache *FA Premier League gegen Karen Murphy*¹²² gefolgt war. Durch das Kartellverfahren konnte die Kommission jedoch klären, dass zwischen Apple und den großen Tonträgerherstellern keine Vereinbarung darüber bestand, wie die iTunes-Stores in Europa zu organisieren seien.¹²³ Es stellte sich heraus, dass Apple die Struktur des iTunes-Stores eher deshalb gewählt hatte, um die länderspezifischen Aspekte der Urheberrechtsgesetze zu berücksichtigen. Die Tatsache, dass Apple während der Untersuchung beschloss, die Preise für Downloads von Musik aus den iTunes-Stores in Europa anzugleichen, führte dazu, dass die Kommission das Verfahren 2008 förmlich einstellte.

3. Spezifisches Wettbewerbsrecht und Regulierungsfrage: Must-Offer

Mit der fortschreitenden Digitalisierung von Medieninhalten, der Verfügbarkeit neuer Formen des Vertriebs und Verkaufs dieser Inhalte an die Endverbraucher und insbesondere der wachsenden Bedeutung „exklusiver Inhalte“ klagen einige Plattformbetreiber und Diensteanbieter darüber, dass sie keinen Zugang zu bestimmten Arten von Inhalten erhalten. Verschärft wird das Thema – zumindest in mancher Hinsicht – durch die starke Zurückhaltung, die einige Eigentümer bei der Lizenzierung ihrer Inhalte für neue Medien wie Online-Musikplattformen, IPTV oder mobile Fernsehplattformen üben.¹²⁴ Es ist jedoch z. B. IPTV-Anbietern beinahe unmöglich, in einem Markt Tritt zu fassen, wenn sie ihren Kunden nicht die beliebtesten Fernsehkanäle anbieten und daher nicht mit Kabel- und Satellitenfernsehplattformen konkurrieren können. Dieses Problem wurde bereits in einigen EU-Mitgliedstaaten von der Medienregulierung aufgenommen. Darüber hinaus stellt sich jedoch die Frage, wie das Wettbewerbsrecht und der EU-Kommunikationsrechtsrahmen der EU damit umgehen.

3.1. Art. 102 AEUV – Must-Offer von beherrschenden Unternehmen

Die Weigerung, (bestimmte) Medieninhalte bereitzustellen, fällt unter Art. 102 AEUV, sofern die Voraussetzungen für den Missbrauch durch ein beherrschendes Unternehmen erfüllt sind. Die Anwendung des Art. 102 AEUV in diesen Fällen ist jedoch äußerst umstritten. Insbesondere in Fällen, in denen die verlangten Inhalte durch (nationale) Urheberrechtsgesetze geschützt waren (wie im Mediensektor), haben sich die EU-Gerichte und die Kommission schwergetan, die Notwendigkeit des Schutzes exklusiver geistiger Eigentumsrechte und die wettbewerbsrechtlichen Grundprinzipien des Vertrags miteinander in Einklang zu bringen. Art. 102 lit. b AEUV verbietet beherrschenden Unternehmen die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher. Diese Missbrauchskategorie wurde um die Unterkategorie „Lieferverweigerung“ erweitert.¹²⁵ Die Leitentscheidung über die Weigerung, Zugang zu Inhalten zu gewähren, erging in der Rechtssache *Magill*.¹²⁶ In diesem Fall veröffentlichten die drei größten irischen Rundfunkanstalten jeweils, entweder selbst oder über Tochterunternehmen, wöchentliche Fernsehprogrammübersichten über ihre eigenen Sendungen. Sie weigerten sich, Magill TV Guide eine Lizenz für ihre wöchentlichen Programmlisten¹²⁷ zu erteilen, und nahmen Magill dadurch die Möglichkeit, einen umfassenden Fernsehprogrammführer für sämtliche Programme zu veröffentlichen. Die Programmübersichten waren nach nationalem Recht

122) Siehe oben C.I.2.1.

123) Siehe Kommission, Pressemitteilung IP/08/22 vom 9. Januar 2008.

124) Konventionelle Medienunternehmen hatten – und haben gelegentlich auch weiterhin – kaum einen Anreiz, Rechte an neue Medien zu verbreiten oder zu lizenzieren, weil sie Angst haben, dass ihre wichtigsten Einnahmen verdrängt werden, siehe N. Nikolinakos, [2005] *CTLR* 13 (13).

125) Siehe EuGH, Rechtssache 6-7/73, *Commercial Solvents Corporation* und andere gegen Kommission, Slg. 1974, 223.

126) EuGH, Rechtssache C-241/91 *Magill*, Slg. 1995, I-743.

127) Die wöchentlichen Programme für zukünftige Sendungen wurden im Laufe des Programmplanungsverfahrens erstellt und standen zwei bis vier Wochen vor der jeweiligen Sendung zur Verfügung.

urheberrechtlich geschützt.¹²⁸ Die Kommissionsentscheidung, die durch den EuGH bestätigt wurde, stellte fest, dass die Sender gegen Art. 102 lit. b AEUV verstoßen hatten.¹²⁹

In seinem Urteil vertrat der EuGH die Ansicht, die Verweigerung einer Lizenzerteilung sei auch bei einem Unternehmen in beherrschender Stellung¹³⁰ nicht automatisch eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung.¹³¹ Die Ausübung eines Exklusivrechts kann jedoch unter „außergewöhnlichen Umständen“ zu einem Missbrauch führen. Der EuGH urteilte, dass die Umstände im Fall *Magill* tatsächlich außergewöhnlich gewesen seien. Erstens habe die Weigerung, die gewünschten Informationen zur Verfügung zu stellen, dazu geführt, dass trotz bestehender Nachfrage ein neues Produkt – nämlich die Veröffentlichung eines wöchentlichen Fernsehprogrammführers – nicht erscheinen konnte. Zweitens habe der Weigerung eine objektive Rechtfertigung gefehlt. Drittens hätten die Sender den Zugang zu Ausgangsmaterial verweigert, das für das Produkt (die Erstellung eines Fernsehprogrammführers) „unabdingbar“ war, wodurch sich die Rechteinhaber selbst den Sekundärmarkt (in diesem Fall den Markt für wöchentliche Fernsehprogrammführer) gesichert und so jeglichen Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen hätten.

Die Bedingungen für die Feststellung einer Lieferverweigerung (die im Fall *Magill* erstmalig benannt wurden) werden seither restriktiv ausgelegt. In der Rechtssache *IMS Health* vertrat der EuGH die Ansicht, dass ein Unternehmen, das über ein Recht des geistigen Eigentums verfügt, dann missbräuchlich handelt, wenn es sich weigert, den Zugang zu einem Produkt oder Dienst zu gewähren, der für die Ausübung eines bestimmten Geschäfts unabdingbar ist, wenn die folgenden drei kumulativen Voraussetzungen zutreffen:

- Die Weigerung verhindert das Auftreten eines neuen Erzeugnisses, für das eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht,
- die Weigerung ist nicht gerechtfertigt, und
- sie ist dazu geeignet, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen.¹³²

Weiterhin ist es notwendig, dass zwei unterschiedliche Produktionsstufen erkennbar sind und dass diese miteinander in der Weise zusammenhängen, dass das vorgelagerte Erzeugnis für die Lieferung an den nachgelagerten Markt unabdingbar ist.¹³³ Andere Fälle haben gezeigt, dass das Kriterium der „Unabdingbarkeit“ von Inhalten für das Geschäft des Unternehmens, das den Inhalt zu kaufen versucht, nicht leicht zu erfüllen ist.¹³⁴

Es bleibt zu bezweifeln, ob Art. 102 AEUV ein wirksames Werkzeug darstellt, um „Must-Offer“ von Rundfunkveranstaltern zu erreichen. In vielen Fällen werden sich die Rundfunkveranstalter in keiner beherrschenden Stellung befinden.¹³⁵ Ist jedoch ein Sender marktbeherrschend, kann er dazu verpflichtet werden, seine Fernsehkanäle zu nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten, sofern die Kanäle für den Wettbewerb auf dem abgeleiteten nachgelagerten Markt unabdingbar sind. Betrachtet

128) Die Tatsache, dass die Programminformationen selbst urheberrechtlich geschützt sind, ist ein recht einmaliges Merkmal des irischen Urheberrechtsgesetzes.

129) Siehe Kommission, Entscheidung 89/205/EWG, *Magill TV Guide/ITP, BBC und RTE* (Sache IV/31.851), [1989] ABL L 78/43, Rz. 23. Die drei Sender setzten „das Urheberrecht als Mittel des Missbrauchs ein [...] in einer Art, die nicht vom spezifischen Gegenstand dieses Immaterialgüterrechts erfasst wird“.

130) Das bloße Eigentum an einem geistigen Eigentumsrecht verleiht dem betreffenden Unternehmen nicht automatisch eine beherrschende Stellung, siehe EuGH, Rechtssache 40/70, *Sirena/EDA*, Slg. 1971, 69, Rz. 16.

131) EuGH, Rechtssache C-241/91 *Magill*, Slg. 1995, I-743, Rz. 49. Siehe auch EuGH, Rechtssache 238/87, *Volvo/Veng*, Slg. 1988, 6211, Rz. 7 f.

132) EuGH, Rechtssache C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039, Rz. 38. Siehe auch D. Ridyard, [2004] *ECLR* 669 (670), der die wirtschaftliche Begründung der ersten beiden Voraussetzungen in Frage stellt.

In ihrer Entscheidung in der Sache COMP/37.792, 24. März 2004, *Microsoft/Windows 2000*, scheint die Kommission auf die dritte Voraussetzung verzichtet zu haben, dass jeglicher Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt ausgeschlossen sein muss. Der Marktanteil des beherrschenden Unternehmens auf dem relevanten Markt für Serversoftware wurde nämlich auf rund 60 Prozent geschätzt. Siehe Berufung von Microsoft in Sache T-201/04, *Microsoft gegen Kommission*, und Sache T-167/08 *Microsoft gegen Kommission*.

133) EuGH, Rechtssache C-418/01 *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039, Rz. 38.

134) Siehe EuG, Rechtssache T-504/93, *Tiercé Ladbroke gegen Kommission*, Slg. 1997, II-923.

135) Bemerkenswert ist, dass das deutsche Bundeskartellamt wiederholt befand, dass die zwei großen deutschen Privatsender (Pro7Sat1 und RTL) gemeinsam eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Fernsehwerbung innehaben, siehe Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 18. März 2011, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2011/2011-03-18_PM_RTL-P7S1_Final.pdf

man jedoch die Tatsache, dass Kartellverfahren auf der Grundlage von Art. 102 AEUV einige Zeit dauern (was in einem Sektor, der sich so schnell entwickelt wie der Mediensektor, schädlich ist), ist es nicht überraschend, dass z. B. IPTV-Betreiber bisher keine Must-Offer-Verpflichtung über diese Bestimmung des Wettbewerbsrechts durchgesetzt haben.

3.2. Art. 101 AEUV und die FKVO – Must-Offer als Voraussetzung

Nach Herausarbeitung der Defizite, die Art. 102 AEUV aufweist, wenn der Rechteinhaber Mediendiensteanbietern den Zugang zu Inhalten verweigert, ist es interessant zu sehen, wie die Kommission die damit verbundenen Wettbewerbsprobleme nach Art. 101 AEUV¹³⁶ und nach der Fusionskontrollverordnung angegangen ist. Diese Bestimmungen geben der Kommission andere Instrumente zur Stärkung des Wettbewerbs zur Hand als Art. 102 AEUV: Nach Art. 101 AEUV kann die Kommission Unternehmen zur Einhaltung der Zusagen verpflichten, die sie gegeben haben, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission gegen eine Vereinbarung zwischen den Unternehmen auszuräumen.¹³⁷ Nach der Fusionskontrollverordnung kann die Kommission Bedingungen an eine Vereinbarkeitserklärung knüpfen und/oder die Einhaltung aller vereinbarten Zusagen sicherstellen.¹³⁸

Auf der Grundlage von Art. 101 AEUV wurden z. B. die deutsche Bundesliga und die *FA Premier League* dazu gezwungen, Rechte zur Verfügung zu stellen, also mediale Verwertungsrechte für Fußballspiele der obersten Liga zu verkaufen, um Inhalte an Mobiltelefone zu senden.¹³⁹ Die Zusagen gingen jedoch nicht so weit, den Verkauf dieser Rechte auf nicht-exklusiver Basis zu verlangen. Für Unternehmen, die Zugang zu Inhalten begehren, haben Entscheidungen nach Art. 101 AEUV den klaren Vorteil, dass die Zusagen direkt über nationale Gerichte durchsetzbar sind. In der Fusionssache *News Corp/Telepiù*¹⁴⁰ erlegte die Kommission dem fusionierten Unternehmen sowohl strukturelle als auch verhaltensorientierte Bedingungen auf, um den Wettbewerb auf dem italienischen Pay-TV-Markt zu vereinfachen und zu fördern. Oberstes Ziel des Maßnahmenpakets war die Vereinfachung des Zugangs für Fernsehbetreiber zu Premiuminhalten. News Corp musste unter anderem auf die Exklusivrechte für die nicht satellitengestützte Übertragung von Filmen, Spitzensportereignissen verzichten.¹⁴¹ Außerdem müssen Nichtsatellitenbetreibern Premiuminhalte auf Großhandelsbasis angeboten werden.¹⁴²

Diese Beispiele aus der Entscheidungspraxis legen nahe, dass sich Art. 101 AEUV und die Fusionskontrollverordnung bei der Lösung des Must-Offer-Problems als wesentlich wirksamer erweisen können als Art. 102 AEUV.

3.3. Must-Offer nach dem EU-Kommunikationsrechtsrahmen

Der EU-Kommunikationsrechtsrahmen befasst sich nicht ausdrücklich mit dem Must-Offer-Problem. Gemäß Art. 31 der Universaldienstrichtlinie können Mitgliedstaaten zur Übertragung bestimmter Hör- und Fernseh- und Rundfunkkanäle den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze betreiben, Übertragungspflichten auferlegen (Must-Carry).¹⁴³ Aus dem Wortlaut des Art. 31 ergibt sich klar, dass Mitgliedstaaten Übertragungspflichten auferlegen können, dies aber nicht tun müssen. Es gibt eindeutig keine Verpflichtung für Mitgliedstaaten, eine Must-Offer-Regelung einzuführen. Gleichzeitig verbietet der EU-Kommunikationsrechtsrahmen den Mitgliedstaaten die Einführung von Must-Offer-Regelungen aber auch nicht. Angesichts der Breite und Detailliertheit des EU-Kommunikationsrechtsrahmens könnte man argumentieren, dass Mitgliedstaaten nur dort regulieren können, wo der EU-Kommunikationsrechtsrahmen ihnen ausdrücklich diesen Ermessensspielraum lässt. Must-Offer-Pflichten betreffen zunächst und hauptsächlich den Zugang zu Inhalten. Wie bereits erwähnt bezieht sich der EU-Kommu-

136) Siehe z. B. Kommission, Entscheidung 2003/778/EG, *UEFA Champions League* (Sache C.2/37.398), [2003] ABl. L 291/25, Randnrn. 43 f., und Sache C.2/37.214, 19. Januar 2005, *Bundesliga*, Anlage Abschnitt 4.8. Mit diesen Entscheidungen wurden Rechteinhaber dazu gezwungen, auch Rechte zur Übertragung von Sportinhalten über 3G anzubieten.

137) Art. 9 Verordnung Nr. 1/2003, [2003] ABl. L 1/1.

138) Siehe Art. 6 Absatz 1 Buchstabe a und Art. 8 Absatz 2 FKVO.

139) Kommission, Entscheidung 2004/C 115/02, *FA Premier League* (Sachen C.2/38.173 und 38.463), [2003] ABl. L 115/3, und Sache COMP/C-2/37.214, 19. Januar 2005, *Bundesliga*, Anhang Abschnitt 4.8.

140) Kommission, Entscheidung 2004/311/EG, *News Corp/Telepiù* (Sache COMP/M.2876), [2004] ABl. L110/73.

141) *Ibid.*, Anhang Teil II. 2.

142) *Ibid.*, Anhang Teil II.

143) Zu den Must-Carry-Pflichten siehe unten C.III.2.1.

nikationsrechtsrahmen nicht auf die Inhalte von Diensten, die über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden. Folgt man diesem Gedanken, muss der EU-Kommunikationsrechtsrahmen nicht so verstanden werden, dass er die Mitgliedstaaten hindert, Must-Offer-Regelungen einzuführen. Daher erscheinen Forderungen nach einer Kombination von Must-Carry und Must-Offer in der Weise, dass Rundfunkveranstalter mit Must-Carry-Status einer Must-Offer-Verpflichtung für die Bereitstellung ihrer Programme für alle Plattformanbieter unterliegen,¹⁴⁴ nicht vollkommen unbegründet, insbesondere wenn sie auf der Absicht basieren, Chancengleichheit für diese beiden verschiedenen Akteure in der Wertekette zu schaffen.¹⁴⁵ In den Bestimmungen des EU-Kommunikationsrechtsrahmens finden sie jedoch keine Unterstützung.

II. Plattformbetreiber und konvergente Dienste

Der Begriff der „Medienplattform“ beschreibt eine Vielzahl von Diensten und hat – auch aufgrund der unaufhaltsamen Weiterentwicklung der Märkte – bei Weitem keine klare und genaue Bedeutung. Im Wesentlichen umfasst er alle (digitalen) Mediendienste, die eine Bereitstellung von AVMD – in Echtzeit und/oder verzögert – an verschiedene Netze erlauben, z. B. an Glasfaser-, Kupfer-, Mobilfunk-, Kabel-, Satelliten- oder digital-terrestrische Rundfunknetze. Gleichzeitig gibt es zahlreiche Geräte für den Empfang von Inhalten, die über die Plattform zugänglich gemacht werden, wie z. B. Smart-TVs, Set-Top-Boxen, Computer, Smartphones oder Tablets.¹⁴⁶ Aufgrund der fortschreitenden Konvergenz, der erhöhten Verfügbarkeit von Festnetz- und Mobilfunk-Breitbandverbindungen und der Innovationen im Endgerätemarkt gewinnen Medienplattformen im Vergleich zu traditionellen Formen des Medienkonsums immer mehr an Bedeutung.

1. Relevante Märkte

Viele der relevanten Märkte, in denen Plattformbetreiber aktiv sind, wurden oben bereits angesprochen.¹⁴⁷ Dieser Abschnitt beschäftigt sich jedoch mit den Märkten, in denen es konkret um den Betrieb von AVMD-Plattformen geht. Die Fragen, die sich hier stellen, lassen sich am besten anhand der Entscheidung der Kommission in der Sache *Telenor/Canal+/Canal Digital*¹⁴⁸ aufzeigen, auch wenn diese bereits aus dem Jahr 2003 stammt. Die komplexen Vereinbarungen in diesem Fall betrafen unter anderem die exklusive Bereitstellung und Verbreitung (von Pay-TV-Kanälen mit Premiuminhalten), den gemeinsamen Erwerb von Sport- und Filmlizenzen sowie Wettbewerbsverbote bei der Verbreitung von PPV/NVOD-Kanälen. Die Kommission stellte Überlegungen zur Möglichkeit unterschiedlicher Endkundenmärkte für Pay-per-View- (PPV) und Near-Video-on-Demand-Dienste (NVOD) an. Mehrere Unterschiede zwischen den Diensten von PPV/NVOD- und anderen Pay-TV-Kanälen sprechen der Kommission zufolge für getrennte Märkte. Während PPV-Kanäle aktuelle Filme unmittelbar nach dem Ende des Videoverwertungsfensters anbieten (in der Regel bis zu sechs Monaten nach der Veröffentlichung des Films), zeigen Pay-TV-Premiumkanäle diese Filme im Allgemeinen erst, wenn auch das PPV-Verwertungsfenster beendet ist (in der Regel nach weiteren drei Monaten).¹⁴⁹ Außerdem können Verbraucher, die PPV nutzen, unter einer bestimmten Anzahl von Filmen wählen, ohne – zumindest nicht in vergleichbarem Maße – den Einschränkungen und dem Zeitplan der Programmgestaltung von Pay-TV-Premiumkanälen unterworfen zu sein. Da dies jedoch nichts am Ergebnis der wettbewerbsrechtlichen Würdigung geändert hätte, übernahm die Kommission diese Marktdefinition nicht.

Dem Endkundenmarkt für Pay-TV-Dienste vorgelagerte Beschaffungsmärkte, wie der Beschaffungsmarkt für die Bereitstellung von PPV/NVOD-Filmkanälen und Pay-TV-Kanälen mit Premiuminhalten,

144) Siehe Cullen International, *The Regulation of Broadcasting Issues under the New Regulatory Framework*, 2006, S. 136, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/ext_studies/reg_bc_issues_under_nrf/broadcasting_study_report.pdf

145) Siehe Alexander Scheuer/Sebastian Schweda, *Fortschritte in der Diskussion um Must-Offer? Zur Exklusivität in Medien und Kommunikation*, in Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), *IRIS plus*, 2008-10.

146) Eine ähnliche Definition befindet sich im ITV Dictionary, www.itvdictionary.com/definitions/digital_media_platform_dmp_definition.html

147) Siehe C.I.1.

148) Für einen Überblick über alle relevanten Klauseln des Vertrags siehe Entscheidung der Kommission, Sache COMP/C.2.-38.287, 29. Dezember 2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*.

149) Siehe Entscheidung der Kommission, Sache COMP/C.2.-38.287, 29. Dezember 2003, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, Rz. 55.

sind ebenfalls öfters Gegenstand von Kommissionsentscheidungen.¹⁵⁰ Die Kommission definierte einen Beschaffungsmarkt für die Bereitstellung von Film- und Sportkanälen für Pay-TV, ohne zu entscheiden, ob der Markt nach verschiedenen Kanaltypen weiter segmentiert war. Die Nachfrage im Endkundenmarkt wurde zur Abgrenzung des Beschaffungsmarktes herangezogen, da die Nachfrage der Pay-TV-Anbieter nach bestimmten Kanälen die Nachfrage ihrer Abonnenten widerspiegelt.¹⁵¹ Die Kommission argumentierte, dass sich Pay-TV-Kanäle, auf denen neue Filme und exklusive Live-Übertragungen attraktiver Sportveranstaltungen gezeigt werden, in Preis und Charakteristik erheblich von Basiskanälen unterscheiden. Film- und Sportkanäle erzielten höhere Einschaltquoten, und Abonnements für solche Kanäle seien wesentlich teurer. Während Sparten- oder allgemein interessierende Pay-TV-Kanäle im Paket angeboten würden, erfolge die Gebührenerhebung für Film- oder Sportsendungen einzeln. Gleichzeitig sah die Kommission eine Trennung zwischen dem Markt für die Bereitstellung von Film- und Sportkanälen für Pay-TV und anderen Märkten für den Erwerb von Inhalten, etwa für den Kauf einzelner Veranstaltungen oder Inhalte mit dem Ziel, Fernsehpakete zusammenzustellen.¹⁵²

Die Kommission hat wiederholt einen Markt für die vorgelagerte Bereitstellung der für Pay-TV erforderlichen technischen Dienste definiert.¹⁵³ Der Pay-TV-Betrieb erfordere eine spezielle technische Infrastruktur und technische Dienste, die entweder vom Pay-TV-Anbieter selbst oder von anderen Firmen bereitgestellt würden. Diese Dienste umfassten im Wesentlichen eine Reihe sehr unterschiedlicher Elemente, in der Regel CA-Systeme (Conditional Access, Zugangskontrollsysteme), Middleware, die Herstellung von Set-Top-Boxen sowie Set-Top-Box-Technologie. Das wichtigste Element scheine das CA-System zu sein, eine Verschlüsselungstechnologie, die Pay-TV-Sender einsetzen, um die Verbreitung des Inhalts zu steuern und zu kontrollieren und den Inhalt vor unbefugten Zugriffen zu schützen.¹⁵⁴ CA-Systeme ermöglichten es Pay-TV-Betreibern zudem, von ihren Abonnenten für den Zugriff auf Inhalte Gebühren zu erheben. Auswahl und Betrieb eines bestimmten CA-Systems seien für den Pay-TV-Betreiber eine strategische Entscheidung, die den Kern des Pay-TV-Angebots betreffe. Tatsächlich schützten CA-Systeme das wichtigste Gut einer Pay-TV-Plattform: ihren Inhalt.¹⁵⁵ Der Umstieg von einem CA-System auf ein anderes sei teuer und aufwändig. Daher definierte die Kommission den Markt für die Bereitstellung von CA-Lösungen als gesonderten Markt.

2. Wettbewerbsrecht und andere Fälle mit Beteiligung von Plattformbetreibern

2.1. *News Corp/Premiere – Zugang Dritter zu einer Satellitenplattform*

Im Juni 2008 genehmigte die Kommission unter Auflagen die Übernahme des deutschen Pay-TV-Anbieters Premiere durch News Corp.¹⁵⁶ Dies sicherte News Corp die faktische Kontrolle über Premiere, den beherrschenden Anbieter im deutschen Pay-TV-Endkundenmarkt. Im Fusionsverfahren hatte die Kommission unter anderem Bedenken hinsichtlich des vertikalen Effekts der Konzentration auf CA-Systeme für Pay-TV geäußert. Die Transaktion schuf eine vertikale Verbindung in Bezug auf CA-Systeme, weil News Corp (durch ihre Tochter NDS) der führende Anbieter von CA-Systemen (und Middleware) in der EU und Premiere in Deutschland ein wichtiger Abnehmer solcher Systeme war.¹⁵⁷ NDS wollte mit der Lieferung von CA-Systemen beginnen, um bis spätestens 2012 der einzige Lieferant von Premiere für Verschlüsselungstechnologie zu werden. Die Kommission befürchtete, die beherrschende Stellung von Premiere könne durch die Umstellung auf das CA-System von NDS gestärkt werden, da sie in der Praxis dazu führen könne, dass die Set-Top-Box-Basis von Premiere weniger offen für Zugriffe bestehender oder potenzieller Pay-TV-Anbieter werden könnte. Die bestehenden Vereinbarungen zwischen Premiere und seinem CA-Dienstleister gewährten anderen Pay-TV-Anbietern in Deutschland damals den Zugang zu den Satelliten-Set-Top-Boxen von Premiere.

150) Entscheidung der Kommission, 1999/2935, *British Interactive Broadcasting/Open* (Sache IV/36.539), [1999] ABL. L 312/1, Rz. 29; Sache COMP/M.2876, 2. April 2003, *News Corp/Telepiù*, Randnr. 74.

151) Entscheidung der Kommission, 1999/2935, *British Interactive Broadcasting/Open* (Sache IV/36.539), [1999] ABL. L 312/1, Rz. 28.

152) Siehe Kommission, Sache COMP/M.2876, 2. April 2003, *News Corp/Telepiù*, Rz. 74; Entscheidung der Kommission, 2001/98/EG, *Telia/Telenor* (Sache IV/M.1439), [2001] ABL. L 40/1, Rz. 277 f.

153) Siehe nur Kommission, Sache COMP/M.5121, 25. Juni 2008, *News Corp/Premiere*, Rz. 40.

154) *Ibid.*, Rz. 42.

155) *Ibid.*, Rz. 44.

156) *Ibid.*

157) *Ibid.*, Rz. 67.

Aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission sagte News Corp zu, dass der technische Dienstleister weiterhin Dritten in derselben Weise Zugang zur Premiere-Satellitenplattform gewähren könne wie vor dem Zusammenschluss. So wurde eigens zu diesem Zweck eine Unterlizenzvereinbarung über die CA-Technologie von NDS zwischen Premiere und seinem technischen Dienstleister geschlossen. Dieser sollte auch alle anderen Rechte erhalten, die er benötigte, um anderen Pay-TV-Anbietern Zugang zur Satellitenplattform von Premiere in Deutschland zu gewähren, sowie die gesamte Hardware, die erforderlich ist, um das CA-System von NDS an der Kopfstelle der Satellitenplattform von Premiere zu integrieren. Mit diesen Auflagen wurde der Zusammenschluss von der Kommission genehmigt.

2.2. Kommission gegen Schweden – Wettbewerb in digitalen terrestrischen Netzen

In der Rechtssache *Kommission gegen Schweden* drohte die Kommission Schweden mit einer Klage beim EuGH, weil das Land es versäumt habe, einen Teil des Marktes für elektronische Kommunikation zu liberalisieren.¹⁵⁸ Aufgrund einer Kommissionsrichtlinie¹⁵⁹ mussten die Mitgliedstaaten bis Juli 2003 alle ausschließlichen Rechte für die Erbringung von elektronischen Kommunikationsdiensten, einschließlich der Verschlüsselung von Rundfunkprogrammen, abschaffen. Bis 2008 behielt Schweden jedoch sein Gesetz bei, demzufolge für das gesamte Netz ein einziges offenes System den Zugang zu allen digitalen terrestrischen Rundfunkprogrammen und -diensten kontrollierte. Das mit dem Betrieb dieses Systems beauftragte Unternehmen Boxer TV-Access AB sollte dieses Verschlüsselungssystem entwerfen, einrichten und betreiben und für die Bereitstellung und den Vertrieb der einheitlichen Zugangskarte zuständig sein. In der Praxis führte dieses System dazu, dass Boxer nicht nur das einzige Unternehmen war, das die Verschlüsselung anbieten konnte, sondern auch das Monopol für die Bereitstellung von digitalen Fernsehprogrammen über das terrestrische Netz in Schweden hatte. Unter dem Druck eines Vertragsverletzungsverfahrens gab Schweden letztlich nach und beendete mit einer Gesetzesänderung im Jahr 2008 das Monopol von Boxer TV-Access. Daraufhin stellte die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren ein.¹⁶⁰

III. Verbreitung (Netzbetreiber)

Heutzutage erreichen AVMD ihr Publikum über verschiedene Wege und Netze. Neben traditionellen (digitalen) terrestrischen, Satelliten- und Kabelnetzen entstehen neue Mittel für die Verbreitung von AVMD über Kupfer-, Glasfaser- oder sogar Mobilfunknetze über IPTV oder WebTV-Plattformen. Die durchschnittliche Verbreitung von IPTV innerhalb der EU ist zwar noch immer recht gering (8,1 Prozent aller Haushalte),¹⁶¹ doch mit der ständigen Erweiterung der Breitbandnetze verzeichnet der Dienst hohe Zuwächse. Dies verbessert in vielerlei Hinsicht die Stellung der Rundfunkveranstalter und Plattformbetreiber, die ihre Inhalte an die Endverbraucher verbreiten wollen.¹⁶² Dennoch bergen die vertikalen Beziehungen zwischen den Marktakteuren auf dieser Stufe der Wertekette und den nachgelagerten Akteuren einige regulatorische Herausforderungen.

1. Die relevanten Märkte

Im Jahr 2003 hatte die Kommission unter dem EU-Kommunikationsrechtsrahmen Rundfunkübertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendehalten für Endnutzer als einen Markt definiert, der für eine Vorabregulierung in Betracht kommt.¹⁶³ Beinahe alle nationalen Regulierungsbehörden folgten

158) Siehe Kommission, Pressemitteilung IP 06/1411 vom 17. Oktober 2006.

159) Art. 2 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, [2002] ABL. L 249/21.

160) Kommission, Pressemitteilung IP 08/878 vom 5. Juni 2008.

161) Siehe Kommission, Electronic Communications Market Indicators, 2012, S. 62, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/electronic_communications_2012.pdf

162) Der bestehende Streit zwischen öffentlich-rechtlichen Sendern und Kabelfernsehbetreibern über die Einspeiseentgelte in Deutschland mag hier als Beispiel dienen, siehe www.broadbandtvnews.com/2012/06/26/german-cable-war-escalates/

163) Markt Nr. 18, Empfehlung der Kommission 2003/311/EG über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, [2003] ABL. L 114/45.

dieser Empfehlung und grenzten die entsprechenden (nationalen) Märkte entsprechend ab. Sie verpflichteten die Netzbetreiber, die Rundfunkübertragungsdienste anboten, z. B. zu Preiskontrollen.¹⁶⁴ Im Jahr 2007 entschied die Kommission, dass der Markt in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten nicht länger der Vorabregulierung unterliegen sollte. Weil sich die Konkurrenz zwischen den Netzbetreibern verschärft hatte und die Zugangsprobleme im Zusammenhang mit Zielen von öffentlichem Interesse durch Must-Carry-Bestimmungen (Art. 31 Universaldienstrichtlinie) gelöst werden konnten, wurde der Markt von der Empfehlungsliste genommen.¹⁶⁵

2. Spezifische rechtliche Probleme

2.1. Must-Carry-Regelungen

Must-Carry-Regelungen verpflichten Netzbetreiber zur Weiterverbreitung bestimmter Inhalte.¹⁶⁶ Diese Regelungen dienen der Förderung und dem Schutz der Medienvielfalt und der kulturellen Vielfalt. Gemäß Art. 31 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie können Mitgliedstaaten „zur Übertragung bestimmter Hör- und Fernseh Rundfunkkanäle und -dienste den unter ihre Gerichtsbarkeit fallenden Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hör- und Fernseh Rundfunkdiensten genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, zumutbare Übertragungspflichten auferlegen“. Die Mitgliedstaaten dürfen Netzbetreibern diese Must-Carry-Pflichten jedoch nur dann auferlegen, wenn eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Netze als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und Fernsehsendungen nutzen. Zudem müssen die Must-Carry-Pflichten verhältnismäßig und transparent sein und zur Erreichung ausdrücklich festgelegter Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sein.¹⁶⁷ Insoweit erkennt Art. 31 Universaldienstrichtlinie den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV) an. Da Art. 31 Universaldienstrichtlinie keine Ziele von allgemeinem Interesse definiert, müssen diese von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem EU-Recht bestimmt werden.¹⁶⁸ Die Mitgliedstaaten können eine angemessene Vergütung festlegen und müssen ihre Must-Carry-Regelungen regelmäßig überprüfen.

Viele Mitgliedstaaten haben von Art. 31 Universaldienstrichtlinie Gebrauch gemacht. EU-weit besteht eine breite Vielfalt an Must-Carry-Regelungen, und trotz der relativ klaren Bestimmung des Art. 31 Universaldienstrichtlinie gab es um diese Regelungen hitzige Diskussionen. Zumindest für die Netzbetreiber, z. B. Kabelbetreiber, die einer solchen Weiterverbreitungspflicht unterliegen, ist der Grund klar: Durch die Digitalisierung von Sendeinhalten und die Aufrüstung der Kabelnetze wurden die Kapazitätsengpässe, die ein Grund für die Einführung der Must-Carry-Pflichten waren, stark reduziert. Nach Eingriffen der Kommission oder Beschwerden von Netzbetreibern gab es verschiedene Urteile zu Must-Carry-Regelungen. Der EuGH erläuterte seinen generellen Ansatz zu Art. 31 Universaldienstrichtlinie in der folgenden Erklärung in der Rechtssache *Kabel Deutschland*:

„Daraus folgt, dass die Auslegung von Art. 31 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie nicht die nationalen Regelungen beeinträchtigen darf, die unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Ziele von allgemeinem Interesse verfolgen, insbesondere in Bezug auf die Regulierung von Inhalten und die audiovisuelle Politik. Entsprechend dieser Aufteilung der Zuständigkeiten begründet Art. 31 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie (...) kein Recht des Kabelnetzbetreibers, die auszustrahlenden Kanäle zu wählen, sondern schränkt dieses Recht ein, soweit es nach dem anwendbaren nationalen Recht besteht.“¹⁶⁹

164) Nur Belgien und Bulgarien folgten diesem Beispiel nicht.

165) Siehe Erläuterungen zur Empfehlung der Kommission 2007/879/EG über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, SEK(2007) 1483/2, S. 47 f.

166) Siehe Cullen International, „*The Regulation of Broadcasting Issues under the New Regulatory Framework*“, 2006, S. 17.

167) Es muss darauf hingewiesen werden, dass der Wortlaut in der deutschen Version von Art. 31 Universaldienstrichtlinie im Rahmen der Überarbeitung des Rechtsrahmens im Jahr 2009 geändert wurde („ausdrücklich festgelegte Ziele“ statt „klar umrissene Ziele“), während der englische Text unverändert blieb. Aus dieser Änderung lässt sich jedoch nicht schließen, dass der EU-Gesetzgeber eine Änderung der Bedeutung der Bestimmung beabsichtigte.

168) EuGH, Rechtssache C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*, Slg. 2008, I-10889, Rz. 30.

169) *Ibid.*, Rz. 34.

Die jüngste Rechtssache *Kommission gegen Belgien*¹⁷⁰ fasst den derzeitigen Stand der Rechtsprechung des EuGH zu Must-Carry zusammen. Die Kommission hatte ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien eingeleitet, weil sie der Auffassung war, der Mitgliedstaat habe Art. 31 Universaldienstrichtlinie nicht korrekt umgesetzt.

Der Gerichtshof stimmte mit der Kommission darin überein, dass die belgische Gesetzgebung von 1995 gegen Art. 31 Universaldienstrichtlinie verstieß. Art. 31 Abs. 1 verlange, dass Must-Carry-Verpflichtungen nur auferlegt werden, soweit sie zur Erreichung ausdrücklich festgelegter Ziele von öffentlichem Interesse erforderlich sind, und dass sie verhältnismäßig und transparent sind.¹⁷¹ Aus dieser Bestimmung geht ebenso wie aus Art. 56 AEUV hervor, dass Mitgliedstaaten Must-Carry-Pflichten zur Aufrechterhaltung des Pluralismus im Rahmen einer Kulturpolitik auferlegen dürfen, die im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit steht. Die Maßnahmen zur Durchführung einer solchen Politik dürfen aber auf keinen Fall außer Verhältnis zu diesem Ziel stehen.¹⁷² Der EuGH erklärte ferner: „Die bloße Angabe eines allgemeinen politischen Ziels, die im Übrigen mit keinem zusätzlichen Hinweis verbunden ist, der es den Betreibern erlauben könnte, im Voraus Art und Umfang der genauen Voraussetzungen und Verpflichtungen, die zu erfüllen sind, festzustellen, wenn sie sich um die Gewährung des Status des Trägers der Übertragungspflicht bewerben, kann diesen Anforderungen nicht genügen.“¹⁷³ Das belgische Gesetz legte die Kriterien für die Auswahl der Fernsehsender, die den Must-Carry-Status erhalten sollten, nicht ausdrücklich fest und ermangelte damit die Präzision, die erforderlich gewesen wäre, um sicherzustellen, dass diejenigen Sender ausgewählt wurden, deren Inhalte in ihrer Gesamtheit tatsächlich die verfolgten kulturellen Ziele von öffentlichem Interesse erfüllen konnten.

Außerdem würden auch andere Aspekte von Art. 31 Universaldienstrichtlinie im belgischen Recht nicht ausreichend berücksichtigt. Belgien habe den Transparenzgrundsatz missachtet, da das fragliche Gesetz keine Definition der Kriterien liefere, die für die Erteilung des Must-Carry-Status an Rundfunkveranstalter erfüllt sein müssen. Das belgische Gesetz gebe lediglich an, dass der König durch im Ministerrat beratenen Erlass diejenigen unter ihnen bezeichne, für die diese Verpflichtung gelten soll. Ein transparentes Verfahren setze jedoch voraus, dass die Kriterien, die für die Erteilung des Must-Carry-Status erfüllt sein müssen, den Sendern, für die die Übertragungspflicht gelten könne, bekannt seien.¹⁷⁴ Außerdem kritisierte der Gerichtshof, dass Must-Carry nach dem belgischen Gesetz automatisch für *alle* Programme eines Rundfunkveranstalters gelte, der den Must-Carry-Status erhält.¹⁷⁵ Die Mitgliedstaaten müssten diesen Status vielmehr strikt auf solche Kanäle beschränken, deren gesamter Programminhalt geeignet sei, das verfolgte Ziel des Allgemeininteresses zu erreichen.¹⁷⁶

2.2. Marktzugang für Rundfunkveranstalter

Restriktive Regelungen der Mitgliedstaaten für den Marktzugang von Rundfunkveranstalter stießen bei der Anwendung des EU-Kommunikationsrechtsrahmens ebenfalls auf Kritik. Das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Centro Europa 7* verdeutlicht diese Probleme.¹⁷⁷ *Centro Europa 7* hatte von den italienischen Behörden Senderechte für terrestrisches Analogfernsehen erhalten. Um diese Rechte nutzen zu können, musste *Centro Europa 7* den nationalen Vergabeplan für Frequenzen abwarten: Dieser Plan wurde jedoch nie verabschiedet, während die etablierten Sender die Frequenzen faktisch im Rahmen einer provisorischen Regelung nutzen durften.

170) EuGH, Rechtssache C-134/10, *Kommission/Belgien*, Slg. 2011, I (noch nicht in Slg.).

171) *Ibid.*, Rz. 50.

172) *Ibid.*, Rz. 53; Rechtssache C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA a.o. gegen État Belge*, Slg. 2007, I-11135, Rz. 44.

173) EuGH, Rechtssache C-134/10, *Kommission/Belgien*, Slg. 2011, I (noch nicht in Slg.), Rz. 54.

174) *Ibid.*, Rz. 60. Siehe auch EuGH, Rechtssache C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*, Slg. 2008, I-10889, Rz. 24.

175) EuGH, Rechtssache C-134/10, *Kommission/Belgien*, Slg. 2011, I (noch nicht in Slg.), Rz. 64.

176) *Ibid.*, Rz. 63. Der Gerichtshof vertrat auch die Ansicht, das belgische Gesetz verstoße gegen Art. 31 Universaldienstrichtlinie, da es die Must-Carry-Pflicht nicht auf die Betreiber von Netzen mit einer ausreichenden Zahl von Endnutzern, die diese Netze als Hauptmittel für den Empfang von Fernsehprogrammen nutzen, beschränkt.

177) EuGH, Rechtssache C-380/05, *Centro Europa 7*, Slg. 2008, I-349. Siehe auch V. Moscon, Italien: Rechtssache *Centro Europa 7*, IRIS 2008-7/25. In einer ähnlichen Sache hat die Kommission kürzlich Bulgarien vor dem EuGH verklagt, weil der Mitgliedstaat gegen EU-Recht verstoßen haben soll, als er 2009 die fünf für digitales terrestrisches Fernsehen verfügbaren Frequenzbereiche über zwei Auswahlverfahren vergab, in denen er die Anzahl der Unternehmen, die in den betreffenden Markt eintreten konnten, ohne Begründung begrenzte, siehe Kommission, Pressemitteilung IP 12/298 vom 22. März 2012.

Auf Ersuchen des italienischen Staatsrats (*Consiglio di Stato*) entschied der EuGH, der Vertrag verlange nicht, dass nationale Monopole mit kommerziellem Charakter vollständig abgeschafft werden müssten. Sie müssten lediglich so angepasst werden, dass zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten keine Diskriminierung im Hinblick auf die Bedingungen für die Beschaffung und Vermarktung von Waren bestehe.¹⁷⁸ Art. 56 AEUV schließe jedoch die Anwendung nationaler Vorschriften aus, die die Bereitstellung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten schwieriger machen als die bloße Bereitstellung von Diensten innerhalb eines Mitgliedstaats. Für die Umsetzung dieses Prinzips in das abgeleitete Recht verbiete Art. 3 Abs. 1 der Genehmigungsrichtlinie¹⁷⁹ den Mitgliedstaaten, ein Unternehmen an der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste zu hindern.¹⁸⁰ Der Gerichtshof vertrat auch die Ansicht, ein Betreiber könne seine Rechte auf Zugang zum Fernsehmarkt, die ihm aus dem EU-Recht erwachsen, ohne Sendefrequenzen nicht wirksam ausüben. Daher besage Art. 5 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie, dass dort, wo für die Nutzung von Funkfrequenzen individuelle Rechte erteilt werden müssen, diese Rechte „im Wege eines offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens“ zu erteilen sind. Die Feststellungen des Gerichtshofs erlauben den Schluss, dass die italienischen Behörden unter anderem gegen Art. 56 AEUV und gegen die Genehmigungsrichtlinie verstoßen hatten, da das Verfahren der faktischen Vergabe von Funkfrequenzen an die etablierten Netze und die – gleichzeitige – Nichtvergabe von Funkfrequenzen an Betreiber, die wie *Centro Europa 7* bereits Senderechte erworben hatten, nicht als offenes, transparentes und nicht-diskriminierendes Verfahren gewertet werden kann.

2.3. Netzneutralität

Die Diskussion über die Netzneutralität ist sicherlich eine der komplexesten und gleichzeitig hitzigsten Debatten, die jemals über die Telekommunikations- und Medienregulierung geführt wurde. Sie beruht im Wesentlichen auf der Angst, dass Internet-Service-Anbieter (ISPs) den Zugang zu bestimmten Arten von Inhalten, Anwendungen oder Diensten begrenzen könnten. Das Thema kam zunächst in den Vereinigten Staaten auf, als bekannt wurde, dass ein Kabelbetreiber den Peer-to-Peer-Datenverkehr auf seinem Netz gedrosselt hatte. Die Diskussionen darüber, ob solche Praktiken verboten werden sollten, erfassten bald auch Europa. Während einige argumentieren, dass jedes Bit und jedes Byte im Internet von den ISPs gleich behandelt werden sollte, glaubt die Internetwirtschaft, dass eine solche Regulierung die Entwicklung neuer Dienste und Geschäftsmodelle behindern würde. Auch wenn es sicherlich unmöglich ist, hier einen Überblick über all die verschiedenen Aspekte und Argumente zu geben, die in der Sache ausgetauscht wurden, sollen einige Anmerkungen zum derzeitigen Stand der Regulierung in der EU und ihren Auswirkungen auf die Medienwirtschaft gemacht werden.

Wie die Vereinigten Staaten hat auch die EU eine abwartende Haltung zur Netzneutralität eingenommen. Neelie Kroes, Vizepräsidentin der Kommission, formulierte den Ansatz der Kommission kürzlich wie folgt: „Ich möchte sicherstellen, dass Internetnutzer immer vollen Internetzugang wählen können – das heißt Zugang zu einem robusten, gut aufgestelltem Internet mit allen gewünschten Anwendungen. Aber ich will nicht in die Wettbewerbsmärkte eingreifen, solange ich nicht sicher bin, dass dies der einzige Weg ist, um entweder Verbrauchern oder Unternehmen zu helfen. Am besten beiden. Insbesondere weil ein schlecht entwickeltes Medikament schlimmer sein kann als die Krankheit und unvorhergesehene schädliche Wirkungen bis weit in die Zukunft hinein haben kann.“¹⁸¹ Manche werden tatsächlich argumentieren, dass die Wettbewerbsstruktur der Kommunikationsmärkte in der EU ISPs davon abhalten wird, den Internetzugang ihrer Kunden zu beschränken.

Als der EU-Kommunikationsrechtsrahmen 2009 überarbeitet wurde, wollte er diesen Wettbewerb über Transparenzmaßnahmen und niedrige Wechselhürden sichern, um zu garantieren, dass Kunden ihre ISPs auf der Grundlage der Qualität des angebotenen Internetzugangs wählen können. Gemäß Art. 22 Universaldienstrichtlinie können nationale Regulierungsbehörden ISPs zur Veröffentlichung vergleichbarer, angemessener und aktueller Endnutzerinformationen über die Qualität ihrer Dienste verpflichten. Um eine Verschlechterung der Dienste und eine Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern, können die nationalen Regulierungsbehörden auch Mindestanforderungen an die Dienstqualität festlegen. Gleichzeitig verlangt Art. 21 Universaldienst-

178) *Ibid.*, Rz. 78.

179) Richtlinie 2002/20/EG, s. Fußnote 5.

180) EuGH, Rechtssache C-380/05, *Centro Europa 7*, Slg. 2008, I-349, Rz. 83.

181) Siehe Blog von Neelie Kroes, Eintrag vom 29. Mai 2012, <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/netneutrality/>

richtlinie von den ISPs, ihre Kunden über jede Änderung der Bedingungen, die den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen einschränkt, zu informieren und Informationen über mögliche Verfahren zur Messung und Beeinflussung des Datenverkehrs bereitzustellen. Die Mitgliedstaaten mussten diese Bestimmungen bis Mai 2011 in nationales Recht umsetzen. Mit einer Ausnahme (Niederlande¹⁸²) scheint bisher kein Mitgliedstaat vom EU-Kommunikationsrechtsrahmen abweichende Regelungen zur Netzneutralität verabschiedet zu haben. Die Kommission und die nationalen Regulierungsbehörden verfolgen die Umsetzung des EU-Kommunikationsrechtsrahmens genau und beobachten insbesondere, wie die ISPs mit Internetdiensten umgehen, die von Konkurrenten wie VoIP- und Instant-Messaging-Anbietern bereitgestellt werden.¹⁸³

182) In den Niederlanden wurde ein Gesetz verabschiedet, dass die ISPs verpflichtet, alle Internetdienste gleich zu behandeln. Die ISPs dürfen weder Unterschiede zwischen fremden und eigenen Diensten machen noch Zusatzgebühren für den Zugang zu Internetdiensten wie VoIP oder Instant Messaging verlangen. Siehe Art. 7.4a des Telekommunikationsgesetzes in der geänderten Fassung.

183) Siehe z. B. BERC Report on the public consultation on the draft BERC Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality, Dezember 2011, BoR (11) 66, abrufbar unter: http://berc.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berc/download/0/133-berc-report-on-the-public-consultation-_0.pdf

Teil II

Marktzugangsvorschriften, Medienkonzentrationsregeln, Wettbewerbsrecht und sonstige Ansätze zur Begrenzung von Marktmacht in ausgewählten Ländern



Franz Zeller und Michael Stämpfli
Bundesamt für Kommunikation (BAKOM)

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

1. Ansatz in Bezug auf öffentlich-rechtliche Medien

Es ist erklärtes Ziel schweizerischer Medienpolitik, einen starken, attraktiven und eigenständigen Service public (Grundversorgung) zu erhalten. Dies hängt auch mit nationalen Besonderheiten zusammen: Die schweizerischen Märkte sind gerade im Bereich von Radio und Fernsehen im internationalen Vergleich ausgesprochen klein, zumal die Schweiz mit ihren vier Landessprachen keinen einheitlichen Medienmarkt darstellt, sondern sich in mehrere Sprachregionen unterschiedlicher Größe aufteilt. Diese Sprachregionen sind zwangsläufig Teil der ungleich größeren Märkte ihrer gleichsprachigen Nachbarländer („Next-door giant“-Phänomen). Die Jahresumsätze schweizerischer Fernsehstationen betragen nur einen Bruchteil der Finanzkraft ihrer ausländischen Konkurrenten. Dies hat beim Fernsehen dazu beigetragen, dass seit längerer Zeit weit mehr als die Hälfte der Marktanteile auf ausländische Programme entfällt. In kaum einem anderen europäischen Land ist die Auslandsorientierung des Publikums derart ausgeprägt.

Sollen sich schweizerische Programmanbieter auf dem inländischen publizistischen Markt gegen die starke Auslandskonkurrenz behaupten können, ist eine Bündelung der knappen Ressourcen im Sinne einer Konzentration der Kräfte unvermeidlich. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich deshalb dazu entschlossen, eine starke Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu erhalten. Als öffentliches Unternehmen mit privatrechtlicher Organisation (Verein) erhält sie einen Großteil der Rundfunkgebühren und darf sich zudem aus Werbung und Sponsoring finanzieren.

Das schweizerische Recht betrachtet die Wettbewerbsverzerrung im innerstaatlichen Rundfunkmarkt als unvermeidlichen Preis für die Konkurrenzfähigkeit der SRG im Wettbewerb mit der starken ausländischen Konkurrenz. Die vom schweizerischen Gesetzgeber gewollte Marktmacht der SRG führt allerdings zum Konflikt mit dem zweiten Hauptziel schweizerischer Radio- und Fernsehpolitik: Gewünscht ist eigentlich ein Wettbewerb zwischen mehreren inländischen Programmveranstaltern, damit im Interesse einer lebendigen demokratischen Willensbildung und vielfältiger kultureller Prozesse eine Vielzahl von Stimmen zu Wort kommt.¹

Der Tätigkeit der marktmächtigen SRG werden daher gesetzliche Grenzen gezogen: Sie darf ihre finanzielle Stärke und ihr Renommee nicht dazu missbrauchen, die private schweizerische Konkurrenz in ihrer Existenz zu gefährden. Das schweizerische Recht sorgt für einen gewissen Ausgleich zwischen

1) Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, Bundesblatt (BBl) 2003, S. 1594; www.admin.ch/ch/d/ff/2003/1569.pdf. In ihrer Botschaft an das Parlament kommentiert die Regierung (Bundesrat) nach schweizerischem Recht den Entwurf des von ihr vorgeschlagenen Erlasses.

der SRG und den anderen inländischen Marktteilnehmern. Dieser Ausgleich erfolgt nicht in erster Linie durch das **allgemeine Wettbewerbsrecht**: Stützt sich die SRG auf Vorschriften (z. B. in ihrer Konzession), die sie zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten, so ist die Anwendung des Kartellgesetzes (KG) ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG).² Das Kartellgesetz greift allerdings für Aktivitäten der SRG außerhalb jener Bereiche, in denen die Wettbewerbsverzerrung der Absicht des Gesetzgebers entspricht. So führte die für die Anwendung des Kartellgesetzes zuständige Wettbewerbskommission (WEKO) verschiedene Vorabklärungen gegen die SRG wegen möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) durch. Dies betraf etwa die Gründung der im Produktionsbereich tätigen SRG-Tochtergesellschaft tpc (WEKO-Schlussbericht vom 4. Februar 2004) und die behauptete Benachteiligung freier TV-Produktionsfirmen (WEKO-Schlussbericht vom 9. Mai 2008). In beiden Fällen konnte die WEKO keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise erkennen.

Der Freiraum der SRG wird vor allem dadurch beschränkt, dass ihr die schweizerische Regierung (Bundesrat) in der **Konzession**³ verschiedene Grenzen setzt. So beschränkt die Konzession die Art und Anzahl der Radio- und Fernsehprogramme der SRG und den Umfang des SRG-Online-Angebots (Art. 13 Konzession SRG). Zudem verpflichtet sie die SRG zur Zusammenarbeit mit der schweizerischen Musik- und Filmbranche, der audiovisuellen Industrie, nationalen Medienarchiven und anderen schweizerischen Veranstaltern (Art. 16-20 Konzession SRG).

Einen weiteren Ausgleich schafft das **Radio- und Fernsehgesetz (RTVG)**⁴ durch spezifische Bestimmungen, welche andere Marktteilnehmer in ihrer wirtschaftlichen – und mittelbar auch in ihrer publizistischen – Entfaltung vor der SRG schützen. Zu erwähnen sind beispielsweise:

- Schranken für die SRG (und von ihr beherrschte Unternehmen) für Tätigkeiten, die nicht in ihrer Konzession festgelegt sind und die andere schweizerische Medienunternehmen beeinträchtigen könnten. Sie sind dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) vorgängig zu melden und können unter bestimmten Voraussetzungen untersagt werden (Art. 29 RTVG).
- Schranken für Beteiligungen der SRG an anderen Programmveranstaltern: Solche Beteiligungen bedürfen einer Genehmigung durch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) (Art. 37 RTVG).

Auf der anderen Seite sind spezifische Vorschriften des RTVG zum Schutz der Vielfalt etwa im Rahmen der Konzessionierung (Art. 44 und 45 RTVG; dazu sogleich I.2. „Regulierung des Marktzugangs“) für die SRG nicht relevant. Sie hat einen gesetzlichen Anspruch auf eine Konzession (Art. 25 Abs. 1 RTVG).

2. Regulierung des Marktzugangs

Die Veranstaltung eines Radio- oder Fernsehprogramms ist in der Schweiz seit 2007 zwar ohne eine Konzession möglich. In der Praxis ist dieses Instrument aber nach wie vor von großer Bedeutung: Eine Konzession benötigt jeder Veranstalter, der einen Anteil aus den Empfangsgebühren (Gebührensplitting) oder die garantierte drahtlos-terrestrische Verbreitung seines Programmes etwa über UKW oder digitale Plattformen wünscht.⁵

2.1. Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt als Konzessionierungshindernis (Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG)

Das Radio- und Fernsehgesetz knüpft die Erteilung einer Konzession in Art. 44 an insgesamt sieben allgemeine Voraussetzungen (unter anderem die Finanzierbarkeit und die Trennung der redaktionellen Tätigkeit von den wirtschaftlichen Aktivitäten). Wichtigste Voraussetzung im

2) Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) ist abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/sr/c251.html

3) Konzession für die SRG SSR idée suisse (Konzession SRG) vom 28. November 2007, abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/ff/2007/8557.pdf

4) Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/sr/c784_40.html

5) Sidler, O., Neues Radio- und Fernsehgesetz verabschiedet, IRIS 2006-5/11. Alle IRIS-Artikel sind abrufbar über die Datenbank IRIS Merlin unter <http://merlin.obs.coe.int>

Bereich der Medienkonzentration ist die vom Parlament ins Gesetz eingefügte Mindestanforderung, dass der Bewerber die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet (Art. 44 Abs. 1 lit. g RTVG). Nach der Gerichtspraxis ist diese Gefährdung im Sinne von Art. 74 RTVG zu verstehen, das heißt, der Programmveranstalter muss über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und diese auch missbrauchen.⁶

- Zur Beurteilung der **marktbeherrschenden Stellung** muss die rundfunkrechtliche Konzessionsbehörde, das UVEK, gemäß Art. 74 Abs. 2 RTVG die Wettbewerbskommission konsultieren. Eine Konsultation erfolgt allerdings nicht bei allen Konzessionsgesuchen. Das Departement muss die WEKO nur einschalten, „wenn das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne Weiteres verneint werden kann und zudem zumindest Indizien für einen Missbrauch vorliegen“.⁷ Gestützt auf die Angaben der WEKO prüft das UVEK, ob einer Bewerberin hinsichtlich ihrer publizistischen Informationsleistungen zu Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Für die Abklärung muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden. Das ist gerade in den Bereichen der Medien und der Telekommunikation eine komplizierte, vielschichtige und zeitraubende Angelegenheit. Nach Auffassung des Departements hat die Marktabgrenzung aufgrund publizistischer Kriterien zu erfolgen: Printmedien, Radio, Fernsehen und Internet ergänzen sich betreffend Informationsangebot und sind daher als getrennte sachliche Märkte zu beurteilen. Die Veranstaltung qualitativ hochstehender Radio- oder Fernsehprogramme bedarf nach Ansicht des Departements – selbst bei paralleler staatlicher Subventionierung durch Splittinggebühren – gerade bei multimedial tätigen Verlagshäusern einer gewissen wirtschaftlichen Größe.⁸
- Das Gesetz schiebt dem **Missbrauch** der beherrschenden Stellung im relevanten Markt (Art. 74 Abs. 1 lit. a RTVG) einen Riegel vor. Dies gilt nicht nur auf dem Gebiet von Radio und Fernsehen. Zu untersuchen ist das gesamte Mediensystem: Eine Gefährdung – und damit ein Hindernis für die Erteilung einer Radio- oder Fernsehkonzession – liegt beispielsweise auch vor, wenn ein Bewerber seine beherrschende Stellung im Zeitungsmarkt missbraucht.⁹ Ein medienpolitischer Missbrauch kann beispielsweise vorliegen, wenn ein marktbeherrschendes Medienunternehmen seinen Redaktoren verbietet, Bücher aus anderen Medienverlagen zu rezensieren.¹⁰ Grundsätzlich ist die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens ein dornenvolles Unterfangen: Erstens ist es wettbewerbsökonomisch nur schwierig einzugrenzen (so sind die Preisdiskriminierung oder das Erzwingen unangemessener Preise nach schweizerischem Wettbewerbsrecht nur bei Vorliegen besonderer Umstände unzulässig). Und zweitens deckt sich der Missbrauchsbegriff des RTVG nicht mit jenem des Kartellgesetzes: Maßgebend sind nach dem Willen des Parlaments nicht ökonomische Kriterien, sondern die Medienvielfalt. Das Bundesverwaltungsgericht hat 2009 die fehlende Klarheit der Kriterien für das Vorliegen eines medienpolitischen Missbrauchs kritisiert. Das Departement hat den Begriff in der Zwischenzeit näher umschrieben (vgl. unten I.3.2.)

Für die Verweigerung der Konzession genügt jedenfalls nicht, dass es in der Vergangenheit zu einem Missbrauch gekommen ist. Vielmehr muss es wahrscheinlich sein, dass auch künftig publizistisch missbräuchliche Verhaltensweisen des Medienunternehmens vorkommen, denn die Erteilung einer Radio- oder Fernsehkonzession dient als zukunftsgerichtete Maßnahme der Sicherstellung eines publizistischen Service public.¹¹

In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Prüfung dieser Konzessionsvoraussetzung zeitaufwendig ist – sie kann mehrere Jahre in Anspruch nehmen: Konnten die meisten Radio- und Fernsehkonzessionen in den Jahren 2008 und 2009 erteilt werden, so ist dies in drei Versorgungsgebieten wegen der offenen Frage eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung bis 2012 zum großen Teil noch immer

6) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 (Südostschweiz Radio), E. 3.6.3; www.bvger.ch

7) BVGer A-7799/2008, E. 4.2; www.bvger.ch

8) Konzessionsentscheid des UVEK vom 3. November 2011, Tele Sântis AG und TVO AG, E. 3.2.2.1; www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheidendatenbank/index.html?lang=de&entscheid=85 (vom BVGer bestätigt im Urteil A-6542/2011 vom 22. August 2012; www.bvger.ch).

9) BVGer A-7799/2008, E. 4.3.

10) BVGer A-7799/2008, E. 4.8.

11) Konzessionsentscheid des UVEK vom 3. November 2011, Tele Sântis AG und TVO AG, E. 3.3.1.3, bestätigend BVGer A-6542/2011 vom 22. August 2012, E. 8; www.bvger.ch

nicht geschehen. Dort können die Programme nur empfangen werden, weil das Departement den Veranstaltern von Tele Ostschweiz (nun TVO), Radio Grischa und Radio Argovia 2010 provisorische Konzessionen erteilte. Diese Übergangskonzessionen sollen gewährleisten, dass der vom Gesetzgeber angestrebte regionale Service public auch in der Zeit bis zur rechtskräftigen Neuurteilung erbracht und damit ein Nachteil für die Bevölkerung verhindert werden kann.¹²

Bislang wurde aufgrund von Art. 44 Abs. 1 lit. g RTVG zwar noch keine Konzession verweigert. Die schweizerische Regierung hat dennoch davor gewarnt, dass diese Konzessionsvoraussetzung die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages (Service public) erschweren könnte: Es wäre denkbar, dass das Departement in kleinen Gebieten mit nur einem Medienhaus gar keine Radio- oder Fernsehkonzessionen mehr erteilen könnte. Der Bundesrat hat deshalb eine Streichung dieser Konzessionsvoraussetzung vorgeschlagen.¹³

2.2. Bei Gleichwertigkeit Bevorzugung jener Bewerber, welche die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichern (Art. 45 Abs. 3 RTVG)

Gibt es mehr Bewerbungen als Konzessionen, so kommt nach Art. 45 Abs. 3 Satz 1 RTVG jener Bewerber zum Zug, der den Leistungsauftrag am besten zu erfüllen vermag. Es ist denkbar, dass mehrere Gesuche in dieser Hinsicht weitgehend gleichwertig sind.¹⁴ In diesem Fall privilegiert das Gesetz jene Bewerbung, welche die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert (Art. 45 Abs. 3 Satz 2 RTVG).

Eine solche Konstellation weitgehend gleichwertiger Bewerbungen kommt in der Praxis vereinzelt vor. Im Rahmen der letzten Konzessionierungsrunde war dies im Fernsehversorgungsgebiet 10 Zürich-Nordschweiz der Fall: Die Unabhängigkeit der beiden Gesuchstellerinnen musste über den Konzessionszuschlag entscheiden. Diese beurteilte sich vor dem Hintergrund der spezifischen Ausgestaltung der Medienlandschaft im betreffenden Versorgungsgebiet. Zu berücksichtigen waren dabei alle medialen Ebenen, also neben der bestehenden Situation im Rundfunkbereich auch diejenige im Printbereich. Die verlagsunabhängige Tele Top AG erhielt deshalb den Vorzug vor TeleZüri, welches zum Konzern der Tamedia AG gehörte. Tamedia ist eines der grossen Schweizer Medienunternehmen mit zahlreichen Publikationen nationaler und regionaler Ausstrahlung im Printbereich sowie zu dieser Zeit elektronischen Medien in den Großräumen Zürich und Bern.¹⁵

2.3. Maximum von je zwei Konzessionen pro Veranstalter (2+2-Regel gem. Art. 44 Abs. 3 RTVG)

Eine außergewöhnliche Regelung hat das Parlament (gegen den Willen der Regierung) 2006 ins neue Radio- und Fernsehgesetz eingefügt: Radio- und Fernsehveranstalter beziehungsweise die dahinterstehenden Unternehmen dürfen maximal zwei Fernseh- und zwei Radiokonzessionen (Art. 44 Abs. 3 RTVG) erwerben. Diese Vorschrift bezweckt, der Medienkonzentration nicht nur mit den oben erwähnten qualitativen Kriterien (Art. 45 Abs. 3 RTVG) beizukommen, sondern auch quantitativ. Im Fokus der Beschränkung steht die Verhinderung einer horizontalen Konzentration: Die wenigen großen, vorwiegend im Printbereich tätigen Verlagshäuser sollten nicht beliebig viele Radio- und Fernsehstationen aufkaufen und so den schweizerischen Rundfunkmarkt unter sich aufteilen können.

In der Praxis hat diese starre Vorschrift dazu geführt, dass Verlagshäuser vor dem Erwerb von Radio- oder Fernsehstationen bisherige Unternehmen abgestoßen haben, weil sie sonst mehr als zwei Konzessionen gehabt hätten. Strittig ist mitunter die Frage, ob eine Kontrolle weiterhin vorliegt. Das BAKOM lehnt sich dafür an die Praxis der WEKO zum Kontrollbegriff in der Verordnung über die

12) Das BVGer akzeptierte die provisorische Konzessionierung im Urteil A-897/2010 vom 23. August 2010. Für das Versorgungsgebiet Ostschweiz bestätigte es im Urteil A-6542/2011 vom 22. August 2012 endgültig die Erteilung der Konzession an das Regionalfernsehprogramm TVO; www.bvger.ch

13) Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Änderung des RTVG vom 10. April 2012, Ziff. 1.2.2.2; www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/04016/

14) Dazu BVGer A-7761/2008 vom 9. Dezember 2009 (Arc TV SA), E. 6.2.

15) Konzessionsentscheid des UVEK vom 31. Oktober 2008, Tele Top AG und Tamedia AG, E. 2.4.2; www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheidendatenbank/index.html?lang=de&entscheid=42&leitsatzsprachen=de|fr|it&page_num=8&page_num=8

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) an.¹⁶ Kontrolle liegt danach vor, wenn ein Unternehmen durch seine (Stimm-)Anteile, vertragliche Vereinbarungen oder faktische Gegebenheiten die Möglichkeit hat, über strategisch wichtige Entscheide des anderen Unternehmens zu bestimmen oder solche Entscheide zu verhindern. Es hat sich aber gezeigt, dass trotz dieser Restriktion insbesondere ein Radio-Franchise-Modell mit mehr als zwei gleich aufgemachten Radiostationen mit Konzession (etwa Radio Energy in den Gebieten Zürich, Bern und Basel) grundsätzlich möglich ist. Vorausgesetzt ist gemäß BAKOM, dass sich das franchisegebende Unternehmen (im Falle von Radio Energy die Ringier AG) nur geringfügig an der dritten Radiostation beteiligt und die einzelnen Radiostationen untereinander eine genügend starke Eigenständigkeit zur Erfüllung des Leistungsauftrags bewahren. In der Öffentlichkeit und in der Politik gab dieses Franchise-Modell allerdings auch schon Anlass zu Diskussionen.¹⁷

Die von Art. 44 Abs. 3 RTVG vorgesehene Obergrenze der Konzessionszahl gilt auch für die neuen digitalen Verbreitungstechnologien. Diese Beschränkung hat nach Auffassung des Bundesrats den Nachteil, dass sie die technologische Entwicklung bremst: Die kostspielige Einführung der neuen Technologien ist auf finanzstarke Marktteilnehmer angewiesen. Viele Medienunternehmen verfügen aber bereits über zwei Radiostationen mit UWK-Verbreitung und können daher faktisch nicht mehr in die digitale Verbreitung investieren. Die schweizerische Regierung hat deshalb 2012 vorgeschlagen, dass künftig Ausnahmen von der 2+2-Regel vorgesehen werden können, falls es um neue Verbreitungstechnologien geht.¹⁸

3. Medienspezifische Antikonzentrationsregeln

Das RTVG von 2006 enthält in Art. 74 und 75 auch jenseits der Konzessionserteilung spezifische Instrumente gegen die Medienkonzentration. Die Vorschriften greifen auch gegenüber bereits konzessionierten Medienunternehmen und gegenüber Radio- und Fernsehveranstaltern, die keine Konzession benötigen.

Mit der neuen Konzentrationsregelung im RTVG wollte der Bundesrat ein spezifisches Instrument für den Rundfunksektor schaffen, welches über das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes hinausgeht.¹⁹ Während das Kartellgesetz die Förderung von Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung bezweckt, geht das RTVG über eine rein ökonomische Betrachtungsweise hinaus: Zentrales Anliegen der rundfunkrechtlichen Medienkonzentrationsvorschriften ist die Gewährleistung von Meinungspluralismus und damit von publizistischem Wettbewerb. Das Mediensystem soll innerhalb eines demokratischen Staates ein möglichst großes Spektrum verschiedener gesellschaftlicher, politischer, kultureller und weltanschaulicher Strömungen zum Ausdruck bringen. Das Gesetz geht von der Grundannahme aus, dass eine steigende Medienkonzentration hinsichtlich dieser zentralen Medienfunktionen problematisch ist. Allerdings kann sich die Medienkonzentration auch positiv auswirken, wenn sie ermöglicht, dass die betreffenden Unternehmen die nötige Wirtschaftskraft zum Erbringen qualitativ hochstehender publizistischer Leistungen erhalten.

Wie bei der Konzessionserteilung (oben I.2.) geht es im Kern darum, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern. Dies geschieht nicht durch starre Vorgaben: Der schweizerische Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, wie in den Nachbarländern gesetzliche Marktanteils Grenzen oder Eigentumsbeschränkungen zu statuieren.²⁰ Die offen formulierten Vorschriften des RTVG sollen es der Rundfunkbehörde erlauben, der jeweiligen publizistischen Situation Rechnung zu tragen.

16) Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU), abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/sr/c251_4.html

17) Vgl. Interpellation 12.3053 von Ständerat Claude Janiak vom 29. Februar 2012: Radiokonzession als Handelsware?, www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123053

18) Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Änderung des RTVG vom 10. April 2012, Ziff. 2.10.

19) Botschaft zum RTVG, BBl 2003, S. 1646; www.admin.ch/ch/d/ff/2003/1569.pdf

20) Botschaft zum RTVG, BBl 2003, S. 1647; www.admin.ch/ch/d/ff/2003/1569.pdf

3.1 Voraussetzung 1: Beherrschende Stellung im relevanten Markt (Art. 74 Abs. 1 lit. a RTVG)

Das im Rundfunkrecht geregelte Verfahren zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung (Art. 74 Abs. 2 RTVG) knüpft an die kartellrechtliche Terminologie an. Ausgangspunkt bildet daher die Praxis der WEKO, die sich für die Marktabgrenzung auf Art. 11 Abs. 3 VKU stützt. Sie wird vom UVEK jedoch den besonderen Umständen der publizistischen Märkte angepasst. Untersucht wird eine marktbeherrschende Stellung etwa im Hörer- und im Zuschauermarkt für (lokal-regionale) Informationen in den Gebieten Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport. Relevant sind auch die Werbemärkte.

3.2 Voraussetzung 2: Missbrauch der beherrschenden Stellung (Art. 74 Abs. 1 lit. a und b RTVG)

Für die Definition eines publizistischen Missbrauchs geht das Departement davon aus, dass in einer demokratischen Gesellschaft eine Vielzahl an Inhalten, Akteuren, Meinungen, Perspektiven und Interessen thematisiert und reflektiert werden sollte. Als missbräuchlich bezeichnet es Verhaltensweisen marktbeherrschender Medienunternehmen, welche geeignet sind, die freie und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Mediennutzer einzuschränken. Missbrauch liegt nach Auffassung der Konzessionsbehörde beispielweise²¹ vor, wenn

- den verschiedenen Meinungen und Interessen kein chancengleicher publizistischer Zugang gewährt wird;
- relevante Themen in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport einseitig dargestellt oder ignoriert werden;
- mittels einer einseitigen Auswahl von Meinungen und Akteuren in intransparenter Weise versucht wird, demokratische Entscheidungsprozesse zu beeinflussen;
- anerkannte journalistische Berufsregeln missachtet werden (etwa durch Verletzungen des Journalistenkodexes).

Eine Gefährdung der Vielfalt liegt erst vor, wenn der publizistische **Missbrauch systematisch** ist. Als systematisch wird ein Missbrauch angesehen, wenn dem Veranstalter entweder wenige gleichartige oder viele verschiedenartige, publizistisch missbräuchliche Verhaltensweisen nachgewiesen werden können.²²

In die Prüfung fließen auch mögliche Korrektive auf struktureller und organisatorischer Ebene ein. Gegen einen Missbrauch spricht es beispielsweise, wenn ein Veranstalter die redaktionell-inhaltliche strikt von der kommerziellen Abteilung trennt und die journalistische Unabhängigkeit in einem Redaktionsstatut garantiert.²³

3.3. Ausdehnung auf andere medienrelevante Märkte als Radio und TV (Art. 74 Abs. 1 lit. b RTVG)

Nach Art. 74 Abs. 1 RTVG beschränkt sich die Prüfung der Marktbeherrschung nicht auf die publizistischen Kernmärkte Radio und Fernsehen (monomediale Konzentration). Sie umfasst multimedial das gesamte Mediensystem mit vor- und nachgelagerten Märkten. Zu diesen medienrelevanten Märkten gehören etwa die Beschaffung von Informationen (etwa über Nachrichtenagenturen), der Zugang zu Sportübertragungs- und Filmausstrahlungsrechten und der Printbereich. Zu beachten sind auch die nachgelagerten Verteilmärkte, etwa im Bereich der Verbreitung von Fernsehprogrammen über Leitungen und Satellit, der drahtlosen Verbreitung von Radioprogrammen und der Haushaltzustellung von Presseprodukten.

3.4. Maßnahmen bei Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Art. 75 RTVG)

Selbst bei einer Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt muss die Behörde nicht zwingend Maßnahmen ergreifen. Unter Umständen drängen sich trotz Missbrauchs marktbeherrschender Stellung keine Interventionen auf, beispielsweise weil die angestrebte Programmversorgung aus ökonomischen Gründen nur durch eine Konzentration der Kräfte gesichert werden kann.²⁴

21) Konzessionsentscheid des UVEK vom 3. November 2011, Tele Sántis AG und TVO AG, E. 3.3.1.2; bestätigend BVGer A-6542/2011, E. 8.

22) UVEK-Konzessionsentscheid, a. a. O., E. 3.3.1.3; bestätigt im BVGer-Urteil A-6542/2011, E. 8; www.bvger.ch

23) UVEK-Konzessionsentscheid, a. a. O., E. 3.3.4.2.4.

24) Botschaft zum RTVG; BBl 2003, S. 1647.

Entscheidet sich die Behörde für Maßnahmen, so kann sie sowohl gegen einen (konzessionierten oder nicht konzessionierten) Programmveranstalter vorgehen als auch gegen eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung, welche die Vielfalt durch Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung gefährdet. Außerhalb des Radio- und Fernsehmarkts darf die Rundfunkbehörde jedoch nicht intervenieren. Negative Auswirkungen eines multimedialen Monopols, das sich auf Rundfunk und Presse bezieht, können also nur durch Interventionen auf der Rundfunkseite korrigiert oder gemildert werden.

Das Gesetz zählt in Art. 75 Abs. 2 eine Reihe möglicher Maßnahmen auf:

- vielfaltsichernde Vorkehrungen (wie die Einräumung von Sendezeit für Dritte oder Sicherung der Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern);
- Vorkehrungen gegen Konzernjournalismus (wie den Erlass eines Redaktionsstatuts zur Absicherung redaktioneller Freiheit);
- Anpassung der unternehmerischen oder organisatorischen Strukturen (etwa durch Herauslösung einzelner Unternehmenszweige) – dies allerdings nur, wenn andere Maßnahmen offensichtlich ungenügend sind.

In der Praxis hat das Departement bislang noch keine entsprechenden Maßnahmen angeordnet.

4. Ergänzung der medienspezifischen Regeln durch das Wettbewerbsrecht

Der Medienbereich ist auch Gegenstand der kartellrechtlichen Kontrolle durch die **Wettbewerbskommission**. Die WEKO kann sowohl das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen (**Missbrauchskontrolle**, Art. 7 KG) prüfen als auch geplante Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen mit einem gewissen Jahresumsatz (**Zusammenschlusskontrolle**, Art. 9 KG).

Bei der Missbrauchskontrolle werden nur diejenigen Märkte auf das Vorliegen einer Marktbeherrschung hin untersucht, bei denen Indizien für einen möglichen Missbrauch vorliegen.²⁵

Bei der Zusammenschlusskontrolle, welcher für den Medienbereich besondere Bedeutung zukommt, galt bis 2004 eine verschärfte Meldepflicht für fusionierende Medienunternehmen in Art. 9 Abs. 2 KG.²⁶ Die für die Meldung vorgesehene Umsatzschwelle war aus medienpolitischen Überlegungen um das Zwanzigfache reduziert. Dies führte dazu, dass die Wettbewerbsbehörde bis 2004 zahlreiche Medienzusammenschlüsse behandelte. Die Mehrzahl erklärte sie zwar ohne vertiefte Prüfung für unbedenklich. Einzelne Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich hat die WEKO aber untersagt²⁷ oder nur mit Auflagen zugelassen,²⁸ da diese eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt hätten.

Die verschärften Fusionsregelungen im Medienbereich wurden aber gestrichen, weil sich das ausschließlich dem Wettbewerb verpflichtete Kartellgesetz nicht für medienpolitische Anliegen eigne. Wirkliche Gefahren für den Wettbewerb bestehen nach Auffassung der WEKO lediglich, wenn Zusammenschlüsse zwischen den großen Verlagen in der Schweiz auftreten. Die Fusionskontrolle greift nur noch bei Zusammenschlüssen von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung (das heißt nach Art. 9 Abs. 1 lit. a KG bei einem Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einem auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen). Durch die Aufhebung der speziellen Schwellenwerte ist ein Großteil der Medienübernahmen bzw. -zusammenschlüsse in der Schweiz seither einer kartellrechtlichen Prüfung nicht mehr zugänglich.

Zusätzlich zur Missbrauchs- und Fusionskontrolle durch die WEKO besteht in der Schweiz ein spezifisches wettbewerbsrechtliches Instrument zur Bekämpfung **missbräuchlicher Preise** marktmächtiger Unternehmen: die **Preisüberwachung**. Gestützt auf das Preisüberwachungsgesetz

25) Vgl. Vorabklärung Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien, in: RPW 2001-1, S. 64 ff. (Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden), abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/00157/index.html?lang=de

26) Vgl. BBl 2002, S. 2022; www.admin.ch/ch/d/ff/2002/2022.pdf

27) Vgl. Entscheid Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG, in: RPW 2004-2, S. 529 ff.

28) Vgl. Entscheid NZZ-Espace-Bund, in: RPW 2004-2, S. 484 ff.

vom 20. Dezember 1985 (PÜG)²⁹ kann der Preisüberwacher³⁰ auch im Medienbereich bestimmte Preissenkungen empfehlen oder sogar verfügen. Dies betrifft etwa die Höhe der Empfangsgebühren für Radio und Fernsehen (nach Art. 70 Abs. 3 RTVG hat der Bundesrat bei seiner Entscheidung über die Gebührenhöhe die Empfehlungen des Preisüberwachers zu berücksichtigen und allfällige Abweichungen öffentlich zu begründen). Preissenkungen erwirkte der Preisüberwacher auch etwa im Bereich des Kabelfernsehens (vgl. unten III.1.).

4.1. Marktdefinition

Die Wettbewerbskommission grenzt im Medienbereich eine Vielzahl von kleinen und kleinsten Märkten ab. Im Rahmen der Kontrolle von Zusammenschlüssen großer, multimedial tätiger Unternehmen hat sie diese regelmäßig alle hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu überprüfen.³¹

4.2. Kontrolle der Werbemärkte

Medienerzeugnisse werden – anders als die meisten anderen Güter – gleichzeitig auf zwei Märkten angeboten. Während die Medienunternehmen auf der einen Seite den Nutzenden publizistische Informationen anbieten, offerieren sie auf der anderen Seite den Werbetreibenden Raum für ihre Werbebotschaften. Zwischen dem Nutzungs- und dem Werbemarkt besteht eine starke Wechselwirkung. Je mehr Nutzende ein Medium ausweisen kann, desto interessanter ist es für die Werbewirtschaft. Umgekehrt ermöglichen Mehreinnahmen im Werbemarkt dem Medienunternehmen, sein Medium qualitativ zu verbessern, was wiederum zu mehr Nutzenden und mehr Werbeeinnahmen führt. Die Wettbewerbskommission berücksichtigt deshalb bei der Kontrolle von Medienunternehmen regelmäßig auch die Werbe- und Anzeigenmärkte.³²

4.3. Kontrolle der Inholdemärkte durch die Aushandlung von Urheberrechten: Sport- und Filmrechte

Die Märkte für Sport- und Filmrechte sind ebenfalls Gegenstand der kartellrechtlichen Missbrauchs- und Zusammenschlusskontrolle. So prüfte die WEKO den Beteiligungserwerb des führenden Telekomunternehmens Swisscom an der Filmrechtevermarkterin Cinetrade AG und ließ ihn am 7. März 2005 ohne Auflagen zu. Die Beteiligung an Cinetrade erleichterte Swisscom den Einstieg ins Filmgeschäft und damit die Ergänzung ihrer Kernaktivitäten Telefonie und Internet mit Fernsehen (*Triple Play*). Der Zusammenschluss führte nach Auffassung der WEKO weder im Bezahlfernsehmarkt noch im Markt für die Beschaffung von Erstausstrahlungsrechten an Film- und Sportsendungen zu einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.³³ Die Kabelnetzbetreiberin Cablecom focht den Entscheid der WEKO vergeblich an.³⁴

Zurzeit prüft die Wettbewerbskommission im Rahmen einer Vorabklärung, ob die Cinetrade AG (an der Swisscom zu 49 Prozent beteiligt ist) im Bereich der Sport-Liveübertragungen in unzulässiger Weise eine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Die am Pay-TV-Anbieter Teleclub beteiligte Cinetrade AG vergibt den Großteil der Liveübertragungsrechte für Fußball und Eishockey in der Schweiz. Beim IPTV-Anbieter Swisscom-TV kostet der Zugriff auf Livespiele pro Monat weniger als das gleiche Paket bei den anderen Kabelnetzanbietern. Die WEKO prüft nun die Gründe für die Preisdifferenzierung.

29) Abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/sr/9/942.20.de.pdf

30) www.preisueberwacher.admin.ch/

31) Vgl. Entscheid Tamedia/PPSR, in: RPW 2009-3, S. 245 ff.

32) Vgl. Entscheid Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG, in: RPW 2000-3, S. 422 ff.

33) Medienmitteilung der WEKO, abrufbar unter: www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/14241.pdf und ausführliche Entscheidbegründung in RPW 2005-2, S. 363 ff.

34) Urteil des Bundesgerichts 2A.161/2006 vom 12. Oktober 2006; www.bger.ch/jurisdiction-recht

5. Must-Offer-Bestimmungen und Pflichten zur Archivöffnung für Mitbewerber

5.1. Must-Offer

Das schweizerische Recht kennt keine Verpflichtung der Service-public-Veranstalter (vor allem der SRG), anderen Radio- oder Fernsehveranstaltern gebührenfinanzierte Inhalte zur Zweit- und Drittnutzung zur Verfügung zu stellen. Der Bundesrat sprach sich 2002 ausdrücklich gegen einen entsprechenden Vorstoß eines Parlamentariers aus. Eine solche Pflicht wäre nicht nur urheberrechtlich bedenklich, sondern auch hinsichtlich der Medienvielfalt: Dadurch würden ökonomische Anreize gesetzt, auf eigene Recherchen und Eigenproduktionen zu verzichten und stattdessen Inhalte der SRG auszustrahlen. An die Stelle der erwünschten Medienvielfalt träte eine Angleichung der Programme zwischen privaten Anbietern und der SRG einerseits und zwischen den verschiedenen privaten Angeboten untereinander andererseits.³⁵

5.2. Archivzugang für Konkurrenten

Auch bezüglich des Archivzugangs für Konkurrenten kennt das schweizerische Recht keine entsprechende Verpflichtung der SRG. Andere Rundfunkveranstalter haben daher keine weitergehenden Rechte als die Allgemeinheit, die Archive der Service-public-Veranstalter zu konsultieren. Die meisten Archivbestände mit Radio- und Fernsehsendungen sind in der Schweiz für das Publikum nicht öffentlich zugänglich. Zurzeit wird diese Situation aber überprüft. Es besteht eine gesetzliche Grundlage, wonach die Veranstalter (SRG und Private) verpflichtet werden können, ihre Sendungen an ein öffentlich zugängliches Archiv abzuliefern (Art. 21 RTVG).

6. Spezielle Regeln für Dienste, die den Empfang ermöglichen oder erleichtern

Beim Empfang von digitalem Fernsehen stellt sich seit Jahren das Problem, dass verschiedene schweizerische Fernmeldediensteanbieter ihre Nutzer vertraglich zur Miete oder zum Kauf von ihnen abgegebener (proprietärer) Set-Top-Boxen verpflichten. Da dieser Zwang neben der Wahlfreiheit der Nutzer auch den Wettbewerb auf dem Markt für den Empfang von kabelverbreitetem Digitalfernsehen beschränkt, schlug die schweizerische Regierung (Bundesrat) 2010 eine Ergänzung des RTVG vor. Ein neuer Art. 65a RTVG sollte den Bundesrat ermächtigen, Vorschriften zur Gewährleistung der freien Wahl des Empfangsgeräts für digital aufbereitete Fernsehprogramme zu gewährleisten.³⁶

Der Vorschlag der Regierung scheiterte aber im Parlament.³⁷ Das Parlament erachtete die vorgeschlagene Regelung nicht mehr als notwendig, da die Nutzer im Zuge der technologischen Entwicklung mittlerweile die Wahl zwischen verschiedenen Fernsehangeboten (Kabel, Antenne, Satelliten, IPTV oder Web-TV) haben. Weiter sah das Parlament in der gesetzlichen Regelung die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung und befürchtete den Erlass von Schnittstellenvorgaben in Empfangsgeräten, welche nicht dem aktuellsten Stand der Technik entsprechen.

II. Plattformbetreiber und konvergierte Dienste

Verschiedene Gatekeeper können ihre Position der Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen zur Marktabschottung missbrauchen. Zu denken ist etwa an Engpässe auf dem Verbreitungsweg bei Multiplexbetreibern, bei Set-Top-Boxen für den Empfang von digitalem Fernsehen oder bei Navigationssystemen (Electronic Programme Guides – EPGs).

Das allgemeine Wettbewerbsrecht vermag gegen solche Missbräuche eine gewisse Hilfestellung zu bieten. Darüber hinaus wird der offene Zugang durch spezifische Vorschriften über die Aufbereitung von Programmen in Art. 63–65 des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) geschützt. Diese Spezialregeln geben Programmveranstaltern einen Anspruch auf Zugang zu den Aufbereitungsdiensten oder

35) Stellungnahme des Bundesrats vom 26. Juni 2002 zur Motion von P. Weigelt; www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20023140

36) Aubry, P., Der Bundesrat spricht sich für die freie Wahl des Empfangsgeräts für digitales Fernsehen aus, IRIS 2010-10/19.

37) Siehe www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100084

-einrichtungen zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen. Dies haben etwa Multiplexbetreiber zu beachten, falls sie ein Programm nicht bereits aufgrund gesetzlicher oder behördlich verfügbarer Zugangsrechte verbreiten müssen (vgl. unten III.4.). Darüber hinaus enthält das RTVG Vorschriften über offene Programmierschnittstellen, technische Standards, Verschlüsselung und Entbündelung. So kann der Bundesrat offene Schnittstellen oder gar bestimmte technische Standards vorschreiben, falls dies für die Sicherung der Meinungsvielfalt erforderlich ist.

III. Verbreitung (Netzwerkbetreiber)

1. Tarife

Das RTVG sieht keine Tarifvorgaben für die Verbreitung vor. Dies ist im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit Sache der Vereinbarung zwischen dem Fernmeldediensteanbieter und dem Veranstalter. Aus den gesetzlichen Materialien geht jedoch hervor, dass Programme von Veranstaltern mit Must-Carry-Status (vgl. unten III.4.) kostenlos verbreitet werden müssen, die Verbreitungskosten mithin zulasten des Fernmeldediensteanbieters gehen.

Von den Verbreitungskosten zu unterscheiden sind die Kosten für die Zuführung des Programmsignals zum Verbreitungsnetz. Die Zuführungskosten hat nach der Gerichtspraxis der Programmveranstalter zu tragen.³⁸

Zu beachten sind die besonderen Kompetenzen des Preisüberwachers: Er erwirkte beispielsweise beim führenden Kabelnetzbetreiber Cablecom, der mehr als 50 Prozent der schweizerischen Haushalte versorgt, verschiedene Preissenkungen. So erreichte er 2010 nach mehrmonatigen Verhandlungen mit Cablecom eine einvernehmliche Regelung über die Preise für den Kabelfernsehanschluss sowie das analoge und digitale Radio- und Fernsehgrundangebot.³⁹

2. Zugang

Auch im Bereich der Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen über Leitungen oder drahtlos-terrestrische Technologien verpflichtet das Radio- und Fernsehgesetz die Fernmeldediensteanbieter zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Angeboten (Art. 51 Abs. 2 RTVG). Bislang gibt es zu dieser Vorschrift keine Praxis, doch ist eine entsprechende Streitigkeit beim BAKOM anhängig.

3. Netzneutralität

Die Schweiz kennt bislang keine gesetzliche Regelung der Netzneutralität. Sollten Telekommunikationsunternehmen missliebige Inhalte unterdrücken oder einzelne Angebote gegenüber anderen diskriminieren, so könnte die fernmelderechtliche Aufsichtsbehörde – das Bundesamt für Kommunikation – aufgrund der aktuellen Rechtslage wohl nicht einschreiten.

Im Parlament wurde 2012 nachgefragt, ob in der Schweiz eine gesetzliche Regelung nach niederländischem Vorbild geplant ist. Die zuständige Medienministerin erklärte, diese Frage werde im Rahmen der vorgesehenen Revision des Fernmeldegesetzes geprüft werden.⁴⁰

38) Urteil des BVerfG A-8389/2010 vom 21. Juli 2011 (Schweizer Sportfernsehen SSF gegen 20 Fernmeldediensteanbieter), E. 6.6 ff.

39) Siehe www.preisueberwacher.admin.ch/themen/00019/00025/

40) Siehe www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4904/381895/d_n_4904_381895_381951.htm

4. Must-Carry-Regeln

Welche Programme Must-Carry-Status haben, definiert Art. 59 RTVG. Es sind dies die konzessionierten Programme der SRG sowie die Programme von konzessionierten Privatveranstaltern mit Leistungsauftrag (Abs. 1). Die SRG-Programme müssen in der ganzen Schweiz, die Programme der konzessionierten Privatveranstalter in ihren Versorgungsgebieten über Leitungen verbreitet werden.

Weiter hat der Bundesrat gestützt auf Art. 59 Abs. 2 RTVG in der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) Programme ausländischer Veranstalter bestimmt, die aufgrund ihres besonderen Beitrags zur Bildung, zur kulturellen Entfaltung oder zur freien Meinungsbildung ebenfalls Must-Carry-Status haben und in der ganzen Schweiz über Leitungen zu verbreiten sind. Es sind dies die Programme ARTE, 3sat, TV5, ARD, ORF 1, France 2 und Rai Uno sowie – in der Sprache der jeweiligen Sprachregion – das Programm Euronews.

Darüber hinaus kann das BAKOM den Programmen weiterer Veranstalter auf deren Gesuch hin den Must-Carry-Status erteilen, sofern das Programm in besonderem Maß zum verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag beiträgt (Art. 60 RTVG; vgl. oben I.2.). Sind die Voraussetzungen gegeben, bemisst sich der Umfang der Verbreitungspflicht nach dem Gesuch. Bisher konnten sich erst zwei Programme den Must-Carry-Status auf diese Weise sichern: ein Spartensender für Breitensport⁴¹ und der Jugendsender Joiz.⁴²

Der Must-Carry-Status umfasst zurzeit noch die analoge und die digitale Verbreitung. Sieht das Geschäftsmodell eines Fernmeldediensteanbieters aber beispielsweise die digitale Verbreitung noch nicht vor, ist dieser nur zur analogen Verbreitung verpflichtet.

5. Regelergänzung durch das Wettbewerbsrecht

Gestützt auf allgemeines Wettbewerbsrecht wurde die größte schweizerische Kabelnetzbetreiberin (Cablecom AG) 2002 verpflichtet, das digitale Pay-TV-Angebot der Teleclub AG weiterhin auf ihr Kabelnetz aufzuschalten. Nach dem Entscheid der Wettbewerbskommission hatte die Cablecom ihre marktbeherrschende Stellung als führende Kabelnetzbetreiberin durch die verweigerte Aufschaltung der Teleclub-Programme missbraucht. Nicht akzeptabel war auch die Forderung von Cablecom, die Teleclub AG müsse auf den Einsatz eigener Set-Top-Boxen zum Empfang ihrer Programme verzichten.⁴³

41) Vgl. www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheidendatenbank/index.html?lang=de&entscheid=23&leitsatzsprachen=de|fr|it&page_num=8

42) Vgl. www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheidendatenbank/index.html?lang=de&entscheid=69&leitsatzsprachen=de|fr|it&page_num=3&page_num=3&page_num=3&page_num=3

43) Sidler, O., Streit zwischen Cablecom und Teleclub, in: IRIS 2002-7/12, und Hilger, C., Ende des Streits zwischen Cablecom und Teleclub, in: IRIS 2003-6/13.

DE DEUTSCHLAND

Sebastian Schweda

Institut für Europäisches Medienrecht (EMR), Saarbrücken/Brüssel

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

1. Regulierung von Marktmacht bei öffentlich-rechtlichen Medien

Während private Rundfunkveranstalter bereits seit Langem umfassenden, spezifisch medienkonzentrationsrechtlichen Bestimmungen (siehe dazu sogleich I.2. und 3.) unterworfen sind, wurden die Vorgaben für kommerzielle Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten durch den Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag¹ neu und umfassender gestaltet. Sie setzen Zusagen um, die Deutschland gegenüber der Europäischen Kommission im Beihilfverfahren über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gemacht hatte.² Durch die neu eingefügten §§ 16a ff. des Rundfunkstaatsvertrages (RStV)³ soll einerseits erreicht werden, dass kommerzielle Tätigkeiten der Rundfunkanstalten⁴ nur unter Marktbedingungen erbracht werden (§ 16a Abs. 1 S. 3 RStV). Quersubventionierungen durch Rundfunkgebühren sind damit verboten.⁵ Andererseits wird die Beteiligung der Rundfunkanstalten an Wirtschaftsunternehmen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die ein sachfremdes Engagement verhindern und einen ausreichenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten dieser Unternehmen sicherstellen sollen (§ 16b RStV). Ergänzt werden diese Bestimmungen um ein Verbot der Haftungsübernahme für kommerziell tätige Beteiligungsunternehmen (§ 16e RStV). Zudem bestehen besondere Kontrollmechanismen (§§ 16c, 16d RStV).⁶

1) Zwölfter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zwölfter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 18. Dezember 2008, in Kraft getreten am 1. Juni 2009, www.rlp.de/no_cache/ministerpraesident/staatskanzlei/medien/?cid=90&did=5801&sechash=df732219

2) Vgl. Europäische Kommission, Schreiben an den Bundesminister des Auswärtigen v. 24. April 2007, Staatliche Beihilfe E 3/2005, K(2007) 1761 endg., Rn. 322 ff., http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf; zur Einleitung des Verfahrens vgl. Kleist/Scheuer, „Klärung von Grundsatzfragen – Die EU überprüft die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“, Funkkorrespondenz 10/2005, S. 3 ff.

3) Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) in der Fassung des Fünfzehnten Staatsvertrags zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (15. RÄStV) vom 15./17. Dezember 2010; inoffizielle konsolidierte Fassung abrufbar unter www.medienrecht.jura.uni-koeln.de/fileadmin/sites/medienrecht/LS_Hain/Docs/Medienrecht_I/konsolidierte_Fassung_RStV_hp.pdf. Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich Verweise auf den RStV im Folgenden auf diese Fassung, die mit dem Inkrafttreten des 15. RÄStV ab dem 1. Januar 2013 gilt. Eine inoffizielle konsolidierte Fassung des noch aktuellen RStV (mit den Änderungen bis zum 13. RÄStV) sowie der Text des 15. RÄStV sind abrufbar unter: www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/

4) Im Folgenden sind mit „Rundfunkanstalten“ die in der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten (LRAen) und das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF) gemeint.

5) Begründung zum Zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zwölfter Rundfunkänderungsstaatsvertrag), S. 25, www.rlp.de/no_cache/ministerpraesident/staatskanzlei/medien/?cid=90&did=5806&sechash=4fba63e6

6) Vgl. zum Inhalt der diesbezüglichen Zusagen Deutschlands gegenüber der Kommission ausführlich Kleist, „Die Umsetzung des EU-Kompromisses im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag“, promedia 2/2008, www.promedia-berlin.de/fileadmin/Archiv/2008/02/promedia200802-online02.pdf

Auch Werbedauer und -zeiten in öffentlich-rechtlichen Fernsehprogrammen sind (durch § 16 RStV) eingeschränkt: Im Jahresdurchschnitt dürfen im Ersten Fernsehprogramm der ARD und im Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF) maximal 20 Minuten werktäglich gesendet werden. Zusätzlich darf innerhalb einer Stunde nicht mehr als ein Fünftel der Zeit für Werbung verwendet werden. Nach 20 Uhr, an Sonn- und bundesweiten Feiertagen und in anderen öffentlich-rechtlichen Fernsehprogrammen darf Werbung nicht ausgestrahlt werden. Produktplatzierungen und Sponsorhinweise zählen nicht zu den Werbezeiten. Allerdings gilt ab 1. Januar 2013 auch für das Sponsoring (mit Ausnahme sportlicher Großereignisse) die Begrenzung auf Werkstage nach 20 Uhr. Damit sind die Möglichkeiten der Rundfunkanstalten, sich auf dem Werbemarkt zu betätigen, eingeschränkt.

Neben dem RStV ist das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anwendbar. Zu beachten sind unter anderem die Regeln über die Vergabe öffentlicher Aufträge (§§ 98 ff. GWB).

2. Regulierung des Marktzugangs

2.1. Öffentlich-rechtliches Fernsehen und öffentlich-rechtliche Telemedien

Für öffentlich-rechtlichen Rundfunk⁷ ist eine Zulassung oder Anmeldung nicht erforderlich; Auftrag und Angebot ergeben sich aus §§ 11 ff. RStV. Ausdrücklich legt § 11b RStV die öffentlich-rechtlich veranstalteten Fernsehprogramme fest.

Vom Auftrag umfasst sind nach § 11d RStV auch bestimmte Telemedien. Bei neuen oder veränderten öffentlich-rechtlichen Telemedienangeboten ist meist ein Drei-Stufen-Test gemäß § 11f Abs. 4 bis 7 RStV durchzuführen.⁸ Dabei ist – nach einer quantitativen und qualitativen Bestandsaufnahme der bereits auf dem Markt befindlichen frei zugänglichen Telemedien – auch zu prüfen, inwieweit sich das Angebot auf den Markt auswirkt (§ 11f Abs. 4 S. 3 RStV). Das zuständige Gremium der Anstalt prüft, ob das Angebot vom Auftrag umfasst ist, und teilt das Ergebnis der Rechtsaufsichtsbehörde mit. Diese überprüft lediglich die Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem Recht.

2.2. Privater Rundfunk und private Telemedien

Für private Rundfunkveranstalter gelten die §§ 20 ff. RStV. Daneben können landesrechtliche Vorschriften oder Staatsverträge, die zwischen mehreren (aber nicht allen) Bundesländern geschlossen wurden, Anwendung finden.⁹ Sie entfalten aber nur insoweit Wirkung, als der RStV zu einer Frage keine Regelung enthält.¹⁰

a) Zulassungspflicht

Zulassungspflichtig sind nur private Rundfunkangebote (§ 20 Abs. 1 S. 1 RStV). Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 RStV ist Rundfunk die Veranstaltung und die Verbreitung mithilfe elektromagnetischer Wellen von an die Allgemeinheit gerichteten Bewegtbild- oder Tonangeboten, die sich an einem Sendepfad orientieren und zum zeitgleichen Empfang bestimmt sind. Das Merkmal des zeitgleichen Empfangs schließt reine Abrufdienste aus. Vom Rundfunkbegriff umfasst sind gemäß Satz 2 auch verschlüsselte oder nur gegen zusätzliches Entgelt zu empfangende Angebote. Von Telekommunikationsdiensten (TK-Diensten) unterscheidet den Rundfunk vor allem die „Veranstaltung“ der Angebote, die über die bloße Signalübertragung hinausgeht.¹¹

7) Zu den Begriffen „Rundfunk“ und „Telemedien“ siehe sogleich I.2.2.a).

8) Zum Drei-Stufen-Test näher Kleist, a. a. O. (Fn. 6); Bron, „Finanzierung und Überwachung öffentlich-rechtlicher Angebote“, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), IRIS plus 2010-4, Öffentlich-rechtliche Medien: Geld für Inhalte, S. 17 f.; Wiedemann, „Wie die Anstalten die Entscheidungen ihrer Gremien zum Dreistufentest vorbereiten und begleiten sollten“, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 257, 2009, www.rundfunkinstitut.uni-koeln.de/institut/pdfs/25709.pdf

9) Aus Platzgründen und im Interesse einer übersichtlichen Darstellung wird im Folgenden zumeist auf eine Beschreibung landesrechtlicher Bestimmungen verzichtet.

10) § 1 Abs. 2 RStV. Vgl. dazu auch Mitteilung der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) Nr. 6/08 v. 8. April 2008, www.kek-online.de/kek/information/publikation/kek_mitteilung_6.pdf

11) Vgl. die Definition des TK-Dienstes in § 3 Nr. 24 Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958), abrufbar unter: www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004/. Danach sind explizit auch Rundfunkübertragungsdienste umfasst.

Als „Teledienste“ schließlich definiert § 2 Abs. 1 S. 3 RStV alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die weder Rundfunk noch ausschließlich in der Signalübertragung bestehende TK-Dienste oder TK-gestützte Dienste¹² sind. Zu den Telediensten zählen insbesondere Angebote, die audiovisuelle Inhalte (nur) auf Abruf bereitstellen; sie sind gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 1 RStV, 4 Teledienstengesetz zulassungs- und anmeldefrei.

Eine negative Begriffsbestimmung nimmt darüber hinaus § 2 Abs. 3 RStV vor. So sind etwa Internetangebote, die weniger als 500 Nutzern gleichzeitig angeboten werden, kein Rundfunk (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 RStV).¹³

b) Personelle Zulassungsvoraussetzungen

Die persönlichen Anforderungen richten sich für Veranstalter bundesweiter Rundfunkangebote nach § 20a RStV (unter anderem Wohnsitz innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums). Aus konzentrationsrechtlicher Sicht relevant ist der für Aktiengesellschaften (AG) geltende § 20a Abs. 2 S. 2 RStV: Eine Zulassung darf nur dann erteilt werden, wenn die Gesellschaft laut ihrer Satzung ausschließlich Namens- und gegebenenfalls zusätzlich Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ausgibt. Damit soll verhindert werden, dass die Eigentümerstruktur des Rundfunkveranstalters und der Anteil seiner Gesellschafter an Entscheidungen im Unklaren bleibt.¹⁴ Mit Ausnahme von Kirchen und Hochschulen dürfen juristische Personen des öffentlichen Rechts, deren gesetzliche Vertreter und leitende Bedienstete sowie politische Parteien¹⁵ und Wählervereinigungen gemäß § 20a Abs. 3 S. 1 RStV keine Zulassung erhalten. Auch mit den genannten Personen nach § 15 Abs. 1 des Aktiengesetzes (AktG) verbundene Unternehmen sind gemäß § 20a Abs. 3 S. 2 RStV von dem Zulassungsverbot erfasst. Die Bestimmungen gelten für ausländische öffentliche und staatliche Stellen entsprechend (§ 20a Abs. 3 S. 3 RStV).

Der Grund für die Ausschlussstatbestände liegt hinsichtlich öffentlicher Stellen im verfassungsrechtlichen Gebot der Staatsferne: Der Staat darf nicht gleichzeitig Träger und Verpflichteter des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung sein.¹⁶ Auch eine indirekte programmliche Einflussnahme, etwa durch staatliche Zuweisung von Übertragungskapazitäten, ist unzulässig. Die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) befasst sich seit 2006 mit einem Antrag des Bundestages auf Zulassung eines Parlamentsfernsehsenders. Der Bundestag plante, die parlamentarischen Debatten, die mit entsprechender Genehmigung der Medienanstalt Berlin-Brandenburg bislang nur verschlüsselt in das Berliner Kabelfernsehnetz eingespeist und zudem als Web-TV im Internet verbreitet worden waren, bundesweit unverschlüsselt per Kabel und Satellit zu übertragen. Strittig ist bereits, ob der Staat hier – gemäß § 20a Abs. 3 RStV unzulässigerweise – als Rundfunkveranstalter aufträte oder ob ein Fall des § 2 Abs. 3 Nr. 4 RStV – und damit schon kein Rundfunk – vorläge, weil die unveränderte und unkommentierte Ausstrahlung der Plenardebatten nicht als journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot anzusehen ist. Das Verfahren ruht derzeit, da der Bundestag seine Pläne nicht weiter verfolgte; der öffentlich-rechtliche Dokumentationskanal Phoenix hatte angekündigt, die Übertragung von Parlamentssitzungen auszuweiten.¹⁷ Die zuständige Kommission für Zulassung und Aufsicht der Landesmedienanstalten (ZAK) sieht das geplante Angebot ohnehin als nicht zulassungsfähig an.¹⁸

Ebenfalls problematisch war die Position des teils im Staatsbesitz befindlichen TK-Unternehmens Deutsche Telekom AG (DTAG), das als DSL-Anbieter auch eine IPTV-Plattform betreibt. Über diese sind

12) TK-gestützte Dienste definiert § 3 Nr. 25 TKG als „Dienste, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telekommunikationsverbindung erfüllt wird“.

13) Zu den weiteren Abgrenzungskriterien bei internetbasierten Angeboten siehe KEK-Mitteilung Nr. 4/07 v. 16. November 2007, www.kek-online.de/kek/information/publikation/kek_mitteilung_4.pdf

14) Vgl. Begründung zum 10. RStV, Zu Nummer 11, S. 8, www.rlp.de/no_cache/ministerpraesident/staatskanzlei/medien/?cid=94&did=5802&sechash=4fc3ce33

15) Die Bestimmung in § 6 Abs. 2 Nr. 4 des Hessischen Privatrundfunkgesetzes, die Parteien und Wählervereinigungen auch jegliche Beteiligung an einem privaten Rundfunkveranstalter verbietet, war dagegen wegen Verstoßes gegen die auch für Parteien geltende Rundfunkfreiheit verfassungswidrig; vgl. BVerfG, Urt. v. 12. März 2008 („13. Rundfunkurteil“), 2 BvF 4/03, www.bverfg.de/entscheidungen/fs20080312_2bvf000403.html

16) BVerfGE 12, 205 (263).

17) Siehe zum Verfahren KEK: Elfter Jahresbericht, S. 61 f., www.kek-online.de/Inhalte/jahresbericht_07-08.pdf

18) ZAK, „Derzeitige Rechtslage lässt Parlamentsfernsehen des Deutschen Bundestages nicht zu – Rundfunk muss staatsfern sein“, Pressemitteilung 08/2011 vom 16. März 2011, www.die-medienanstalten.de/presse/pressemitteilungen/kommission-fuer-zulassung-und-aufsicht/detailansicht/article/zak-pressemitteilung-082011-derzeitige-rechtsslage-laesst-parlamentsfernsehen-des-deutschen-bundest.html

im Programm „Liga total“ die Spiele der Fußball-Bundesliga zu sehen. Die Übertragungsrechte hatte die DTAG erworben, jedoch an die Constantin Sport Medien GmbH sublizenziiert, die „Liga total“ auch aufbereitet. Allerdings bewarb die DTAG das Fußballprogramm selbst erheblich. Es war daher umstritten, ob die DTAG als Rundfunkveranstalter im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 14 RStV anzusehen war.¹⁹ „Liga total“ wird nun ab dem Sommer 2013 eingestellt, weil die DTAG im Bieterrennen um die Übertragungsrechte für die kommenden vier Spielzeiten dem Konkurrenten Sky unterlag.

c) Zulassungsverfahren

Der Antragsteller hat die Pflicht zur Bereitstellung der prüfrelevanten Auskünfte und Unterlagen, insbesondere über Beteiligungs-, Kapital- und Stimmrechtsverhältnisse (§ 21 RStV). Zur Ermittlung des Sachverhalts besitzt die zuständige Landesmedienanstalt (LMA) umfassende Auskunftsrechte und Ermittlungsbefugnisse (§ 22 RStV).

d) Sachliche Zulassungsvoraussetzungen

Im Rahmen des Zulassungsverfahrens für bundesweit verbreitete Rundfunkangebote ist zu prüfen, ob der Antragsteller durch ihm zurechenbare Programme bereits vorherrschende Meinungsmacht erlangt hat. Ist dies der Fall, dürfen weitere Programme nicht genehmigt werden (§ 26 Abs. 3 RStV). Für die Beurteilung der Meinungsvielfalt und damit des Vorliegens vorherrschender Meinungsmacht ist nach § 36 Abs. 4 RStV die KEK als Organ der jeweils zuständigen LMA – insbesondere auch im Zulassungsverfahren – abschließend zuständig.²⁰

Darüber hinaus enthält § 25 RStV allgemeine Anforderungen an die Meinungsvielfalt, die jedoch keine zusätzlichen Regelungsmöglichkeiten enthalten.²¹ Sind die konzentrationsrechtlichen Anforderungen an die Meinungsvielfalt erfüllt, kann die zuständige LMA daher einen Zulassungsantrag nicht mehr aus Vielfalts Gesichtspunkten ablehnen.²²

Die beiden reichweitenstärksten bundesweit verbreiteten Fernsehvollprogramme haben gemäß § 25 Abs. 4 RStV auf eigene Rechnung unabhängige und gesondert zuzulassende Regionalfensterprogramme zur Abbildung der Ereignisse in dem jeweiligen Bundesland einzurichten.

3. Medienkonzentrationsregeln

Bei der Prüfung von Beteiligungen, Zusammenschlüssen und ähnlichen Aktivitäten nach Gesichtspunkten der Meinungsvielfalt handelt es sich um eine sektorspezifische Form der Konzentrationskontrolle. Sie soll – im Gegensatz zum Kartellrecht – nicht wirtschaftlicher Übermacht, sondern Gefahren für die publizistische Vielfalt entgegenwirken. Ihr Anknüpfungspunkt ist deshalb der durch das BVerfG²³ geprägte Begriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“. Das vom BVerfG aufgestellte Erfordernis einer „positiven Ordnung“ für den Rundfunk, die das Grundrecht der Rundfunkfreiheit gesetzlich ausgestaltet, umfasst insbesondere Regelungen zur Verhinderung einer Konzentration von Meinungsmacht. Denkbar ist sowohl eine „binnenpluralistische“ Gewährleistung der Meinungsvielfalt, also eine durch unterschiedliche Kräfte innerhalb des Rundfunkveranstalters abgesicherte Pluralität, als auch eine „außenpluralistische“, wie sie §§ 26 ff. RStV vorsehen (dazu sogleich). Eine bloß nachträgliche

19) Einem am 19. März 2012 bekannt gewordenen Gutachten zufolge ist der Einfluss der DTAG auf die Constantin Sport Medien GmbH so groß, dass Letztere nicht eigenmächtig handeln könne. Das Angebot sei daher „nicht rundfunkfähig“; vgl. Computerwoche, 19. März 2012, www.computerwoche.de/management/compliance-recht/2507325/; anderer Ansicht Hoeren/Kroll, „Die Deutsche Telekom und der freie Rundfunk“, Legal Tribune Online, 13. Februar 2012, www.lto.de/recht/hintergruende/h/staatlich-kontrolliertes-bundesliga-tv-die-deutsche-telekom-und-der-freie-rundfunk/

20) Paschke u. a., Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 2008, S. 103 (Rn. 48). Vgl. § 36 Abs. 1 und 4 RStV. Zu den materiellen Voraussetzungen des Vorliegens vorherrschender Meinungsmacht siehe unten I.3.

21) Rossen-Stadtfeld, § 25 RStV Rn. 1, in: Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2008; Paschke u. a., 2008, S. 241, Rn. 90. Zu den Einzelheiten Häussermann/Scheuer, Länderbericht „Deutschland“, in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), IRIS Spezial: Fernsehen und Medienkonzentration, Straßburg 2001, S. 10.

22) Nach BVerfGE 97, 298 (312 ff.) haben Bewerber aus dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit einen subjektiv-rechtlichen Anspruch auf Zulassung; ebenso Paschke u. a., S. 225 f., Rn. 9 m. w. N. Anders Hartstein u. a., § 20 RStV Rn. 5, der darauf verweist, dass das BVerfG zwar ein subjektives Recht auf Zulassung anerkannt habe, der Gesetzgeber jedoch an mehreren Stellen Spielräume für die zuständige LMA geschaffen habe.

23) BVerfGE 73, 118 (159 f.).

Kontrolle genügt den grundrechtlichen Anforderungen dagegen nicht, da sie Fehlentwicklungen, wenn überhaupt, nur sehr schwer rückgängig machen könnte.²⁴ Auch das Bundesverwaltungsgericht hält das allgemeine Wettbewerbsrecht allein nicht für ausreichend, „das gebotene Maß an Vielfalt im Angebot der elektronischen Medien zu gewährleisten“. Kartell- und Medienrecht hätten unterschiedliche Zielrichtungen; der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht könne „nur mit den Instrumenten medienpezifischer Konzentrationskontrolle und Vielfaltssicherung begegnet werden“.²⁵

Gemäß § 26 Abs. 1 RStV darf ein Unternehmen grundsätzlich beliebig viele Rundfunkprogramme veranstalten.²⁶ Allein das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht setzt diesem Prinzip Grenzen. Nach § 26 Abs. 2 RStV wird vorherrschende Meinungsmacht vermutet, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Jahresdurchschnitt einen bestimmten Zuschaueranteil überschreiten.²⁷

Welche Programme einem Unternehmen zuzurechnen sind, richtet sich dabei nach § 28 RStV.²⁸ Besonders relevant werden die Beteiligungsvarianten bei vertikaler Konzentration, etwa zwischen einem Rundfunkveranstalter und einem Plattform- oder Netzbetreiber. Die KEK hatte sich hiermit im Rahmen eines Zulassungsantrags zur Veranstaltung des digitalen Bezahlfernsehprogramms „Arena Bundesliga“ auseinanderzusetzen.²⁹ Das Programm, das die verschlüsselte Übertragung der Spiele der ersten und zweiten Fußball-Bundesliga beinhaltete, sollte unter anderem aufgrund eines Plattformvertrags in die Kabelnetze der regionalen Netzbetreiber iesy GmbH & Co. KG (iesy) und ish NRW GmbH, einer hundertprozentigen iesy-Tochtergesellschaft, eingespeist werden. Die Antragstellerin, die Arena Sport Rechte und Marketing GmbH, war mit der iesy in einer Weise verbunden, dass sie dieser gemäß § 28 Abs. 1 RStV zuzurechnen war. Da das Programm damals jedoch noch über keine Zuschaueranteile verfügte und die iesy keine weiteren Rundfunkprogramme veranstaltet hatte, sah die KEK auch bei Zulassung des Programms keine Anhaltspunkte für das Entstehen einer vorherrschenden Meinungsmacht. Allerdings sei künftig gemäß §§ 52, 53 RStV³⁰ zu gewährleisten, dass andere Anbieter diskriminierungsfreien Zugang zu den technischen und Programmplattformen von iesy bzw. deren Muttergesellschaft Unity Media GmbH erhielten.

Vorherrschende Meinungsmacht wird grundsätzlich dann angenommen, wenn die zurechenbaren Programme einen Gesamtzuschaueranteil von mindestens 30 Prozent erreichen (§ 26 Abs. 2 S. 1 RStV). Hat ein Unternehmen auf einem „medienrelevanten verwandten Markt“ eine marktbeherrschende Stellung oder ergibt die Gesamtbetrachtung der Unternehmensaktivitäten auf dem Fernseh- und dem verwandten Markt einen Meinungseinfluss, der diesem Zuschaueranteil entspricht, so genügt bereits ein (tatsächlicher) Zuschaueranteil von 25 Prozent (§ 26 Abs. 2 S. 2 RStV). Bei der Berechnung können allerdings nach der „Bonusregelung“ in Satz 3 zusätzlich zwei Prozentpunkte abgezogen werden, wenn im reichweitenstärksten Vollprogramm ein Regionalfenster gemäß § 25 Abs. 4 RStV eingerichtet worden ist. Weitere drei Prozentpunkte sind abzuziehen, wenn der Veranstalter gleichzeitig Dritten Sendezeit nach Maßgabe von § 26 Abs. 5, § 31 RStV einräumt.

Das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht ist nicht nur innerhalb eines Zulassungsverfahrens (gemäß § 26 Abs. 3 RStV; siehe dazu oben I.2.), sondern laufend zu überprüfen, da sie sich durch Änderungen bei Zuschauerzahlen oder Beteiligungsverhältnissen jederzeit entwickeln kann. Um medienkonzentrationsrechtlich relevante Entwicklungen frühzeitig erkennen und ggf. gegensteuern zu können, sieht § 29 S. 1 RStV eine Anmeldepflicht des Veranstalters gegenüber der zuständigen LMA für alle geplanten Beteiligungsveränderungen vor. Wäre unter den veränderten Bedingungen eine Zulassung

24) BVerfGE 57, 295 (320, 323, 326).

25) Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 24. November 2010, Az. 6 C 16.09, Rn. 39, www.bverwg.de/pdf/1455.pdf

26) Die Vorschrift setzt sich damit von früheren Regelungen ab, die das Vorliegen von Meinungsmacht an der Anzahl der einem Veranstalter zurechenbaren Programme festmachten; vgl. § 21 Abs. 1 des Staatsvertrags vom 31. August 1991 über den Rundfunk im vereinten Deutschland vom 31. August 1991, www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-00b-1991/text/1991_03.php3; Art. 8 Abs. 5 des Staatsvertrages zur Neuordnung des Rundfunkwesens (Rundfunkstaatsvertrag) vom 1. bis 3. April 1987, www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-00a-1987/text/1987_02.php3

27) Siehe hierzu IRIS *Spezial* 2001, a. a. O. (Fn. 21), S. 7 ff.

28) Siehe IRIS *Spezial* 2001, a. a. O. (Fn. 21), S. 8.

29) KEK, Beschluss v. 11. April 2006, Az. KEK 330, www.kek-online.de/kek/verfahren/kek330arena.pdf. Dazu auch Palzer, „Kabelnetzbetreiber als Rundfunkveranstalter“, IRIS 2006-4/19, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/4/article19.de.html>; Schoenthal, „Entscheidungen zu Bundesligäübertragungen“, IRIS 2006-6/14, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/6/article14.de.html>

30) Der Normverweis bezieht sich hier auf den im Zeitpunkt der KEK-Entscheidung geltenden RStV i. d. F. des 8. RÄStV. Siehe www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-08/text/

unstatthaft, darf die LMA die Veränderung nicht als unbedenklich bestätigen. Eine dennoch durchgeführte Änderung der Beteiligungsverhältnisse führt gemäß § 29 S. 4 RStV zwingend zu einem Widerruf der Zulassung nach landesrechtlichen Bestimmungen (siehe beispielsweise § 48 Saarländisches Mediengesetz).³¹

Erreicht das Unternehmen allein durch seine eigene wirtschaftliche Entwicklung – also ohne die Beteiligung an anderen Unternehmen oder die Zulassung neuer Programme – vorherrschende Meinungsmacht, so muss es sich gemäß § 26 Abs. 4 RStV mit der KEK auf bestimmte von dieser gemäß § 26 Abs. 4 S. 1 RStV vorzuschlagende Maßnahmen einigen und diese innerhalb einer angemessenen Frist durchführen, um einen andernfalls zwingenden Widerruf von Zulassungen (Abs. 4 S. 3) zu vermeiden.³² In Betracht kommen eine Verringerung der Zuschaueranteile oder der Marktmacht auf medienrelevanten verwandten Märkten sowie die Ergreifung vielfaltssichernder Maßnahmen, namentlich die Einräumung von Sendezeit an Dritte und die Einrichtung eines Programmbeirats.

Stark umstritten ist die Frage, ob auch außerhalb § 26 Abs. 2 RStV Raum für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht im Sinne von § 26 Abs. 1 RStV bleibt. Die KEK geht davon aus, dass § 26 Abs. 1 RStV einen eigenen Tatbestand darstellt und die in Abs. 2 getroffenen Festlegungen lediglich exemplarischen Charakter haben.³³

Der Streit erlangte erhebliche praktische Bedeutung: Mit Beschluss vom 10. Januar 2006 verweigerte die KEK der geplanten Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG (P7S1) durch die Axel Springer AG (AS) die Unbedenklichkeitsbestätigung.³⁴ Durch die Übernahme wäre der in Deutschland nach der Bertelsmann AG zweitgrößte Medienkonzern entstanden. Die P7S1 war Alleingesellschafterin mehrerer Fernsehgesellschaften. Die KEK sah in den geplanten Beteiligungsveränderungen an diesen Gesellschaften die Begründung vorherrschender Meinungsmacht. Als Folge der Entscheidung sah die AS von dem Aktienkauf ab; statt dessen stiegen wenig später die Kapitalbeteiligungsgesellschaften KKR und Permira in das Unternehmen ein (zur wettbewerbsrechtlichen Betrachtung des Falles siehe sogleich I.4.).³⁵

Bemerkenswert war der Beschluss der KEK vor allem deshalb, weil das Gremium seine Feststellung nicht auf die Vermutung des § 26 Abs. 2 RStV stützte, sondern auf § 26 Abs. 1 RStV. Obwohl auch nach den geplanten Beteiligungsveränderungen der Gesamtzuschaueranteil im Fernsehmarkt unter 25 Prozent gelegen hätte, schätzte die KEK die Meinungsmacht der AS bei einem Erwerb als insgesamt so groß ein, dass dies der Zulassungsfähigkeit der Programme entgegenstanden hätte. Die KEK stützte diese Einschätzung insbesondere darauf, dass die AS auf einer Mehrzahl anderer medienrelevanter verwandter Märkte, insbesondere dem für Tageszeitungen, eine „teilweise beherrschende und jedenfalls durchgängig beachtliche Stellung“³⁶ habe. Die Entscheidung nimmt auf die Ausführungen des BVerfG im Vierten Rundfunkurteil Bezug, in dem die Richter auf die Gefahren für die Meinungsvielfalt hinweisen, wenn sich Meinungseinfluss in Rundfunk und Presse miteinander verbänden.³⁷ Die „absolut überragende Stellung“ der AS in der Tagespresse und bedeutende Marktpositionen auf Zeitschriften- und Online-Märkten ließen die Meinungsmacht auf ein Niveau anwachsen, das – auch nach Abzug vielfaltsverstärkender Fensterprogramme – einem Zuschaueranteil von mindestens 42 Prozent entsprechen.³⁸ Explizit wies die KEK darauf hin, dass der größte Mitbewerber der P7S1, die Bertelsmann AG mit ihrer Mehrheitsbeteiligung

31) Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM) widersprach Anfang 2005 die Zulassung für den Regionalsender tv.münchen, weil dieser trotz mehrerer auf die Informationspflicht in § 9 Abs. 1 BayMG gestützter Nachfragen seine Beteiligungsverhältnisse nicht offenlegen wollte. Siehe hierzu Großhans, „Regionalsender tv.münchen verliert Sendelizenz“, IRIS 2005-3/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/3/article17.de.html>

32) Siehe IRIS *Spezial* 2001, a. a. O. (Fn. 22), S. 9 f.

33) KEK, Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung (4. Konzentrationsbericht), 2010, S. 378 ff., www.kek-online.de/Inhalte/mkbericht_4_gesamt.html. Zu den weiteren Argumenten siehe ausführlich KEK, Beschluss v. 10. Januar 2006, Az. KEK 293-1 bis -5, www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf, S. 72 ff.

34) KEK, Beschluss v. 10. Januar 2006, a. a. O. (Fn. 34).

35) Dies war möglich geworden, nachdem sich die AS entschlossen hatte, ihre bereits zuvor gehaltenen Anteile an dem Unternehmen völlig abzustößen. Statt dessen übernahm der Konzern das bisher gemeinsam mit der DTAG betriebene Portal bild.t-online.de; vgl. Scheuer, „Beteiligungsveränderungen im Medienmarkt“, IRIS 2008-3/Extra, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/3/article102.de.html>

36) Siehe KEK, Beschluss v. 10. Januar 2006, a. a. O. (Fn. 34), S. 87.

37) BVerfGE 73, 118 (175).

38) In die Berechnung waren bereits Abzüge von 3 Prozent für Drittsendezeiten und von 2 Prozent für Regionalfensterprogramme gemäß § 26 Abs. 2 S. 3 RStV eingeflossen, wengleich die KEK im selben Abschnitt anmerkte, dass der volle Bonus für Regionalfenster erst in Zukunft erreicht werden könne, da die jetzigen Fensterprogramme im Programm Sat.1 nicht den Bedingungen des § 25 Abs. 4 S. 2-4 RStV entsprächen.

an der RTL Group, auf dem Fernsehmarkt zwar ebenfalls einen hohen Zuschaueranteil habe, auf dem Markt der Tagespresse aber über keine der AS vergleichbare Stellung verfüge.

Die AS legte Rechtsmittel ein und erhielt vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (BayVGH)³⁹ nun vorläufig Recht: Die KEK habe ihren Handlungsspielraum „in mehrfacher Hinsicht überschritten“, so das Gericht. Insbesondere der Meinungseinfluss auf medienrelevanten verwandten Märkten hätte nicht in die Beurteilung einfließen dürfen, da die 25-Prozent-Grenze des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV mit 22,06 Prozent deutlich unterschritten war. Die KEK hätte zudem die in den Regelbeispielen enthaltene Wertung beachten müssen und sie nicht durch eigene Wertungen ersetzen dürfen. Die KEK hat Medienberichten zufolge angekündigt, gegen das Urteil Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BVerwG einzureichen.⁴⁰ Sollte dieser stattgegeben werden, könnte das Verhältnis von § 26 Abs. 1 und § 26 Abs. 2 RStV in absehbarer Zeit abschließend geklärt werden. Der Fall war schon einmal vor das BVerwG gelangt, nachdem die Berufung der AS vor dem BayVGH zunächst als unzulässig abgewiesen worden war,⁴¹ sie wurde vom BVerwG aber im Revisionsverfahren an diesen zur Behandlung in der Sache zurückverwiesen.⁴² In seinem Urteil anerkannte das BVerwG einen eigenständigen Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1 RStV (neben § 26 Abs. 2 RStV): Die Regelbeispiele des Abs. 2 seien nicht als abschließende Regelung zu verstehen, sondern erlaubten eine abweichende Beurteilung auch dann, wenn die Schwellenwerte nicht ganz erreicht würden. Voraussetzung sei aber das Vorliegen eines Grundes, der seinem Gewicht nach den Regelbeispielen entspreche. Die KEK müsse bei einer Einschätzung zudem die Wertungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Regelbeispiele berücksichtigen. Dies sah das BayVGH in seiner jüngsten Entscheidung nicht als gewährleistet an.

Einen Sonderfall stellen transnationale Beteiligungen an Medienunternehmen dar. Hier greifen die Bestimmungen des RStV zur Sicherstellung der Meinungsvielfalt grundsätzlich nicht. Lediglich ausländische öffentliche oder staatliche Stellen dürfen gemäß § 20a Abs. 3 S. 3 RStV weder als Rundfunkveranstalter zugelassen werden noch an einem Rundfunkveranstalter als verbundenes Unternehmen beteiligt sein. Das Verbot erfasst dagegen nicht öffentliche Beteiligungen, die keine Verbundenheit im Sinne des § 15 AktG begründen, und gilt schon gar nicht für private ausländische Investoren. Eine 2009 in Kraft getretene Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG)⁴³ ermöglicht die Prüfung und nötigenfalls Untersagung von Beteiligungen an deutschen Unternehmen durch Nicht-EU-/EFTA-Ausländer, wenn dadurch die „öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ gefährdet ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG). Allerdings unterfallen der Prüfung gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) nur Beteiligungen in Höhe von mindestens 25 Prozent der Stimmrechtsanteile. Die Zurechnung anderer Unternehmen ist in § 53 Abs. 1 S. 3 AWV ähnlich geregelt wie in § 28 RStV. Um Umgehungsgeschäfte zu verhindern, kann bei entsprechenden Anzeichen auch der Erwerb durch einen in einem anderen EU-/EFTA-Mitgliedstaat Ansässigen untersagt werden, soweit ein Nicht-EU-/EFTA-Ausländer an diesem Unternehmen mindestens 25 Prozent der Stimmrechte hält (§ 53 Abs. 1 S. 6 und 7 AWV). Für die Prüfung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zuständig (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 AWG). Das Vorliegen dieses Tatbestands bestimmt sich nach dem Unionsrecht (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG, der auf die heutigen Art. 52 und 65 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU verweist). In diesem Sinne erläutert § 7 Abs. 2 Nr. 6 AWG auch, dass eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung [...], die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“, vorliegen muss. Generell hat der EuGH die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens bereits als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt, der Einschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen könne.⁴⁴

39) BayVGH, Urt. v. 14. Januar 2012, Az. 7 BV 11.285, www.vgh.bayern.de/BayVGH/documents/7BV11.285.pdf

40) Der Spiegel 16/2012, 16. April 2012, www.spiegel.de/spiegel/print/d-85065981.html

41) BayVGH, Urt. v. 7. September 2009, Az. 7 BV 08.254, www.vgh.bayern.de/BayVGH/documents/7BV08254_anonymisiert_.pdf; siehe auch *Yliniva-Hoffmann*, BayVGH gibt Klage der Axel Springer AG zur P7S1-Übernahme statt, IRIS 2012-4/15, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/4/article15.de.html>

42) BVerwG, Urt. v. 24. November 2010, Az. 6 C 16.09, a. a. O. (Fn. 26), www.bverwg.de/pdf/1455.pdf

43) Außenwirtschaftsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Mai 2009 (BGBl. I, S. 1150), das zuletzt durch Art. 1 der Verordnung vom 15. Dezember 2011 (BAnz. 2011, S. 4653) geändert worden ist, abrufbar unter: www.gesetze-im-internet.de/awg/index.html

44) EuGH, Urt. v. 25. Juli 1991, Rs. C-288/89 – *Gouda*, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 3. Februar 1991, Rs. C-148/91 – *Veronica*, Rn. 9). Zweck einer solchen Pluralismussicherung sei „die Wahrung der Meinungsvielfalt und damit der freien Meinungsäußerung“ (explizit in EuGH, Urt. v. 5. Oktober 1994, Rs. C-23/93 – *TV10*, Rn. 25).

Umgekehrt ist auch die Beteiligung deutscher Investoren an ausländischen Medienunternehmen durch die nationalen Bestimmungen zur Meinungsvielfalt nicht beschränkt (vgl. § 26 Abs. 1 RStV, der nur von der Programmveranstaltung innerhalb Deutschlands spricht), sofern die Beteiligung nicht der Umgehung der deutschen Regelungen dient.⁴⁵ Andererseits sind bei der Zurechnung von Unternehmen für die Berechnung der Meinungsmacht innerhalb Deutschlands nach § 28 Abs. 3 RStV auch ausländische Unternehmen einzubeziehen.

Auf Unternehmen, die private Telemedien anbieten, ohne zugleich Rundfunk zu veranstalten, finden die §§ 25 ff. RStV keine Anwendung. Diese Anbieter unterliegen ausschließlich den Bestimmungen der §§ 54 ff. RStV. Medienspezifische Konzentrationsregelungen enthalten diese Vorschriften (noch⁴⁶) nicht.

4. Wettbewerbsrecht

Neben der medienspezifischen Konzentrationsregulierung im RStV bleibt das Kartellrecht mit seinem hiervon klar zu unterscheidenden zentralen Anliegen, das Entstehen einer „marktbeherrschenden Stellung“ zu verhindern, anwendbar. Ziel des GWB⁴⁷ ist es, den wirtschaftlichen Wettbewerb auf dem Medienmarkt aufrechtzuerhalten. Im Unterschied zu den Voraussetzungen in § 26 RStV verhindert das GWB nicht die Entstehung vorherrschender Marktmacht als Folge der Wirtschaftstätigkeit eines einzelnen Unternehmens. Erst wenn ein Zusammenschluss mit einem anderen Unternehmen erfolgen soll oder ein marktbeherrschendes Unternehmen diese Position missbraucht, greift die Wettbewerbskontrolle.

Die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden⁴⁸ sind im Wesentlichen auf drei Situationen beschränkt: Die zuständige Behörde kann zum einen gegen wettbewerbsbeschränkende Kartelle einschreiten (§§ 32, 1 GWB), zum anderen Unternehmen verpflichten, die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen (§§ 32, 19 ff. GWB). Schließlich kann sie geplante Unternehmenszusammenschlüsse, durch die die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten ist, untersagen (§§ 35 ff. GWB).

Im Bereich der audiovisuellen Medien hat das Bundeskartellamt (BKartA) in den letzten Jahren vor allem geplante Zusammenschlüsse beurteilt.⁴⁹ Unter anderem hatte sich die Behörde auch mit den oben bereits dargestellten Plänen der AS zur Übernahme der P7S1 zu befassen. Die beiden Unternehmen hatten die Anteilsübernahmen als Zusammenschlussvorhaben gemäß §§ 35 Abs. 1, 39 GWB angemeldet. Nur wenige Tage nach der Entscheidung der KEK verbot auch das BKartA die Fusion.⁵⁰ Die Marktbeurteilung hatte ergeben, dass der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung des aus P7S1 und Bertelsmann AG bestehenden Duopols auf dem Fernsehwerbemarkt führen würde.⁵¹ Zugesagte Abhilfemaßnahmen sah das BKartA nicht als hinreichend an; insbesondere fehle es hinsichtlich angeregter Lizenzauflagen an effektiven Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten.

45) Siehe hierzu Hartstein u. a., § 26 RStV, Rn. 6.

46) Zu den Konzentrationsentwicklungen im Bereich der Mediendienste im Internet aus kommunikationswissenschaftlicher und medienökonomischer Sicht – einschließlich des Phänomens der crossmedialen Verflechtung – Christoph Neuberger/Frank Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, ALM-Schriftenreihe Bd. 43, Berlin 2010. Schmid in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 2008, S. 105, Rn. 50, legt hingegen nahe, sich bei Reformen der rundfunkrechtlichen Konzentrationsregeln an den „wesentlich liberaler gestalteten Verhältnisse[n] im Bereich der Presse“ zu orientieren.

47) Abrufbar unter: www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html

48) Soweit die Wirkung einer kartellrechtswidrigen Handlung über das Gebiet eines Bundeslandes hinausgeht, ist stets das Bundeskartellamt (BKartA) zuständig (§ 48 Abs. 2 GWB). Gleiches gilt, wenn – wie bei der Zusammenschlusskontrolle (vgl. § 36 GWB) – das BKartA explizit als zuständige Behörde im Gesetz genannt wird.

49) Podszun, „Fernsehkartellrecht – Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts“, MMR 2007, S. 761 ff., arbeitet die Leitgedanken des BKartA bei der Beurteilung von Konzentrationen im Fernsbereich anhand vierer Entscheidungen – u. a. der nachfolgend beschriebenen – heraus.

50) BKartA, Beschluss v. 19. Januar 2006, Az. B6-103/05.

51) Nur knapp drei Monate später gab das BKartA dagegen die Übernahme der n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co. KG durch die RTL Television mit der Begründung frei, das Werbemarkt-Duopol hätte auch bei einer Untersagung fortbestanden, da das Programm n-tv in diesem Fall eingestellt worden wäre: BKartA, Beschluss v. 11. April 2006, B6-142/05, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-142-05.pdf?navid=91; vgl. hierzu Palzer, „Übernahme des Nachrichtensenders n-tv durch RTL Group freigegeben“, IRIS 2006-6/16, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/6/article16.de.html>

BKartA und KEK stimmen sich gemäß § 39a RStV und § 50c GWB bei Sachverhalten, die sowohl eine kartell- als auch eine medienrechtliche Komponente haben, ab. Auch gegen die Entscheidung des BKartA war die AS gerichtlich vorgegangen, jedoch 2010 letztinstanzlich vor dem BGH unterlegen.⁵²

2011 untersagte das BKartA einen weiteren Zusammenschluss mit Beteiligung der P7S1.⁵³ Das Unternehmen plante gemeinsam mit dem zur RTL Group gehörenden Wettbewerber RTL interactive GmbH die Einrichtung einer Internetplattform für Abrufvideos (Video-on-Demand, VoD) namens Amazonas. Das Gemeinschaftsunternehmen, das zu diesem Zweck gegründet werden sollte, hätte die duopolistische Marktbeherrschung des bundesweiten Fernsehwerbemarktes nach Erwartung des BKartA noch verstärkt. Neben einer Harmonisierung wichtiger Wettbewerbsparameter zwischen den beteiligten Unternehmen insbesondere bei der sogenannten In-Stream-Videowerbung⁵⁴ befürchtete die Kartellbehörde auch Anreize, Betreibern anderer werbefinanzierter VoD-Plattformen den Zugang zu Fernsehinhalten zu erschweren und deren Marktposition dadurch zu schwächen. Dies hätte auch negative Konsequenzen für den Wettbewerb auf dem Markt für In-Stream-Videowerbung. Zugleich sah das BKartA in dem „Memorandum of Understanding“ zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens einen Verstoß gegen das Kartellverbot; dies insbesondere deshalb, weil die Verfahrensbeteiligten durch das Unternehmen die Verhältnisse auf dem Markt für In-Stream-Videowerbung „in ihrem gemeinsamen Interesse zielgerichtet beeinflussen“ wollten. Bereits 2007 war das BKartA gegen die Werbevermarkter der P7S1 (SevenOne Media) und der RTL Gruppe (IP Deutschland) vorgegangen, weil es in sogenannten „Share-Deals“ ein unzulässiges Verhalten der beiden Unternehmen sah, die gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung auf dem TV-Werbemarkt hätten.⁵⁵

Dagegen bestand das zentrale Vermarktungsmodell für die Übertragungsrechte an den Fußballspielen der Ersten und Zweiten Bundesliga ab der Spielsaison 2013/14 den kartellrechtlichen Test:⁵⁶ Das BKartA stellte zwar fest, dass die vorgesehene Exklusivvermarktung der Rechte über die Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL) sowohl zu spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen auf dem nationalen Markt für Medienübertragungsrechte als auch zu spürbaren Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels führen würde. Eine abschließende Beurteilung, ob dies gegen das Kartellverbot verstieße, wurde allerdings nicht notwendig, da das BKartA seine Bedenken aufgrund der umfangreichen Verpflichtungszusagen der Verfahrensbeteiligten als ausgeräumt ansah und das Verfahren gemäß § 32b GWB einstellte. Der Zuschnitt der Rechtepakete nach Verbreitungswegen sei insgesamt als ausgewogen zu beurteilen. Auch könne durch die in den Zusagen vorgesehenen, umfangreichen Verwertungspflichten der Rechteeerwerber vermieden werden, dass ein Bieter sämtliche Rechte nur zur Verhinderung einer Berichterstattung über die Spiele durch Wettbewerber aufkaufe. Im nachfolgenden Bieterverfahren erhielt der Pay-TV-Anbieter Sky die Rechte für die Live-Übertragung im Bezahlfernsehen sowohl über die traditionellen Verbreitungswege als auch per IPTV sowie im Web- und Mobilfernsehen. Der bisherige IPTV-Verwerter, die DTAG, wird nach Medienberichten in seinem IPTV-Angebot „Entertain“ künftig das Sky-Signal ausstrahlen. Der eigene Fernsehkanal „Liga total“ wird dagegen eingestellt (siehe oben I.2.2.b), nachdem sich das Unternehmen mit Sky nicht auf einen Rechtekauf für die IPTV-Ausstrahlung einigen konnte.⁵⁷ Die Vermarktung der Übertragungsrechte für die Fußball-Bundesligaspiele wird vom BKartA traditionell genau beobachtet.⁵⁸

52) BGH, Beschluss v. 8. Juni 2010, Az. KVR 4/09, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=53625&pos=0&anz=1>; vgl. hierzu Yliniva-Hoffmann, „BGH bestätigt das Verbot des Zusammenschlusses zwischen Springer und ProSiebenSat.1“, IRIS 2010-7/12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/7/article12.de.html>

53) BKartA, Beschluss v. 17. März 2011, Az. B6-94/10, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion11/B06-094-10_endg.pdf; siehe dazu auch Matzneller, „BKartA untersagt gemeinsame Videoplattform von RTL und ProSiebenSat.1“, IRIS 2011-5/15, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2011/5/article15.de.html>

54) Unter In-Stream-Videowerbung versteht das BKartA ein Werbevideo ähnlich einem Fernsehwerbespot, das mit einem Online-Video, „dem das eigentliche Interesse des Online-Nutzers gilt“, verbunden wird.

55) Göttlich, „ProSiebenSat.1 und RTL akzeptieren hohe Geldbußen des Bundeskartellamtes“, IRIS 2007-10/14, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/10/article14.de.html>

56) BKartA, Beschluss v. 12. Januar 2012, Az. B6-114/10, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell12/B6-114-10_inkl_Anlage.pdf

57) www.ftd.de/it-medien/medien-internet/:bundeligarechte-telekom-begraebt-liga-total/70042180.html

58) Auch die Kooperation der Pay-TV-Veranstalter Premiere und Arena hatte das BKartA 2007 geduldet, allerdings mit der Maßgabe, dass sie bis zum 30. Juni 2009 zu beenden sei; vgl. Schneider, „Kartellamt toleriert Arena/Premiere-Kooperation“, Telemedicus v. 18. Juli 2007, www.telemedicus.info/article/313-Kartellamt-toleriert-ArenaPremiere-Kooperation.html

5. Angebotspflichten (Must-Offer, Archivzugang)

Bislang sieht das deutsche Recht für Rundfunkveranstalter oder andere Anbieter audiovisueller Medien keine umfassende, ausdrücklich normierte Pflicht vor, ihre Inhalte bestimmten oder gar allen Netz- und Plattformbetreibern, die dies möchten, zur Verfügung zu stellen. Aufgrund der urheber- und leistungsschutzrechtlichen Garantien für Sendeunternehmen (§§ 20, 20b, 87 des Urheberrechtsgesetzes – UrhG⁵⁹) können Rundfunkveranstalter über die Verbreitung des Rundfunksignals entscheiden. Zahlreiche Urteile zur Auslegung dieser Vorschriften bestätigen dies.⁶⁰ Netzbetreiber müssen sich daher mit den Rundfunkveranstaltern über die Weitersendungsrechte einigen.⁶¹ Auch aus dem öffentlich-rechtlichen Programmauftrag (§ 11 RStV) lassen sich echte Angebotspflichten gegenüber Verbreitungsinfrastrukturen kaum ableiten. Allerdings kann sich aus dem Grundrecht auf freien Informationszugang eine Pflicht der Rundfunkanstalten ergeben, Exklusivverträge nur für solche Inhalte abzuschließen, die auch tatsächlich verwertet werden sollen.⁶²

Umfassende Verpflichtungen, das eigene Fernsehprogramm Plattform- und Netzbetreibern anzubieten, können Fernsehveranstaltern aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten auferlegt werden, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung haben. Entsprechende Entscheidungen der Kartellbehörden sind allerdings bisher nicht bekannt.⁶³

Eine Angebotspflicht hinsichtlich bestimmter (nämlich Sport-)Inhalte ergibt sich hingegen für die Rundfunkanstalten gegenüber konkurrierenden Fernsehveranstaltern aus dem eingangs erwähnten Beihilfeverfahren: Darin hat sich die Bundesregierung verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Rundfunkanstalten ihre Geschäftspolitik im Bereich der Sportrechte transparent machen. Dazu gehört insbesondere, dass sie erworbene Rechte zur Ausstrahlung von Sportveranstaltungen entweder selbst nutzen oder aber Dritten in einem transparenten Verfahren zur Sublizenzierung anbieten.⁶⁴

II. Plattformanbieter und Konvergenzdienste

1. Medienrechtliche Grundlagen

Mit dem 10. RÄStV wurden in den RStV Vorschriften zur Regulierung von digitalen Plattformen eingefügt (vgl. §§ 52 ff. RStV). Diese werden in der auf Grundlage des § 53 RStV erlassenen Zugangs- und Plattformsatzung (ZPS)⁶⁵ inhaltlich und verfahrensmäßig konkretisiert (vgl. § 53 S. 1 RStV, § 1 Abs. 1 ZPS).⁶⁶

Plattformanbieter ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV jeder, der „auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk und vergleichbare Telemedien auch von Dritten mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen, oder wer über die Auswahl

59) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte v. 9. September 1965, BGBl. I S. 1273, in der Fassung des Gesetzes v. 22. Dezember 2011, BGBl. I S. 3044, abrufbar unter: www.gesetze-im-internet.de/urhg/

60) Vgl. hierzu Hilger, „Verbreitung digitaler Programme im Kabelnetz setzt Zustimmung der Sender voraus“, IRIS 2003-2/9, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2003/2/article9.de.html>; Schweda, „Kabelnetzbetreiber müssen Lizenzgebühren an VG Media entrichten“, IRIS 2010-4/15, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/4/article15.de.html>; Yliniva-Hoffmann, „BGH entscheidet zum Recht der Kabelweitersendung“, IRIS 2010-6/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/6/article17.de.html>

61) Vgl. hierzu Yliniva-Hoffmann, „FRK und RTL Deutschland einigen sich über Kabelweitersendung“, IRIS 2012-5/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/5/article17.de.html> sowie ergänzend zum Thema Hilger, „Einigung zwischen ANGA und Premiere“, IRIS 2001-5/7, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2001/5/article7.de.html>

62) Hartstein u. a., Vor § 11 RStV, Rn. 42 a. E.

63) Zu den problematischen Verhandlungen (auch) deutscher Rundfunkveranstalter über die Übertragung ihrer Programme auf der Internet-Plattform Zattoo und auf der deutschen DVB-H-Plattform siehe schon Scheuer/Schweda, „Fortschritte in der Diskussion um Must-Offer? Zur Exklusivität in Medien und Kommunikation“, IRIS *plus* 2008-10, www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus10_2008.pdf. Diesbezügliche Verpflichtungen enthalten auch weder der oben (Fn. 57) erwähnte BKartA-Beschluss zum Vermarktungsmodell für die Spiele der Fußball-Bundesligen noch die in diesem Verfahren abgegebenen Verpflichtungszusagen.

64) Europäische Kommission, a. a. O. (Fn. 2), S. 78, Rn. 355.

65) Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung gemäß § 53 Rundfunkstaatsvertrag vom 11. November 2008, abrufbar unter: www.blm.de/apps/documentbase/data/pdf1/zgs_08.pdf

66) Einige der Bestimmungen existierten bereits vor dem Inkrafttreten des 10. RÄStV (vgl. § 53 RStV i. d. F. d. 9. RÄStV), verpflichteten jedoch nicht den neu geschaffenen Personenkreis der Plattformanbieter, sondern die Anbieter von TK-Dienstleistungen.

für die Zusammenfassung entscheidet; Plattformanbieter ist nicht, wer Rundfunk oder vergleichbare Telemedien ausschließlich vermarktet“. Erschöpft sich das Angebot eines Dienstleisters hingegen in der technischen Übertragung von Rundfunksignalen, fällt er nicht unter den Begriff des Plattformanbieters, sondern unterliegt als reiner TK-Diensteanbieter ausschließlich der Regulierung des TKG.⁶⁷

Bestimmte Plattformen, für die der Gesetzgeber kein Regelungsbedürfnis sah,⁶⁸ sind allerdings von wesentlichen Vorschriften, etwa zur Plattformbelegung, zur technischen Zugangsfreiheit und zur Entgeltgestaltung, ausgenommen (§ 52 Abs. 1 RStV). Dies gilt zum Beispiel für Plattformen in offenen Netzen wie dem Internet, soweit sie dort über keine marktbeherrschende Position verfügen.⁶⁹ Nicht anwendbar sind diese Bestimmungen auch auf Plattformen, die nur ein bereits zulässiges Gesamtangebot unverändert weiterleiten oder nur wenige Nutzer haben.

Anbieter, die nicht von einer Ausnahmegesetzvorschrift erfasst sind, haben die geplante Aufnahme des Plattformbetriebs einen Monat vorher der zuständigen LMA anzuzeigen. Einer expliziten Zulassung bedarf es zwar nicht; der Anbieter muss aber dennoch gemäß § 52 Abs. 2 RStV die persönlichen Voraussetzungen des § 20a Abs. 1 und 2 RStV erfüllen und dies gemäß § 52 Abs. 3 Nr. 1 RStV in seiner Anzeige angeben. Zudem muss er darlegen, wie er die in §§ 52a bis 52d RStV niedergelegten Anforderungen an Plattformanbieter umsetzt (§ 52 Abs. 3 Nr. 2 RStV). Auf Verlangen der zuständigen LMA hat der Plattformanbieter die erforderlichen Unterlagen vorzulegen; auch die Verfahrensbestimmungen der §§ 21 bis 24 RStV gelten entsprechend (§ 52e Abs. 1 RStV).

Etliche der neuen Bestimmungen bezwecken oder bewirken die Sicherung der Meinungsvielfalt. So erlegt § 52b Abs. 1 RStV privaten Anbietern umfangreiche Pflichten für die Belegung mit Fernsehprogrammen auf. Danach muss maximal ein Drittel der Übertragungskapazität für die Belegung mit bundesweiten öffentlich-rechtlichen Fernsehprogrammen (ARD, ZDF) und die von der jeweiligen LRA für das betreffende Land verbreiteten sogenannten „Dritten Programme“, für die beiden privaten Fernsehprogramme, die Regionalfenster gemäß § 25 Abs. 4 RStV enthalten, sowie für die im jeweiligen Land zugelassenen lokalen und regionalen Fernsehprogramme zur Verfügung stehen (§ 52b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RStV). Ein weiterer Anteil von höchstens einem Drittel ist für digitale Fernsehprogramme und Telemedien vorzusehen, die der Plattformanbieter nach Vielfaltsgesichtspunkten auszuwählen hat. Dabei hat er sowohl eine Vielzahl von Programmanbietern einzubeziehen als auch die Angebotsvielfalt qualitativ durch die Berücksichtigung unterschiedlicher Programmangebote sicherzustellen (§ 52b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RStV). Darüber hinaus kann der Plattformanbieter über die Belegung grundsätzlich frei entscheiden (§ 52b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 RStV). Soweit der Platz für die uneingeschränkte Umsetzung dieser Regeln nicht ausreicht, sind diese entsprechend der Gesamtkapazität anzuwenden, wobei öffentlich-rechtliche Fernsehprogramme grundsätzlich Vorrang haben (§ 52b Abs. 1 S. 2 RStV).

Auch die Regeln über die technische Zugangsfreiheit dienen dem Ziel der Meinungs- und Angebotsvielfalt (§ 52c Abs. 1 S. 1 RStV). Die Verbreitung von Rundfunk- und vergleichbaren Telemedienangeboten darf deshalb nicht durch die technische Ausgestaltung von Diensten, die den Zugang zu den Plattformfunktionen steuern, unbillig behindert oder ungerechtfertigt diskriminiert werden; dies wird durch Regelbeispiele in § 4 Abs. 2 und 3 ZPS näher spezifiziert. Wie der Plattformanbieter beziehungsweise der mittelbar verpflichtete Endgerätehersteller den Zugang konkret herstellen soll, erläutern die §§ 14 f. ZPS. Die dort genannten Pflichten entsprechen im Wesentlichen denen für TK-Diensteanbieter nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG).⁷⁰ Daneben treffen den Plattformanbieter Pflichten zur chancengleichen und diskriminierungsfreien Preisgestaltung (§§ 52d S. 1 RStV, 17 Abs. 1 ZPS).

67) Hierzu unten III.

68) Begründung zum 10. RÄStV, a. a. O. (Fn. 14), S. 4, 27.

69) Das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung ist dabei analog § 19 GWB zu bestimmen; § 1 Abs. 2 Nr. 1 ZPS.

70) Vgl. dazu unten III. Zur Ausgestaltung der Plattformregulierung in TKG, RStV und ZPS sowie zu den Unterschieden im Einzelnen Merkel/Roßnagel/Scheuer/Schweda, Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, 2009, S. 56 ff., 79 ff., www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/sicherung-und-interoperabilitaet-der-rundfunkuebertragung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf

Die Plattformregulierung liegt an der Schnittstelle von Bundes- und Länderkompetenzen. Über mögliche Verstöße gegen die Pflicht, ungehinderten Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen und Anwendungsprogrammierschnittstellen (APIs) zu gewähren, oder gegen die Bestimmungen zur Preisgestaltung entscheidet die zuständige LMA daher im Benehmen mit der Bundesnetzagentur (BNetzA), § 52e Abs. 2 RStV. Aus der Praxis sind hier bislang keine Verfahren bekannt.

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht

Der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung wird auch auf dem Markt der Plattformanbieter durch das allgemeine Wettbewerbsrecht entgegengewirkt. Das BKartA hat in den vergangenen Jahren im Wesentlichen über drei Fusionsvorhaben entschieden.

Ende 2004 genehmigte die Behörde die Übernahme der Digital Payout Center GmbH (DPC), einer hundertprozentigen Tochter des Bezahlfernsehveranstalters Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG (heute: Sky Deutschland), durch den Satellitenbetreiber SES Global Europe.⁷¹ Zwar werde durch den Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung der SES Global Europe auf dem (höchstens) deutschsprachigen Markt für Transponderkapazitäten für die Rundfunkübertragung an den Endempfänger („direct-to-home“) verstärkt, weil sich auf diese Weise eine „vertikale Integration des marktbeherrschenden Satellitenbetreibers mit dem einzigen Dienstleister“ ergebe, „der den Zugang zur Premiere-Satelliten- und PKN-Set-Top-Boxen-Infrastruktur gewähren kann“.⁷² Gleichzeitig träten jedoch Verbesserungen bei den Wettbewerbsbedingungen auf dem Endkundenmarkt für Bezahlfernsehen ein, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwögen.

Auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens dreier großer Mobilfunknetzbetreiber zur Errichtung einer Plattform für mobiles Fernsehen begründete nach Auffassung des BKartA auf keinem der betroffenen Märkte die Gefahr einer marktbeherrschenden Stellung.⁷³ Im parallel laufenden Kartellverfahren⁷⁴ stellte das BKartA zwar spürbare Wettbewerbsbeschränkungen fest. Die Behörde stellte das Verfahren jedoch ein, nachdem die Beteiligten unter anderem zugesagt hatten, den Bezug von DVB-H-Diensten weder faktisch noch vertraglich mit dem Bezug von Fernseh- oder Videodiensten über Mobilfunk zu koppeln. Auch wurde die Freisaltung des DVB-H-Dienstes nicht von der Verwendung von Mobilfunkgeräten, die außer Mobilfunksignalen nur DVB-H-Signale empfangen können, abhängig gemacht. Zusätzlich sollte der Empfang der DVB-H-Signale auch durch Nichtmobilfunkgeräte ermöglicht werden. Diese Zusagen sicherten die Offenheit des Marktes für Mobilfernsehangebote unter Verwendung anderer Standards ausreichend ab.

Erneut verdient die Untersagung der gemeinsamen VoD-Plattform Amazonas Erwähnung:⁷⁵ Zur Kompensation der beherrschenden Stellung auf dem Markt für In-Stream-Werbung reichten dem BKartA auch die Vorschläge der beiden Verfahrensbeteiligten zum Erlass von Nebenbestimmungen nicht aus. Insbesondere hätten sich die Unternehmen gegen die Ausgestaltung des Angebots als eine für konkurrierende VoD-Anbieter offene technische Plattform gesträubt. Die Plattform habe daher nicht als lediglich technischer Dienstleister (wie von den beteiligten Unternehmen behauptet) eingestuft werden können.

Ein ähnlicher Vorstoß von öffentlich-rechtlicher Seite liegt der Wettbewerbsbehörde derzeit zur Prüfung vor: ARD und ZDF planen für Ende 2012 den Start der Online-Plattform Germany's Gold, die von

71) BKartA, Beschluss v. 28. Dezember 2004, Az. B7-150/04, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion05/B7-150-04.pdf. Vgl. hierzu auch Palzer, „Bundeskartellamt genehmigt Übernahme des Digital Payout Center durch SES Astra“, IRIS 2005-2/13, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/2/article13.de.html>. Die Entscheidung wurde bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. Oktober 2006, Az. VI-Kart 2/05 (V), www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2006/VI_Kart_2_05_V_beschluss20061018.html; vgl. hierzu auch Ader, „OLG Düsseldorf zu Kartellverfahren gegen SES Astra“, IRIS 2006-4/14, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/4/article14.de.html>

72) BKartA, a. a. O. (Fn. 72), S. 39, Nr. 132.

73) BKartA, Beschluss v. 13. August 2007, Az. B7-61/07, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion07/B7-61-07.pdf; siehe auch Evers, „Fusionskontrollrechtliche Genehmigung des DVB-H-Konsortiums“, IRIS 2007-9/12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/9/article12.de.html>

74) BKartA, Beschluss v. 29. Oktober 2007, Az. B7-17/06, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell07/B7-17-06.pdf

75) Vgl. schon oben I.4.

einer privatrechtlichen, gewinnorientierten Gesellschaft gemäß den Bestimmungen über kommerzielle Aktivitäten der Rundfunkanstalten (§§ 16 a ff. RStV, vgl. dazu schon oben I.1.) errichtet werden und sich durch Werbung oder Nutzerentgelte finanzieren soll. Anders als bei Amazonas sahen die Wettbewerbshüter hier keine Verletzung von Fusionskontrollvorschriften, da eine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss weder entstehe noch verstärkt werde. Das BKartA prüft aber noch einen Verstoß gegen das Kartellverbot.⁷⁶

III. Verbreitung (Netzbetreiber, Hard- und Softwareentwickler, Endgerätehersteller)

1. Sektorspezifische Regelungen

Der Wettbewerb der TK-Netzbetreiber und -Diensteanbieter wird vor allem durch das TKG geregelt, das großteils den EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation umsetzt. Die für die Regulierung zuständige Behörde, die BNetzA, ermittelt für diesen Sektor durch eine Marktdefinition nach Maßgabe des § 10 TKG die Märkte, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. Ergibt eine anschließende Marktanalyse nach § 11 TKG, dass auf einem Markt kein wirksamer Wettbewerb besteht, kann die BNetzA gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Regulierungsverfügungen erlassen (§ 13 TKG). Die darin enthaltenen Verpflichtungen können sich insbesondere auf Fragen der Zugangsbereitstellung (§§ 19 ff. TKG) und der Entgeltgestaltung auf dem betreffenden Vorleistungsmarkt (§§ 30 ff. TKG) oder einem nachgelagerten Endnutzermarkt (§ 39 TKG) beziehen.⁷⁷ Für den Zugang von Wettbewerbern zu knappen Ressourcen wie Frequenzen (§§ 52 ff. TKG) existieren besondere Bestimmungen.

Die Übertragung von Rundfunksignalen auf den traditionellen Verbreitungswegen Terrestrik, Kabel, Satellit – und damit außerhalb der „klassischen“ TK-Netze – war nach der alten „Märkte-Empfehlung“ der Europäischen Kommission noch als eigener Markt (Markt Nr. 18) definiert worden, der die in dieser Hinsicht auf nationaler und regionaler Ebene bestehenden, funktional vergleichbaren Märkte zusammenfasste. Die BNetzA hatte hier bis 2010 verschiedene Einspeisungs- und Signallieferungsmärkte im Kabelnetzbereich sowie den Markt für die terrestrische Signalübertragung im UKW-Hörfunk als regulierungsbedürftig angesehen. Der Markt für die Übertragung per Satellit ist nach Auffassung der BNetzA länderübergreifend und fällt deshalb in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Kommission.⁷⁸ Am 10. November 2010 veröffentlichte die BNetzA nach öffentlicher Konsultation neue Regulierungsverfügungen,⁷⁹ mit denen die Kabelmärkte aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen wurden. Die bisherigen Maßnahmen auf dem Kabeleinspeisemarkt hätten im Wesentlichen den Möglichkeiten nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht entsprochen. Den Signallieferungsmarkt sah die Behörde wegen rückläufiger Nachfrage gegenüber den Kabelnetzbetreibern nicht mehr als regulierungsbedürftig an. Dagegen besitze die Media Broadcast GmbH weiterhin beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für die Bereitstellung von Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern.⁸⁰ Die BNetzA behielt die nachträgliche Entgeltkontrolle

76) BKartA, Pressemitteilung vom 28. November 2011, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2011/2011-11-28_PM_2.pdf

77) Die Entscheide der für die Regulierung der Vorleistungs- und Endkundenmärkte zuständigen BNetzA-Beschlusskammern 2 und 3 können in einer Datenbank (<http://beschlussdatenbank.bundesnetzagentur.de>) durchsucht werden.

78) Vgl. hierzu Palzer, „Bundesnetzagentur notifiziert Marktanalyse zu Markt Nr. 18“, IRIS 2006-9/9, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/9/article9.de.html>

79) Abrufbar unter: www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/Beschluss_BK3-10-085.pdf?__blob=publicationFile, www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/BK3-10-084_Beschluss.pdf?__blob=publicationFile, www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/BK3-10-083_Beschluss.pdf?__blob=publicationFile

80) BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer zu den Regulierungsverfügungen im Bereich Rundfunk-Übertragungsdienste, Geschäftszeichen BK3-10-083 bis 086, veröffentlicht am 10. November 2010, www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/Festlegung_der%20Praes_kammer.pdf?__blob=publicationFile; vgl. dazu Schweda, „Bundesnetzagentur erlässt Regulierungsverfügungen für Rundfunkübertragungsdienste“, IRIS 2007-6/12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/6/article12.de.html>

gegenüber diesem Unternehmen daher bei.⁸¹ Den Wettbewerb unter den Betreibern von Senderstandorten klammerte die BNetzA dagegen aus ihrer Marktbetrachtung völlig aus; ob aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen, ist nicht bekannt.⁸² Eine Regulierung der Übertragungsmärkte für terrestrisches Fernsehen hielt die BNetzA schon 2007 nicht mehr bzw. noch nicht für erforderlich: Der Markt für die Bereitstellung von Sendeanlagen für die analoge Signalverbreitung sei „im endgültigen Niedergang begriffen“, die Übertragung von DVB-T-Signalen noch im Aufbau und daher „jedenfalls für die nächsten zwei Jahre“ nur dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu unterwerfen.⁸³ Eine erneute Bewertung des Übertragungsmarktes für terrestrisches Digitalfernsehen hat die BNetzA seitdem nicht vorgenommen.

Besondere (Zugangs-)Vorschriften für die Übertragung von Rundfunksignalen enthalten die §§ 48 ff. TKG. Sie verpflichten unterschiedliche Adressaten und haben die Herstellung größtmöglicher technischer Interoperabilität zum Ziel. Auf diese Weise soll der Entstehung technischer Engpässe mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung vorgebeugt werden, die sich aus der Verwendung proprietärer Systeme ergeben können.⁸⁴

Aus der Praxis der BNetzA sind mit Bezug auf die Interoperabilitätsvorschriften bislang nur Beschlüsse zu § 48 Abs. 3 Nr. 1 TKG bekannt. Die Vorschrift besagt, dass digitale Fernsehempfangsgeräte Signale nach dem einheitlichen europäischen Kodieralgorithmus (*Common Scrambling Algorithm* – CSA) darstellen können müssen. Die BNetzA hatte mit Blick auf die zunehmende Übertragung von Fernsehsignalen im Rahmen von per DSL verbreitetem IPTV eine zunächst befristete Ausnahme für Geräte erteilt, die Signale über diesen Verbreitungsweg empfangen und darstellen.⁸⁵ Begründung hierfür war seinerzeit, dass ein CSA-basiertes Zugangsberechtigungssystem für so verbreitete Signale nicht existiere und die diesbezügliche Anforderung an Gerätehersteller daher unangemessen sei.⁸⁶ Die Ausnahmenvorschrift fand 2007 in veränderter Form Eingang in das Gesetz, wurde aber durch die jüngste Gesetzesänderung wieder gestrichen.

Pflichten zur Übertragung bestimmter Fernsehprogramme über analoge Kabelnetze (Must-Carry) sind nicht im TKG, sondern gemäß § 51b Abs. 3 RStV im Medienrecht der Länder geregelt, da derartige Bestimmungen vor allem der Meinungs- und Angebotsvielfalt dienen sollen (§ 51b Abs. 3 S. 2 RStV). So sieht § 19 Abs. 1 des Landesmediengesetzes Nordrhein-Westfalen (LMG NRW)⁸⁷ vor, dass die Kanäle vorrangig mit den für dieses Bundesland bestimmten öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen,⁸⁸ den lokalen Hörfunkprogrammen und den lokal relevanten Hochschulsendungen zu belegen sind. Für die danach noch freien Kabelkanäle enthält § 19 Abs. 2–8 LMG NRW detaillierte Belegungsregeln, die insbesondere der Landesanstalt für Medien (LfM) als zuständiger LMA wesentliche Entscheidungsbefugnisse einräumen. Danach noch freie Kanäle können vom Netzbetreiber im Rahmen der Gesetze belegt werden (§ 19 Abs. 9 LMG NRW). Für die Kanalbelegung in digitalisierten Kabelnetzen verweist § 21 LMG NRW im Wesentlichen auf die Vorschriften zur Plattformbelegung (siehe dazu oben II.).

81) BNetzA, Regulierungsverfügung im Bereich Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeeinhalten für Endnutzer, Markt 18 der alten Empfehlung 2003, betreffend Media Broadcast GmbH, Beschluss v. 15. Juli 2010, Geschäftszeichen BK 3b-10-086, www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-086_BKV/Beschluss_BK3_10_086.pdf?__blob=publicationFile

82) Obwohl der EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation explizit auch die Regulierung des Zugangs zu physischen Infrastrukturen, also etwa Gebäuden, Antennen und Masten, umfasst und auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG „die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation“ in diesem Bereich fordert, scheinen die sektorspezifischen Regulierungsmöglichkeiten gegenüber Standortbetreibern im nationalen Recht hinter den EU-Vorgaben zurückzubleiben. Einen eigenen Markt hierfür hat die BNetzA bislang jedenfalls nicht abgegrenzt.

83) BNetzA, Konsultationsentwurf Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeeinhalten für Endnutzer, Amtsblatt der BNetzA Nr. 4 v. 22. Februar 2006, 294 ff., www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2006/2006_001bis100/BK3-06-013bis017/AnlageKonsultationsentwurfId5146pdf.pdf?__blob=publicationFile

84) Vgl. Janik in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster, Beck'scher TKG-Kommentar, 2006, § 48 Rn. 4.

85) BNetzA, Mitt. Nr. 251/2006 zur Anwendung des § 48 (ABl. BNetzA 13/2006 v. 5. Juli 2006, S. 1813).

86) Zu der Kritik an den damaligen Ausnahmegenehmigungen vgl. Merkel u. a., a. a. O. (Fn. 71), S. 69 f.

87) Gesetz vom 2. Juli 2002, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. Dezember 2009 (GVBl. NRW, S. 728).

88) Entsprechende Vorgaben im niedersächsischen Medienrecht, bestimmte Programme zu übertragen, waren 2008 vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) für gemeinschaftsrechtlich zulässig erklärt worden: EuGH, Urt. v. 22. Dezember 2008, Rs. C-336/07, abrufbar über <http://curia.europa.eu>; Angelopoulos, „Must-Carry-Verfahren gegen Deutschland eingestellt, Klageerhebung gegen Belgien“, IRIS 2009-10:Extra, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/10/article102.de.html>

Eine Regelung, mit der Netzbetreiber zur Netzneutralität verpflichtet würden, findet sich im TKG nicht. Zwar wurde mit der letzten Gesetzesnovelle eine Vorschrift mit dem Titel „Netzneutralität“ eingefügt (§ 41a TKG). Sie enthält jedoch nur eine Verordnungsmächtigung für die BNetzA, „die grundsätzlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen festzulegen“ und so willkürliche Verschlechterungen der Dienstqualität oder eine nicht gerechtfertigte Ausbremsung des Datenverkehrs zu verhindern (Abs. 1). Die Qualitätsparameter für Dienste kann die BNetzA zudem in einer Technischen Richtlinie spezifizieren (Abs. 2). Eine derartige Festlegung hat die BNetzA bisher jedoch nicht getroffen.⁸⁹ Beim Thema Netzneutralität zeigt sich erneut die Dualität der Regelungskompetenzen nach dem TK-Recht und nach dem Medienrecht: In einem Thesenpapier hat die ZAK die Unterschiede zwischen dem offenen Internet und den Plattformangeboten in den geschlossenen Teilen des Netzes (etwa IPTV oder Rundfunk im Breitbandkabel) herausgearbeitet und insbesondere die Sicherung der Balance beider Bereiche durch eine Funktionsgarantie für das offene Netz gefordert, um Medienangeboten eine „reale Mitwirkung an der Meinungsbildung“ zu ermöglichen.⁹⁰

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht

Ergänzend zur sektorspezifischen Regulierung gelten die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Das BKartA hatte sich hinsichtlich der Rundfunkübertragungswege in der Vergangenheit vor allem mit der Konzentration auf dem Kabelnetzmarkt zu befassen, wo es zu Übernahmen von Kabelnetzbetreibern der Netzebene 4 (Hausnetze) durch regionale Netzbetreiber der Netzebene 3⁹¹ oder zwischen Letzteren kam. Zuletzt übernahm die Muttergesellschaft des bereits aus einem Zusammenschluss der Netze von ish, Iesy und Tele Columbus⁹² hervorgegangenen Betreibers Unitymedia GmbH, das US-Unternehmen Liberty Global, Inc., den regionalen Netzbetreiber Kabel BW, nachdem Bedenken des BKartA⁹³ durch Verpflichtungszusagen ausgeräumt werden konnten.⁹⁴ Presseberichten zufolge könnte Liberty auch an einer Übernahme der Kabel Deutschland GmbH interessiert sein.⁹⁵ Damit wäre das nach dem Verkauf durch die DTAG in mehrere regionale Teilnetze getrennte deutsche Kabelnetz wieder in einer Hand vereint.

89) Zum Vorschlag, Netzneutralität durch eine Übertragung des Must-Carry-Prinzips aus den Kabelnetzen auf Internetzugangsanbieter sicherzustellen, Holznapel, „Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltssicherung“, K&R 2010, S. 95 ff.

90) ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität, 21. Januar 2011, www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/Positionen/Digitale_Welt/ZAK-Thesen_zur_Netzneutralitaet_21012011.pdf

91) BKartA, Beschluss v. 3. April 2008, Az. B7-200/07, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion08/B7-200-07.pdf sowie hierzu Spoerhase-Eisel, „Übernahme von Orion-Kabelnetzen durch Kabel Deutschland genehmigt“, IRIS 2008-6:Extra, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/6/article104.de.html>

92) BKartA, Beschluss v. 20. Juni 2005, Az. B7-22/05, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion05/B7-22-05.pdf und BKartA, Beschluss v. 21. Juni 2005, Az. B7-38/05, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion05/B7-38-05.pdf sowie hierzu Palzer, „Verfahren ISH / Iesy an Bundeskartellamt verwiesen“, IRIS 2005-3/4, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/3/article4.de.html>

93) Matzneller, „BKartA hat erhebliche Bedenken gegen Kabel-BW-Übernahme durch Liberty“, IRIS 2012-1/20, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/1/article20.de.html>

94) BKartA, Beschluss v. 15. Dezember 2012, Az. B7-66/11, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion11/B7-66-11.pdf sowie hierzu Matzneller, „BKartA genehmigt die Übernahme von Kabel BW durch Liberty“, IRIS 2012-2/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/2/article17.de.html>

95) Maier, „Grünes Licht – Unitymedia darf Kabel BW übernehmen“, manager magazin online v. 13. Dezember 2011, www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,803370,00.html

ES SPANIEN

Francisco Javier Cabrera Blázquez
Europäische Audiovisuelle Informationsstelle
und
Carles Llorens
Universitat Autònoma de Barcelona

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (Audiovisuelles Gesetz 7/2010 vom 31. März 2010)¹ definiert die rechtlichen Rahmenbedingungen für private und öffentlich-rechtliche audiovisuelle Mediendienste in Spanien und setzt die Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste in spanisches Recht um. Außerdem sieht das Gesetz die Bildung einer unabhängigen Regulierungsbehörde, den *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales* (Nationaler Rat für audiovisuelle Medien – CEMA), vor, zu der es unter der amtierenden Regierung jedoch nicht gekommen ist. Stattdessen plant sie die Einrichtung einer „Superbehörde“, die die Einhaltung des Wettbewerbsgesetzes überwachen und den Telekommunikations-, Post-, Medien-, Energie- und Transportsektor beaufsichtigen soll.

1. Status der öffentlich-rechtlichen Medien²

Das Audiovisuelle Gesetz definiert die öffentlich-rechtlichen Medien als einen wesentlichen Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Der Staat, die autonomen Gemeinschaften (Regionen) und die Gemeinden dürfen öffentliche audiovisuelle Mediendienste zur unverschlüsselten Verbreitung von Vollprogrammen oder Spartenkanälen bereitstellen; ausgenommen davon sind Sender, die ausschließlich werbliche Kommunikation ausstrahlen. Die allgemeinen Ziele der öffentlich-rechtlichen Medien werden in einem Rahmenmandat (*mandato marco*) für einen Zeitraum von neun Jahren festgelegt; des weiteren besitzt jeder öffentlich-rechtliche Sender einen Programmvertrag (*contrato programa*) mit ausdrücklichen Vorgaben hinsichtlich des Inhalts.³ Tätigkeiten bzw. Inhalte, die dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zuwiderlaufen, dürfen nicht aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Das Angebot relevanter neuer Dienste ist nur dann zulässig, wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Auftrag entsprechen und den Wettbewerb auf dem Medienmarkt nicht verzerren. In der Praxis wurde dieser Public-Value-Test jedoch noch nicht angewandt, weil der öffentlich-rechtliche Rundfunk- und Fernsehveranstalter RTVE bisher keine erheblich neuen Dienste anbietet und weil die gesetzlich vorgesehene Prüfinstanz CEMA nicht handlungsfähig ist.

1) *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*, abrufbar unter: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l7-2010.html. Eine inoffizielle englische Übersetzung ist abrufbar unter: www.fr.uni.lu/content/download/31319/371626/file/Spain_translation.pdf

2) Art. 40 bis 43 Audiovisuelles Gesetz.

3) Der Programmvertrag von RTVE wurde bisher nicht unterzeichnet. Der Rundfunkveranstalter legte zwar für den Zeitraum 2010-2013 einen Programmvertragsentwurf vor, dieser wurde von der Regierung jedoch aus finanziellen Gründen abgelehnt.

Finanzierungsregeln

Das Audiovisuelle Gesetz regelt die Ausgabenkontrollmechanismen in öffentlich-rechtlichen Mediendiensten. Öffentlich-rechtlichen Sendern wird die strukturelle Trennung ihrer Geschäftsbereiche mit dem Ziel einer ordnungsgemäßen Kostenverrechnung und der Einhaltung der Marktbedingungen nahe gelegt.⁴ Ihnen ist es verboten, ihre Angebote und Dienste unter dem Marktpreis zu vermarkten oder öffentliche Mittel einzusetzen, um konkurrierende Privatsender beim Erwerb von Senderechten an hochwertigen Inhalten auszuschalten.

Hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse untersagt das Audiovisuelle Gesetz die Beteiligung öffentlicher Verwaltungen oder öffentlich-rechtlicher Mediendienste am Firmenkapital privater Anbieter audiovisueller Mediendienste. Auf überregionaler Ebene darf der Staat in Übereinstimmung mit dem Nationalen Technischen Plan nicht mehr als 25 Prozent des verfügbaren Frequenzspektrums für die Bereitstellung landesweiter Fernsehdienste durch öffentlich-rechtliche audiovisuelle Medien vorsehen oder zuweisen.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk- und Fernsehveranstalter RTVE

Der spanische öffentlich-rechtliche Rundfunk- und Fernsehveranstalter RTVE unterliegt darüber hinaus den Bestimmungen der Gesetze 17/2006 über das staatliche Radio und Fernsehen⁵ und 8/2009 über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehveranstalters RTVE.⁶ Gesetz 8/2009 schließt Werbung als Einnahmequelle aus und führte ein neues Finanzierungsmodell für RTVE ein.⁷ Neben direkten staatlichen Beihilfen erhält der Sender 80 Prozent der staatlichen Einnahmen aus der Frequenznutzungsabgabe sowie das Aufkommen aus zwei neuen Steuern: Einer Abgabe für Telekommunikations-Betreiber, die landesweit Mediendienste anbieten (Steuersatz: 0,9 Prozent der Bruttoeinnahmen) und einer Steuer für kommerzielle Fernsehunternehmen, die landesweit verschlüsselte oder frei empfangbare Dienste über Kabel, Satellit oder terrestrisch anbieten (1,5 Prozent der Bruttoeinnahmen für Pay-TV-Anbieter, 3 Prozent für frei empfangbare TV-Sender).⁸

Gesetz 8/2009 garantiert RTVE die direkte Unterstützung von staatlicher Seite. Damit soll im Falle einer Reduzierung sonstiger Einkommensquellen das finanzielle Gleichgewicht sichergestellt werden. Voraussetzung dafür ist, dass die Ausgaben von RTVE dem genehmigten Haushaltsrahmen entsprechen. Das Gesetz sieht außerdem eine Deckelung der Ausgaben des Senders vor: RTVE darf höchstens 10 Prozent seines gesamten Jahresbudgets für den Erwerb von Senderechten an Sportereignissen von allgemeinem Interesse aufwenden; die Liste der Ereignisse erstellt der CEMA. Außerdem wird der Erwerb von Erstausstrahlungsrechten an Primetime-Filmen großer internationaler Produktionsgesellschaften auf jährlich 52 Filme begrenzt.

Öffentlich-rechtliche Regionalsender

Die öffentlich-rechtlichen Medien in Spanien entsprechen der dezentralen Verwaltungsstruktur des Landes mit ihrer nationalen, regionalen und lokalen Ebene. Auf regionaler Ebene gibt es derzeit 13 öffentlich-rechtliche Sender.

4) Siehe auch *Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia*, abrufbar unter:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-2007.html

5) *Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal*, abrufbar unter:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l17-2006.html

6) *Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*, abrufbar unter:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l8-2009.html

7) Siehe auch *Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*, abrufbar unter:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1004-2010.html . Aufgrund der Finanzkrise überprüft die spanische Regierung derzeit das Finanzmodell von RTVE.

8) Die Europäische Kommission sieht in den beiden Steuern für Telekommunikationsbetreiber einen Verstoß gegen die europäischen Telekommunikations-Bestimmungen und hat Spanien beim Europäischen Gerichtshof verklagt. Siehe *Digitale Agenda: Europäische Kommission verklagt Frankreich und Spanien wegen der Erhebung von „Telekom-Steuern“* vor dem Gerichtshof, IP/11/309 vom 14 März 2011, abrufbar unter:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/309&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=fr>

Am 1. August 2012 verabschiedete das spanische Parlament einen Zusatz zum Audiovisuellen Gesetz,⁹ der einen neuen Rechtsrahmen für regionale Rundfunkveranstalter schafft und diesen einen größeren Spielraum bei der Bereitstellung ihrer audiovisuellen Mediendienste bietet. Laut geändertem Gesetz können die autonomen Gemeinschaften zwischen direkter und indirekter Verwaltung ihrer öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter sowie zwischen unterschiedlichen Modellen wählen, darunter öffentlich-private Partnerschaften. Entscheidet sich eine autonome Gemeinschaft gegen die Bereitstellung eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramms, kann sie die entsprechenden Lizenzen per Ausschreibung an private Anbieter vergeben. Ferner kann eine autonome Gemeinschaft ihren öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter je nach ihrer Gesetzgebung Dritten übertragen.

Wählt eine autonome Gemeinschaft für die Bereitstellung eines öffentlichen audiovisuellen Mediendienstes ein indirektes Verwaltungsmodell oder eine öffentlich-private Partnerschaft, kann sie am Kapital des den betreffenden Dienst bereitstellenden Rundfunkveranstalters anteilig beteiligt sein.

Nach dem geänderten Gesetz sind Verbindungen zwischen regionalen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern zum Zweck eines wirtschaftlicheren Produzierens oder Editierens von Inhalten zulässig. Zu den gesetzlichen Auflagen für regionale öffentlich-rechtliche Veranstalter gehören u. a. die Nichtüberschreitung einer Ausgabenobergrenze pro Geschäftsjahr sowie eine jährliche Berichtspflicht.

2. Regulierung des Marktzugangs¹⁰

Das Audiovisuelle Gesetz unterscheidet zwischen terrestrisch verbreiteten audiovisuellen Mediendiensten, für die eine durch öffentliche Ausschreibung erteilte Lizenz erforderlich ist, und Diensten, die über andere Übertragungswege (Kabel, Satellit, IPTV, Video-on-Demand usw.) bereitgestellt werden und bei denen die vorherige Meldung an die zuständige Regulierungsbehörde genügt.¹¹

Lizenzpflichtige Dienste

Eine Lizenz verleiht das ausschließliche Recht, einen Teil des Frequenzspektrums entsprechend einem Nationalen Technischen Plan zu nutzen.¹² Die Lizenz legt die geografische Reichweite des Rundfunksenders, die Anzahl der Kanäle sowie den zugewiesenen Multiplex fest und definiert, ob er unverschlüsselt oder kostenpflichtig über ein Zugangsberechtigungssystem ausstrahlt.¹³

Im Hinblick auf die Marktkraft müssen juristische oder natürliche Personen, die sich um eine audiovisuelle Medienlizenz bewerben, folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Natürliche Personen müssen Bürger eines Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) bzw. eines Staates sein, der spanischen Bürgern ebenfalls das Recht einräumt, eine Medienlizenz zu erwerben (Gegenseitigkeitsprinzip).
- Juristische Personen müssen ihren eingetragenen Gesellschaftssitz in einem EWR-Mitgliedstaat oder in einem Staat haben, der spanischen Rechtspersonen das Recht auf den Erwerb von Medienlizenzen einräumt. Die Beteiligung natürlicher und juristischer Personen aus Nicht-EWR-Staaten am Gesellschaftskapital des Rundfunkveranstalters unterliegt ebenfalls dem Gegenseitigkeitsprinzip.
- Die direkte oder indirekte Beteiligung natürlicher oder juristischer Personen aus Nicht-EWR-Staaten am Kapital von Lizenznehmern sollte 25 Prozent nicht übersteigen. Die Gesamtbeteiligung natürlicher oder juristischer Personen aus Nicht-EWR-Staaten am Kapital der Lizenznehmer sollte unter 50 Prozent liegen.

9) Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, abrufbar unter: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l6-2012.html

10) Art. 22 bis 30 Audiovisuelles Gesetz.

11) Die Regierung und die autonomen Gemeinschaften legen die Meldeverfahren für ihre jeweiligen Zuständigkeitsbereiche fest.

12) Für den Nationalen Technischen Plan ist der Staat zuständig. Daher können die autonomen Gemeinschaften erst dann Lizenzvergabeverfahren starten, wenn der Staat den Plan hinsichtlich des betreffenden Teils des Frequenzspektrums verabschiedet hat.

13) Siehe unten für weitere Informationen zu Zugangsberechtigungssystemen.

VoD-Dienste

Vor Verabschiedung des Audiovisuellen Gesetzes galten VoD-Dienste als elektronische Kommunikationsdienste (ebenso wie Near-Video-on-Demand-Dienste und die Übertragung von Text, Bild und Ton) und unterlagen daher den spanischen Telekommunikationsbestimmungen.

Seit der Verabschiedung des Audiovisuellen Gesetzes zählen VoD-Dienste zu den audiovisuellen Mediendiensten, sofern sie:

- von natürlichen oder juristischen Personen angeboten werden, die die tatsächliche redaktionelle Kontrolle über die programmliche und inhaltliche Auswahl ausüben,
- sich nicht auf die reine Übertragung oder Durchleitung des Signals des audiovisuellen Mediendienstes beschränken.

3. Medienkonzentrationsregeln¹⁴

Natürliche und juristische Personen dürfen Kapitalbeteiligungen bzw. Stimmrechte an mehreren Fernsehdiensteanbietern gleichzeitig halten; der Erwerb erheblicher Beteiligungen (s. u.) an mehr als einem Fernsehdiensteanbieter von überregionaler Reichweite ist ihnen jedoch untersagt, wenn der durchschnittliche Gesamtmarktanteil aller Kanäle der betreffenden Anbieter in den 12 Monaten vor Erwerb der Beteiligungen über 27 Prozent betrug. Diese Einschränkung zielt hauptsächlich darauf ab, den Zusammenschluss der beiden größten Privatsender Antena 3 und Telecinco zu verhindern.

Ein Anbieter audiovisueller Mediendienste muss je nach geografischer Reichweite in einem nationalen oder regionalen Register eingetragen sein. Eigner erheblicher Gesellschafteranteile von audiovisuellen Mediendiensteanbietern müssen unter Angabe ihres prozentualen Anteils ebenfalls eingetragen sein. Laut Audiovisuelles Gesetz gelten als Eigentümer erheblicher Gesellschafteranteile direkte oder indirekte Eigentümer von:

- a) 5 Prozent des Gesellschaftskapitals;
- b) 30 Prozent der Stimmrechte (oder weniger, wenn der Anteil es dem Rechteinhaber erlaubt, binnen 24 Monaten nach Erwerb der Stimmrechte mehr als die Hälfte des Firmenvorstands zu wählen).

Natürliche oder juristische Personen aus Nicht-EWR-Mitgliedstaaten dürfen nur dann Beteiligungen oder Stimmrechte halten, wenn ihre Länder nach dem Gegenseitigkeitsprinzip spanischen Bürgern ähnliche Rechte zuerkennen. In jedem Fall dürfen Investoren aus Drittländern höchstens 25 Prozent der Anteile eines Lizenzinhabers halten. Darüber hinaus darf eine Gesellschaft, die im Besitz einer Sendelizenz ist, höchstens 50 Prozent ihres Kapitals an Gesellschafter aus Nicht-EWR-Staaten veräußern.

Darüber hinaus dürfen natürliche oder juristische Personen in folgenden Fällen keine erheblichen Anteile bzw. Stimmrechte an mehr als einem Anbieter audiovisueller Mediendienste halten:

- a) wenn die nationalen Mediendiensteanbieter insgesamt über Frequenznutzungsrechte verfügen, die die technische Kapazität von zwei Multiplexkanälen übersteigen;
- b) wenn die regionalen Mediendiensteanbieter insgesamt über Frequenznutzungsrechte verfügen, die die technische Kapazität eines Multiplex-Kanals übersteigen.

Eine weitere Bestimmung soll die Wahrung der Informationsvielfalt sicherstellen: Natürliche und juristische Personen, die Kapitalbeteiligungen an einem überregionalen Fernsehdiensteanbieter halten, dürfen keine erheblichen Beteiligungen an anderen Anbietern derselben Kategorie besitzen, sofern dies die Existenz von mindestens drei nationalen privaten Fernsehdiensteanbietern gefährden würde.

14) Art. 36 Audiovisuelles Gesetz.

4. Wettbewerbsrecht

Das Wettbewerbsgesetz 15/2007 vom 3. Juli 2007¹⁵ gibt den Rechtsrahmen für den freien Wettbewerb im spanischen Binnenmarkt vor. Für die Wahrung, Sicherstellung und Förderung eines wirksamen Wettbewerbs sowie für die konsequente Anwendung des Wettbewerbsgesetzes ist eine unabhängige öffentliche Stelle, die *Comisión Nacional de la Competencia* (Nationale Wettbewerbskommission – CNC), zuständig.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Die CNC definiert die „beherrschende Stellung“ als „eine Situation, in der sich eine Gesellschaft auf dem Markt seinen Lieferanten, Abnehmern und seinen Wettbewerber, gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig verhalten kann“.¹⁶ Marktbeherrschende Stellungen sind nicht von vornherein gesetzlich verboten, wohl aber der Missbrauch der eigenen beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen (Art. 2 Wettbewerbsgesetz). Der Missbrauch kann folgende Formen annehmen:

- a) direkte oder indirekte Preisvorgaben oder sonstiges unlauteres Geschäfts- oder Dienstleistungsgeschehen,
- b) Einschränkung von Produktion, Vertrieb oder technischer Entwicklung zum mutwilligen Schaden von Unternehmen und Verbrauchern,
- c) ungerechtfertigte Weigerung, Kauf- oder Dienstleistungsnachfragen zu befriedigen,
- d) in Geschäfts- und Dienstleistungsbeziehungen Anwendung unterschiedlicher Bedingungen auf gleichwertige Geschäfte zur Benachteiligung bestimmter Wettbewerber,
- e) Koppelung von Vertragsabschlüssen an weitere Verpflichtungen, die weder sachlich noch handelsüblich zum Vertragsgegenstand dazugehören.

Unternehmenszusammenschlüsse

Bei Unternehmenszusammenschlüssen müssen die medienspezifischen Antikonzentrationsbestimmungen des Audiovisuellen Gesetzes (s. o.) und die des Wettbewerbsgesetzes beachtet werden. Im Gegensatz zu den einschlägigen Bestimmungen des Audiovisuellen Gesetzes, die den Medienpluralismus erhalten sollen, zielen die Antikonzentrationsbestimmungen des Wettbewerbsgesetzes auf die Erhaltung des freien Wettbewerbs auf dem Markt ab.

Laut Art. 7 Wettbewerbsgesetz wird ein Unternehmenszusammenschluss dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen stattfindet. Dies kann dadurch erfolgen, dass:

- a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren,
- b) die Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines Unternehmens oder mehrerer anderer Unternehmen erworben wird,
- c) ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet bzw. generell die Kontrolle über ein oder mehrere Unternehmen, die auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen, erworben wird.

Laut Wettbewerbsgesetz ist unter „Kontrolle“ die Möglichkeit einer bestimmenden Einflussnahme in einem Unternehmen zu verstehen. Diese Kontrolle kann durch Folgendes begründet werden:

- a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens eines Unternehmens,
- b) Verträge, Rechte oder andere Mittel, die die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf Zusammensetzung, Stimmverhalten oder Beschlüsse der Organe eines Unternehmens zu nehmen.

15) *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, consolidated version available at: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.html . Eine inoffizielle englischsprachige Fassung des konsolidierten Gesetzes ist abrufbar unter: www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=18425&Command=Core_Download&Method=attachment

16) Siehe www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=101&item=176 . Diese Definition folgt der des Gerichtshofs in der Rechtssache *United Brands* (27/76 von Februar 1978), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:DE:HTML>

Unternehmenszusammenschlüsse müssen vor ihrem Vollzug bei der CNC angemeldet werden,¹⁷ wenn mindestens einer der beiden Tatbestände erfüllt ist:

- a) Im Ergebnis des Zusammenschlusses werden mindestens 30 Prozent des betreffenden nationalen oder darin ansässigen regionalen Produkt- oder Dienstleistungsmarktes erworben oder vergrößert.¹⁸
- b) Der in Spanien erwirtschaftete Gesamtumsatz aller Beteiligten beträgt mehr als EUR 240 Mio. und der in Spanien erzielte Einzelumsatz von mindestens zwei Beteiligten mehr als EUR 60 Mio.

Der angemeldete Unternehmenszusammenschluss wird ausgesetzt, bis die CNC (oder in Ausnahmefällen die Regierung, s. u.) eine ausdrückliche (oder stillschweigende¹⁹) Genehmigung erteilt oder die CNC die Aussetzung aufhebt.

Bei Beurteilung des Zusammenschlusses berücksichtigt die CNC unter anderem:

- a) die jeweiligen Marktstrukturen,
- b) die Marktposition sowie die Wirtschafts- und Finanzkraft des betroffenen Unternehmens,
- c) den realen oder potenziellen Wettbewerb von Unternehmen auf dem oder außerhalb des nationalen Hoheitsgebiets,
- d) alternative Zutrittsmöglichkeiten zu Beschaffungs- und Absatzmärkten für Lieferanten und Abnehmer,
- e) etwaige Marktzutrittsschranken,
- f) die Angebots- und Nachfragetrends für die betreffenden Produkte und Dienstleistungen,
- g) die Auswirkungen von Angebot und Nachfrage auf die Marktposition der betroffenen Unternehmen,
- h) die durch den Zusammenschluss erzielte Effizienzgewinne, die zu erwartenden Verbesserungen des Produktions- oder Vermarktungssystems und der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen sowie den möglichen Nutzen dieser Effizienzgewinne für die Verbraucher, insbesondere in Form eines umfassenderen oder besseren Angebots oder niedrigerer Preise.

In Ausnahmefällen kann die Regierung Unternehmenszusammenschlüsse aus Gründen des allgemeinen Interesses genehmigen.²⁰

Jüngste Fusionsvorhaben

Auf dem spanischen Markt für unverschlüsselte Fernsehprogramme vollzieht sich derzeit ein weitreichender Konzentrationsprozess: 2011 hat Telecinco Cuatro übernommen, und jüngst billigte die CNC die geplante Übernahme von La Sexta durch Antena 3. Dieser Konzentrationsprozess ist längst nicht abgeschlossen.

Telecinco/Cuatro²¹

Am 28. April 2010 setzte Telecinco²² die CNC von ihrer Absicht in Kenntnis, Cuatro²³ zu übernehmen.

17) Unternehmenszusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne der EU-Fusionskontrollverordnung bleiben von den Auflagen des Wettbewerbsgesetzes unberührt, es sei denn, die Europäische Kommission verweist einen Zusammenschluss zurück an die spanischen Behörden. Siehe Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“ - Text von Bedeutung für den EWR), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:de:HTML>

18) Dieses Verfahren gilt nicht für Zusammenschlüsse, bei denen das übernommene Unternehmen bzw. die im vorangegangenen Geschäftsjahr erworbene Vermögenswerte in Spanien einen Gesamtumsatz von höchstens EUR 10 Mio. erzielen. Dabei dürfen die einzeln oder gemeinschaftlich gehaltenen Anteile der Beteiligten in keinem der betroffenen Märkte auf nationaler Ebene bzw. in keinem geografischen Bereich des nationalen Marktes 50 Prozent oder mehr betragen.

19) Für weitere Angaben zu den Folgen des administrativen Stillschweigens bei Unternehmenszusammenschlüssen, siehe Art. 38 Wettbewerbsgesetz.

20) Sieh Art. 10.4 und 60 Wettbewerbsgesetz.

21) Sämtliche Dokumente zur Fusion von Telecinco/Cuatro sind abrufbar unter: www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0230/10%20&ambito=Concentraciones

22) Das Kerngeschäft von Telecinco umfasst unverschlüsseltes Fernsehen, Werbung, die Verwertung audiovisueller Inhalte, die Herstellung und den Vertrieb von Medienprodukten, die Tätigkeit als Nachrichtenagentur sowie Telemarketing. Telecinco wird von der Gesellschaft Mediaset kontrolliert, einem an der Mailänder Börse notierten Unternehmen von Fininvest, der Dachgesellschaft der Fininvest-Gruppe, die in der Medienindustrie, im Verlagswesen und im Bereich Finanzdienstleistungen tätig ist.

23) Cuatro betreibt das unverschlüsselte Fernsehprogramm des Medienkonzerns Prisa, besitzt die Lizenz für einen nationalen DVB-T-Multiplex und verwaltet den Großteil des Geschäftsbereichs Fernsehwerbung von Prisa.

Beide Veranstalter hatten das Fusionsvorhaben der Europäischen Kommission gemeldet, die das Dossier mit der Begründung an die CNC zurückverwiesen hatte, diese sei am besten imstande, den Fall zu beurteilen.²⁴

Nach Auffassung der CNC gehören Telecinco und Cuatro zu den Marktführern im frei zugänglichen Fernsehen. Der Zusammenschluss, so die CNC, habe daher Auswirkungen auf die gesamte Wertschöpfungskette im fernsehverwandten Mediensektor. Die daraus resultierende Marktstruktur und die vorhandenen Zutrittsschranken stellten Risiken für den wirksamen Wettbewerb in einigen der betroffenen Märkte dar, insbesondere im spanischen TV-Werbemarkt. Diese Auswirkungen würden dadurch noch weiter verschärft, dass Telecinco Anteile der Satellitenplattform Canal+ (früher: Digital+) halte.

Die CNC prüfte zwei besonders maßgebliche Wettbewerbsrisiken:

- Fernsehwerbemarkt: In Anbetracht der gesamten Reichweite aller Kanäle, die dem aus der Fusion hervorgehenden neuen Marktteilnehmer („dem neuen Betreiber“) nunmehr angehören würden, könnte sich dieser neue Betreiber bei einem gemeinsamen Management der Werbezeiten zu einer unabdingbaren Größe für Werbekunden entwickeln. Bereits die derzeitige Konstellation des Fernsehwerbemarktes würde stillschweigende Vereinbarungen zwischen dem neuen Betreiber und dessen Hauptkonkurrenten Antena 3 erlauben und begünstigen.
- Erwerb von Medieninhalten: Der neue Betreiber bekäme eine stärkere Verhandlungsposition beim Kauf von audiovisuellen Inhalten. Dies würde andere Wettbewerber im unverschlüsselten Fernsehmarkt sowie kleinere Anbieter von Inhalten beeinträchtigen.

Am 28. Oktober 2010 genehmigte die CNC den Zusammenschluss unter Auflagen, zu deren Einhaltung sich Telecinco schließlich verpflichtete.²⁵ Die Auflagen gelten drei Jahre, können aber um weitere zwei Jahre verlängert werden, sofern die ihnen zugrunde liegenden Marktbedingungen unverändert vorliegen. Die wichtigsten Selbstverpflichtungen von Telecinco sind folgende:

- Telecinco verpflichtet sich, Werbezeiten oder Zeiten für sonstige kommerzielle Kommunikationsformen nicht als Pauschalpaket („kommerzielles Gesamtpaket“) auf seinen beiden quotenstärksten frei empfangbare Kanälen (nachfolgend „Hauptprogramme“ genannt) zu vermarkten. Ferner soll die Gesamtreichweite der in jedem Geschäftspaket enthaltenen Kanäle nicht mehr als 22 Prozent betragen. Telecinco erklärt sich des Weiteren bereit, keine Geschäftspolitik und insbesondere Preispolitik zu betreiben, die Kunden unterschiedlicher Werbezeit-Verkaufspakte Kopplungsgeschäfte aufzwingt. Ferner verzichtet Telecinco darauf, gemeinsam mit Cuatro Werbezeiten auf den unverschlüsselten DVB-T-Kanälen Dritter zu vermarkten. Im Pay-TV-Markt überträgt Telecinco die Vermarktung der Werbezeiten von Pay-TV-Kanälen Dritter einem eigenständigen Unternehmen mit klar differenzierter Geschäftspolitik. Solange Telecinco zusammen mit Prisa oder Telefónica Mitgesellschafter der Satellitenplattform Canal+ bleibt, darf das Unternehmen keine Werbepakete verkaufen, die Prisa oder Telefónica Medien umfassen. Ferner muss Telecinco beim Verkauf von Werbezeit gegenüber Prisa oder Telefónica marktübliche Bedingungen anwenden.
- Telecinco wird die Laufzeit seiner Verträge zum Erwerb exklusiver Premium-Medieninhalte wie Spielfilme und Serien auf drei Jahre begrenzen und darin keine Vorzugserwerbs- oder Erweiterungsrechte vorsehen. Der Konzern begrenzt die Ausschließlichkeitsdauer für die Verwertung von Filmrechten im frei empfangbaren Fernsehen auf fünf Jahre. Der Sender verpflichtet sich außerdem, seine Macht, einheimische Fernsehproduzenten von der Programmlieferung an unverschlüsselte Konkurrenzsender auszugrenzen, zu begrenzen. Telecinco akzeptiert ferner die Einschränkungen beim Ankauf von Premium-Medieninhalten, Spielfilm-Erstausstrahlungen und Fernsehserien bedeutender Filmstudios sowie wichtigen Sportereignissen. Diese Einschränkungen sollen Telecinco daran hindern, seine Doppelpräsenz im verschlüsselten und unverschlüsselten Fernsehmarkt zu nutzen, um Medieninhalte für unverschlüsseltes Fernsehen zu monopolisieren.

24) Siehe Asunto Nr. COMP/M.5776 – Telecinco/Cuatro, SG-Greffe(2010)/2775/2776, C(2010) 1686, 11. März 2010, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5776_20100311_201220_254239_ES.pdf

25) Siehe CNC-Pressemitteilung vom 29. Oktober 2011, abrufbar unter: www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=281957&Pag=1

- Telecinco akzeptiert die Auflagen, die seine Schlagkraft auf dem unverschlüsselten Fernsehmarkt einschränken und indirekt zur Wahrung des Wettbewerbs im Fernsehwerbemarkt dienen. Telecinco verzichtet darauf, sein Angebot an frei empfangbaren Fernsehprogrammen durch die Anmietung von DVB-T-Kanälen bei Drittbetreibern auszuweiten. Ebenso verzichtet Telecinco darauf, etwaige Vorhaben zur Qualitätsverbesserungen an Fernsehkanälen zu behindern, die von seinen Konkurrenten NET und La Sexta geplant sind, mit denen sich das aus der Fusion hervorgegangene Unternehmen bis 2015 den Multiplex teilt. Telecinco sagt ferner zu, den Pay-TV-Plattformen seine unverschlüsselten Kanäle weiterhin kostenfrei bereitzustellen.

Im August 2011 belegte die CNC Telecinco mit einem Bußgeld in Höhe von EUR 3.6 Mio., weil das Medienunternehmen seiner Pflicht nicht nachgekommen war, einen Maßnahmenplan zur Umsetzung dieser Auflagen vorzulegen. Am 6. Juni 2012 leitete die CNC ein formales Verfahren²⁶ gegen Mediaset (dem Eigentümer von Telecinco) ein und erhob folgende Vorwürfe:

- Mediaset habe seine Pflicht einer funktionalen/personellen Entflechtung der beiden Werbefirmen Publiespaña und Publimedia verletzt, da dieselben Personen den Vorständen beider Unternehmen angehörten.
- Mediaset habe den Verzicht auf Vorkaufsrechte beim Erwerb von Medieninhalten ohne Begründung verschoben; außerdem habe die Mediengruppe die Gewährung gewisser Optionsrechte bei der Anpassung geltender Verträge hinausgeschoben bzw. unterlassen. Und schließlich habe Mediaset in manche Verträge unzulässige Bestimmungen hinsichtlich des Erwerbs von Medieninhalten eingefügt.
- Die CNC habe Grund zur Annahme, dass Mediaset gegen eine Auflage bezüglich des Werbemarkts verstoßen habe, indem sie dazu übergegangen sei, die Vermarktung von Werbezeiten auf den von ihr betriebenen Sendern de facto zu koppeln. Mediaset habe diese Strategie durch die kürzliche Einführung eines neuen Werbe-Vermarktungsmodells noch verstärkt.

Nach Eröffnung des Verfahrens hat die CNC bis zu sechs Monaten Zeit, um den Fall zu prüfen und zu lösen.

Antena 3/La Sexta²⁷

Am 15. März 2012 meldete Antena 3 die vollständige Übernahme des Gesellschaftskapitals von La Sexta²⁸ bei der CNC an. Die Europäische Kommission hatte diesen Zusammenschluss zuvor zur Prüfung durch die CNC an Spanien zurückverwiesen.²⁹

Laut CNC könnte diese Übernahme Antena 3 und Mediaset (Eigentümer von Telecinco) dazu ermuntern, ihr Geschäftsverhalten im Fernsehwerbemarkt abzustimmen, was dem Wettbewerb schaden würde. Außerdem könnte Antena 3 beim Erwerb der attraktivsten Medieninhalte seine stärkere Verhandlungsmacht nutzen und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit anderer Betreiber von unverschlüsselten Fernsehprogrammen sowie kleiner Anbieter und Produzenten von Medieninhalten auf diesem Markt mindern.

Am 11. Juli 2012 genehmigte die CNC den Zusammenschluss unter bestimmten Auflagen, die die Wahrung des freien Wettbewerbs gewährleisten sollen.³⁰ Diese Auflagen gelten für die Dauer von fünf Jahren.

26) Siehe Vermerk zum Fall SNC/0024/12, abrufbar in englischer Sprache unter: www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=143357&Command=Core_Download&Method=attachment

27) Sämtliche Unterlagen zur Fusion Antena 3/La Sexta sind abrufbar unter: www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0432/12&ambito=Concentraciones

28) Antena 3 und La Sexta gehören zu den größten Betreibern von unverschlüsselten TV-Sendern in Spanien.

29) Vgl. Rechtssache Nr. COMP/M.6547 – ANTENA 3/ LA SEXTA, C(2012) 1840, 14 März 2012, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6547_20120314_201220_2390652_EN.pdf

30) Siehe CNC-Pressemitteilung vom 13. Juli 2012, *La CNC condiciona la adquisición de La Sexta por Antena 3*, abrufbar unter: www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=149433&Command=Core_Download&Method=attachment

Die erste Auflage betrifft den Fernsehwerbemarkt. Der aus der Fusion hervorgehende neue Marktteilnehmer („neuer Betreiber“) verpflichtet sich,

- vorhandene Vereinbarungen bezüglich eines gemeinsamen Werbemanagements auf DVB-T-Kanälen Dritter zu widerrufen und keine neuen derartigen Vereinbarungen abzuschließen.
- Werbezeiten für seine beiden quotenstärksten Fernsehsender getrennt und über unterschiedliche Firmen zu vermarkten. Beide Firmen dürfen nur Werbezeiten von TV-Sendern vermarkten, deren durchschnittliche Gesamtreichweiten 18 Prozent pro Halbjahr nicht überschreiten.
- Mindestens quartalsweise seine Werbeangebote offenzulegen; diese müssen zumindest die Möglichkeit des Einzelkaufs von Werbefläche auf jedem Fernsehkanal von Antena 3 beinhalten.
- Auf ein Geschäftsgebaren zu verzichten, das bestimmte Werbeformen aufzwingt. Insbesondere dürfen Firmen, die die Werbezeit des neuen Betreibers vermarkten, die Vermarktung von Werbezeitpaketen für mehreren Fernsehsender nicht als vorrangig gegenüber dem Verkauf einzelner Werbeslots auf jedem Kanal betrachten.
- Werbezeit über Simulcast nur auf ausdrückliche schriftliche Anfrage des Werbetreibenden anzubieten. Diese Auflage gilt nicht für die Firma, die die Werbezeiten für Antena 3 vermarktet.
- Gegenüber Werbekunden und Medienagenturen auf Geschäftsangebote zu verzichten, die an Mindestinvestitionsraten bzw. -bruttoreichweiten (Gross Rating Points – GRP) gebunden sind.³¹
- Bei Verhandlungen mit Werbekunden und Medienagenturen die minimalen Grundsätze der Transparenz, Objektivität, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit einzuhalten,

Die zweite Auflage umfasst Pflichten, die auf eine Begrenzung der Marktmacht von Antena 3 im unverschlüsselten Fernsehen abzielen. Indirekt soll damit der Wettbewerb im Fernsehwerbemarkt gewahrt werden. Der neue Betreiber verzichtet darauf,

- DVB-T-Kanäle von Drittbetreibern anzumieten, um sein frei empfangbares TV-Angebot zu erweitern,
- technische Eingriffe zur Qualitätsverbesserung von Drittsendern im gemeinsamen Multiplex zu blockieren.

Die dritte Auflage betrifft die Marktverfügbarkeit von Medieninhalten. Der neue Betreiber ist verpflichtet,

- die Vertragslaufzeiten für den exklusiven Erwerb von Medieninhalten auf drei Jahre zu begrenzen und Vorkaufsrechte und Erweiterungsrechte auszuschließen,
- bei Vereinbarungen mit nationalen Fernsehproduktionsgesellschaften Exklusivitätsklauseln vorzuschreiben, die diese Firmen davon abhalten, Wettbewerbern im unverschlüsselten Fernsehmarkt Medieninhalte anzubieten.

Die vierte Auflage sieht eine regelmäßige Berichtspflicht über die Tätigkeit des neuen Betreibers in den betreffenden Märkten vor.

In einer Pressemitteilung vom 17. Juli 2012³² bezeichnete Antena 3 die Auflagen der CNC als unlauter und diskriminierend und kündigte ein juristisches Vorgehen gegen die Entscheidung an. Der Rundfunkveranstalter vertrat die Auffassung, die Entscheidung enthalte weitere Einschränkungen und höhere Auflagen als beim Zusammenschluss von Telecinco und Cuatro (s. o.), obwohl die Fusion von Antena 3 und La Sexta einen kleineren TV-Betreiber hervorbringe und daher geringere Auswirkungen auf den Fernsehmarkt haben werde. Nach Meinung des Veranstalters führt die Entscheidung für Antena 3/La Sexta zu einem Wettbewerbsnachteil gegenüber Mediaset, stärkt die marktbeherrschende Stellung von Mediaset im verschlüsselten und unverschlüsselten Fernsehen zum Nachteil anderer Betreiber und macht daher den geplanten Zusammenschluss nicht tragfähig.

Am 24. August 2012 beschloss die spanische Regierung kraft ihrer Befugnis, Firmenzusammenschlüsse aus Gründen des allgemeinen Interesse (s. o.) zu genehmigen, eine Lockerung der von der CNC für die Übernahme von La Sexta durch Antena 3 erlassenen Auflagen.

31) Siehe http://en.wikipedia.org/wiki/Gross_rating_point

32) Siehe www.antena3.com/noticias/economia/comunicado-antena-condiciones-cnc_2012071700254.html

5. Must-Offer-Pflichten³³

Laut dem Audiovisuellen Gesetz sind Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste verpflichtet, im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen und entsprechend der technischen Kapazitäten ihrer Netze Anbietern audiovisueller Mediendienste und unabhängigen Produzenten Netzzugang zu gewähren. Darüber hinaus müssen sie sicherstellen, dass die Übertragung von Bild und Ton so erfolgt, dass tatsächliche Interaktivität möglich ist.

Über die Zugangsmodalitäten können die beteiligten Parteien frei verhandeln. Zur Wahrung des Pluralismus führt das Audiovisuelle Gesetz jedoch gewisse Must-Offer/Carry-Pflichten ein. So muss der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter RTVE Anbietern von Kabel-, Satelliten- und Internet-Protokoll- (IPTV-) Übertragungsdiensten kostenfrei Zugang zu ihren Radio- und Fernsehkanälen gewähren. Zur landesweiten Verbreitung zugelassene audiovisuelle private Mediendienste müssen den Netzbetreibern nach gemeinsamer Festlegung eines angemessenen Entgelts den Zugang zu ihren wichtigsten unverschlüsselten Fernsehprogrammen erleichtern. Hierin liegt ein fundamentaler Wandel in der spanischen Gesetzgebung, denn zuvor mussten die unverschlüsselten Privatsender den Kabel- und Satellitenbetreibern ihre Programme kostenfrei bereitstellen. Diese neue Regelung gilt jedoch nur für die Hauptprogramme der Veranstalter und nicht für Spartensender wie Neox, Nova, Divinity, Energy und FDF. Lokale und regionale Sender sind ebenfalls davon ausgenommen.

6. Technische Ausstattung der Verbraucher und Zugangsberechtigungssysteme

Die Bereitstellung von Zugangsberechtigungssystemen und -diensten wird durch den Königlichen Erlass 2296/2004³⁴ geregelt. Danach müssen Anbieter von Verschlüsselungsdiensten

- a) digitalen Fernsehdiensteanbietern zu fairen, vertretbaren und nichtdiskriminierenden Bedingungen die von ihnen benötigten technischen Mittel bereitstellen, um den Empfang ihrer Fernsehdienste durch die Decoder zu ermöglichen;
- b) eine getrennte Finanzbuchhaltung für die Bereitstellung von Verschlüsselungsdiensten führen.

Eigentümer von Zugangsberechtigungssystemen sind verpflichtet, eine gemeinsame Schnittstelle für die Hersteller von Verbrauchergeräten freizuschalten, die den Anschluss anderer Verschlüsselungssysteme zu fairen, vertretbaren und nichtdiskriminierenden Bedingungen ermöglicht.

Diese Auflagen sind in Art. 24.1 Audiovisuelles Gesetz verankert, der vorschreibt, dass „die Systeme und Verschlüsselungsdienste, die auf dem Weg der Zugangskontrolle den Empfang zu kostenpflichtigen digitalerterrestrischen Fernsehdiensten erlauben, offen sein müssen“.

7. Elektronische Programmführer

Elektronische Programmführer (Electronic Programme Guides - EPGs) werden in der 7. Zusatzbestimmung des Telekommunikationsgesetzes geregelt. Absatz 2 besagt: „Die *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Telekommunikationsmarkt-Kommission – CMT) kann, sofern dies notwendig ist, um dem Endnutzer bestimmte digitale Rundfunkdienste bereitzustellen, (...) die Betreiber von Programmierschnittstellen (APIs) und elektronischen Programmführern verpflichten, den Zugang zu diesen Ressourcen zu vertretbaren, fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu gewähren.“ Diese Bestimmung verhindert geschlossene EPGs, definiert jedoch nicht deren Inhalte und Funktionen. Der Königliche Erlass Nr. 2296/2004 bestätigte diesen Auftrag der CMT.

33) Art. 31 Audiovisuelles Gesetz.

34) *Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración*, abrufbar unter: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd2296-2004.html

Auf technischen Foren wurden inzwischen Vorschläge zur Klärung der Auflagen für EPGs vorgelegt, die jedoch bisher in kein Regelwerk mündeten.³⁵

8. Zugriff auf Medienarchive

Die spanische Rundfunkgesetzgebung enthält kaum Verweise auf Archive. Das Gesetz 17/2006 enthält eine Auflistung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Hörfunks und Fernsehens, darunter die Pflicht, „über die Erhaltung der Medienarchive zu wachen“ (Art. 3.o). Die 6. Zusatzbestimmung des Audiovisuellen Gesetzes sieht die allgemeine Pflicht vor, die Archive von audiovisuellen Mediendiensteanbietern zu bewahren. Der Zugriff auf diese Programmarchive durch andere Betreiber ist indessen nicht geregelt. In der Praxis sind der Zugang zu den Programmarchiven öffentlich-rechtlicher Sender und die Nutzung dieser Archive akkreditierten Forschern und Lehrkräften mit entsprechender Vorabgenehmigung vorbehalten. Bei privaten Veranstaltern ist der Zugang zum Archiv auf interne Mitarbeiter beschränkt. Private und öffentlich-rechtliche Sender stellen jedoch ihre Programmbestände anderen Betreibern gegen Entgelt zur Verfügung. Der Umfang der Vergütung hängt von Art und Laufzeit der beim Betreiber gewährten Rechte ab.³⁶

II. Plattformbetreiber und Konvergenzdienste

Um die spanischen Bestimmungen über Netzwerkbetreiber und deren Beziehung zu audiovisuellen Mediendiensteanbietern zu verstehen, sollte man sich kurz mit den Rahmenbedingungen des spanischen Marktes vertraut machen. 2011 entfielen in Spanien 80 Prozent der Einschaltdauer auf DVB-T-Kanäle, weitere 15 Prozent auf Kabel und die verbleibenden 5 Prozent auf Satellit.³⁷ Das erklärt sich teilweise durch die Verteilung der verschiedenen Empfangsgeräte auf die spanischen Fernsehhaushalte. In 2012 waren 97 Prozent der spanischen Haushalte mit DVB-T-Boxen ausgestattet, 12,4 Prozent besaßen Kabelanschluss, 4,5 Prozent einen IPTV-Anschluss und 21,8 Prozent Satellitenantennen.³⁸

Diese Aufteilung der Verbreitungsarten spiegelt die Vorliebe der spanischen Bürger für frei empfangbares digitalerterrestrisches Fernsehen wider. Der Marktanteil der Netzbetreiber, die Fernsehdienste über Satellit, Kabel oder IPTV weiterverbreiten, liegt erheblich unter dem des führenden DVB-T-Netzbetreibers (zur Wettbewerbsproblematik, s. u.).

1. Plattformbetreiber

Die Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten unterliegen den Bestimmungen der spanischen Telekommunikationsgesetzgebung (s. u.). Grundsätzlich gelten die Betreiber von Mediendienste-Plattformen als Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste und unterliegen daher den Bestimmungen zur Telekommunikation. Betreiber, die außerdem audiovisuelle Mediendienste anbieten, gelten gleichzeitig als audiovisuelle Mediendiensteanbieter und fallen dadurch auch unter das Audiovisuelle Gesetz.

35) Siehe Eladio Gutiérrez, „Herramientas de información y control en manos de padres, educadores y ciudadanos en general en el ámbito de la televisión digital“, in ICMEDIA, *La protección del menor tras la ley general de la comunicación audiovisual: perspectivas y retos*, Mai 2012, abrufbar unter: www.icmedianet.org/wp/wp-content/uploads/2012/05/Proteccion-Menor1.pdf. Siehe ebenfalls Carmen Fuente y Raquel Urquiza, „Las EPG como herramientas de información y control“, *Telos*, 84, Juli-September 2010, abrufbar unter: http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/DYC/TELOS/SOBRETELOS/Nmerosanteriores/DetalleAnteriores_84TELOS_DOSSIER4/seccion=1268&idioma=es_ES&id=2010083109410001&activo=6.do

36) Antonia Salvador, „Políticas de salvaguardia y acceso en los archivos audiovisuales de televisión. Marco jurídico y nuevos servicios interactivos en la televisión digital“, *Dercom*, 2, Juni-August 2010, abrufbar unter: <http://derecom.com/numeros/pdf/salvador.pdf>

37) Barlovento Comunicación, *Análisis televisivo 2011*, abrufbar unter: [www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/ANALISIS_TELEVISIVO_2011\[2\].pdf](http://www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/ANALISIS_TELEVISIVO_2011[2].pdf)

38) AIMC, *Marco General de los medios en España 2012*, S. 64.

2. Hybridfernsehen

Im November 2011 verständigte sich die spanische Fernseh- und Medienindustrie unter Federführung des Ministeriums für Industrie, Tourismus und Handel auf die Verwendung des gemeinsamen HbbTV-Standards für Hybridfernsehen. Dieser Standard, für dessen Verwendung die öffentlich-rechtlichen europäischen Rundfunkveranstalter entscheidende Impulse setzten, ist bereits von Frankreich, Deutschland, Österreich und den Niederlanden übernommen worden.³⁹ Die aus Connected TV erwachsenden Regulierungserfordernisse wurden jedoch in Spanien bisher nicht thematisiert.

III. Verbreitung (Netzbetreiber)

Der spanische Telekommunikations-Sektor wird durch die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 32/2003 vom 3. November 2003⁴⁰ einschließlich Sekundärbestimmungen geregelt. Da dieser Rechtsrahmen keine sektorenspezifische Antikonzentrationsbestimmungen enthält, gelten die allgemeinen (oben ausgeführten) wettbewerbsrechtlichen Vorschriften.

Die CMT ist eine unabhängige öffentliche Stelle mit dem Auftrag, spezifische Auflagen für Betreiber des Telekommunikationsmarktes zu erstellen und deren Einhaltung zu kontrollieren, den Wettbewerb in den Medien-Dienstleistungsmärkten zu fördern, sowie Konflikte zwischen Betreibern zu lösen und ggf. zu schlichten.

1. Multiplex-Management

Die Übertragung von audiovisuellen DVBT-Signalen erfolgt durch Multiplexe, die mehrere Digitalkanäle beherbergen. In Spanien teilen sich üblicherweise mehrere unterschiedliche Fernsehveranstalter einen Multiplex. Sie können den Multiplex entweder selbst verwalten oder die Verwaltung Dritten übertragen.

Um etwaige Konflikte zu vermeiden, haben die meisten nationalen Fernsehbetreiber die Verwaltung ihres Multiplex einem Telekom-Drittbetreiber übertragen.⁴¹ In den letzten zwei Jahren kam es auf den Kanaren und in Madrid zu Konflikten zwischen lokalen Fernsehsendern. Grund war meist die Tatsache, dass die Fernsehbetreiber sich nicht auf einen Drittbetreiber zur Multiplex-Verwaltung verständigt hatten. Die CMT vermittelt in solchen Streitfällen⁴² und greift dann ein, wenn bestimmte Absprachen die Grundprinzipien missachten und die Rechte von Minderheitsbetreibern im Multiplex gefährden. Können sich die TV-Veranstalter in der Frage, wer den Multiplex verwalten soll, nicht einigen, so achtet die CMT darauf, dass bei der Auftragsvergabe

- die Vorlage unterschiedlicher Angebote von Interessenten ermöglicht wird,
- das Transparenzprinzip eingehalten wird,
- nur transparente und nichtdiskriminierende Angebote zugelassen werden, die nach Diensten aufgeschlüsselte Preisangaben enthalten und keine Ungleichbehandlung von Fernsehbetreibern beinhalten.

Wenn der Multiplex-Verwalter eine Firma ist, die einem der im Multiplex beherbergten Fernsehveranstalter gehört, überwacht die CMT die Einhaltung dieser Prinzipien. Sie kann ggf. die Preise der Angebote stärker kontrollieren und die Transfers innerhalb der Gruppe genauer überwachen. Aus Gründen des Wettbewerbsschutzes hält die CMT zwischen dem Multiplex-Manager und dem Fernsehveranstalter eine Vertragslaufzeit von länger als fünf Jahren für nicht angezeigt.⁴³

39) Foro Técnico de la televisión digital. *Especificación de receptores de televisión digital terrestre para aplicaciones interactivas*, abrufbar unter: www.televisiandigital.es/Terrestre/ForoTecnico/receptor-tdt/Documents/ReceptoresTDT_interactivos.pdf

40) *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, abrufbar unter: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l32-2003.html

41) Siehe María Trinidad García Leiva, *Política pública y Televisión Digital: El Caso de la TDT en España y el Reino Unido*, CSIC, S. 235.

42) Siehe CMT, *Informe anual 2011*, S. 167.

43) Siehe CMT Resolution of 14 February 2008, abrufbar unter: www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=224a6c46-9636-4bd9-9070-bd581d6bd0c0&groupId=10138

2. Übertragung von audiovisuellen Signalen

Der wichtigste Betreiber des spanischen DVB-T-Netzes ist Abertis Telecom, das Telekommunikationsunternehmen der spanischen Infrastrukturgesellschaft Abertis. Mit 86,2 Prozent des Gesamtumsatzes ist Abertis marktbeherrschend im DVB-T-Signaldistributionsmarkt (von den Funkstellen bis zu den Haushalten). Die verbleibenden 13,8 Prozent teilen sich mehrere regional operierende Betreiber.⁴⁴ Auch beim digitalerterrestrischen Signaltransport (vom Fernsehsender zur Funkstelle) positioniert sich Abertis Telecom mit einem Marktanteil von 30 Prozent als zweitstärkster Anbieter und hält überdies 47,5 Prozent des DVB-T-Signaltransport-Marktführers Overon (Mitgesellschafter ist Mediapro).

Aufgrund seines beschränkten Kundenkreises (nationale Fernsehbetreiber) setzt Abertis verstärkt auf langfristige Verträge, was Konkurrenten den Markteintritt erschwert und es Abertis hingegen erleichtert, Wettbewerbschranken zu errichten. Daher überrascht es nicht, dass die Netzaktivitäten von Abertis, insbesondere im Bereich digitalerterrestrische Signaldistribution, die CNC und die CMT mehrfach zum Eingreifen in wettbewerbsrechtlichen Fragen bewogen haben (s. u.). In 2009 bezeichnete die CMT Abertis Telecom als einen Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht und belegte das Unternehmen mit besonderen, wettbewerbsfördernden Auflagen. Abertis wurde verpflichtet, Zugang zu seinen DVB-T-Funkstellen zu gewähren und im Fall der Unmöglichkeit des Zugangs Zusammenschaltungen zuzulassen. In ihrer Entscheidung argumentierte die CMT, ein solcher Zugang sei ein nicht reproduzierbarer Vermögenswert, der für die Gewährleistung von DVB-T-Signaltransport- und -distributionsdiensten wesentlich sei.⁴⁵

Die Ergebnisse dieser Entscheidung blieben hinter den Erwartungen zurück. Die CMT schlug im Juli 2012 vor, den Markt zu deregulieren und sämtliche Auflagen aufzuheben, da sie das Erstarken eines nationalen Wettbewerbers verhindert hätten. Seit 2009 waren in der Tat nur bei 0,13 Prozent der Funkstellen Colocation-Dienste und nur bei 0,05 Prozent Zusammenschaltungen beantragt worden. Die CMT hält die Eingriffsbefugnisse der CNC für ausreichend, um restriktive Praktiken einzuschränken, bei denen Abertis als vorherrschender Betreiber auftreten könnte.⁴⁶

Jüngste Entscheidungen bezüglich Betreiber von Übertragungsnetzen

Im Mai 2009 wurde Abertis wegen des Aufzwingens missbräuchlicher Bedingungen gegenüber kommerziellen Rundfunkveranstaltern mit einer Strafe belegt (Rechtssache 646/08 *Axion v. Abertis*). Nach Darstellung der CNC hatte Abertis seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, weil die Vertragsdauer und die vertraglich verankerten Preisnachlässe den Markt für die Bereitstellung von Fernsehsignal-Transportdiensten abriegelten und kommerzielle Sender daran hinderte, Geschäftsbeziehungen zu anderen Netzwerkbetreibern aufzunehmen. Abertis wurde mit dem zweithöchsten Bußgeld – knapp EUR 22,7 Mio. – belegt, das je von der CNC verhängt worden war. Das Unternehmen hatte im Falle der Kündigung von Verträgen, die 2006 mit Rundfunkveranstaltern wie Sogecable, Telecinco, Antena 3, Net TV und Veo TV geschlossen worden waren, mit hohen Vertragesstrafen gedroht und in seinen 2006 mit Veo TV sowie 2008 mit Sogecable, Telecinco und Net TV abgeschlossenen Verträgen extrem lange Laufzeiten vorgeschrieben. Die CNC sanktionierte außerdem die Preisnachlässe, die Abertis in den Verhandlungen zu den Vertragsabschlüssen 2006 in Aussicht gestellt hatte, um die Rundfunkveranstalter dazu zu bewegen, für die Ausstrahlung ihres Sendesignals globale Verträge mit möglichst allen Abertis-Regionalabteilungen abzuschließen. Abertis legte gegen diese Entscheidung bei der *Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional* (Verwaltungskammer des Zentralen Gerichts) Beschwerde ein, die die CNC-Entscheidung im Februar 2012 bestätigte.⁴⁷

44) Siehe CMT, *Informe anual 2011*, S. 167.

45) Siehe *Oferta de Referencia para el Acceso a los Centros emisoros de Abertis Telecom, S.A.*, abrufbar unter: www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=524237fd-8ab7-476d-b07b-b9a15ca7e02d&groupId=10138

46) CMT, Nota de prensa, "La CMT propone desregular el mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión", 16. Juli 2012.

47) Sämtliche Unterlagen zu dieser Rechtssache sind abrufbar unter: www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=646%2f08&Ambito=Conductas

Am 30. November 2009 klagte SES Astra Ibérica S.A.⁴⁸ bei der CNC gegen Abertis Telecom S.A.U. wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Sie warf Abertis vor, Wettbewerber am Zugang zum digitalterrestrischen Fernsehsignal-Transport- und Distributionsmarkt gehindert zu haben. Am 8. Februar 2012 bestätigte der CNC-Rat, dass Abertis im Bereich Großkunden-Zugangsdienste zu digitalterrestrischen Sendezentren in Spanien sowie im Kleinverbraucher-Dienstleistungsmarkt des DVB-T-Signaltransports in Spanien den Missbrauchtatbestand erfüllt hatte, weil Abertis die Gewinnspanne zwischen Großkunden- und Kleinverbraucherpreisen massiv gedrückt hatte.⁴⁹ Nach Auffassung der CNC hätten Konkurrenten in Anbetracht der Preise, die die Firma für die Bereitstellung ihrer Sendezentren verlangte, sowie der Vertragsmodalitäten mit Kleinverbrauchern keinen Spielraum, um in den Märkten für DVB-T-Signaltransport- und DVB-T-Signalverbreitungsdienste zu überleben. Dieses sog. *margin squeeze* gilt nach EU- und spanischem Wettbewerbsrecht als Missbrauch. Der CNC verhängte gegen Abertis ein Bußgeld in Höhe von EUR 13.755.000.

Abertis legte gegen diese Entscheidung Beschwerde bei der *Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional* (Verwaltungskammer des Zentralen Gerichts) ein. Die Rechtssache ist anhängig.

3. Netzneutralität

In Spanien gibt es keine spezifischen Bestimmungen zur Netzneutralität. Es gelten die allgemeinen Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Neutralität von Telekommunikationsinfrastrukturen und -dienstleistungen. Fragen der Netzneutralität wurden während der parlamentarischen Aussprachen zu dem 2011 von der Vorgängerregierung eingebrachten Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes debattiert.⁵⁰ Das Gesetz wurde jedoch nie verabschiedet. Die amtierende Regierung bereitet eine neue Gesetzesvorlage vor, die im letzten Quartal 2012 ins Parlament gehen und voraussichtlich Bestimmungen zur Netzneutralität enthalten wird.

48) Der Satellitenbetreiber bietet Fernseh-, Radio-, Internet und sonstige Datendienste an.

49) Sämtliche Unterlagen zu dieser Rechtssache sind abrufbar unter: www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=S%2f0207%2f09&Ambito=Conductas

50) Siehe El País, „El grupo socialista quiere garantizar por ley la neutralidad de la Red“, abrufbar unter: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/07/20/actualidad/1311152467_850215.html. Siehe auch Europa Press, „La Asociación de Internautas aplaude el “histórico acuerdo” en favor de la neutralidad en la Red en el Senado“, 1. Dezember 2011, abrufbar unter: www.europapress.es/sociedad/noticia-asociacion-internautas-aplaude-historico-acuerdo-favor-neutralidad-red-20101201144543.html. Siehe auch El Mundo, „El Senado vota en contra de la neutralidad de la Red por falta de consenso“, 17. November 2011, abrufbar unter: www.elmundo.es/elmundo/2010/11/17/navegante/1289988204.html

FR FRANKREICH

Eléonore Scaramozzino
SCARAYE

Einleitung

Die Kontrolle der Marktmacht der Betreiber audiovisueller Mediendienste unterliegt dem Nebeneinander von Medienkonzentrationsrecht¹ und Fusionskontrolle nach dem Wettbewerbsrecht. Das *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée* (Gesetz Nr. 86-1067 vom 30. September 1986 über die Kommunikationsfreiheit, neue Fassung) überträgt dem *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (Rundfunkrat – CSA) die Befugnis zur Regulierung von Inhalten und Grundfreiheiten im audiovisuellen Bereich. Die Regulierung erfolgt im Bereich des kommerziellen Rundfunks durch die Zuteilung von Frequenzen am Ende des üblichen Vergabeverfahrens.² Der CSA teilt Frequenzbänder oder einzelne Frequenzen zu, deren (für den Betreiber unentgeltliche) Nutzung dann durch Verträge zwischen dem CSA und dem Betreiber geregelt wird.³ Im Gegenzug zur Unentgeltlichkeit des Frequenznutzungsrechts⁴ obliegen den Sendern Produktions- und Ausstrahlungspflichten für europäische Werke und Werke im französischen Original, unter Einhaltung der Vorschriften zur Werbung und zum Schutz der Öffentlichkeit.⁵ Der CSA überwacht die Einhaltung der Vorschriften⁶ und kann die Sendeerlaubnis dann entziehen, wenn eine wesentliche Änderung der Umstände eintritt, auf deren Grundlage sie erteilt wurde.⁷

Dieses System findet auf öffentlich-rechtliche Sender⁸ keine Anwendung, welche einen vorrangigen Frequenzzugang genießen, sobald die Regierung das beantragt. Sie erfüllen einen

1) Art. 39 – 41 Gesetz Nr. 86-1067 vom 30. September 1986.

2) Art. 22 Gesetz Nr. 86-1067.

3) Der CSA erteilt die Erlaubnis für alle neuen drahtlos terrestrisch verbreiteten Angebote, mit Ausnahme derjenigen von öffentlich-rechtlichen Sendern. Voraussetzung ist ein Vertragsschluss zwischen dem CSA und dem Sender, Art. 28 Gesetz Nr. 86-1067.

4) Diese Bestimmungen stehen im Einklang mit der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 (Genehmigungsrichtlinie), die den Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 Abs. 2 die Möglichkeit lässt, die Zuweisung von Frequenzen von der Umsetzung von im allgemeinen Interesse stehenden Zielen abhängig zu machen.

5) *Décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010 relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre*, *Journal officiel de la République française* (JORF) Nr. 0152 vom 3. Juli 2010 S. 12098, *Décret n° 2009-1271 du 21 octobre 2009 relatif à la contribution à la production audiovisuelle des éditeurs de services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique*, JORF Nr. 0245 vom 22. Oktober 2009, S. 17673, *Décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande*, JORF Nr. 0264 vom 14. November 2010 S. 20315, *Décret n° 2010-416 du 27 avril 2010 relatif à la contribution cinématographique et audiovisuelle des éditeurs de services de télévision et aux éditeurs de services de radio distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel*, JORF Nr. 0100 vom 29. April 2010 S. 7774.

6) Der CSA kann bei Verletzung der Pflichten, die per Gesetz und Verordnung auferlegt sind Sanktionen verhängen. Gleiches gilt bei Missachtung der in Art. 1, Art. 3-1 und Art. 42 ff. Gesetz Nr. 86-1067 vom 30. September 1986 (für die Privaten) und in Art. 48 Gesetz Nr. 86-1067 vom 30. September 1986 (für die öffentlich-rechtlichen Sender gemäß Definition in Art. 44 festgeschriebenen Grundsätze.

7) Art. 42-3 Gesetz Nr. 86-1067.

8) Art. 44 und 45 Gesetz Nr. 86-1067.

Grundversorgungsauftrag,⁹ der in einem per *Décret* (Verordnung)¹⁰ festgelegten Pflichtenheft definiert ist, und müssen Produktionspflichten für Sendungen einhalten, die über mit dem Staat geschlossene *contrats d'objectifs et de moyens* (Ziel- und Mittelvereinbarungen – COM) bestimmt werden.¹¹ Sie unterliegen der Kontrolle durch den CSA¹² bezüglich der Einhaltung der ihnen durch Gesetze und Verordnungen übertragenen Pflichten. Art. 10 des *Loi n° 2000-769 du 1^{er} août 2000* zur Änderung von Art. 49 Gesetz Nr. 86-1067¹³ hat die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Archive audiovisueller Inhalte des öffentlich-rechtlichen Bereichs an die für die Privatwirtschaft geltenden Vorgaben angenähert. Die öffentlich-rechtlichen Sender bleiben Eigentümer ihrer jeweiligen Programme und können - ebenso wie die Privatsender - die Befugnis zur Nutzung im Rahmen einer Beauftragung an das *Institut national de l'audiovisuel* (zentrales französisches Fernseharchiv – INA)¹⁴ übertragen, welches die Aufgabe hat, das audiovisuelle Erbe zu bewahren und zu fördern. Das INA verfügt über das Monopol¹⁵ zur Nutzung von Auszügen aus diesen Programmen.

Seit 2009¹⁶ nimmt die *Autorité de la concurrence* (Wettbewerbsbehörde) die Konzentrationskontrolle wahr.¹⁷ Sie greift zur Wettbewerbssicherung auf den Märkten des Bezahlfernsehens, des freien Fernsehens und auf dem Markt für Fernsehwerbung ein. Dabei ist sie bestrebt, ein Gleichgewicht in diesem Bereich zu wahren und die Finanzierung von Produktionen zu berücksichtigen. Dies spiegelt sich insbesondere in der Entscheidung Nr. 12-DCC-100 vom 23. Juli 2012 über die Übernahme von TPS und Canalsatellite durch Vivendi Universal und des Konzerns Groupe Canal Plus (GCP) wider. Im Jahre 2009 schrieb der Gesetzgeber die Einhaltung der Sendernummerierung vor und begrenzte damit die Organisationsfreiheit des Anbieters in Bezug auf dessen Angebote, ohne jedoch gegen die Gewerbefreiheit der Betreiber zu verstoßen.

Der Beginn des Smart-TV, bei dem auf einem Bildschirm audiovisuelle Inhalte und Inhalte aus dem Internet zusammen angezeigt werden können, stellt die bisherigen Kriterien der Medienkonzentrationsregelungen in Frage und macht die Neudefinition des Anwendungsbereichs des Rechts der audiovisuellen Mediendienste, insbesondere hinsichtlich der Betreiber von Smart-TV-Diensten, erforderlich. Die Regierung hat Überlegungen zur Annäherung zwischen der Regulierungsbehörde im audiovisuellen Bereich und der *Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Postwesen – ARCEP) angestellt.

Auf dem Markt der Vernetzung führt die Entwicklung der Übermittlung der audiovisuellen Mediendienste direkt über das Internet, die sogenannte „Best Effort“-Zusicherung mittels Over-the-Top-Übertragung (OTT), zu Spannungen zwischen den Lieferanten von Inhalten und Anwendungen (*fournisseurs de contenus et d'applications* – FCA) bzw. ihren Übermittlern einerseits und den Internet Providern (*fournisseurs d'accès à internet* – FAI) andererseits.¹⁸ Manche Internetprovider versuchen, entgeltpflichtige Bestandteile in ihre Peering-Vereinbarungen mit den Lieferanten von

9) Art. 43-11 Gesetz Nr. 86-1067.

10) Art. 48 Gesetz Nr. 86-1067.

11) Art. 53 Gesetz Nr. 86-1067.

12) Art. 48-1B und die in Art. 48-2 ff. Gesetz Nr. 86-1067 vorgesehenen Sanktionen.

13) „II (...) Das Institut bleibt Eigentümer der technischen Ausrüstungsgegenstände und des Materials sowie Rechtsinhaber für die Nutzung der audiovisuellen Archive der nationalen Sender und der in Art. 58 genannten Gesellschaft, welche ihm vor der Veröffentlichung des *Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000* übertragen wurden. Die nationalen Sender sowie die in Art. 58 genannte Gesellschaft behalten dennoch jede für den sie betreffenden Bereich ein vorrangiges Nutzungsrecht dieser Archive (...)“ Art. 49.

14) Das *Loi n° 92-546 du 20 juin 1992 relative au dépôt légal* hat die Pflichtabgabe für den Rundfunk und das Fernsehen eingeführt, wodurch die in Frankreich sendenden Fernseh- und Radiosender verpflichtet werden, alle ihre in Französisch über Antenne ausgestrahlten Programme im Archiv des *Institut national de l'audiovisuel* zu hinterlegen. Art. L. 131-2 und L. 132-3 des *Code du patrimoine* (frz. Gesetzbuch über das Erbe).

15) Der Art. 47 Abs.II des *Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982* überträgt dem INA die Vermarktung der Archive der nationalen Programmgesellschaften, deren Eigentümer es am Ende eines Zeitraumes von fünf Jahren nach dem Datum der Erstaussstrahlung ist. Unterhaltungssendungen sind von diesem Nutzungsmonopol des INA ausgenommen und bleiben im Eigentum der öffentlich-rechtlichen Sender. Im April 1987 wurde TF1 Eigentümer der Archive der ehemaligen ORTF (Die *Office de Radiodiffusion télévision Française* ist der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter Frankreichs).

16) Die Reform des *Code de commerce* (frz. Handelsgesetzbuch), eingeführt durch das *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME)* und durch *Ordonnance* (frz. Verordnung) n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant *modernisation de la régulation de la concurrence* hat die Ausübung der Kontrolle über Konzentrationen vom Wirtschaftsminister auf die Wettbewerbsbehörde übertragen.

17) Art. L. 430-1 bis L. 430-7 des *Code de commerce*.

18) Vgl. zu dieser Frage „*La télévision européenne face à la TV.2.0 ?*“, Eléonore Scaramozzino, Ed Larcier 2012.

Inhalten, ja sogar mit den Übermittlern unterzubringen.¹⁹ Die von den Netzbetreibern eingeführten diskriminierenden Methoden²⁰ drohen die Netzneutralität²¹ in Frage zu stellen und das für die Internetnutzer und bald auch die surfenden Fernsehzuschauer zugängliche audiovisuelle Angebot zu verringern. Am 20. September 2012 hat die Wettbewerbsbehörde in der Beschwerde von *Cogent* gegen *France Télécom* das Recht des Internetproviders anerkannt, seine Netze zu vermarkten. Die ARCEP hat ihre neuen, mit dem Telekom-Paket 2009 übertragenen Befugnisse angewandt, um den Markt der Vernetzung zu analysieren, der zu einer Herausforderung für das Smart-TV geworden ist.

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

Das Medienrecht hat Medienkonzentrationsregelungen eingeführt, um die interne und externe Vielfalt zu wahren. Allerdings sind diese Kriterien für die Kontrolle des Einflusses von Anbietern nicht mehr relevant. Um den Zugang zu den Fernsehmärkten sicherzustellen, hat die Wettbewerbsbehörde die Marktmacht von Anbietern insbesondere durch Auflagen für Pflichtangebote (Must-Offer) und Pflichtausstrahlungen (Must-Carry) begrenzt. Der Gesetzgeber hatte diese Maßnahmen durch die Regelung der Organisation des Angebotes der Vertriebspartner ergänzt. Dennoch wurde die Kontrolle der Marktmacht des marktbeherrschenden Anbieters im Pay-TV beschränkt, um die Finanzierung der Produktion von Sendungen zu schützen.

1. Die Kontrolle der Marktmacht durch die Antikonzentrationsregelungen des Medienrechts

Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass eine natürliche oder juristische Person alleine den Sendehalt eines Fernsehdienstes bestimmen kann, insbesondere dann, wenn dieser drahtlos terrestrisch verbreitet wird. Zu diesem Zweck wurde in Art. 39 Gesetz 86-1067 (neue Fassung) eine Grenze für Kapitalanteile eingeführt. Art. 40 soll zu Gunsten des Grundsatzes der nationalen Unabhängigkeit verhindern, dass der Kapitalanteil oder die Stimmrechte eines Senders in „ausländischer Hand“ (nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörend) 20 Prozent überschreiten, sofern dieser Sender Inhalte in französischer Sprache ausstrahlt.

Im Hinblick auf die „externe“ Vielfalt hat der Gesetzgeber zwei verschiedenen Regelungspakete vorgesehen, welche die Möglichkeit einer über mehrere Fernsehsender simultan ausgeübten Kontrolle begrenzen sollen. Er hat in erster Linie in Art. 41 Gesetz 86-1067 die Zahl von Genehmigungen festgelegt, die eine natürliche oder juristische Person für denselben audiovisuellen Kommunikationsdienst kumulieren kann. Demnach kann eine einzelne Person maximal sieben²² Genehmigungen für nationale Fernsehdienste, die digital terrestrisch ausgestrahlt werden, unmittelbar oder mittelbar innehaben. Weitere Bedingung ist, dass die Programme von getrennten Unternehmen erstellt werden. Diese Begrenzung von Genehmigungen gilt allerdings weder für Kabel- und Satellitensender noch für den öffentlich-rechtlichen Sektor.²³

Das Gesetz begrenzt in zweiter Linie die Kumulierung von Beteiligungen an Unternehmen, die Inhaber von Genehmigungen für nationale Fernsehdienste sind, die drahtlos terrestrisch verbreitet werden.²⁴ Der Gesetzgeber hat verbindliche Schwellenwerte festgelegt, welche die Möglichkeiten der Cross-

19) Diese Komponente findet lediglich auf den Datenaustausch Anwendung, der dazu führt, dass ein in der Peering-Charta der Internetprovider definiertes asymmetrisches Höchstverhältnis überschritten wird.

20) „*A viable future model for the Internet*“, 2011, Bericht vom Kabinett A.T. Kearney, veröffentlicht auf Gesuch der Betreiber France Télécom, Deutsche Telekom, Telecom Italia und Telefónica (Spanien). Eine Gegenanalyse zu diesem Bericht wird insbesondere vorgeschlagen in: „*Are traffic charges needed to avert a coming capex catastrophe?*“, Robert Kenny, Communications Chambers, 2011; und in: „*Net discrimination won't buy you next-generation access*“, Diffraction Analysis, 2012. Vorläufiger Bericht an das Parlament und die Regierung über die Neutralität des Internets, öffentliche Anhörung vom 16. Mai bis 20. Juni 2012, Unterlagen der ARCEP, Mai 2012.

21) Vgl. Insbesondere zu dieser Frage IRIS plus 2011-5, „Warum über Netzneutralität diskutieren?“, Susanne Nikoltchev (Hrsg.), Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2011.

22) Das Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 setzte die Grenze auf fünf Genehmigungen fest, das Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 hat die Grenze auf sieben Genehmigungen angehoben.

23) Art. 41 und Art. 26 Gesetz 86-1067.

24) Art. 39 Gesetz 86-1067.

medialen-Konzentration auf nationaler Ebene einerseits und regionaler Ebene andererseits begrenzen sollen.²⁵ Das System begrenzt die Cross-medialen-Beteiligungen eines einzelnen Unternehmens, indem es auf die sogenannte Zweidrittel-Regel („zwei von drei Konstellationen“ – terrestrisches Fernsehen, Hörfunk und Tagespresse) zurückgreift, die sowohl regional als auch national Anwendung findet.²⁶ Dennoch führt diese Regelung zur Ungleichbehandlung der Medien der verschiedenen Sparten, da die Grenzen für Radio deutlich niedriger liegen als die für die Zeitungspressen. Für das Fernsehen sind sie sogar noch niedriger. Bis heute wirkt sich die Medienkonzentrationsregelungen hauptsächlich in der Begrenzung der wechselseitigen Beteiligungen zwischen der Zeitungspressen und den audiovisuellen Medien aus. Die Regeln lassen die mit anderen Sektoren oder Aktivitäten auftretende „vertikale“ Konzentration unberücksichtigt, obwohl auch hier die Freiheit der Meinungsäußerung sowie die Vielfalt von Information und Kultur bedroht sein können.²⁷

2. Wettbewerbsrechtliche Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen

Die Wettbewerbsbehörde analysiert Zusammenschlüsse nach den Regeln des Wettbewerbsrechts und kann den marktbeherrschenden Unternehmen Anordnungen auferlegen, wenn die von ihnen vorgelegten (Selbst-)Verpflichtungen keine Lösung der festgestellten Probleme ermöglichen.

Auf dem Markt für Pay-TV wurde die Fusion von TPS/Canalsatellite im Jahre 2006,²⁸ die zur Umstrukturierung des Pay-TV-Angebotes von TPS und des Konzerns *Groupe Canal Plus* geführt hat, vorbehaltlich der Einhaltung von 59 Verhaltensverpflichtungen genehmigt,²⁹ welche die Macht von GCP auf anderen Märkten begrenzen sollte. Bei den relevanten Märkten handelte es sich um den vorgelagerten Markt des Erwerbs audiovisueller Rechte, auf den dazwischen liegenden Märkten für die Herstellung und Vermarktung von Pay-TV-Themensendern sowie um den nachgelagerten Markt des Vertriebs des Pay-TV. In ihrer Entscheidung vom 20. September 2011³⁰ stellte die Behörde fest, dass GCP seine Verpflichtungen im Bereich des Vertriebs insbesondere durch Absenkung der Qualität von TPS umgangen hat. Diese Verstöße waren dazu geeignet, „die mit der Genehmigung verfolgten Ziele, nämlich die Wiederherstellung und Aufrechterhaltung eines ausreichenden Wettbewerbs auf dem Markt für Pay-TV, fehlschlagen“ zu lassen. Dieses Verhalten veranlasste die Behörde dazu, die 2006 erteilte Genehmigung gemäß der Bestimmungen in Art. L. 430-8 IV des *Code de commerce* zu entziehen. Die Parteien wurden verpflichtet, die Fusion entweder rückgängig zu machen oder erneut zu notifizieren.

In ihrer Entscheidung vom 23. Juli 2012 hatte die Wettbewerbsbehörde berücksichtigt, dass die Fusion zu einer dauerhaften Quasi-Monopsonstellung (Nachfragemonopol) von GCP auf den Märkten für den Rechteerwerb an neueren amerikanischen Filmen und Filmen im französischen Original geführt hatte. Außerdem hatte die Fusion GCP eine Monopolstellung auf dem Markt für Premium-Sender und eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Kino-Sender verschafft.³¹ Angesichts der Unzulänglichkeit der von den Parteien zur Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs vorgeschlagenen Verpflichtungen, hatte die Wettbewerbsbehörde den Parteien spezifische Korrekturmaßnahmen zur Abhilfe vorgeschrieben.³²

25) Art. 41-1, 41-1 Abs. 1, 41-2 und 41-2 Abs. 2 Gesetz 86-1067 (neue Fassung).

26) Zweidrittel-Regel (zwei von drei Konstellationen), Gesetz 86-1067. Auf nationaler Ebene sehen die Art. 41-1 und 41-1-1 Gesetz 86-1067 (neue Fassung) vor, dass ein Unternehmen sich nur in maximal zwei von drei der folgenden Konstellationen befinden darf: Inhaber einer Genehmigung für einen oder mehrere terrestrische Fernsehdienste für über vier Millionen Einwohner; Inhaber einer Genehmigung für einen oder mehrere Radiodienste für über 30 Millionen Einwohner; Herausgeber einer oder mehrerer Tageszeitungen oder Veröffentlichungen, die über 20 Prozent der Gesamtverbreitung auf dem französischen Gebiet darstellen oder Kontrolle dieser Tageszeitungen oder Veröffentlichungen. (Eine ähnliche Regelung gibt es auf regionaler oder kommunaler Ebene, Art. 41-2 und 41-2 Abs. 1 Gesetz 86-1067 (neue Fassung)).

27) *Manuel Droit des médias*, Emmanuel Derieux und Agnès Granchet, LGDJ, Extensio Editions, 2010, Nr. 688, S. 221.

28) Die Fusion der zwei Sender des freien TNT des Konzerns Bolloré Intermedia, Direct 8 und Direct Star im September 2011 durch GCP wird derzeit durch die Wettbewerbsbehörde geprüft.

29) *Décision du ministre de l'économie n° C 2006-02 du 30 août 2006*, S. 85 - 86.

30) *Décision 11-D-12 du 22 septembre 2011*, de l'Autorité de la concurrence relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et Canalsatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

31) *Décision n°12-DCC-100 du 23 juillet 2012, relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canalsatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus*, Punkt 666.

32) Art. 430-7 *Code de commerce*.

Auf dem vorgelagerten Markt hat die Wettbewerbsbehörde durch Verschärfung der Verpflichtungen aus dem Jahre 2006 einen Rahmen für den Rechtskauf vorgeben. So hat sie die Laufzeit von „Output-Deals“ (Anm.d.Ü.: *Lizenzvertrag über alle Produktionen, die in einem bestimmten Zeitraum von einem Filmproduzenten bzw. Studio produziert werden*) mit den amerikanischen Studios begrenzt und angeordnet, den Ankauf von Senderechten hinsichtlich der verschiedenen Verwertungsfenster für amerikanische³³ und französische Filme zu trennen. GCP wurde von der Wettbewerbsbehörde auch untersagt, mit den Inhabern französischer Rechte Rahmenverträge für den Kauf von Senderechten oder andere Verträge mit ähnlicher Wirkung zu schließen.³⁴ Es wurden Grenzen für die Exklusivität der Nutzung der nichtlinearen Rechte auf dem Markt für Video-on-Demand festgelegt.³⁵ Zudem fügte die Wettbewerbsbehörde einen weiteren Schritt der Marktmachtkontrolle von GCP hinzu, indem sie GCP auferlegte, seine Minderheitsbeteiligung an dem Unternehmen, welches die Sender Orange Cinéma Séries (OCS)³⁶ veranstaltet, abzutreten. Mit dieser Anordnung schuf die Wettbewerbsbehörde Bedingungen, welche die Unabhängigkeit des Hauptkonkurrenten von GCP auf dem Markt der Premium-Rechte, ausgenommen der Sportrechte, wiederherstellen sollen.³⁷ Sie hat schließlich angeordnet, dass GCP auf Klauseln zur Deckelung von Produktionsinvestitionen und auf Konkurrenzverbotsklauseln verzichten muss.

Auf dem Markt des freien Fernsehens hat die Wettbewerbsbehörde bei der Fusion TF1/TMC-NT1³⁸ eingegriffen. In ihrer Entscheidung vom 26. Januar 2010³⁹ berücksichtigte die Wettbewerbsbehörde, dass die Kräftebündelung die Senkung der Netzkosten ermöglicht hätte, die global auf Konzernebene erfasst worden wären, indem einerseits die vom Konzern TF1 erworbenen Rechte für drei frei empfangbare Sender anstatt einem einzigen genutzt worden wären⁴⁰ und indem andererseits die Qualität der Programmgestaltung durch wechselseitige Werbung⁴¹ verbessert worden wäre, was somit die dominante Stellung des Konzerns auf dem Werbemarkt gestärkt hätte. Zur Begrenzung der Macht auf dem vorgelagerten Markt des Rechteerwerbs⁴² hat der Konzern eine Reihe von Verpflichtungen übernommen,⁴³ die die Möglichkeiten der Wiederausstrahlung⁴⁴ von Werken und Programmen begrenzen sollen.⁴⁵

Bezüglich des Werbemarktes, auf dem der Konzern eine dominante Stellung⁴⁶ einnahm, verpflichtete er sich, keine wechselseitige Förderung der Programme der Sender TMC und NT1 auf dem Sender TF1⁴⁷ vorzunehmen und die Unabhängigkeit der Angebote von TF1 im Vergleich zu den Angeboten der beiden anderen Sender zu wahren, indem deren jeweilige Werbezeiten voneinander getrennt vergeben werden.⁴⁸

33) *Décision 12-DCC-100*, IV. B., Punkt 1 Abs. a und 1 Abs. b. Die Senderechte für Filme auf den 1. und 2. Fenstern müssen individuell in einem jeden der Verträge bewertet werden, ohne die Möglichkeit der Kopplung dieser Rechte, noch mit solchen aktueller amerikanischer Serien,.

34) *Décision 12-DCC-100*, IV. B., Punkt 1 Abs. c bis 1 Abs. e.

35) *Décision 12-DCC-100*, IV. B., Punkt 7 Abs. a und 7 Abs. b.

36) *Décision 12-DCC-100*, IV. B., Punkt 2 Abs. a – Das Unternehmen mit dem Sammelnamen Orange Cinéma Séries-OCS umfasst die Sender Orange CinéMax, Orange CinéHappy, Orange CinéChoc, Orange CinéNovo und Orange CinéGéants. Gegründet wurde es von dem Unternehmen Orange Cinéma Séries und dem Unternehmen Multithématiques, einer Tochtergesellschaft von GCP, für die Herausgabe und Nutzung der unter der Bezeichnung Orange Cinéma Séries gefassten Fernsehsender.

37) „Es ist wichtig, sicherzustellen, dass das Angebot von Orange, der in den letzten Jahren bevor er durch Vertrag mit GCP ausgeschaltet wurde die einzige glaubwürdige Alternative zu GCP im Segment des Premium-Kinos gewesen ist, die Autonomie im Wettbewerb wiedererlangt.(...)“, Punkt 677, *Décision 12-DCC-100*.

38) TMC und NT1 sind zwei Sender mit Vollprogramm des freien TNT.

39) *Décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Montecarlo Participations (groupe AB)*.

40) Punkt 450 *Décision n° 10-DCC-11*.

41) Punkte 451 ff *Décision n° 10-DCC-11*.

42) Punkte 452 bis 482, Punkt 587 *Décision n° 10-DCC-11*.

43) Diese Verpflichtungen werden für die Dauer von fünf Jahren ab der Entscheidung für die Betriebsgenehmigung eingegangen und müssen ab der Mitteilung der Entscheidung (26. Januar 2010) umgesetzt werden. Sie können auf Antrag von TF1 und der Entscheidung der Behörde einer erneuten Prüfung unterliegen, wenn sich die bei der Genehmigung vorliegenden Rechtsumstände oder die berücksichtigten Tatsachen wesentlich geändert haben.

44) Art. 38 der Vereinbarung zwischen dem Conseil supérieur de l'audiovisuel, der im Namen des Staates handelt und der Société télévision française 1 (TF1).

45) Punkte 600 - 603 *Décision n° 10-DCC-11*, insbesondere für amerikanische Serien, zum Kulturerbe gehörende audiovisuelle Werke (*œuvres patrimoniales*) im französischen Original, Serien im französischen Original und die kurzlebigen Programme ebenso, aufgenommen in Art. 36 *ter* und Art. 36 *quater* Vereinbarung CSA-TF1.

46) In ihrer Entscheidung stellte die Behörde fest, dass der Konzern TF1 mit fast 50 Prozent der Marktanteile eine dominante Stellung auf diesem Markt einnahm, die durch die Übernahme zudem nur gestärkt werden würde, da TMC und NT1 trotz derzeit geringer Marktanteile (weniger als insgesamt 2 Prozent), ein erhebliches Wachstumspotenzial zu haben schienen.

47) Punkte 606 - 607 der *Décision n° 10-DCC-11*, aufgenommen in Art. 36 *bis* der Vereinbarung CSA-TF1.

48) Punkt 608 der *Décision n° 10-DCC-11*.

Die Wettbewerbsbehörde genehmigte die Fusion zwischen GCP und den beiden Sendern des freien TNT, nämlich Direct 8 und Direct Star,⁴⁹ unter Auflagen, die eine Stärkung der dominanten Stellung von GCP auf dem vorgelagerten Markt verhindern sollen.⁵⁰ GCP hat sich verpflichtet, den Erwerb von Rechten für die unverschlüsselte Übertragung⁵¹ aktueller amerikanischer Filme, unveröffentlichter französischer Filme und Filme aus dem Katalog von Studiocanal zu begrenzen. Der Erwerb muss durch zwei verschiedene Stellen getätigt werden, nämlich einerseits durch die für Pay-TV und andererseits die für das frei empfangbare Fernsehen zuständige Abteilung.⁵² Von GCP bereits erworbene Sportrechte für Sportereignisse „von größerer Bedeutung“, die auf dem Sender Canal+ nicht unverschlüsselt gesendet würden, obwohl sie „auf einem Fernsehdienst mit freiem Zugang“ gesendet werden müssen,⁵³ müssen mittels transparenter und nicht diskriminierender Ausschreibung, an der alle interessierten Fernsehveranstalter teilnehmen können, abgegeben werden. Am 18. September 2012 hat der CSA im Rahmen eines Vertrags zur Wahrung des Gleichgewichts auf dem Markt für freies Fernsehen, den er mit dem Sender Direct 8 (heute D8) abgeschlossen hatte, folgende Begrenzungen für die unverschlüsselte Übertragung unveröffentlichter, von den großen amerikanischen Studios produzierten Serien eingeführt: Für drei Jahre durchschnittlich höchstens einen Primetime Sendeplatz pro Woche, dann 80 für die zwei folgenden Jahre. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber eine Mindestfrist von 18 Monaten zwischen der Sendung unveröffentlichter französischer Serien auf Canal+ und ihrer Sendung auf D8 festgelegt und damit diese Form der Kräftebündelung begrenzt.

3. Vorschriften zur Nummerierung der Dienste begrenzen die Macht der Anbieter zur freien Gestaltung ihres Dienstangebotes

In Frankreich wird für das unmittelbare Abrufen von Fernsehdiensten vorrangig auf die Nummerierung zurückgegriffen. Nummerierung und Platzierung innerhalb einer Kategorie beeinflussen laut des CSA das Publikum eines Senders.⁵⁴ Art. 34-4 Gesetz vom 30. September 1986 verpflichtet die Verbreiter dazu, den Anbietern von frei empfangbarem DVB-T auf Anfrage unter „gerechten, vernünftigen und nicht diskriminierenden Bedingungen“ freien Zugang zu gewähren. Durch das *Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009* (Gesetz Nr. 2009-258 vom 5. März 2009) wurde bei diesem Artikel ein zweiter Absatz mit dem Inhalt hinzugefügt, dass die Verbreiter bei Nichteinhaltung der „Nummerierung“ verpflichtet sind, den Sendern einen zusammenhängenden Bereich zu reservieren, und zwar unter Einhaltung der Abfolge und der Platzierung direkt nach einem Mehrfachen von hundert (*après un multiple de cent*). Die Ziffer der Nummerierung bezieht sich auf das nach den verwendeten Nummern direkt folgende Zeichen.

Am 17. Dezember 2009 hat der CSA in zwei Entscheidungen zur Nummerierung⁵⁵ bei dem Angebot des Senders Canalsat, der von dem Unternehmen Canal+ Distribution verbreitet wird, die Bestimmungen dieses neuen Absatzes in Art. 34-4 Gesetz vom 30. September 1986 so ausgelegt, dass er den Verbreitern verbietet, ihr jeweiliges Angebot unter teilweiser Beachtung der Nummerierung allein zugunsten der „angestammten“ Sender zu strukturieren.

49) *Décision 12-DCC-101 du 23 juillet 2012*.

50) Die Übernahme der Sender Direct 8 und Direct Star ermöglicht dem Konzern Canal Plus die gleichzeitige Übernahme von Rechten für zum Kulturerbe gehörende audiovisuelle Werke (*œuvres patrimoniales*) im französischen Original für das Pay-TV und für das freie Fernsehen, *Avis du CSA* (Stellungnahme des CSA), S. 84.

51) Canal+ als der Eigentümer von Studiocanal, der den wichtigsten Bestand an französischen und europäischen Filmen besitzt, darf nicht mehr als 20 unveröffentlichte Filme auf Direct 8 und Direct Star senden. Von diesen 20 Filmen darf der Konzern nicht die Rechte für mehr als zwei Filme mit großem Finanzaufwand (über EUR 15 Millionen), drei Filme mit mittlerem Finanzaufwand (10 und 15 Millionen) und fünf Filme mit kleinem Finanzaufwand (7 bis 10 Millionen) (2.2) beanspruchen. Bezüglich einer Sendung von unveröffentlichten amerikanischen Filmen ohne Verschlüsselung und aktueller amerikanische Serien darf GCP nur mit einem amerikanischen Studio einen oder mehrere Rahmenverträge schließen (2.1), *Dossier 11-0239-engagements phase II, du 20 juillet 2012*.

52) Siehe auch 2.6.

53) Art. 20-2 und 20-3 Gesetz von 1986, wieder aufgegriffen durch die Bestimmungen der Art. L. 333-6 bis L. 333-9 *Code des sports* (französisches Sportgesetzbuch).

54) *Délibération n° 2007-167 du 24 juillet 2007 relative à la numérotation des services de télévision dans les offres de programmes des distributeurs de services sur des réseaux de communications électroniques n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

55) *Décision n° 09-835 du 17 décembre 2009 relative à un différend opposant les sociétés BFM TV et Canal+ Distribution* und *Décision n° 09-836 du 17 décembre 2009 du Conseil supérieur de l'audiovisuel relative à un différend opposant la société NRJ 12 et la société Canal+ Distribution*.

Am 9. Juli 2010⁵⁶ hob der *Conseil d'Etat* beide Entscheidungen wegen Rechtsfehlern auf. Er war der Auffassung, dass der Gesetzgeber nicht eine auf die etablierten Sender (*chaînes „historiques“*) beschränkte Beachtung der Nummerierung verboten hat, wenn eine solche nämlich durch einen objektiven Unterschied gerechtfertigt ist. Das Gericht führte aus, dass die Bestimmungen des Art. 34-4 Gesetz von 1986 „(...) den betreffenden Verbreitern vorschreiben, entweder allen nationalen, zugleich digital terrestrisch ausgestrahlten Sendern die vom *Conseil supérieur de l'audiovisuel* definierte Nummer für diese Form der Ausstrahlung zuzuweisen, oder sicherzustellen, dass sie in ihrem Dienstangebot wieder der Reihe nach und zwar mit einer ganzen Zahl direkt nach einem Mehrfachen von Hundert beginnend nummeriert werden, wobei die Wiederholung an anderen Stellen im Dienstangebot möglich bleibt, und zwar abhängig von den Themengruppen, denen die Sender angehören, der Reihenfolge dieser Gruppen innerhalb des Dienstangebots und der Reihenfolge der Sender innerhalb dieser Gruppen (...)“.

4. Suche nach einem Gleichgewicht zwischen Machtbeschränkung des marktbeherrschenden Anbieters und der Sicherstellung der Finanzierung kreativer Inhalte

In ihrer *Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à l'acquisition de TPS et Canalsatellite par Vivendi Universal et GCP* (Entscheidung Nr. 12-DCC-100 vom 23. Juli 2012 über die Übernahme von TPS und Canalsatellite durch Vivendi Universal und GCP) erläuterte die Wettbewerbsbehörde, dass die von fusionierten Unternehmen eingeführten Praktiken die Entwicklung alternativer Angebote im Pay-TV, insbesondere durch die Internetprovider, behindern. Die Wettbewerbsbehörde hat die Must-Carry-Pflichten im Vergleich zu 2006 verschärft. Insbesondere hat sie die Anzahl der unabhängigen Sender, die im Angebot von Canalsat enthalten sein müssen, auf mindestens 55 Prozent der verbreiteten Sender festgelegt. Der Konzern wurde ferner verpflichtet, diesen Sendern die Verbreitung zu technischen, wirtschaftlichen und preisbezogenen Konditionen anzubieten, die auf transparenten, objektiven und nicht diskriminierenden Bedingungen beruhen.⁵⁷ Darüber hinaus hat sie die Verbreitung von Premiumsendern angeordnet.⁵⁸

Ebenso hat die Wettbewerbsbehörde die Must-Offer-Pflichten verschärft, indem sie es GCP zur Auflage machte, allen Anbietern, die einen entsprechenden Antrag stellen, auf nicht exklusiver Basis alle Kinoprogramme unter Aufrechterhaltung ihrer Qualität trotz Entbündelung zur Verfügung zu stellen, die GCP herausbringt oder herausbringen könnte. Davon ausgenommen sind lediglich die Programme von Canal+. Die Bereitstellung muss zu objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Preisen erfolgen. Die Aufspaltung der Programme des Portfolios von Canal+, die GCP eine eigenständige Verbreitung des Portfolios auf sämtlichen Vertriebsplattformen unmöglich gemacht hätte, wurde dagegen nicht angeordnet. Eine solche Maßnahme hätte die Aufrechterhaltung der Investitionen von Canal+ in die Produktion von Kinofilmen in Frage gestellt, da diese von einer Kontrolle der Beziehung zwischen dem Betreiber des Senders und dem Abonnenten abhängt. Gemäß dem *Conseil national du cinéma* (Nationaler französischer Rat für Kinoproduktionen – CNC) hätte ein Infragestellen der eigenständigen Verbreitung eine negative Wirkung auf die Besteuerung der Fernsehdienste (*taxe sur les services de télévision*) gezeitigt, deren Erträge gemäß Artikel L. 115-6 des *Code du cinéma et de l'image animée* (französisches Kinogesetz) an den CNC fließen.⁵⁹

56) *CE, 9 juillet 2010, société Canal+ Distribution, n° 335336*. Der *Conseil d'Etat* (CE) in der Entscheidung über die Rechtssache über den Bericht der 5. Untersektion der Sektion Rechtssachen, Sitzung vom 30. Juni 2010.

57) Anordnungen: 3) Die Wiederholung unabhängiger Sender.

58) „Der Ausdruck Premiumsender bezeichnet einen Kinofilmkanal, der in die Kategorien der Vorschriften ‚erste Exklusivvorführung‘ oder ‚Erstausstrahlung‘ [*premières exclusivités* oder *premières diffusions*] im Sinne von *décret n° 90-66 du 17 janvier 1990* fällt; oder einen Sender, der Premium-Sportereignisse ausstrahlt, also die Ausstrahlungsrechte für die Spiele der Ligue 1 oder sehenswerte ausländische Meisterschaften oder die Champions-League besitzt“.

59) Punkte 350, 670 und 671 *Décision n° 12-DCC-100*: „GCP wird in diesem Punkt vom CNC dahingehend unterstützt, dass das Prinzip der eigenständigen Verbreitung ein grundlegendes Element des Wirtschaftsmodells von Canal+ ist, welches es ihm Dank direkter Verbindung mit einer Haupteinkunftsquelle – nämlich den Abonnenten – ermöglicht, die Premiumqualität von Programmen mit einem unvergleichlich höheren Kostenraster als dem für andere Themensender bestehenden zu gewährleisten (...). Der CNC ist auch davon überzeugt, dass ein eventuelles Infragestellen dieses Prinzips den Investitionen in die Produktion von Kinofilmen und audiovisuellen Werken einen Schaden zufügt“. Diese Besteuerung ist Gegenstand einer Diskussion zwischen der französischen Regierung und der Europäischen Kommission.

In seiner Stellungnahme⁶⁰ hatte der CSA unterstrichen, dass die an die eigenständige Verbreitung geknüpften Auflagen zu einer Änderung des Betrages führen könnte, den das Unternehmen für die Produktionen von Canal+ im Rahmen seiner Pflicht zur Investition in Kino- und audiovisuelle Werke zahlen muss. Ein Teil der Finanzierung des französischen Kinos könnte durch diese Maßnahme unsicher werden, denn die als Beitrag zur Produktion geschuldete Summe wird im Verhältnis zu den Umsatzzahlen des Produzenten bestimmt, und GCP ist im Hinblick auf Umfang und Wert von in französischer Sprache gedrehten Filmen der Hauptinvestor.⁶¹ Die Behörde hat sich darauf beschränkt, eine rechtliche und buchhalterische Trennung der mit der Programmvorhaltung und -verbreitung zusammenhängenden Tätigkeiten anzuordnen.⁶² Diese Zurückhaltung bei der Kontrolle der Marktmacht von GCP wird durch die Sorge motiviert, das Finanzierungsmodell für Produktionen zu wahren, dessen Vorschriften die Marktmacht dieses Betreibers stärken.

II. Plattformbetreiber und konvergente Dienste

In seinem Bericht über „die Probleme bei Medienkonzentration“ hat die Lancelot-Kommission im Jahre 2005⁶³ unterstrichen, dass die technische Entwicklung die Grundlagen des Gesetzes vom 30. September 1986 unterminiert habe, welche sich bei der Antikonzentrationsregulierung audiovisueller Kommunikationsdienste hauptsächlich darauf beschränkt, die pro Betreiber zulässige Anzahl der Genehmigungen zur Nutzung von Frequenzbändern zu begrenzen. Zweifel an der Relevanz einer solchen Deckelung wurden im Zusammenhang mit dem Bericht zu Smart-TV geäußert,⁶⁴ in dem die mit dem Bericht beauftragte Gruppe darauf hinwies, dass sich die Wettbewerbsbehörde sogar bei Fusionen zum Eingreifen gezwungen gesehen hatte, bei denen das sich auf die Höchstzahl an Sendern beziehende Kriterium eingehalten worden war.⁶⁵ Zudem ist diese Begrenzung auf Kabel- und Satellitensender nicht anwendbar und angesichts der zunehmenden Übertragung audiovisueller Mediendienste über das Internet verringert sich zusehends ihr Anwendungsbereich zur Einschränkung der Macht eines Betreibers, die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen.

Die Lancelot-Kommission hat als einheitliches Kriterium den für alle Medien zusammen zu ermittelnden Zuschauermarktanteil gewählt.⁶⁶ Sie hat dies damit begründet, dass dieses Kriterium als einziges direkt auf die Vielfaltssicherung zielt und die Macht eines einzelnen Betreibers einzugrenzen vermag, die Bildung der öffentlichen Meinung zu beeinflussen.⁶⁷ Die Kommission empfahl, dass das Kriterium des Zuschauermarktanteils nicht auf öffentlich-rechtliche Sender angewandt werden sollte. Die Berichterstatter zu Smart-TV schlugen vor, „Regeln zur Medienkonzentrationskontrolle zu entwickeln, welche die Publikumsanteile und den Markt bei den verschiedenen Übertragungsmethoden noch mehr berücksichtigen würden.“⁶⁸

Eine Konsequenz des an der Übertragungsart orientierten Konzepts des Medienrechts besteht darin, dass es auf die OTT-Dienste keine Anwendung findet und daher insgesamt an Tragweite verliert. Tatsächlich ist der Anwendungsbereich des Gesetzes von 1986 auf lineare Dienste und

60) *Avis n° 2012-10 du 2 mai 2012 à l'Autorité de la concurrence sur la nouvelle notification de l'acquisition des sociétés TPS et Canalsatellite par les sociétés Vivendi et GCP.*

61) Bei den „Kinoprogramme mit Premium-Ausstrahlung“ (*services de cinéma de premières diffusions*) muss mindestens 26 Prozent der Gesamtressourcen den europäischen Kinofilmen und davon mindestens 22 Prozent den Werken im französischen Original gewidmet werden. Weil der Dienst direkt bei den Kunden den Beitrag für die Abonnements kassiert, muss er jedes Jahr mindestens 12,5 Prozent seiner Gesamtressourcen für das laufende Geschäftsjahr für den Kauf von Senderechten für europäische Kinofilme einsetzen, und davon mindestens 9,5 Prozent für in französischer Sprache gedrehte Werke. *Avis du CSA n° 2012-10.*

62) 9 Abs. a und 9 Abs. b, *Décision n° 12-DCC-100.*

63) Eingeführt durch *Décret n° 2005-217 du 8 mars 2005.*

64) Bericht an den Minister für Kultur und Kommunikation und an den Minister für Industrie, Energie und digitale Wirtschaft über das Smart-TV, Auftrag übertragen an die Herren Takis Candilis, Philippe Levrier, Jérémie Manigne, Martin Rogard und Marc Tessier; Berichterstatter: Mohammed Adnène Trojette, November 2011.

65) Vgl. die Analyse der Konzentrationsmaßnahmen TF1/NT1-TMC und Canal+/ Direct 8 und Direct Star unter I.2. supra.

66) Als Alternative zu dem Kriterium der Beurteilung auf Grundlage der Zuschauermarktanteile wären die Beurteilung anhand der Werbeeinnahmen oder anhand des Umsatzes des Sektors in Betracht gekommen.

67) Die Wahl eines auf den Zuschauermarktanteil basierenden Kriteriums erscheint umso empfehlenswerter, als die übliche juristische Konzentrationkontrolle bereits die möglichen wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen einer Maßnahme auf dem Werbemarkt aufgreift. Daher scheint deren Berücksichtigung in der sektorspezifischen Gesetzgebung weniger wichtig. S.76.

68) *Proposition n° 4, rapport sur la télévision connectée*; November 2011.

auf Abrufmediendienste⁶⁹ begrenzt. Diese werden als auf elektronischem Wege der Öffentlichkeit zugänglich gemachte Kommunikationsdienste definiert, welche dem Nutzer die Betrachtung von Programmen zum Zeitpunkt seiner Wahl auf Abruf ermöglichen, und zwar aus einem Programmkatalog, bei dem Auswahl und Organisation vom Diensteanbieter kontrolliert werden.⁷⁰ Es handelt sich im Wesentlichen um Catch-up TV und Video-on-Demand. Dies schließt eine große Zahl an audiovisuellen Abrufmediendiensten aus, wie etwa die sozialen Plattformen YouTube und Dailymotion, die zurzeit unter das *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique* (Gesetz Nr. 2004-575 vom 21. Juni 2004 über das Vertrauen in die digitale Wirtschaft – LCEN) fallen. Der Präsident des CSA⁷¹ äußerte sich dahingehend, dass diese Plattformen seiner Ansicht nach hinsichtlich der Auswahl von Inhalten eine Tätigkeit ausüben, die „der Arbeit von Produzenten“ ähnelt und dass diese sich deshalb den Bestimmungen des Rechtes über audiovisuelle Mediendienste unterordnen müssten.

Am 16. Februar 2012 hat der CSA eine Kommission zur Untersuchung der Smart-TV-Nutzungsmöglichkeiten eingesetzt, welche die öffentlich-rechtlichen und privaten Akteure des Sektors zusammenbringt, um dieses Fernsehen der neuen Generation besser verstehen zu lernen.⁷² Die aus fünf Arbeitsgruppen⁷³ gebildete Kommission soll zum Ort des Austausches der am Smart-TV teilnehmenden Parteien zu werden. Sie gibt Empfehlungen und Vorschläge für die Entwicklung des Smart-TV heraus.

Am 21. August 2012 hat die Regierung eine globale Betrachtung⁷⁴ der Regulierung des audiovisuellen Bereichs, der Telekommunikationsdienste und des Internets angekündigt, welche Vorschläge zur Änderung des gesetzlichen und regulativen Rahmens, die angesichts konvergierender Technologien erforderlich erscheinen, erarbeiten wird.⁷⁵ Diese Arbeiten sollen es ermöglichen, die Medienkonzentrationsregelungen an die technischen Entwicklungen und die Möglichkeiten der Einflussnahme durch die neuen Teilnehmer des Smart-TV anzupassen.

III. Die Ausstrahlung (Netzwerkbetreiber, Entwickler von Hard- und Software, Datenendgerätehersteller)

Der Markt der Vernetzung sichert die globale Konnektivität des Internets und eröffnet jedem Nutzer die Möglichkeit, Informationen seiner Wahl zu versenden und abzurufen. Dieser nicht regulierte Markt ist durch eine Intransparenz der von den Betreibern entwickelten Methoden gekennzeichnet. Am 29. Mai 2012 veröffentlichte das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK), ein durch das dritte Telekompaket geschaffenes Forum für Zusammenarbeit, die Ergebnisse seiner Umfrage über die Datenübermittlung. Diese Ergebnisse zeigen, dass einige Betreiber des Fest- und des Mobilfunknetzes sowie einige Dienstleister Nutzungsbeschränkungen einsetzen (Blockierung oder Begrenzung des Durchflusses für bestimmte Dienste), die eine nicht zu vernachlässigende Anzahl an Abonnenten in Europa treffen.⁷⁶ Die Wettbewerbsbehörde hat in der Rechtssache *Cogent gegen France Télécom* zugunsten eines bezahlten Peering eingegriffen. Die ARCEP hat ihre neuen Befugnisse genutzt, um die Tendenzen auf dem Markt der Vernetzung zu verfolgen und um Mindestqualitätsanforderungen festzulegen. Darüber hinaus laufen Gesetzes-

69) Der Begriff der audiovisuellen Abrufmediendienste (*services de médias audiovisuel à la demande – SMAd*) wurde mit Art. 36 Gesetz von 2009 zur Änderung von Art. 2 Gesetz von 1986 eingeführt.

70) Art. 36 Gesetz vom 5. März 2009 zur Änderung von Art. 2 *Loi n° 86-1067*.

71) Am 13. März dieses Jahres hat der Präsident des CSA an den Präsidenten der *Association des sites internet communautaires* (Verband der innergemeinschaftlichen Internetseiten - ASIC) geschrieben, um ihm mitzuteilen, dass seiner Auffassung nach diese Plattformen gleichfalls Videodienste seien.

72) Schreiben des CSA Nr. 257 - Februar 2012, abrufbar unter: www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-dossiers-d-actualite/Une-commission-de-suivi-pour-la-television-connectee

73) Arbeitsgruppe „Wirtschaft und Wettbewerb“, Arbeitsgruppe „Finanzierung der Produktion“, Arbeitsgruppe „Schutz sensibler Zuschauergruppen“, Arbeitsgruppe „Neue Werbeformate“ und Arbeitsgruppe „Technologische Fragen“.

74) Annäherung zwischen dem CSA und der ARCEP, der Premierminister verlangt vom Minister für Industrie, vom Minister für Kultur und Kommunikation und vom Minister für die kleinen und mittleren Unternehmen, Innovation und digitale Wirtschaft die Unterbreitung von Vorschlägen für eine Annäherung zwischen dem CSA und der ARCEP, abrufbar unter: www.gouvernement.fr/presse/rapprochement-entre-le-csa-et-l-arcep

75) Diese Betrachtung stützt sich auf die Positionen der ARCEP und des CSA und wird mit der von Pierre Lescure geführten Betrachtung über den Akt II der kulturellen Ausnahme koordiniert.

76) MEMO/12/389, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/12/389&format=HTML&aged=0&language=fr&guiLanguage=fr>

vorhaben für die Verabschiedung von an Datenendgerätehersteller gerichtete Auflagen, die die Verwendbarkeit ihrer Produkte für alle Netze sicherstellen sollen. Die ARCEP verfolgt die Vorhaben zu diesem Thema.

1. Die Behandlung der Vernetzung in den Vorschriften für Betreiber audiovisueller Medien

Am 10. Mai 2011 hat der Transitbetreiber Cogent der Wettbewerbsbehörde die Weigerung des Netzbetreibers France Télécom angezeigt, neue Kapazitäten für die Vernetzung zu eröffnen. In diesem Verhalten sah Cogent den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Als Konsequenz der Weigerung verlangsamte sich die Übertragung der Inhalte von Cogents Kunden. Zu den betroffenen Inhalten gehörten insbesondere Videos der Website Megaupload. Am 20. September 2012⁷⁷ entschied die Wettbewerbsbehörde, der Netzbetreiber habe dem Transitbetreiber den Zugang nicht verweigert. Unter Berücksichtigung fehlender Symmetrie im Verkehrsaustausch durfte France Télécom zu Recht eine Vergütung für die Öffnung neuer Kapazitäten gemäß ihrer Vernetzungsstrategie verlangen. Dennoch musste France Télécom Verpflichtungen zur Formalisierung ihrer Beziehungen mit ihrem Transitpartner (Open Transit) eingehen, um die Kontrolle eventueller künftiger Preisscheren zu erleichtern bzw diesen vorzubeugen. Die Wettbewerbsbehörde hielt es nicht für erforderlich, eine Trennung zwischen den Tätigkeiten als Internetprovider und denen als Transitpartner vorzuschreiben. Dies ist die weltweit erste Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde zur Frage der Vermarktung der Vernetzung. Sie wird vielfach im Rahmen der Debatte über die Neutralität des Internets⁷⁸ diskutiert.

2. Die neuen Befugnisse der ARCEP hinsichtlich der Netzneutralität

Die Richtlinien Nr. 2009/13/EG und 2009/140/EG, die durch die *Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011* (Verordnung Nr. 2011-1012 vom 24. August 2011)⁷⁹ in das französische Recht umgesetzt wurden, welche ihrerseits durch zwei Dekrete⁸⁰ ergänzt wurde, haben der ARCEP neue Befugnisse übertragen, und zwar im Hinblick auf die Kontrolle der Qualität der Dienste, die Sammlung von Informationen und die Streitschlichtung. Die ARCEP ist für das Sammeln von Informationen nicht nur bei den Betreibern,⁸¹ sondern auch bei den Anbietern von Kommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit im Internet zuständig. Gesammelt werden „Informationen oder Dokumente über die technischen und preislichen Bedingungen für die Verkehrsverteilung (...), die auf ihre Dienste angewandt wurden“.⁸² Diese neue Befugnis wurde im Rahmen der Arbeiten zur Vernetzung und Verkehrsleitung genutzt. In ihrer am 29. März 2012 verabschiedeten Entscheidung Nr. 2012-0366⁸³ initiiert die ARCEP die Sammlung von Informationen, um die technischen und preislichen Bedingungen für die Vernetzung und Durchleitung von Daten zwischen Betreibern und den Anbietern von Inhalten und Anwendungen zu kennen, die sich auf die in Frankreich beheimateten Nutzer auswirken. Die ARCEP schätzt, dass sie damit in der Lage sein wird, die Tendenzen auf dem Markt für Datenvernetzung zu verfolgen, diese zu analysieren und daraus Schlüsse für ihre Tätigkeiten und die Ausübung ihrer Befugnisse bei der Streitschlichtung zu ziehen. Dennoch stößt diese Initiative auf die Ablehnung der Betreiber, welche die rechtliche

77) *Décision n° 12-D-18 du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité internet*, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d18.pdf

78) *Communiqué* : 20. September 2012: *Trafic internet – Accords de « peering »*, abrufbar unter: www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=417&id_Art.=1970

79) In Anwendung des *Loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques*, JORF Nr. 0069 vom 23. März 2011 S. 5186. Die *Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques* zielt im ersten Titel auf die Umsetzung der Richtlinien Nr. 2009/136/EG und Nr. 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung von fünf Richtlinien aus dem Jahr 2002 ab, JORF Nr. 0197 vom 26. August 2011 S. 14473.

80) *Décret n° 2012-436 du 30 mars 2012 portant transposition du nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques*, JORF Nr. 0078 vom 31. März 2012 S. 5907 und *Décret n° 2012-488 du 13 avril 2012 modifiant les obligations des opérateurs de communications électroniques conformément au nouveau cadre réglementaire européen*, JORF Nr. 0090 vom 15. April 2012 S. 6919.

81) Die Betreiber sind ebenso dazu angehalten, ARCEP auf deren Anforderung hin oder nach einer von ihr festgelegten Zeitspanne, über „die Gesamtheit der [von ihnen abgeschlossenen] Vereinbarungen zur Vernetzung, für den Zugang und die Beförderung des Verkehrs“ zu informieren (Art. D. 98-11).

82) Art. L. 32-4 CPCE (französisches Gesetz über Post und elektronische Kommunikation).

83) www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/12-0366.pdf

Grundlage der Vorgehensweise sowie den unverhältnismäßigen Charakter dieser Kontrolle in Frage stellen, da keine echte Störung festgestellt werden konnte.⁸⁴

Im Hinblick auf die Befugnisse zur Streitschlichtung, führen die Änderungen von Art. L. 36-8 des *Code des postes et communications électroniques* (CPCE)⁸⁵ zu einer Erweiterung der Befugnisse der ARCEP. Künftig wird es ihre Aufgabe sein, eine zwischen einem Betreiber und einem „Unternehmen, das Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit im Internet erbringt“⁸⁶ bestehenden Konflikt insoweit zu lösen, als die Streitigkeit die „wechselseitigen technischen und preislichen Bedingungen für die Verkehrsleitung“ zwischen diesen Parteien betrifft. Die ARCEP wurde auch angerufen, um über die regelmäßig von den Kunden von *Free* festgestellten niedrigen Geschwindigkeit beim Abruf von Videos auf YouTube zu entscheiden.⁸⁷

Gemäß Art. L. 36-6 CPCE besitzt die ARCEP die Befugnis zur Festlegung von Mindestqualitätsanforderungen für Dienste, wenn sich dies als erforderlich herausstellt. Sie wird vor Ende 2012 eine Entscheidung verabschieden, welche die für die Festnetze zu messenden und zu veröffentlichenden Indikatoren im Einzelnen festlegt, und zwar in Ergänzung der bereits für die Mobilfunknetze umgesetzten Maßnahmen.⁸⁸

3. Die Datenendgeräteehersteller und die Neutralität

Artikel R. 20-22 CPCE verpflichtet jeden Betreiber, jede Datenendgeräteausrüstung, die in seinem Netz kompatibel ist, zuzulassen. Dennoch ist die kraft Umkehrschluss zu erwartende Situation, dass die Geräte der Hersteller in allen Netzen einsetzbar sein müssen, nicht notwendigerweise sichergestellt. Mangels Gesetzen, welche diese Fragen *ex ante* regulieren, wird das Wettbewerbsrecht angewandt und somit von Fall zu Fall bestimmt, ob die Parameter des zwischen einem Datenendgeräteehersteller und einem Netzbetreiber geschlossenen Vertrages akzeptabel oder inakzeptabel sind.

In ihrer *Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008* (Entscheidung Nr. 08-MC-01 vom 17. Dezember 2008)⁸⁹ sprach sich die Wettbewerbsbehörde gegen die Methoden aus, die der Betreiber Orange für den exklusiven Vertrieb von iPhones eingeführt hatte. Orange hatte jede Vermarktung des iPhones in im Wettbewerb zu Orange stehenden Netzen ausgeschlossen. Die Exklusivitätsvereinbarungen waren dazu geeignet gewesen, die vorrangige Stellung von Orange auf dem Markt der Mobilfunkdienste zu stärken sowie den direkten Wettbewerb zu schwächen. Im November 2009 versicherten Apple und Orange darauf, das iPhone exklusiv in Frankreich zu verkaufen.⁹⁰

84) Antworten auf die öffentliche Anhörung der ARCEP, Projekt der quartalsweisen Sammlung von Informationen über die technischen und preislichen Bedingungen für die Vernetzung und Durchleitung von Daten, abrufbar unter: www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/synth-cp-interco-neutralite-mars2012.pdf. Verizon hat eine Beschwerde auf Aufhebung dieser Entscheidung beim Conseil d'Etat eingereicht.

85) Die Änderungen an Art. L. 36-8 CPCE durch *Ordonnance du 24 août 2011* ergeben sich aus der Zusammenschau der neuen Bestimmungen von Art. 20 der „Rahmenrichtlinie“ über die Beilegung einer Streitigkeit und Art. 2 der Richtlinie für den „Zugang“, die die Zugangsbestimmung definiert.

86) Der Begriff „Unternehmens für die Lieferung von Kommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit im Internet“ bezieht sich auf Kommunikationsdienste an die Öffentlichkeit im Internet, welche in Art. 1 Gesetz vom 21. Juni 2004 zum Vertrauen in die digitale Wirtschaft als „jede auf individuellen Abruf hin durch ein elektronisches Kommunikationsverfahren, das einen gegenseitigen Informationsaustausch zwischen dem Sender und Empfänger ermöglicht, erfolgende Übertragung digitaler Daten, die nicht die Eigenschaft einer privaten Korrespondenz besitzt“ definiert sind, Hier sind in der Praxis die Unternehmen gemeint, die Inhalte oder Dienste im Internet anbieten.

87) www.alain-bazot.fr/index.php/interconnexion-les-freenauts-pas-libres-de-surfer-a-plein-tube/

88) Bericht an das Parlament und an die Regierung über die Neutralität des Internets, S. 41 ff.

89) Die *Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones*, www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/08mc01.pdf, bestätigt durch den *Cour d'Appel de Paris* (französisches Berufungsgericht) in seinem *Arrêt* (Beschluss) *du 4 février 2009* www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca08mc01_iphone_fev09.pdf, aufgehoben durch den *Cour de Cassation* (Kassationsgerichtshof) in seinem *Arrêt du 16 février 2010* wegen Unzulänglichkeit der Entscheidungsgründe, www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cass_08mc01_fev2010.pdf

90) *Décision 10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones*, www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/juris/2010/10-d-01.pdf, *Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones*, www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/08mc01.pdf, bestätigt vom *Cour d'Appel de Paris*, in seinem *Arrêt du 4 février 2009* www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca08mc01_iphone_fev09.pdf, aufgehoben durch den *Cour de Cassation* in seinem *Arrêt du 16 février 2010*, wegen Unzulänglichkeit der Entscheidungsgründe, www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cass_08mc01_fev2010.pdf

Der Gesetzesvorschlag von Senator Marsin⁹¹ und darauf folgend der Gesetzesentwurf zur Stärkung der Rechte, des Schutzes und der Information der Verbraucher⁹² haben dementsprechend eine Änderung des Art. L. 34-9 CPCE vorgeschlagen, die es dem Fabrikanten von an ein Netz anschließbaren Geräten verbietet, den Zugang zum Netz bestimmter Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die elektronische Kommunikationsdienste an die Öffentlichkeit anbieten, zu begrenzen oder zu blockieren. Ausgenommen sind lediglich Beschränkungen, die im allgemeinen Interesse vorgenommen werden. Ergänzend und um den Fall der Blockade von Inhalten oder Anwendungen durch das Datenendgerät selbst zu verhindern, sieht derselbe Gesetzesentwurf die Stärkung der Information des Verbrauchers über eventuelle Beschränkungen in der Nutzung bestimmter Datenendgeräte vor (Art. L. 34-9-1 Abs. 1). Die ARCEP arbeitet weiter an dem Thema⁹³ der Präzisierung der Diagnosen bei mit Datenendgeräten verbundenen Problemen und der Bestimmung angemessener Handlungswege.⁹⁴

91) www.senat.fr/propositions-de-loi/marsin_daniel04096s.html

92) www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3508.asp

93) www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/synt-cp-conso-180211.pdf

94) Die Unterlagen der ARCEP, Bericht an das Parlament und die Regierung über die Neutralität des Internets, September 2012, S. 66 - 69, abrufbar unter: www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-parlement-net-neutralite-sept2012.pdf

VEREINIGTES KÖNIGREICH

Lorna M. Woods

The City Law School, City University London

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

1. Regulierung von Marktmacht bei öffentlich-rechtlichen Medien

Es gibt in Großbritannien keine spezielle Wettbewerbsregulierung, die ausschließlich auf öffentlich-rechtliche Medien (*public service media* – PSM; im folgenden auch: Medien mit Grundversorgungsauftrag) anzuwenden wäre. Für Regulierungszwecke umfasst die Definition von PSM neben der BBC alle Angebote auf Channel 3, das Programm des walisischen Fernsehsenders S4C, Channel 4, Channel 5 sowie den öffentlich-rechtlichen Teletext.¹ Alle werden als Bestandteile des britischen audiovisuellen Marktes betrachtet und zum Beispiel berücksichtigt, wenn der Markt oder eine marktbeherrschende Stellung definiert werden.

Für die BBC gelten allerdings gesonderte Vorschriften. Seit Verabschiedung der Charta (2006) wird ihre Tätigkeit vom BBC Trust, einem Organ, das beauftragt ist, im öffentlichen Interesse zu handeln, überwacht.² Der Trust erteilt Lizenzen für neue BBC-Angebote³ und prüft sie bei der Lizenzierung auf ihren Mehrwert für die Allgemeinheit (*public value test*).⁴ In jeder einzelnen Lizenz muss dargelegt sein, wie das Angebot zur Förderung „öffentlicher Zwecke“ gemäß der Definition in der Vereinbarung und der Charta⁵ beiträgt, und sie muss Leistungsindikatoren beinhalten. Neben dem Bestreben, die Grundversorgung sicherzustellen, betrachtet der Trust – über die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften hinaus – die Auswirkungen der Tätigkeit der BBC im breiteren Marktkontext,⁶ bisweilen wartet er jedoch auch die Untersuchungsergebnisse von Behörden ab, die für die Anwendung des Wettbewerbsrechts verantwortlich sind. Dies war der Fall beim Kangaroo-Projekt;⁷ die Wettbewerbskommission (*Competition Commission* – CC) untersagte dieses Gemeinschaftsunternehmen. Im Gegensatz dazu billigte der Trust das Nachfolgeprojekt von Kangaroo, das Projekt Canvas, mit einer Reihe von Auflagen.⁸ Er kam zu dem Schluss, alle möglichen negativen Auswirkungen auf den Markt würden durch

1) Kommunikationsgesetz 2003, § 264 Abs. 11.

2) Siehe allgemein zur Regulierungsstruktur: Woods, „*Regulation and Extra-Legal Regulation of the Media Sector*“, in: Goldberg, Sutter und Walden (Hrsg.), *Media Law and Practice* (OUP, 2009).

3) Dies lag früher in der Verantwortung des *Department for Culture, Media and Sport* (Ministeriums für Kultur, Medien und Sport – DCMS). Nach einer öffentlichen Konsultation wurden alle Lizenzen 2008 neu erteilt.

4) Art. 24 BBC-Charta 2006 (Cm 6925).

5) BBC-Vereinbarung, § 17 Abs. 2.

6) Siehe z. B. den Beschluss zum Jam-Projekt: BBC-Pressestelle, *Post closures follow suspension of BBC Jam*, 14. Mai 2007, abrufbar unter: www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2007/05_may/14/jam.shtml

7) Kangaroo war ein dreiseitiges Gemeinschaftsunternehmen von BBC Worldwide, ITV und Channel 4, mit dem britischen Verbrauchern (kostenpflichtige) Sendungen auf Abruf von allen drei Rundfunkveranstaltern an einem einzigen Standort angeboten werden sollten. Die Technologie wurde anschließend von Arqiva aufgekauft und als Dienst *Seesaw* gestartet, im Oktober 2011 jedoch wieder eingestellt.

8) Beschluss des BBC Trust vom 25. Juni 2010, abrufbar unter: www.bbc.co.uk/bbctrust/news/press_releases/2010/canvas.html

den öffentlichen Mehrwert des Vorhabens aufgewogen. Wenngleich die ursprünglichen Partner des Gemeinschaftsunternehmens die BBC, ITV und BT waren, zu denen in der Folge Channel 4, Channel 5 und Arqiva hinzukamen, fiel das Unternehmen nicht in den Zuständigkeitsbereich der Wettbewerbsbehörden. Alle Rundfunkveranstalter unterliegen den sektorspezifischen Befugnissen der Regulierungsbehörde für das Kommunikationswesen (*Office of Communication – Ofcom*) (siehe unten I.3. und I.4.2.).

2. Regulierung des Marktzugangs

Die gegenwärtigen Lizenzinhaber von Channel 3 und 5 haben ihre Rundfunklizenzen im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens erhalten, wie es im *Broadcasting Act 1990* (Rundfunkgesetz von 1990 – BA90) festgelegt ist; Gegenstand der Ausschreibung waren die terrestrischen Frequenzen, auf denen diese Lizenzinhaber senden.⁹ Die Lizenz von Channel 4 war nicht Teil dieses Verfahrens, da Channel 4 eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.¹⁰ Eine ähnliche Sonderregelung galt für den walisischsprachigen Sender S4C, der nach den Rundfunkgesetzen von 1980 und 1981 unter Aufsicht der S4C-Behörde gegründet wurde und vom Ministerium für Kultur, Medien und Sport finanziert wird. In einer Multiplattformumgebung sind die Vorteile, die sich aus dem Status eines Lizenzinhabers mit Grundversorgungsauftrag ergeben, eine vorrangige Platzierung in elektronischen Programmführern und reservierte Kapazitäten auf Multiplexen, womit diese Lizenzinhaber in der Lage sind, über 98,5 Prozent der britischen Bevölkerung zu erreichen. Neben der Zahlung einer Gebühr mussten die Lizenzinhaber bestimmte Programmverpflichtungen übernehmen.¹¹

Die aktuellen Lizenzen laufen am 31. Dezember 2014 ab. Das *Communications Act 2003* (Kommunikationsgesetz von 2003 – CA03) lässt zwar eine Verlängerung zu, gemäß § 229 CA03 muss das Ofcom jedoch dem Minister einen Bericht vorlegen, in dem es die Fähigkeit der gegenwärtigen Lizenzinhaber von Channel 3 und Channel 5 bewertet, bei der Erfüllung des Grundversorgungsauftrags im Fernsehenbereich mit einem wirtschaftlich tragbaren Aufwand mitzuhelfen. Es gab erhebliche Veränderungen im Markt, insbesondere die Fragmentierung der Zuschauerschaft, die Einführung neuer Angebote und einen Rückgang bei den Werbeeinnahmen, die Fragen zur Zukunftsfähigkeit des gegenwärtigen Systems aufgeworfen haben.¹² Dessen ungeachtet kam das Ofcom jüngst zu dem Schluss, Channel 3 und Channel 5 könnten ihren gegenwärtigen Beitrag weiter leisten.¹³ Dies bedeutet nicht, dass die Lizenzen automatisch verlängert werden.

Im Bereich lineare Dienste können Personen, die die Kriterien aus dem CA03 erfüllen (insbesondere die Überprüfung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit),¹⁴ Lizenzen für *Television Content Licensable Services* (lizenzierbare Fernsehhalte – TCLS)¹⁵ erhalten. Es gibt keine mengenmäßigen Begrenzungen für TCLS-Lizenzen, die Erteilung solcher Lizenzen schließt jedoch nicht das Recht zur Nutzung von Übertragungskapazitäten ein; dies muss der Lizenzinhaber mit den Vertriebsnetzen/-plattformen aushandeln. Ein fernsehähnlicher Abrufdienst (Bezeichnung im CA03: *on-demand programme service – ODPS*)¹⁶ muss das entsprechende Angebot vorab bei der *Authority for Television On Demand* (Behörde für Fernsehen auf Abruf – ATVOD) anzeigen (und eine Gebühr entrichten), aber keine Lizenz erwerben.

9) § 7 des *Wireless Telegraphy Act* (Funktelegrafiefgesetz) von 2006 (der § 158 CA03 abgelöst hat) verlangt vom Ofcom, ausreichende Multiplexkapazitäten für „berechtigte Dienste“ im Sinne des Kommunikationsgesetzes vorzuhalten.

10) Ursprünglich war er im Besitz der *Independent Broadcasting Authority* (Unabhängige Rundfunkbehörde – IBA), der Vorgängerin der *Independent Television Commission* (Unabhängige Fernsehkommission – ITC) bis 1993 (die Funktionen der ITC wurden 2003 vom Ofcom übernommen). Der Vorstand wird vom Ofcom in Abstimmung mit dem Ministerium für Kultur, Medien und Sport ernannt.

11) Die Verpflichtungen von Channel 4 wurden durch das *Digital Economy Act* (Digitalwirtschaftsgesetz) abgeändert.

12) Ofcom, *Ofcom's Second Public Service Broadcasting Review: Putting Viewers First*, 21. Januar 2009, abrufbar unter: http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/psb2_phase2/statement/psb2statement.pdf

13) Ofcom, *Licensing of Channel 3 and Channel 5: A report to the Secretary of State under section 229 of the Communications Act 2003*, 23. Mai 2012, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/broadcasting/tv/c3-c5-licensing>

14) Siehe Gibbons, T., „Vereinigtes Königreich - Fernsehen und Medienkonzentration“, in *IRIS Spezial*, Fernsehen und Medienkonzentration: Regulierungsmodelle auf nationaler und europäischer Ebene, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2001, S. 25 f.

15) Definiert in § 232 CA03; es kann sich hierbei um einen Dienst, der aus Fernsehsendungen besteht, nur einen elektronischen Programmführer oder eine Kombination aus beidem handeln. Bidirektionale Dienste sind von der Definition ausgenommen. Dieser Paragraf wurde durch das Rechtsinstrument zur Umsetzung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie), *The Audiovisual Media Services Regulations 2009*, SI 2009/2979 geändert.

16) § 368A CA03; siehe weiterhin ATVOD-Leitfaden (Ausgabe 3.1), 19. Oktober 2010, abrufbar unter: www.atvod.co.uk/uploads/files/Guidance_on_who_needs_to_notify_Ed3.1_Mar_2011.pdf

3. Medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften

Die Vorschriften für Medienbesitz im BA90 (mit Änderungen durch das *Broadcasting Act 1996* – BA96)¹⁷ bildeten ein komplexes Regelwerk in Bezug auf Personen, die keine Lizenzen besitzen durften, auf die Anhäufung von Medienbeteiligungen,¹⁸ auf Kapitalverflechtung bei Medienbesitz sowie auf Kontiguität. Nach Inkrafttreten des CA03 gingen Aspekte des Medienbesitzes, die früher bestimmten Beschränkungen unterlagen, in die Regulierungsbefugnis der Wettbewerbsbehörden über: Es gibt keine Mengenbeschränkungen für Fernsehlicenzen. Weitere Beschränkungen wie zum Beispiel Eigentumsbeschränkungen für Nicht-EWR-Rundfunkveranstalter wurden ebenfalls abgeschafft. Das CA03 wurde als Lockerung des Kontrollsystems für die Anhäufung von Medienbeteiligungen, wie es in den Rundfunkgesetzen 1990 und 1996 verankert war, betrachtet, andererseits enthält es einige Bestimmungen zum Wettbewerb im Allgemeinen und zu Medienzusammenschlüssen. Darüber hinaus ist das Ofcom generell verpflichtet, „die Verbraucherinteressen in relevanten Märkten zu wahren, gegebenenfalls durch die Förderung von Wettbewerb“.¹⁹ Sie muss zudem „die Aufrechterhaltung einer ausreichenden Vielfalt an Anbietern unterschiedlicher Rundfunkprogramme“ sicherstellen.²⁰ In der Praxis bedeutete dies, Medienbesitzverhältnisse generell laufend zu überprüfen und den Minister auf notwendige Änderungen hinzuweisen.²¹ Das CA03 enthielt zudem sektorspezifische Wettbewerbsbefugnisse für das Ofcom: Der Regulierer kann jeder Rundfunklizenz Bedingungen beifügen, die er für angemessen hält, um „einen fairen und effektiven Wettbewerb bei den lizenzierten Angeboten oder damit verbundenen Diensten sicherzustellen“,²² was er dann auch überprüfen muss.²³ Das Ofcom hat diese Befugnisse im Rahmen von Must-Offer-Bedingungen wahrgenommen, die unten unter I.5. erörtert werden.

Einige Bestimmungen bleiben in Kraft: Verbote und Beschränkungen für den Lizenzbesitz bestimmter Gruppen,²⁴ zum Beispiel überregionale öffentliche Telekommunikationsnetzbetreiber mit einem Jahresumsatz von mehr als GBP 2 Milliarden; Vorschriften zur Ausstrahlung von Nachrichten durch Lizenzinhaber von Channel 3 (um sicherzustellen, dass es neben der BBC noch eine andere Meinung gibt);²⁵ sowie Beschränkungen beim gleichzeitigen Besitz einer Channel-3-Lizenz und überregionaler Zeitungen samt bestimmter weiterer lokaler Medien. Niemand darf eine Channel-3-Lizenz erwerben, wenn er eine oder mehrere überregionale Zeitungen mit einem Gesamtmarktanteil von 20 Prozent oder mehr herausgibt; gleichermaßen darf ein Channel-3-Lizenzinhaber keine Anteile von 20 Prozent oder mehr an einer juristischen Person erwerben, die eine oder mehrere überregionale Zeitungen mit einem Gesamtmarktanteil von 20 Prozent oder mehr herausgibt.²⁶ Es gibt Vorschriften, die konzerninterne und auch familiäre Beziehungen berücksichtigen.

Vergleichbare Beschränkungen von medienübergreifenden Verflechtungen, wie sie Fernsehbetreiber mit Grundversorgungsauftrag betreffen, gibt es auch auf lokaler Hörfunkebene, ebenfalls um die Meinungsvielfalt zu gewährleisten. Die *Media Ownership (Local Radio and Appointed News Provider) Order 2003* (Verordnung von 2003 über Medienbesitz von Lokalradio- und bestimmten Nachrichtenanbietern) sieht unter anderem vor, dass eine einzelne Person nicht gleichzeitig eine Lizenz für einen analogen Lokalradiosender, ein Regionalprogramm auf Channel 3, das potenziell 50 Prozent der Analogradiohörer erreicht, und eine oder mehrere Lokalzeitungen mit einem lokalen Marktanteil von 50 Prozent oder mehr bei der Lokalberichterstattung halten darf. Diese Vorschriften haben auch nach der jüngsten Überprüfung der Vorschriften für Medienbesitzverhältnisse²⁷ durch das Ofcom nach wie vor Gültigkeit.

17) Ein Überblick findet sich bei Gibbons, T., a.a.O., S. 19 f.

18) Vor Inkrafttreten des CA03 wäre der Carlton-Granada-Zusammenschluss nicht genehmigt worden; er unterlag noch der Fusionsregulierung. Siehe *Carlton Communications Plc / Granada Plc*, Bericht vom 7. Oktober 2003 (Cmnd 5952).

19) § 3 Abs. 1 lit. b CA03.

20) § 3 Abs. 2 lit. d CA03.

21) § 391 CA03.

22) § 316 CA03.

23) § 318 CA03.

24) Diese umfassen entweder vollständige oder partielle Verbote und finden sich in Anhang 2 zum BA90 mit Änderungen, ausgeführt bei Gibbons, T., a. a. O. (Fußnote 15).

25) Landesweite Nachrichten auf Channel 3 müssen von einem „bestellten Nachrichtenanbieter“ angeboten werden – §§ 282 und 283 CA03.

26) CA03, Anhang 14, Teil 1.

27) Ofcom, *Review of Media Ownership Rules*, 14. November 2006, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/media-literacy/media-ownership/rules.pdf>

4. Auswirkungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts auf die Medienmärkte

Drei unabhängige Institutionen sind für die Durchsetzung der Wettbewerbspolitik in Großbritannien zuständig: das *Office of Fair Trading* (Wettbewerbsbehörde – OFT), die *Competition Commission* (Wettbewerbskommission – CC) und das *Competition Appeals Tribunal* (Wettbewerbsberufungsgericht – CAT). Dieses gegenwärtige System²⁸ stellt eine deutliche Abkehr vom früheren Modell dar, dem es an Transparenz fehlte.

4.1. Übersicht über die zuständigen Behörden und den Rechtsrahmen

Das OFT untersucht wettbewerbswidrige Praktiken in Märkten und bei Zusammenschlüssen. Die CC führt eingehende Untersuchungen von bestimmten Zusammenschlüssen oder Marktaktivitäten durch und kann Abhilfemaßnahmen verhängen, was sie aber nur macht, wenn ihr der Fall von einer zuständigen Person zur Entscheidung weitergeleitet wird.²⁹ Die CC ist die entscheidende Instanz in dem Verfahren, unterliegt aber wiederum der Kontrolle durch das CAT, ein Sachverständigengericht.³⁰ Viele der Ofcom-Beschlüsse, die sich auf sektorspezifische Befugnisse stützen, können ebenfalls vor dem CAT angefochten werden.

Mit dem *Competition Act* (Wettbewerbsgesetz) 1998 wurden zwei Verbote eingeführt, die Art. 101 und 102 AEUV widerspiegeln: das Verbot aus Kapitel I und das Verbot aus Kapitel II. Mit dem *Enterprise Act 2002* (Unternehmensgesetz) wurde dieses System durch die Einführung des Straftatbestands des Kartellverstoßes erweitert. Dieser Straftatbestand wurde in Bezug auf den Mediensektor nicht angewandt, wohingegen die Verbote aus Kapitel I und Kapitel II schon geprüft wurden. So gab es zum Beispiel wiederholt Klagen gegen BSkyB, wenngleich mit mäßigem Erfolg. Wettbewerber klagten, der Sender missbrauche seine marktbeherrschende Stellung und wende eine Kosten-Preis-Schere gegenüber den Verbreitern seiner Premiumkanäle an, indem er diese Kanäle in gemischten Paketen anbiete oder indem er bestimmte Nachlässe in Bezug auf diese Premiumkanäle einräume.³¹

Nach dem Unternehmensgesetz ist das OFT befugt, Zusammenschlüsse zu untersuchen, und muss sie³² an die CC zur Entscheidung weiterleiten, wenn es sich um einen „maßgeblichen Zusammenschluss“ handelt.³³ Festgemacht wird dies daran, inwieweit es wahrscheinlich ist, dass dieser Zusammenschluss zu einer wesentlichen Verminderung des Wettbewerbs (*substantial lessening of competition* – SLC) auf einem britischen Markt führen wird. Die CC beschließt angemessene Abhilfemaßnahmen, wobei sie „die Notwendigkeit [berücksichtigt], eine möglichst vernünftige und praktikable Lösung zu entwickeln“.³⁴

4.2. Medienspezifisches Wettbewerbsrecht und diesbezügliche Praxis

Wenn ein Zusammenschluss bestimmte Fragen von öffentlichem Interesse aufwirft, etwa zur Medienvielfalt, kann auch der Minister Zusammenschlüsse zur Entscheidung an die CC weiterleiten.³⁵

28) Es gibt Pläne für weitere Reformen.

29) § 58 Abs. 2A-2C Unternehmensgesetz. Die CC prüft auch Eingaben nach dem CA03 in Bezug auf Preisgestaltung im Kommunikationsbereich: §§ 192-193 CA03.

30) Siehe allgemein Robertson, A., „*Judicial Review of Competition Law*“, *Judicial Review* 2011, S. 84 ff.

31) Beschlüsse des *Director General of Fair Trading*; Beschluss CA98/20/2002, 17. Dezember 2002 – Änderungsantrag zurückgewiesen, Beschluss der OFT, 29. Juli 2003, abrufbar unter: www.oft.gov.uk/shared_of/ca98_public_register/decisions/sky2.pdf. Siehe auch die Beschwerde von NTL in Bezug auf eine gemeinsame Werbeaktion von BT und BSkyB, 15. Mai 2003, abrufbar unter: www.oft.gov.uk/shared_of/ca98_public_register/decisions/btbskyb.pdf

32) § 22 in Bezug auf vollzogene Zusammenschlüsse und § 33 Unternehmensgesetz im Hinblick auf erwartete Zusammenschlüsse.

33) Definiert in § 23 Unternehmensgesetz: Wenn zwei oder mehr Unternehmen aufgehört haben, unterscheidbare Unternehmen zu sein, oder der Umsatz des übernommenen Unternehmens im Vereinigten Königreich GBP 70 Millionen übersteigt. Nach § 26 hören zwei Unternehmen auf, unterscheidbar zu sein, wenn sie in gemeinsames Eigentum übergehen oder unter gemeinsame Kontrolle gebracht werden. Es gibt drei Abstufungen von Kontrolle: Eigentum, Möglichkeit zur Strategiekontrolle und die Möglichkeit, die Strategie erheblich zu beeinflussen. Die 17,5-prozentige Beteiligung von Sky an ITV, die bei Weitem größte Einzelbeteiligung, wurde als geeignet angesehen, die Strategie erheblich zu beeinflussen.

34) § 35 Abs. 4 Unternehmensgesetz.

35) § 58 Abs. 2A-2C Unternehmensgesetz.

Beim Zusammenschluss von BSkyB und ITV wurde diese Befugnis zum ersten Mal wahrgenommen.³⁶ Gemeinwohlerwägungen, wie sie in § 58 Abs. 2C des Unternehmensgesetzes niedergelegt sind, können bei Fusionen mit Beteiligung eines Rundfunkunternehmens und bei medienübergreifenden Zusammenschlüssen, etwa von Rundfunkunternehmen und Zeitungsverlagen, zum Tragen kommen.³⁷ Geht man davon aus, dass die Vorschriften auf dem Lizenzierungssystem nach BA90 und 96 fußen, sind fernsehähnliche Abrufdienste (ODPS) offensichtlich nicht betroffen.

Wenn der Minister ein öffentliches Interesse feststellt, müssen sowohl das OFT als auch das Ofcom im ersten Schritt einen Bericht in einer bestimmten Form vorlegen,³⁸ wobei das Ofcom die Fragen der Medienvielfalt zu behandeln hat.³⁹ Es tritt auf den Plan, sobald der Minister beschlossen hat einzugreifen; von sich aus verständigt das Ofcom den Minister nicht darüber, ob er aus Gründen des Allgemeinwohls in einen Medienzusammenschluss eingreifen sollte. Nach den ministeriellen Leitlinien ist ein Eingriff üblicherweise nur in den Fällen zu erwarten, in denen die Medienbesitzvorschriften durch das CA03 aufgehoben worden sind.⁴⁰ Zu den maßgeblichen Gemeinwohlerwägungen gehören⁴¹ Medienvielfalt,⁴² die Notwendigkeit eines breiten Spektrums an qualitativ hochwertigem Rundfunk, der eine große Bandbreite an Vorlieben und Interessen anspricht, sowie die Anforderung an Medienunternehmen, sich wahrhaftig den Zielen von § 319 CA03 zu verschreiben (die Negativstandards, die Rundfunkveranstalter einhalten müssen und die eher für Rundfunkveranstalter als für die Presse gelten).

Nachdem der Minister die Berichte erhalten hat, entscheidet er in einem zweiten Schritt, ob er diese Angelegenheit an die CC weiterleitet. In einem solchen Fall stellt die CC eine Untersuchung an und prüft, ob eine Anhörung erforderlich ist.⁴³ Die CC kann befinden, dass eine wesentliche Wettbewerbsverminderung (SLC) vorliegt, und der Minister muss die Erkenntnisse der CC in dieser Hinsicht akzeptieren. Anschließend hat der Minister zu entscheiden, ob ein derartiger Zusammenschluss dem Gemeinwohl entgegensteht. Jeder wettbewerbsmindernde Ausgang wird als gemeinwohlschädlich betrachtet, es sei denn, es liegen gegenläufige Allgemeininteressen vor, die den Zusammenschluss rechtfertigen.⁴⁴ Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Bandbreite und die Qualität von Rundfunkangeboten zu bewerten, kann der Minister „alle zweckdienlichen Informationen darüber heranziehen, wie das Rundfunkunternehmen oder der Zeitungsverlag die Geschäfte geführt haben“,⁴⁵ Die Einhaltung der Rundfunkstandards im Allgemeinen und auch die Frage, ob das Nachrichtenangebot in den anderen Programmen unvoreingenommen war, sind somit potenziell relevante Faktoren.⁴⁶

Während allgemein offensichtlich die Entflechtung den Verhaltensauflagen vorgezogen wird, ist in regulierten Sektoren eine gewisse Präferenz für Verhaltensauflagen zu beobachten.⁴⁷ In der Entscheidung zum Zusammenschluss von BSkyB und ITV wurde dessen ungeachtet Sky gezwungen, seinen Anteil auf unter 7,5 Prozent zu senken (wenngleich dies mit Verhaltensauflagen einherging).⁴⁸ Die CC verwarf in diesem Fall eine mögliche vollständige Entflechtung, da dies über das notwendige

36) *British Sky Broadcasting Group PLC / ITV PLC merger: Acquisition by British Sky Broadcasting Group PLC of 17.9 per cent of the shares in ITV PLC*, 14. Dezember 2007, *Final decisions by the Secretary of State for Business, Enterprise & Regulatory Reform on British Sky Broadcasting Group's acquisition of a 17.9% shareholding in ITV plc*, 29. Januar 2008, beide abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/bskyb-itv. Siehe auch Hutton, J., in Hansard vom 29. Januar 2008: www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmhansrd/cm080129/wmstext/80129m0001.htm

37) Zu Zeitungszusammenschlüssen siehe § 58 Abs. 2A und 2B Unternehmensgesetz.

38) § 44 Unternehmensgesetz.

39) §§ 44A, 61A Unternehmensgesetz; siehe auch Ofcom, *Ofcom Guidance For The Public Interest Test For Media Mergers* (Mai 2004).

40) *Department of Trade and Industry* (Handels- und Industrieministerium), *Enterprise Act 2002: Public Interest Intervention in Media Mergers – Guidance on the Operation of the Public Interest Merger Provisions Relating to Newspaper and Other Media Mergers* (zitiert als: DTI, *Media mergers Guidance*), Mai 2004, abrufbar unter: www.bis.gov.uk/files/file14331.pdf, S. 37.

41) § 58 Abs. 2C Unternehmensgesetz.

42) Siehe *British Sky Broadcasting Group v. Competition Commission*, [2010] EWCA Civ 2; [2010] 2 All ER 907 (CA (Civ Div)), dazu Pheasant, J., Rab, S., und Sukhtankar, A., „*The Court of Appeal judgment in British Sky Broadcasting Group Plc v. Competition Commission and the limits of media plurality regulation*“, ECLR 2010 (31), S. 318.

43) § 104A Unternehmensgesetz.

44) § 45 Abs. 6 Unternehmensgesetz.

45) DTI, *Media mergers Guidance*, S. 31.

46) DTI, *Media mergers Guidance*, S. 36.

47) Rab, S., „*From Ordered Competition towards a new competitive order? The Role of the UK Competition Commission at the interface between sector regulation and competition law*“ ECLR 2009 (30), S. 505, 515. Siehe allgemein Harker, M., „*UK Merger Remedies under Scrutiny*“, JBL 2007, S. 620.

48) Endgültige Beschlüsse des Ministers zu BSkyB/ITV, a. a. O. (oben Fußnote 36).

Maß hinausgegangen wäre; eine partielle Entflechtung entsprach den Statuten der CC. Im Gegensatz dazu führte der Zusammenschluss von Arqiva und NGW (unten III) zu einem umfassenden Paket an Verhaltensaufgaben.

Das Unternehmensgesetz stattet die OFT und die Sektorregulierungsbehörden zudem mit der Befugnis aus, Märkte zu untersuchen und grundsätzlich diese Märkte insgesamt (anstelle der einzelnen Unternehmen in diesem Markt) an die CC zur Untersuchung weiterzuleiten.⁴⁹ In diesen Fällen prüft die CC, ob ein Merkmal oder eine Kombination von Merkmalen in einem Markt Wettbewerb verhindert, einschränkt oder verzerrt und somit einen negativen Wettbewerbseffekt (*adverse effect on competition* – AEC) darstellt. Ein AEC kann sich aus der Marktstruktur ergeben, aus dem Verhalten von Lieferanten oder Käufern oder aus dem Verhalten von Verbrauchern.⁵⁰ In einem solchen Fall ist es Aufgabe der CC, dies so umfassend wie möglich zu beheben.⁵¹ Die Mehrzahl ihrer Untersuchungen hat die CC in regulierten Branchen durchgeführt, unter anderem im Medien- und Kommunikationssektor. Als Beispiel kann eine Untersuchung dienen, die vom Ofcom weitergeleitet wurde; darin ging es um den An- und Verkauf von Filmrechten für Bezahlkanäle sowie um den Handel mit Programmbouquets, insbesondere mit „zentralen Premium-Spielfilm-Kanälen“,⁵² Nach vorläufigen Erkenntnissen lag ein AEC vor.⁵³ Zu den möglichen Abhilfemaßnahmen gehörten eine Verringerung der Anzahl der großen Studios, von denen Sky exklusive Lizenzen für Inhalte, die zum ersten Mal im Bezahlfernsehen gezeigt werden, erwerben kann, eine Einschränkung des Spektrums an Exklusivrechten, die Sky von den großen Studios in Lizenz erhalten kann, oder Angebotspflichten (*must retail*).⁵⁴ Der Beschluss wurde vor dem Hintergrund „einer Reihe wesentlicher Entwicklungen im Markt“ rückgängig gemacht,⁵⁵ wenngleich zu der Zeit, als dieser Beitrag verfasst wurde, die Ergebnisse noch kommentiert werden konnten. Die Einschätzung, welche Wirkung Streaminganbieter für Abrufvideos wie Netflix haben, weicht von der des Ofcom ab. Die CC stellte dessen ungeachtet fest, dass es insgesamt keinen effektiven Wettbewerb im Bezahlfernsehmarkt für Endkunden gebe.

Spezielle Vorschriften gelten für den Verkauf von Werbesendezeit: Als Ergebnis einer Untersuchung der CC entstanden 2001 die *ITC Rules Regarding Advertising Sales Arrangements* (Vorschriften der Unabhängigen Fernsehkommission für Vereinbarungen über den Verkauf von Werbezeiten).⁵⁶ Sie gründen sich auf die gesetzliche Pflicht der ITC – ähnlich der des Ofcom –, bei Fernsehangeboten „lauteren und effektiven Wettbewerb zu gewährleisten“. Beim Zusammenschluss von Granada und Carlton kamen Bedenken auf wegen der gemeinsamen Marktmacht der beiden Unternehmen, die sich trotz der Vorschriften aus dem Jahr 2001 ergab. Der Zusammenschluss wurde nur vorbehaltlich bestimmter Maßnahmen zum Schutz der Käufer von Medienwerbesendezeit genehmigt. Dazu gehörte die Pflicht zur Verlängerung der vertraglichen Rechte,⁵⁷ womit Werbetreibenden und Medienkäufern das Recht eingeräumt wird, ihre gegenwärtigen Verträge mit Carlton und Granada zu denselben Bedingungen zu verlängern.⁵⁸ Jegliche Änderungen der Art und Weise, wie Sendezeit verkauft wird, bedürfen der Zustimmung durch

49) §§ 131 und 133 Unternehmensgesetz.

50) § 134 Abs. 1 Unternehmensgesetz.

51) Wettbewerbskommission, *Guidelines For Market Investigations, Draft for Comment*, April 2011, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/consultations/current/pdf/110427_mi_guidelines_text_v8_black_line.pdf, Nr. 81–83.

52) Weiterleitung vom 4. August 2010, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/terms_of_ref.pdf

53) Wettbewerbskommission, *Provisional Findings Report*, 19. August 2011, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/provisional_findings_report.pdf

54) Wettbewerbskommission, *Notice of Provisional Findings*, 19. August 2011, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/notice_of_provisional_findings.pdf

55) Wettbewerbskommission, *Notice of Revised Provisional Findings*, 23. Mai 2012, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2010/movies-on-pay-tv/notice_of_revised_provisional_findings.pdf. Siehe auch Wettbewerbskommission, *Working paper 29*, 14. März 2012, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2010/movies-on-pay-tv/working_paper_29_developments_since_our_provisional_findings_excised.pdf

56) ITC, *Statement: Revisions to ITC Rules regarding Advertising Sales Arrangements*, 17. Mai 2001.

57) Wettbewerbskommission, *Notice of acceptance of undertakings from ITV plc varying the undertakings given by Carlton Communications Plc and Granada plc to the Secretary of State for Trade and Industry pursuant to section 88(2) of the Fair Trading Act 1973*, vom 17. September 2010 (zitiert als *Undertakings*), abrufbar unter: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2009/itv/pdf/10_09_17_notice_of_acceptance_of_undertakings_from_itv.PDF

58) Klausel 6 der *Undertakings*.

das OFT.⁵⁹ Das Ofcom hat Kontrollen im Vorwege von Verkäufen vor dem Hintergrund des immer stärker fragmentierten Werbemarkts schrittweise verringert.⁶⁰ Es entschied nach einer ersten Untersuchung, die Branche nicht zur Entscheidung an die CC weiterzuleiten.⁶¹ Die rechtlichen Vorbedingungen für eine Weiterleitung an die CC wären vielleicht erfüllt gewesen, mangels eines nachweisbaren Schadens und angesichts der Kosten einer Weiterleitung wäre ein solcher Schritt aber unverhältnismäßig gewesen.

5. Angebotspflichten (Must-Offer)

Das Ofcom kam in Wahrnehmung seiner Befugnisse nach § 3 Abs. 4 lit. b BA90 und § 316 Abs. 2 CA03 zu dem Schluss, BSkyB verfüge über Marktmacht beim Handel mit Premium-Sportkanälen, und das Unternehmen nutze diese Macht aus, indem es den Vertrieb dieser Kanäle auf der Großhandelsebene einschränke.⁶² Das Ofcom änderte daher die Lizenzen von BSkyB und legte Bedingungen dazu fest, wie diese Programme anderen Unternehmen anzubieten sind – eine „Angebotspflicht für Großkunden“. BSkyB (und andere) legte bei der CAT Rechtsmittel ein, sowohl gegen die rechtliche Zuständigkeit des Ofcom nach § 316 als auch gegen dessen Entscheidung in der Sache. Die CAT wies die Berufung in Bezug auf die Zuständigkeit und die rechtlichen Einwände in der Sache zurück, befand jedoch, dass das Ofcom sich bei den Fakten geirrt habe. Fast alle am Fall Beteiligten haben die Erlaubnis zur Einlegung weiterer Rechtsmittel erlangt.⁶³

Die Dienste, die gegenwärtig von den gesetzlichen Übertragungspflichten profitieren (siehe unten III.), unterliegen den Auflagen zur Angebotspflicht in §§ 272, 273 CA03. Diese Dienste müssen über alle geeigneten Netze ausgestrahlt oder verbreitet werden, damit sie für so viele Mitglieder des Zielpublikums wie praktisch möglich zum Empfang bereitstehen.

6. Dienste, die die Nutzung oder den Empfang ermöglichen oder erleichtern

Das Ofcom muss einen Leitfaden für die Bereitstellung von elektronischen Programmführern (EPGs) ausarbeiten.⁶⁴ Das CA03 sorgt sich offensichtlich um die Platzierung der öffentlich-rechtlichen Kanäle (einschließlich der vorgeschlagenen lokalen Kanäle),⁶⁵ und die Bedingungen des Leitfadens verlangen von den EPG-Anbietern ausdrücklich, „sicherzustellen, dass frei empfangbare Dienste mindestens genauso zugänglich sind wie Bezahlfernsehdienste“. Wenn eine Verbindung zwischen einem Programmanbieter und einem EPG-Anbieter besteht, darf darüber hinaus der EPG-Anbieter diesen Inhalten keine unangemessene Vorrangstellung einräumen und muss sicherstellen, dass der Zugang zu allen Fernsehangeboten im EPG „leicht verfügbar“ ist.⁶⁶ Die Bedingungen, nach denen die Platzierung erfolgt, sollten daher fair sein und eine mögliche Wettbewerbsverzerrung ausschließen; das Ofcom hat mit Nachdruck auf diesen Punkt hingewiesen.⁶⁷ Darüber hinaus müssen EPG-Anbieter sicherstellen, dass Vereinbarungen mit Rundfunkveranstaltern zu fairen, ausgewogenen und nicht diskriminierenden (*fair, reasonable and non-discriminatory* – FRAND) Bedingungen getroffen werden, eine Platzierungsmethode anwenden, die „objektiv zu rechtfertigen“ ist,⁶⁸ die Vorgehensweise darlegen und regelmäßige Überprüfungen ihrer Platzierungsgrundsätze und der Programmlisten in Abstimmung mit den Programmanbietern durchführen.⁶⁹ Die Anwendung des Leitfadens war Gegenstand von Klagen und Gerichtsverfahren. Bei der

59) Siehe Klausel 10 h) der *Undertakings*. Ein Beispielfall: OFT, *ITV Micro Regions (OFT1336dec)*, September 2011, abrufbar unter: www.ofcom.gov.uk/shared_ofcom/consultations/ofcom1336dec.pdf

60) Ofcom, *Statement: Airtime Sales Rules Review*, 28. Juli 2010, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/asr/statement/statement.pdf>

61) Ofcom, *Statement: Competition issues in the UK: TV advertising trading mechanism*, Beschluss vom 15. Dezember 2011, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/tv-advertising-investigation/statement>

62) Ofcom, Beschluss vom 31. März 2010.

63) *British Sky Broadcasting Limited; Virgin Media, Inc.; The Football Association Premier League Limited; British Telecommunications PLC v. Ofcom*, Rechtssachen Nr. 1156-1159/8/3/10, CAT-Beschluss vom 8. August 2012, abrufbar unter: www.catribunal.org.uk/

64) § 310 CA03; Ofcom, *Code of Practice on Electronic Programme Guides* (zitiert als *EPG Code*), abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/other-codes/epgcode.pdf>

65) *Code of Practice for Electronic Programme Guides (Addition of Programme Services) Order 2011*.

66) Ofcom, *EPG Code*, Nr. 15 c, f und 16.

67) *Statement on Code on Electronic Programme Guides*, Stellungnahme des Ofcom, 26. Juli 2004, S. 1, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/epg/statement/statement.pdf>

68) Ofcom, *EPG Code*, Nr. 15 b.

69) Ofcom, *EPG Code*, Nr. 15 d.

Klage von EDML gegen Sky⁷⁰ wegen der Umplatzierung von Teachers' TV aus dem Genre Dokumentation in das Genre Fachthemen kam das Ofcom zu dem Schluss, diese Entscheidung sei gerechtfertigt gewesen. Zu der Auflistungsmethode sei eine große Menge an Informationen bereitgestellt worden, und die Methode gebe keinem Fernsehunternehmen Vorrang vor einem anderen.⁷¹

II. Plattformbetreiber

Während Telekommunikationsbetreiber im Allgemeinen keinen Zugangshindernissen durch Lizenzierungsregelungen unterliegen (siehe unten III.), müssen Satellitenbetreiber eine Lizenz beantragen, wenngleich auch nicht in einem Wettbewerbsprozess. Im Gegensatz dazu erfordert der Betrieb von DVB-T-Multiplexen, da sie Funkstrecken nutzen, einen Lizenzierungsprozess für eben diese Frequenzbänder. Die entsprechende Regelung findet sich im BA96. Eine Ausnahme bildet der Multiplex 1, der von der BBC betrieben wird. Multiplexlizenzen wurden 1997 und ein weiteres Mal 2002 vergeben.⁷² Im BA96 war eine Liste der Punkte festgelegt, die die ITC bei der Lizenzvergabe zu berücksichtigen hatte.⁷³ In der ersten Vergaberunde erlegte die ITC den Lizenznehmern Eigentumschranken auf.⁷⁴ Alle Multiplexlizenzen enthalten Bestimmungen, um sicherzustellen, dass Multiplexlizenzinhaber keiner Tätigkeit nachgehen, die einem lauterem und effektiven Wettbewerb abträglich wären.⁷⁵ Alle Eigentumschranken des BA90 galten anfangs auch für Lizenzen nach dem BA96; die Beschränkungen hinsichtlich der Anzahl an Fernsehmultiplexen, die sich im Besitz einer Person befinden dürfen, wurden jedoch 2003 aufgehoben.⁷⁶ Entsprechend den neuen Lokalfernsehlizenzen ist jeder lokale TV-Multiplexbetreiber verpflichtet, den Lokalfernsehsender an seinem Standort zu übertragen.⁷⁷

Das Ofcom führte eine Marktanalyse in Bezug auf den Großkundenmarkt für Übertragungsdienste durch. Im Ergebnis verfügte das Ofcom Auflagen wegen beträchtlicher Marktmacht (*significant market power* – SMP) gegen National Grid Wireless (NGW) und Arqiva in Bezug auf die Bereitstellung von DVB-T-Rundfunkübertragungsdiensten auf dem Großkundenmarkt (soweit nicht die Übertragungspflicht eintritt). Der Versuch, nachgelagerte Märkte für gemanagte Übertragungsdienste zu identifizieren, wurde aufgegeben.⁷⁸

Das Ofcom kann bestimmte Sonderbedingungen für Zugangskontrollen festlegen.⁷⁹ Ob solche Auflagen gemacht werden, hängt davon ab, ob (a) Zugangsdienste bereitgestellt werden und ob (b) Rundfunkveranstalter auf diese Dienste angewiesen sind, um potenzielle Zuschauer oder Zuhörer zu erreichen.⁸⁰ Das Ofcom hat Sky Subscribers Services Ltd (SSSL),⁸¹ dem Betreiber von Zugangskontrolldiensten auf der digitalen Satellitenplattform, der für eine Reihe von Rundfunkveranstaltern die Verschlüsselung übernimmt, derartige Auflagen gemacht.⁸² Sie sind in den Leitlinien zur Bereitstellung von technischen Plattformdiensten (*Technical Platform Services* – TPS)

70) Ofcom, *Decision on complaint by EDML against Sky about repositioning of Teachers' TV in Sky's EPG*, 10. Mai 2006, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/enforcement/competition-bulletins/closed-cases/all-closed-cases/decision1.pdf>

71) Siehe zu Vertragsstreitigkeiten über die Auslegung der Platzierungsgrundsätze: *JML Direct Ltd v. Freesat UK Ltd*, [2010] EWCA Civ 34, in Bestätigung der Entscheidung des *High Court*: [2009] EWHC 616 (Ch).

72) Nach der *Local Digital Television Programme Services Order 2011* wurden das BA96 und das CA03 abgeändert, um Lokalfernsehen zu ermöglichen.

73) § 8 BA96.

74) §§ 10, 11 BA96.

75) Klausel 10 der Multiplexlizenz. Multiplexlizenzen sind abrufbar unter: <http://licensing.ofcom.org.uk/tv-broadcast-licences/current-licensees/multiplex/>

76) Im Gegensatz zum Hörfunk, der nach wie vor reguliert wurde.

77) Ofcom, *Draft Invitation to Apply for the Local TV Multiplex Licence*, 27. Januar 2012, Abs. 1.33, abrufbar unter: http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/localtv/annexes/Draft_ITA.pdf

78) Ofcom, *Withdrawal of Notification to European Commission regarding Broadcasting Transmission Services*, 21. Januar 2005, abrufbar unter: http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/bcast_trans_serv/229049

79) §§ 73 und 75 CA03.

80) Dies gibt die Definition in § 75 CA03 wieder.

81) SSSL ist Teil der BSKyB-Gruppe, und es gab Vorschläge, eher die BSKyB-Gruppe als SSSL zu regulieren; die Auflage, die schließlich zusätzlich gemacht wurde, betrifft alle SSSL-Tochtergesellschaften, -Holdingunternehmen und jegliche Tochtergesellschaften dieses Holdingunternehmens.

82) Oftel, *The Regulation of Conditional Access: Setting of Regulatory Conditions – Explanatory Statement and Formal Notification pursuant to Section 48(1) of the Communications Act 2003*, S. 9, abrufbar unter: www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/eu_directives/2003/condac0703.pdf

näher ausgeführt.⁸³ Das Ofcom unterstrich, dass die Transparenz der Abrechnungsmethoden ein Schlüsselement fairer, ausgewogener und nicht diskriminierender Bedingungen sei und dass durch geschäftliche Verhandlungen allein noch nicht unbedingt eine Einhaltung der dieser Verpflichtungen erreicht werde.⁸⁴ Das Ofcom machte geltend, ein TPS-Anbieter würde in der Anfangsphase seiner Geschäftstätigkeit nach Inhalten suchen (wie dies in Bezug auf TUTV angenommen wurde⁸⁵), weshalb die Positionen der Parteien bei Geschäftsverhandlungen eher ausgewogen sein könnten; SSSL (als Teil von Sky) sei hingegen in einer sehr starken Verhandlungsposition. Das Ofcom befürchtete, dies könne sich insofern zum Nachteil der Verbraucher auswirken,⁸⁶ als eine diskriminierende Preisgestaltung die Entwicklung neuer Angebote unterdrücken könnte⁸⁷ und die frühere Regelung in dieser Hinsicht nicht ausreichend stringent gewesen sei.⁸⁸ Auf der einen Seite befassen sich die Leitlinien mit den Kosten,⁸⁹ auf der anderen Seite decken sie aber unter anderem auch nicht preisliche Konditionen ab: Vorlaufzeiten bei der Bereitstellung von TPS, Produktinformationen und Kenntnis neuer Produktentwicklungen, Änderungen bestehender Produkte, Preispakete oder Investitionspläne, Support-Levels, Verfügbarkeit und Performanz der TPS, Verfahren zur Sicherstellung, dass Anfragen nach neuen TPS oder Änderungen bestehender TPS einheitlich, transparent und objektiv behandelt werden, und die Bündelung von TPS-Diensten, sodass TPS-Kunden gezwungen sind, nicht benötigte TPS einzukaufen, um Dienstleistungen zu erlangen, die sie benötigen.⁹⁰ Daraufhin beabsichtigte das Ofcom, eine Überprüfung des Großkundenmarkts für digitale Fernsehplattformen durchzuführen. Diese wurde jedoch durch die Untersuchung der CC zum Bezahlfernsehmarkt überholt (siehe oben I.4.2.).

III. Übertragungsnetze und -dienste

Im Einklang mit dem EU-Telekommunikationspaket wurde das Lizenzierungssystem durch ein Allgemeingenehmigungssystem für diejenigen ersetzt, die elektronische Kommunikationsnetze betreiben, mit allgemeinen Bedingungen⁹¹ (die für alle gelten) und Sonderbedingungen (die für Einzelne gelten). Das Ofcom hat die Macht, diese Bedingungen durchzusetzen, und betroffene Dritte können auf Schadensersatz klagen (mit Zustimmung des Ofcom). Eine der allgemeinen Bedingungen enthält die Übertragungspflicht.⁹² Die Bestimmung sieht die Erstellung einer Liste mit Diensten vor, die zu übertragen sind. § 64 Abs. 3 CA03 beinhaltet eine Basisliste, die die Medien mit Grundversorgungsauftrag sowie den öffentlich-rechtlichen Teletextanbieter umfasst. Der Minister kann die Kapazitäten einschränken, die diese Anbieter nutzen dürfen.⁹³ Er kann darüber hinaus die Bedingungen festlegen, nach denen ein Angebot der Must-Carry-Liste auszustrahlen ist, und kann zusätzlich fordern, dass weder der Inhabeanbieter, der von dem Must-Carry-Status profitiert, noch der Netzanbieter Zahlungen leistet. Die Liste der Anbieter, die von der Übertragungspflicht profitieren, ist von Zeit zu Zeit zu überprüfen.

Die Vorschriften im CA03 zum Medienbesitz sehen keine speziellen Beschränkungen beim Eigentum von Übertragungsinfrastruktur vor; Fragen in diesem Zusammenhang fallen unter das Wettbewerbsrecht. Die Übernahme von NGW durch Macquarie UK Broadcast Ventures Limited führte daher zu einer Untersuchung durch die CC;⁹⁴ der Zusammenschluss war Auslöser einer wesentlichen

83) Siehe Ofcom, *Provision of Technical Platform Services: Guidelines and Explanatory Statement* (zitiert als *Provision of TPS: Guidelines*), 21. September 2006 (ersetzt die früheren Ofcom-Leitlinien vom 22. Oktober 2002 nach dem Telekommunikationsgesetz), abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/tpsguidelines/statement/statement.pdf>

84) Ofcom, *Provision of Technical Platform Services: Consultation on draft guidelines and explanatory statement*, 21. April 2006 („Provision of TPS: Consultation 2006“), abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/tpsguidelines/summary/consultation.pdf>, para. 2.20.

85) Ofcom, *The Setting of Access-Related Conditions upon Top Up TV Limited*, Art. 1.12.

86) Siehe in dieser Hinsicht die allgemeinen Pflichten des Ofcom: § 3 Kommunikationsgesetz. Siehe die Kommentare des Ofcom: Ofcom, *Provision of TPS: Consultation 2006*, Art. 8.

87) Ofcom, *Provision of TPS: Consultation 2006*, Art. 2.30.

88) Siehe auch *Rapture Television* gegen Ofcom [2007] CAT 34.

89) Siehe Ofcom, *Provision of TPS: Guidelines*, Art. 3.

90) Ofcom, *Provision of TPS: Guidelines*.

91) Die *General Conditions* sind abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/telecoms/ga/general-conditions.pdf>, inklusive der jüngst geänderten allgemeinen Bedingung Nr. 18.

92) § 64 CA03. Siehe die allgemeine Bedingung Nr. 7, angewandt per Ofcom-Anweisung auf Arqiva und NGW. Siehe auch: http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/bcast_trans_serv/annexes/must-carry.pdf

93) § 64 Abs. 5 CA03.

94) Wettbewerbskommission, *Macquarie UK Broadcast Ventures Limited/ National Grid Wireless Group: Completed Acquisition*, 11. März 2008.

Verminderung des Wettbewerbs. Die zwei Unternehmen waren die einzigen integrierten terrestrischen Rundfunkübertragungsunternehmen in Großbritannien. Die CC kam zu dem Schluss, dass die Aufhebung des Wettbewerbs zwischen den beiden zu höheren Preisen und geringerer Qualität der Dienste führen könnte. Die Argumente der CC wurden als umstritten beschrieben;⁹⁵ das Ofcom war eindeutig entgegengesetzter Meinung.⁹⁶ Das Geschäft wurde aber gebilligt, wengleich vorbehaltlich annehmbarer Verpflichtungen.⁹⁷ Eine Entflechtung war keine Option, weil gerade die Digitalumstellung im Gange war. Indem sie sich mit Verhaltensauflagen begnügte, behandelte die CC eher die Auswirkungen einer SLC als die SLC selbst, was als Regulierung statt Wettbewerb kritisiert wurde.⁹⁸ Dieser Fall ist jedoch ein extremes Beispiel für die Spezifik der Umstände – einerseits in der Branche selbst (Infrastruktur), in der von vornherein wenig Wettbewerb herrscht,⁹⁹ andererseits noch verkompliziert durch einen einmaligen Vorgang wie die Digitalumstellung.

Der Zusammenschluss von NTL und Telewest war ein Fall nach dem Unternehmensgesetz, der Auswirkungen auf die drei großen Bereiche Bereitstellung von Bezahlfernsehen, Telekommunikationsdienste und Internetzugang hatte. In Anlehnung an den Ansatz bei der früheren Übernahme von Cable and Wireless Communications durch NTL¹⁰⁰ folgte die CC, wengleich der Zusammenschluss die Anzahl an Plattformeigentümern für den Fernsehbereich verringert habe, besäßen NTL und Telewest doch Kabelsysteme in verschiedenen Teilen Großbritanniens, sodass die Netze nicht in direktem Wettbewerb zueinander stünden. Darüber hinaus wurde erwartet, dass es im Bereich DSL-gestützter Dienste zu Wettbewerb kommt. Die OFT wies das Argument zurück, Flextech, ein mit Telewest vertikal integrierter Inhalteanbieter, werde vom Markt ausgeschlossen.¹⁰¹ Da keine wesentliche Verminderung des Wettbewerbs vorlag, leitete die OFT die Angelegenheit nicht weiter. Dieser Zusammenschluss war nicht Gegenstand von Diskussionen über Vielfalt. Ein zeitgleicher Fall betraf die Übernahme von Easynet, einem Unternehmen, das Breitband-Internetzugangsdienste über DSL für Groß- und Endkunden sowie Datenkommunikationsdienste für Unternehmen anbietet, durch BSKyB Broadband Services Limited. Hier wurden angesichts der Marktmacht von Sky bei Inhalten Bedenken hinsichtlich einer Marktabschottung laut. Das Ofcom und die OFT stellten aber fest, dass diese Probleme aufgrund der Macht von BSKyB und nicht durch den Zusammenschluss entstanden seien.¹⁰² Keine der beiden Stellen leitete die Angelegenheit an die CC weiter. Obwohl bei den Zusammenschlüssen BSKyB und Easynet bzw. NTL und Telewest schon in Richtung Triple Play gedacht wurde, war die Strategie damals noch zu unausgegoren, um sie zu berücksichtigen.

Das Ofcom hat kürzlich seine Ansichten zur Netzneutralität dargelegt.¹⁰³ Es verlässt sich beim Datenverkehr im Allgemeinen auf den herrschenden Wettbewerb im Markt der Internetdiensteanbieter (ISPs), hat aber auch erkannt, dass es Verbraucherschutzfragen in Bezug auf die Transparenz von Informationen über die Praktiken einzelner ISP gibt. Das Ofcom ist der Ansicht, ein Selbstregulierungskodex sei ausreichend. Dessen ungeachtet würde das Ofcom Bedenken anmelden, würden Netzbetreiber IT-Betreiberlösungen (*managed services*) derart priorisieren, dass keine ausreichende Netzkapazität für einen bestmöglichen Zugang zum offenen Internet übrig bleiben würde. Unter solchen Umständen könnte die Regulierungsbehörde in Erwägung ziehen, für alle Kommunikationsanbieter eine Mindestqualität vorzuschreiben, um den bestmöglichen Zugang zum offenen Internet zu schützen. Eine Reihe von ISPs hat einen Selbstregulierungsmechanismus, den Verhaltenskodex für offenes Internet¹⁰⁴ entwickelt. Nicht alle ISP haben diesen jedoch unterzeichnet.

95) Baker, S., „*Sending the Right Signal*“, (2009) ECLR, S. 277, 278.

96) Ofcom, *Macquarie UK Broadcast Ventures Limited/ National Grid Wireless Group: Response to Notice of Possible Remedies dated 30 November 2007* (nicht vertrauliche Fassung), Art. 15.

97) *Undertakings*, vereinbart am 1. September 2008, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2007/macquarie/pdf/notice_undertakings.pdf

98) Cave, M., „*Does the Competition Commission care enough about Competition?*“, (2006-7) *Utilities Law Review*, S. 4.

99) Baker, S., „*Sending the Right Signal*“, (2009) ECLR, S. 277, 279.

100) Wettbewerbskommission, *Report on the proposed acquisition by NTL Incorporated of Cable and Wireless Communications Limited*, März 2000.

101) OFT, *Anticipated Merger of NTL Incorporated and Telewest Global Inc*, Beschluss vom 30. Dezember 2005 (veröffentlicht 10. Januar 2006), Art. 17, abrufbar unter: www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2005/ntltelewest.pdf

102) OFT, *Anticipated acquisition by BSKyB Broadband Services Limited of Easynet group plc*, Beschluss vom 30. Dezember 2005 (veröffentlicht 13. Januar 2006), abrufbar unter: www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2005/bskyb.pdf

103) Ofcom, *Statement on Approach to Net Neutrality*, 24. November 2011, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/net-neutrality/statement/statement.pdf>

104) *Open Internet Code of Practice*, abrufbar unter: www.broadbanduk.org/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1340/Itemid,63/

Im Text verwendete Abkürzungen

ATVOD	<i>Authority for Television On Demand</i> (Behörde für Fernsehen auf Abruf)
BA90	<i>Broadcasting Act 1990</i> (Rundfunkgesetz von 1990)
BA96	<i>Broadcasting Act 1996</i> (Rundfunkgesetz von 1996)
CA03	<i>Communications Act 2003</i> (Kommunikationsgesetz von 2003)
CAT	<i>Competition Appeals Tribunal</i> (Wettbewerbsberufungsgericht)
CC	<i>Competition Commission</i> (Wettbewerbskommission)
AEC	<i>adverse effect on competition</i> (negativer Wettbewerbseffekt)
EPG Code	<i>Code of Practice on Electronic Programme Guides</i> (Leitfaden für elektronische Programmführer)
ITC	<i>Independent Television Commission</i> (unabhängige Fernsehkommission)
NGW	National Grid Wireless
Ofcom	<i>Office of Communications</i> (Regulierungsbehörde für das Kommunikationswesen)
OFT	<i>Office of Fair Trading</i> (Wettbewerbsbehörde)
ODPS	<i>on-demand programme service</i> ((Programm)Abrufdienst)
PSM	<i>public service media</i> (öffentlich-rechtliche Medien/ Medien mit Grundversorgungsauftrag)
SSSL	Sky Subscribers Services Ltd
SLC	<i>substantial lessening of competition</i> (wesentliche Verminderung des Wettbewerbs)
TPS	<i>Technical Platform Services</i> (technische Plattformdienste)
WMO	<i>Wholesale Must Offer</i>



Szabolcs Koppányi und Patrik Polefkó
Anwaltskanzlei Koppányi & Tényi

I. Audiovisuelle Mediendienste und Unterstützungsdienste

Seit Ungarn 2004 Mitgliedstaat der EU wurde, ist EU-Wettbewerbsrecht direkt anwend- und durchsetzbar. Das Gesetz LVII über das Verbot unlauterer und einschränkender Marktpraktiken von 1996 (im Folgenden „Wettbewerbsgesetz“) hat horizontale Wirkung. Nach einer abgestuften Umsetzung der Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste wird der audiovisuelle Sektor heute in erster Linie durch das Gesetz CLXXXV zu Mediendiensten und Massenmedien („Mediengesetz“ oder „MG“) von 2010 reguliert.¹ Das Gesetz beinhaltet die Kernvorschriften zum Eintritt in den audiovisuellen Medienmarkt, zu Medieneigentum und -konzentration sowie zu öffentlich-rechtlichem Rundfunk. Das MG hat den Rechtsrahmen für öffentlich-rechtliche Medien, für die Organisation, die Rechte und Entscheidungsprozesse der Medienregulierungsbehörde sowie für Ausschreibungsverfahren in erheblichem Maße verändert. Diese Änderungen lösten nicht nur in Ungarn sondern in der ganzen Welt eine kontroverse Diskussion aus.

Der audiovisuelle Sektor in Ungarn wird von der konvergenten *Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság* (Nationale Medien-, Informations- und Kommunikationsbehörde – NMHH), genau genommen von deren Medienrat überwacht. Bei Wettbewerbsangelegenheiten nimmt sie Aufgaben (zumindest teilweise) gemeinsam mit der *Gazdasági Versenyhivatal* (Wettbewerbsbehörde – GVH) wahr.

Gemäß der Präambel des MG zielt das Gesetz unter anderem auf eine Förderung des Wettbewerbs im Medienmarkt. Das MG gilt grundsätzlich für alle Mediendienste (linear und auf Abruf) und für Presseerzeugnisse, die von Anbietern von Medieninhalten bereitgestellt und veröffentlicht werden, sowie für medienbegleitende Dienste² und Mediendienstverbreitung. Folglich sind alle Dienste, die für audiovisuelle Mediendienste maßgeblich oder mit solchen verbunden sind, und die Presse³ von diesem Gesetz erfasst.⁴

Dienstvielfalt stellt ein zentrales Ziel der Medienregulierung dar, die ausdrücklich Vorschriften gegen die Bildung von Eigentumsmonopolen und ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen beinhaltet.⁵

1) 2010. évi CLXXXV. törvény a médiaszolgáltatásokról és a tömegkommunikációról (Gesetz CLXXXV 2010 über Mediendienste und Massenmedien, konsolidierte Fassung), abrufbar unter: http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1000185.TV. Eine englische Übersetzung (konsolidierte Fassung) ist abrufbar unter: http://hunmedialaw.org/dokumentum/153/Mttv_110803_EN_final.pdf

2) Zu den medienbegleitenden Diensten gehören alle – auch Inhalte anbietende – Dienste, die über ein Verbreitungssystem für Mediendienste übertragen werden und weder Mediendienste noch elektronische Kommunikationsdienste sind. Elektronische Programmführer sind zum Beispiel medienbegleitende Dienste.

3) Wenngleich die Presse nicht Gegenstand dieser Veröffentlichung ist, ist es aus Sicht der ungarischen Regelung dennoch notwendig, die sich auf die Presse beziehenden Vorschriften zu erwähnen, da sie zum Beispiel für die Regulierung von Kapitalverflechtungen von Bedeutung sind. Darüber hinaus unterliegen Plattformbetreiber der Presseregulierung, wenn der Inhalt ihrer Plattform als Presseerzeugnis betrachtet werden kann.

4) Das Gesetz gilt für Mediendienstanbieter mit Sitz in Ungarn sowie Mediendienstanbieter, die einen auf dem Gebiet Ungarns stationierten Satelliten-Uplink oder die Übertragungskapazitäten eines der Republik Ungarn gehörenden Satelliten nutzen. Es gilt zudem für Dienste, die auf das Gebiet Ungarns gerichtet sind, dort verbreitet oder veröffentlicht werden (Art. 1 und 2 MG).

5) Art. 4 MG.

1. Regulierung von Marktmacht bei öffentlich-rechtlichen Medien

Das MG besagt, dass öffentlich-rechtliche Medien in Ungarn sowohl vom Staat als auch von kommerziellen Anbietern unabhängig geführt werden und eigenständig handeln. Sie streben jedoch auch danach, Teil des Medienmarkts zu sein, das heißt sich in angemessener und vertretbarer Weise dem Wettbewerb zu stellen. Das Gesetz spiegelt diesen dualen Ansatz wider, zum Beispiel indem öffentlich-rechtlichen Medien besondere und zum Teil einzigartige Bedingungen für Organisation und Arbeitsweise eingeräumt werden.

Auf dem öffentlich-rechtlichen Fernsehmarkt sind zwei durch Gesetz bestellte öffentlich-rechtliche Anbieter tätig: das Ungarische Fernsehen und Duna-TV.⁶ Das Parlament hat den öffentlich-rechtlichen Fonds (im Folgenden „der Fonds“) eingerichtet, um die Bereitstellung öffentlich-rechtlicher Medien- und Nachrichtenangebote zu gewährleisten und die Unabhängigkeit der Anbieter zu schützen. Zum Fonds gehören das Ungarische Fernsehen, Duna TV, der Ungarische Hörfunk und die Nationale Nachrichtenagentur, die von der Rechtsform alle gemeinnützige Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind. Öffentlich-rechtliche Mediendienstanbieter müssen der überwiegenden Mehrheit⁷ der ungarischen Bevölkerung mindestens einen linearen öffentlich-rechtlichen audiovisuellen Mediendienst anbieten.

Gegenwärtig regeln die Vorschriften für öffentlich-rechtliche Medien nicht die Marktmacht öffentlich-rechtlicher Anbieter, so dass die allgemeinen Vorschriften greifen. Darüber hinaus gibt es auch keine Überprüfung neuer Dienste auf ihren Mehrwert für das Gemeinwohl (*public value test*). Der Medienrat entscheidet auf der Grundlage technischer, wirtschaftlicher und medienpolitischer Erwägungen über die Medieneinrichtungen, die die einzelnen öffentlich-rechtlichen Anbieter nutzen und zwar auch in Bezug auf Mediendienste, die sich an ausländische Staaten richten. Der Beschluss fällt nach Beratungen mit dem Vorsitzenden des Fonds und unter Einbeziehung wirtschafts- und haushaltsplanerischer Aspekte für das folgende Jahr. Für die Beschlussfassung berücksichtigt der Medienrat darüber hinaus die Erfüllung der am Gemeinwohl orientierten Ziele, die in Art. 83 MG niedergelegt sind. Das öffentlich-rechtliche Mediensystem wird jährlich überprüft. So kann der Medienrat entscheiden, ob er die bestehenden Mediendienste öffentlich-rechtlicher Anbieter beibehalten oder das System verändern will.

2. Regulierung des Markteintritts

Jeder (ob natürliche oder juristische Person oder eine Unternehmensvereinigung ohne Rechtspersönlichkeit) kann gemäß MG Mediendienstanbieter oder Verleger werden, wenn die Kriterien des MG erfüllt sind. Dies kann entweder durch eine Notifizierung beim Büro der NMHH oder durch Gewinn einer Ausschreibung geschehen. Es gibt einige Ausnahmen, die näher ausführen, wer keine Mediendienste anbieten darf; sie knüpfen sowohl an persönliche als auch an organisatorische Kriterien an.⁸ Neben

6) Der dritte und der vierte öffentlich-rechtliche Anbieter, der Ungarische Hörfunk beziehungsweise die Nationale Nachrichtenagentur, sind auf einem anderen Markt tätig.

7) Dienste, die der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung angeboten werden, bedeutet für audiovisuelle Mediendienste, dass sie (mindestens) 90 Prozent der Bevölkerung erreichen.

8) Gemäß Art. 43 MG dürfen folgende Personen (und in den meisten Fällen auch deren engste Angehörige) keine linearen Mediendienste anbieten:

- Personen des öffentlichen Lebens,
- an Sektorregulierung Beteiligte,
- Kommunalvertreter der Orts- oder Kreisebene, Regierungsvertreter, Vertreter nationaler oder lokaler politischer Parteiorganisationen sowie Personen, die in einem Arbeitsverhältnis mit politischen Parteien stehen,
- Richter und Staatsanwälte,
- Vollzugsbeamte öffentlicher Verwaltungsorgane.

Folgende Organisationen sind nicht berechtigt, lineare Mediendienste anzubieten:

- politische Parteien oder von politischen Parteien gegründete Unternehmen,
- staatliche und öffentliche Verwaltungsorgane (mit der Möglichkeit gesetzlicher Ausnahmen für außergewöhnliche Situationen oder Notstände),
- Unternehmen, an denen der ungarische Staat eine qualifizierte Beteiligung hält,
- Unternehmen, an denen eine beliebige oben bezeichnete Person direkte oder indirekte Anteile besitzt oder das Recht erworben hat, deren Entscheidungen aufgrund einer gesonderten Vereinbarung oder auf anderen Wegen zu beeinflussen, oder
- Personen oder Organisationen, die anderweitig Übernahmebeschränkungen unterliegen.

diesen allgemeinen Vorschriften gelten für lokale lineare Dienste einige spezielle (persönliche und organisatorische) territoriale Einschränkungen.⁹

2.1. Notifizierung und Registrierung

Lineare Mediendienstanbieter mit Sitz in Ungarn können ihre Dienste anbieten, nachdem sie diese notifiziert¹⁰ und registriert haben, es sei denn, sie bieten analoge lineare Mediendienste über staatseigene Frequenzen an, für die sie zunächst eine Ausschreibung gewinnen müssen (die vom Medienrat angekündigt und durchgeführt wird). Abrufmediendienste und medienbegleitende Dienste sind 60 Tage nach Aufnahme ihres Betriebes der NMHH zur Registrierung anzuzeigen. In diesen Fällen ist die Registrierung keine Vorbedingung für die Aufnahme eines solchen Dienstes oder einer solchen Tätigkeit. Stellt ein Anbieter sowohl lineare als auch Abrufmediendienste bereit, muss er jeden seiner Dienste oder Presseprodukte gesondert anzeigen.

Die Notifizierung linearer Mediendienste muss Angaben zur Höhe direkter oder indirekter Beteiligungen des Anbieters oder jeder anderen Person mit qualifizierter Beteiligung¹¹ an (i) dem Unternehmen des Anbieters und (ii) jedem anderen Unternehmen, das Mediendienste anbietet oder einen entsprechenden Genehmigungsantrag dafür in Ungarn gestellt hat, enthalten. Darüber hinaus muss der Anbieter erklären, dass der beabsichtigte Dienst keines der im MG vorgesehenen Ausschlusskriterien erfüllt. Stellt die MNHH Abweichungen von den rechtlichen Vorgaben fest, kann sie entweder die Registrierung verweigern oder den linearen Mediendienst aus dem Register streichen. Gemäß Art. 42 Abs. 6 lit. c) MG lehnt die NMHH eine Registrierung zudem ab, wenn sie gegen die Bestimmungen zur Verhinderung von Medienmarktkonzentration verstößt oder wenn der Anbieter oder einer seiner Eigentümer Gebühren aus früheren Mediendiensttätigkeiten schuldig ist.

Das Notifizierungsverfahren für Abrufdienste unterscheidet sich teilweise von dem für lineare Dienste. So müssen zum Beispiel der NMHH weniger Angaben gemacht werden,¹² und die Vorschriften zu Interessenkonflikten sind ebenfalls weniger komplex. Die Notifizierung muss eine Erklärung beinhalten, dass kein Interessenkonflikt besteht oder sich aus der Registrierung des Mediendienstes ergeben wird. Sollte ein solcher entstehen, entzieht die NMHH die Registrierung oder der Dienst wird aus dem Register gestrichen.

Die Registrierung medienbegleitender Dienste unterliegt den Regelungen, die für die Registrierung von Abrufmediendiensten gelten.

9) Unternehmen, die bestimmte (lokale) politische/administrative Entscheidungsträger beschäftigen oder von solchen vertreten werden, dürfen keine lokalen linearen Mediendienste in einem Empfangsgebiet bereitstellen, das zu mindestens 20 Prozent unter die Rechtshoheit der Kommunalverwaltung fällt. Dieses Verbot gilt auch, wenn solche offiziellen Entscheidungsträger einen direkten oder indirekten qualifizierten Anteil halten oder berechtigt sind, aufgrund einer gesonderten Vereinbarung oder auf anderen Wegen auf die Entscheidungen des Unternehmens Einfluss zu nehmen.

10) In der Notifizierung informiert der zukünftige Anbieter die NMHH spätestens 45 Tage vor Aufnahme der Medientätigkeit unter anderem über den Anbieter, die Grundzüge des geplanten Mediendienstes wie Art (Hörfunk oder audiovisuell), Typ (Vollprogramm oder Spartenkanal) und Charakter (kommerziell, Community Medien). Darüber hinaus stellt er Grundinformationen zum für die Ausstrahlung vorgesehenen mutmaßlichen Anbieter der elektronischen Kommunikationsdienste, zur anvisierten Zahl der Abonnenten, zu geplanten medienbegleitenden Diensten und zum voraussichtlichen Starttermin des Mediendienstes zur Verfügung. Jede Ausweitung des Empfangsgebiets oder Anbindung an ein Netzwerk ist ebenfalls anzuzeigen, solange die Entscheidung der NMHH aussteht. Im Fall von Satellitenmediendiensten zeigt der Mediendienstanbieter der NMHH die Absichtserklärung des Anbieters der Satellitenkapazitäten (die er zu nutzen gedenkt) an, Kapazitäten zu vermieten, wobei er die betreffende Frequenz und die technischen Spezifikationen angibt.

11) Qualifizierte Beteiligung gemäß Art. 203 Ziff. 3 MG bedeutet direktes oder indirektes Eigentum an einem Unternehmen, das in seiner Gesamtheit die Kontrolle über mehr als 25 Prozent der Aktiva oder Stimmrechte des Unternehmens sicherstellt.

12) Wie im Fall von linearen Diensten muss der Anbieter Grundinformationen zu dem von ihm geplanten Betrieb und den anvisierten Diensten mitteilen; die Notifizierung muss Folgendes beinhalten:

- Angaben zum Anbieter (Name, Anschrift usw.),
- Grundmerkmale der geplanten Mediendienste wie Art (Hörfunk oder audiovisuell), Typ (Vollprogramm oder Spartenkanal) und Charakter (kommerziell, Community Medien),
- geplanter Termin für die Aufnahme des Mediendienstes.

2.2. Ausschreibungen (Artikel 48-63 MG)

Das Recht, lineare Mediendienste anzubieten, kann auch über den Gewinn einer Ausschreibung und den Abschluss eines Dienstvertrags mit der NMHH erworben werden. Für analoge lineare Mediendienste, die begrenzt verfügbare staatseigene Frequenzen nutzen, ist dies das vorgeschriebene Verfahren, sofern das MG nichts anderes verfügt.¹³

Eine im Rahmen einer Ausschreibung gewonnene Lizenz gilt längstens für zehn Jahre und kann einmal auf Antrag des Mediendienstanbieters ohne erneute Ausschreibung für höchstens fünf Jahre verlängert werden. Die Lizenz läuft jedoch auf jeden Fall zum Termin, der im Gesetz zur Digitalumstellung festgelegt ist, ab.

Die NMHH legt die Grundsätze und detaillierten Vorschriften des Ausschreibungsverfahrens fest.¹⁴ Art. 55 Abs. 1 MG beschränkt die Beteiligung an Ausschreibungen auf Personen und Unternehmen, die nicht mit fälligen Zahlungen an Steuer-, Zoll- und Sozialversicherungsbehörden oder den Medienrat im Rückstand sind, nicht zahlungsunfähig sind oder ähnliche finanzielle Schwierigkeiten haben und nicht ernsthaft gegen die Bestimmungen früherer Lizenzvereinbarungen aus einer in den vorangegangenen fünf Jahren gewonnenen Ausschreibung verstoßen haben.

Selbst wenn der Bieter bereits eine Lizenz für einen Mediendienst besitzt oder bereits im Markt tätig ist (was im Allgemeinen ein Grund ist, ihn von der Ausschreibung auszuschließen), kann er an der Ausschreibung teilnehmen, wenn er rechtsverbindlich erklärt, dass er im Fall des Gewinnes der Ausschreibung, entweder sein anderes Recht auf Erbringung eines Mediendienstes oder seine entsprechenden sonstigen Ansprüche, am Tag des Abschlusses des Dienstvertrags aufgibt oder sich verpflichtet, die in sonstiger Weise gegen die einschränkenden Bestimmungen verstoßende Situation zum gleichen Tag zu beheben.

Wenn an einer Ausschreibung teilnehmende Unternehmen gegenseitig qualifizierte Beteiligungen halten, oder wenn ein Bieter eine qualifizierte Beteiligung an einem anderen Bieter oder wenn eine Muttergesellschaft eine qualifizierte Beteiligung an zwei oder mehr bietenden Unternehmen hält, dürfen die betreffenden Unternehmen nicht am selben Ausschreibungsverfahren teilnehmen (Art. 55 Abs. 5 MG). Diese Vorschrift zielt darauf ab, eine Machtkonzentration im Medienmarkt zu verhindern und Vielfalt zu sichern.

Die NMHH prüft, ob Gebote den formalen und inhaltlichen Anforderungen entsprechen.¹⁵ Unter anderem beurteilt sie, ob der Bieter die persönlichen sowie die sonstigen an die Teilnahme geknüpften Kriterien erfüllt, ob er die im Hinblick auf Interessenkonflikte bestehenden Anforderungen einhält und ob die diesbezüglichen Informationen vollständig angegeben wurden.

3. Medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften

3.1. Allgemeine Vorschriften zur Verhinderung von Marktkonzentration

Die Kontrolle der Eigentumsverhältnisse an Mediendiensten erfolgt vor allem nach dem Grundsatz der Vielfalt des Medienmarktes und den Anforderungen hinsichtlich der Marktkonzentration. Diese Grundsätze dienen dazu, die Vielfalt des Medienmarkts zu erhalten und die Bildung von Informationsmonopolen zu verhindern. Diese Vorschriften gelten für lineare Mediendienste. Auf andere Dienste (Abruf- oder medienbegleitende Dienste) finden die allgemeinen Wettbewerbsvorschriften Anwendung. Marktkonzentration von Anbietern linearer Mediendienste kann im Rahmen des MG

13) Der Medienrat kann einem Unternehmen ohne Ausschreibung genehmigen, zwecks Übernahme öffentlicher Aufgaben Mediendienste für einen festgelegten Zeitraum von höchstens drei Jahren (Art. 48 Abs. 4 MG) anzubieten.

14) Die NMHH bestimmt zudem die Grundsätze des Ausschreibungsverfahrens für kleine Community Medieneinrichtungen unter Berücksichtigung ihrer besonderen Merkmale, die sich aus dem Wesen dieser Medieneinrichtungen ergeben. Im Allgemeinen werden kleine Community Medieneinrichtungen nicht ausgeschrieben und nicht kommerziell betrieben.

15) Das Angebot muss Angaben zum Bieter (Name, Anschrift usw.) und all seinen Unternehmen enthalten. Dazu gehören detaillierte Angaben zu seinen direkten oder indirekten Eigentumsbeteiligungen oder zu Eigentumsbeteiligungen eines anderen Unternehmens am Bieter.

zu den oben genannten Zwecken eingeschränkt werden; kontrolliert wird dies durch den Medienrat unbeschadet des allgemeinen Wettbewerbsrechts (Fusionskontrolle), das der GVH vorbehalten bleibt und im Einzelnen unter Punkt I.4. ausgeführt wird.

Gemäß Art. 68 Abs. 1 MG dürfen

- Anbieter, die lineare audiovisuelle Mediendienste oder lineare Hörfunkdienste anbieten und im Jahresdurchschnitt einen Zuschauer-/Zuhörermarktanteil¹⁶ von mindestens 35 Prozent erreichen, und
- Anbieter linearer audiovisueller und linearer Hörfunkdienste mit einem gemeinsamen jährlichen Zuschauer-/Zuhörermarktanteil von durchschnittlich mindestens 40 Prozent

keine neuen Mediendienste starten und keine Beteiligungen an Unternehmen, die Mediendienste anbieten, erwerben. Dieselbe Vorschrift gilt für alle Inhaber des Mediendienstanbieters und jede Person oder jedes Unternehmen mit qualifizierter Beteiligung am Unternehmen des Inhabers des Mediendienstanbieters.

Diese Anbieter müssen zudem Maßnahmen ergreifen, um die Vielfalt des Medienmarkts durch „Modifizierung ihrer Programmablaufstruktur“ mit Zustimmung der NMHH zu steigern. Diese Modifizierung kann zum Beispiel durch eine Steigerung des Anteils ungarischer Werke und Sendungen von unabhängigen Produzenten, aber auch auf beliebige andere Art und Weise erfolgen. Um die Maßnahmen zur Steigerung der Vielfalt festzulegen, kann der Medienrat dem Mediendienstanbieter auf dessen Ersuchen einen öffentlichen Auftrag für eine Laufzeit von mindestens einem Jahr erteilen; im Rahmen eines solchen Verfahrens kann der Medienrat entscheiden, ob er die Verpflichtungen, die der Mediendienstanbieter übernehmen möchte, akzeptiert.

Wird kein öffentlicher Auftrag vergeben, muss der Mediendienstanbieter binnen sechs Monaten nachdem der Medienrat ihm durch Beschluss mitgeteilt hat, dass er unter die die Medienmarktkonzentration nach Art. 68 MG einschränkenden Vorschriften fällt oder als Mediendienstanbieter mit beträchtlicher Marktmacht gemäß Art. 69 MG betrachtet wird, um die Genehmigung seiner vorgeschlagenen Maßnahmen zur Steigerung der Vielfalt auf dem Medienmarkt nachsuchen. Damit wird ein Verfahren in Gang gesetzt, in dem der Medienrat bewertet, ob die vorgeschlagenen Maßnahmen zum Abbau des früheren Informationsmonopols und zur Steigerung der Medienmarktvietfalt und des Informationspluralismus geeignet sind.

3.2. Mediendienstanbieter mit beträchtlicher Einflussmacht

Zusätzlich zu den allgemeinen Medienkonzentrationsvorschriften führte das MG den Begriff der beträchtlichen Einflussmacht ein.¹⁷ Gemäß Art. 69 Abs. 1 MG wird bei Anbietern linearer audiovisueller Mediendienste beträchtliche Einflussmacht angenommen, wenn sie im Jahresdurchschnitt einen Zuschaueranteil von mindestens 15 Prozent erreichen, wobei mindestens einer ihrer Mediendienste drei Prozent des durchschnittlichen jährlichen Zuschaueranteils erreichen muss.

16) Der jährliche durchschnittliche Zuschauer-/Zuhörermarktanteil, der zusammen auf dem linearen audiovisuellen und dem linearen Hörfunkmarkt erreicht wird, wird durch Addition der einzelnen im Jahresdurchschnitt auf den Märkten für lineare audiovisuelle und Hörfunkdienste in Prozent erzielten Anteile, ermittelt.

17) Es gilt zu beachten, dass der Begriff „beträchtliche Marktmacht“, wie er in der amtlichen englischen Übersetzung des Mediengesetzes verwendet wird, nicht dem ungarischen Original entspricht, der besser als „Medienanbieter mit beträchtlicher Einflussmacht“ wiedergegeben wird. Der in der englischen Übersetzung des Mediengesetzes verwendete Begriff ist keinesfalls identisch mit dem Begriff der „beträchtlichen Marktmacht“, der im EG-Rechtsrahmen zu elektronischer Kommunikation verwendet wird. Wenngleich beide Begriffe ähnliche Konzepte im Hinblick auf ihren Vorabcharakter beschreiben, gründet sich das Konzept des beträchtlichen Einflusses im Mediengesetz im Unterschied zur beträchtlichen Marktmacht nicht auf einer Analyse von Marktmacht und Wettbewerb und einer Bewertung einiger zusätzlicher sektorspezifischer Kriterien, sondern auf Schwellenwerte für jährliche Zuschauermarktanteile; eine Wettbewerbsanalyse wird nicht durchgeführt.

3.3. Verfahren zur Verhinderung von Marktkonzentration und Identifizierung von Mediendienstanbietern mit beträchtlicher Einflussmacht

Der Medienrat ist mit Unterstützung des NMHH-Büros dafür zuständig, den Medienmarkt zu beobachten und zu analysieren und falls nötig die Konzentrationskontrollvorschriften des MG anzuwenden und durchzusetzen. Um Konzentrationen auf dem Medienmarkt zu verhindern und Mediendienstanbieter mit beträchtlicher Einflussmacht zu identifizieren, prüft der Medienrat Marktfakten und -gegebenheiten, die für eine Bewertung des Konzentrationsgrads maßgeblich sind. Zunächst berücksichtigt der Medienrat, ob die oben unter I.3.1. genannten Schwellenwerte in Bezug auf den durchschnittlichen jährlichen Zuschauermarktanteil erreicht wurden. Bei der Bestimmung des Zuschauermarktanteils eines Mediendienstanbieters muss die NMHH zum Zuschauermarktanteil des Anbieters die Zuschauermarktanteile aller linearen Mediendienste hinzurechnen und berücksichtigen, die

- vom Anbieter selbst,
- von anderen Mediendienstanbietern, an denen er eine qualifizierte Beteiligung hält, und
- von einem Mediendienstanbieter, an dem irgendein Inhaber des betroffenen Mediendienstanbieters oder der Inhaber dessen Inhabers eine qualifizierte Beteiligung hält,

auf dem Gebiet Ungarns verbreitet werden.

Der Medienrat kann den Mediendienstanbieter auffordern, entsprechende Informationen zur Verfügung zu stellen.¹⁸ Kommt der Anbieter der Anordnung nicht oder nur teilweise nach, kann der Medienrat ein Verfahrensbußgeld verhängen und ist in Wiederholungsfällen berechtigt, gegen den Entscheidungsträger oder den eingetragenen Vertreter des Anbieters ein Bußgeld zu verhängen (bei wiederholtem Gesetzesverstoß ist er dazu verpflichtet).

Anbieter linearer audiovisueller Mediendienste mit beträchtlicher Einflussmacht unterliegen einer Reihe qualitativer und inhaltlicher Anforderungen, die vom Medienrat festgesetzt werden.¹⁹ Der Medienrat hat bereits die erste Runde zur Identifizierung von Mediendienstanbietern mit beträchtlicher Einflussmacht abgeschlossen; dieses Verfahren muss er jedes Jahr wiederholen und jeweils zum 30. September durch einen Beschluss beenden. Die Verpflichtungen, die ausgesprochen werden, gelten ab dem 1. Januar des auf den Beschluss der NMHH folgenden Jahres.

18) Eine Anordnung, Informationen bereitzustellen, kann als solche nur in einem gerichtlichen Verfahren in der Hauptsache des Beschlusses, der aufgrund einer behördlichen Überprüfung ergangen ist, angefochten werden.

19) Unter anderem müssen sie sicherstellen, dass:

- sie eine Nachrichtensendung oder allgemeine Informationssendung mit einer Dauer von mindestens 15 Minuten ohne Unterbrechung an jedem Werktag zwischen 7:00 und 8:30 Uhr sowie eine ununterbrochene Nachrichtensendung von mindestens 20 Minuten an jedem Werktag zwischen 18:00 und 21:00 Uhr in ihrem Mediendienst ausstrahlen, der die im Jahresdurchschnitt höchste Einschaltquote hat;
- bei all ihren digital übertragenen Mediendiensten mindestens ein Viertel der Spielfilme und Filmreihen, die in einer anderen als der ungarischen Sprache produziert wurden und zwischen 19:00 und 23:00 Uhr ausgestrahlt werden, in Originalsprache mit ungarischen Untertiteln verfügbar sind; dazu gehören auch Sendungen, die vor 23:00 Uhr beginnen, aber danach enden;
- alle im Gemeininteresse gemachten Ankündigungen, politische Werbung, Nachrichtensendungen (einschließlich Verkehrsnachrichten, Sportnachrichten und Wettervorhersagen) und politische Sendungen sowie Sendungen über Menschen mit Behinderungen oder über Chancengleichheit ebenfalls mit ungarischen Untertiteln, zum Beispiel über Teletext, oder mit Gebärdensprache zugänglich sind;
- Spielfilme, Spiele und Sendungen, die während der Sendezeit zwischen 6:00 und 0:00 Uhr Zielen des Gemeinwohls dienen, ebenfalls mit ungarischen Untertiteln, zum Beispiel über Teletext, oder mit Gebärdensprache, a) für mindestens sechs Stunden an jedem Kalendertag 2012, b) für mindestens acht Stunden an jedem Kalendertag 2013 und c) für mindestens zehn Stunden an jedem Kalendertag 2014 zugänglich sind;
- sie im Gemeininteresse liegende Ankündigungen der Katastrophenschutzbehörde übertragen, wenn diese Informationen zu einer möglichen Gefahr für die Sicherheit von Leben oder Vermögen, zur Überwindung der Folgen eines Ereignisses, das bereits eingetreten ist, oder über zu erledigenden Aufgaben enthalten. Die Dauer der öffentlichen Ankündigung darf eine Minute nicht übersteigen.

Audiovisuelle Mediendienstanbieter mit beträchtlicher Einflussmacht sind für jeden einzelnen ihrer linearen Mediendienste gemäß fairen und angemessenen Vertragsangeboten des Mediendienstvertriebers zum Abschluss eines separaten Vertrages verpflichtet; die Preiskonditionen in diesen Verträgen können nur einmal pro Jahr geändert werden. Koppelvereinbarungen sind unzulässig; die Anbieter müssen den Grundsatz der Gleichbehandlung beachten, indem sie ein tragbares Preisniveau festsetzen und die Grundsätze der technologischen Neutralität, Größenvorteile und Nichtdiskriminierung (Art. 78 Abs. 2 - 4 MG) beachten.

Der Medienrat ist befugt, gegen Mediendienstanbieter mit beträchtlicher Einflussmacht Sanktionen wegen Verstößen gegen die ihnen auferlegten Verpflichtungen zu ergreifen. So kann er gegen sie Bußgelder bis zu HUF 200 Millionen verhängen.

Wenn sich der Preis ändert oder sonstige Marktgegebenheiten vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Mediendienstmarkt verzerrt oder eingeschränkt wird, kann der Medienrat per Verordnung eine behördliche Inspektion (Sektoruntersuchung) einleiten, um Informationen zu Markttrends zu sammeln und solche Trends zu bewerten. Gleichzeitig besagt Art. 169 Abs. 2 MG, dass diese Rechte des Medienrats die Rechte der GVH bei Wettbewerbsfragen unbeschadet lassen. Art. 170 Abs. 1 MG legt fest, dass der Medienrat ein Verfahren bei der GVH anstrengen muss, wenn der Wettbewerb im audiovisuellen Markt verzerrt ist oder aufgrund von Marktgegebenheiten eingeschränkt werden könnte, sofern seine eigene Kontrollvollmachten nicht ausreichen, um diesem Zustand ein Ende zu bereiten.

4. Fusionskontrolle im Kommunikations- und Medienbereich

Die Fusionskontrolle im Kommunikations- und Medienbereich wird von der GVH unter Einbeziehung des Medienrats als Fachbehörde wahrgenommen. Die Vorschriften zur Fusionskontrolle, die in Kapitel VI des Wettbewerbsgesetzes enthalten sind, zielen darauf ab, alle Fusionen und Übernahmen, die aus Sicht der nationalen Wirtschaft wesentlich sein könnten, zu überwachen.

Art. 24 des Wettbewerbsgesetzes definiert die Grenzwerte, ab denen für einen Zusammenschluss die Genehmigung der GVH eingeholt werden muss. Seit Mai 2004 müssen entsprechend der Fusionskontrollverordnung der Europäischen Gemeinschaft Transaktionen, die die darin festgelegten Umsatzschwellen erreichen (das heißt Transaktionen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung), bei der Europäischen Kommission angezeigt werden. Diese Zusammenschlüsse werden daher von der Europäischen Kommission und nicht von der GVH bewertet.

Die Kriterien für die Bewertung von Zusammenschlüssen durch die GVH wurden 2009 geändert und legen nun größeren Nachdruck auf eine eingehendere Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb. Bis zum 1. Juni 2009 konnte die GVH die Genehmigung für einen Zusammenschluss nicht verweigern, wenn dieser weder eine beherrschende Stellung schaffte, die die Entstehung, Entwicklung und Fortsetzung funktionierender Wettbewerbs verhindert hätte (Dominanztest), noch eine solche Stellung stärkte. Seit diesem Zeitpunkt kann die GVH die Genehmigung für einen Zusammenschluss nicht verweigern, solange dieser den Wettbewerb auf dem relevanten Markt, insbesondere durch die Schaffung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung (Test auf wesentliche Verminderung des Wettbewerbs), nicht wesentlich einschränkt. Andererseits kann die GVH die Transaktion stoppen, wenn die Nachteile für den Wettbewerb die verbundenen Effizienzvorteile überwiegen. Die GVH kann an ihre Entscheidung Bedingungen knüpfen, die vor und/oder nach Abschluss der Fusion erfüllt werden müssen, um die nachteiligen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zu beheben.

Für die Bewertung wettbewerbsbehindernder Auswirkungen sind die horizontalen und vertikalen Beziehungen in der Transaktion von besonderer Bedeutung (horizontal bedeutet Zusammenschlüsse zwischen Wettbewerbern, vertikal zielt auf Vereinbarungen zwischen Vertragsparteien, die als Käufer und Verkäufer zueinander in Beziehung stehen). Im Allgemeinen führen horizontale Transaktionen direkt zu einer Veränderung der Marktstruktur, während vertikale Zusammenschlüsse negative Auswirkungen auf die verbundenen Märkte haben können. Bestimmte Transaktionen lassen sich nicht eindeutig zuordnen, da sie sowohl horizontale als auch vertikale Aspekte beinhalten. Auch das Fehlen eines Markts, auf dem beide Unternehmen aktiv sind, ist denkbar. Dessen ungeachtet können sich solche Zusammenschlüsse dennoch auf den Wettbewerb nachteilig auswirken. Portfolioeffekte treten auf, wenn Produzenten oder Vertreiber komplementärer Produkte (Akteure benachbarter Märkte) ein und derselben Unternehmensgruppe angehören. Besitzt ein Unternehmen einer Gruppe einen hohen Marktanteil an einem bestimmten Produktmarkt, kann ein Zusammenschluss das daraus entstandene Unternehmen in die Lage versetzen, wettbewerbsbeschränkende Strategien auf einem anderen Produktmarkt (zum Beispiel durch Koppelvereinbarungen) zu verfolgen. Konzernwirkungen entstehen, wenn sich die gesamte Position des Unternehmens in Bezug auf seine wirtschaftlichen, finanziellen oder Einkommensverhältnisse (entscheidende Faktoren für Wirtschaftsmacht und die Möglichkeit, restriktive Strategien wie Preisdumping anzuwenden) wesentlich verbessert. Dies gilt auch dann, wenn man bei gesonderter Analyse der einzelnen Auswirkung nicht zum Schluss käme, dass eine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder gestärkt würde.

In der ersten Hälfte 2011 begann die GVH, ihr Fusionskontrollmodell zu überprüfen. Das grundlegende Ziel dieser Überprüfung bestand darin, die Transparenz von Fusionskontrollverfahren zu steigern, den Prozess zu beschleunigen und den Verwaltungsaufwand zu vermindern. Als Ergebnis der Überprüfung wurde das Notifizierungsformular grundlegend modifiziert.²⁰ Der Präsident der GVH und der Vorsitzende des GVH-Wettbewerbsrats gaben in der Folge im Mai 2012 Mitteilung Nr. 2/2012 heraus, die die bewährten Praktiken der GVH bei Fusionsfällen abänderte.²¹

Bei Fusionen muss die GVH zur Billigung von Zusammenschlüssen die Stellungnahme des Medienrats einholen, wenn diese Zusammenschlüsse Unternehmen oder Konzerngesellschaften mindestens zweier Unternehmensgruppen betreffen, die gemäß der in Art. 15 des Wettbewerbsgesetzes enthaltenen Definition die redaktionelle Verantwortung tragen und deren vorrangiges Ziel darin besteht, Medieninhalte über ein elektronisches Kommunikationsnetz oder ein gedrucktes Presserzeugnis der Allgemeinheit zugänglich zu machen. Wenn die GVH Zuständigkeit beansprucht, hat der Medienrat Sachverständigen- oder Beraterrechte; die GVH ist jedoch verpflichtet, seine Meinung einzuholen. Der Medienrat muss sich zustimmend äußern, wenn die Anzahl unabhängiger Meinungsquellen auch nach der Fusion das Recht auf Informationsvielfalt in dem gegebenen Marktsegment für Mediendienstinhalte sicherstellt. Von dieser Regel gibt es eine Ausnahme: Sollten Anbieter linearer audiovisueller Mediendienste mit einem durchschnittlichen jährlichen Zuschauermarktanteil von mindestens 35 Prozent und Anbieter linearer audiovisueller und linearer Hörfunkdienste mit einem Jahresdurchschnitt von mindestens 40 Prozent Zuschauer-/Zuhörermarktanteil den Erwerb eines Anteils an einem Mediendienste anbietenden Unternehmen beabsichtigen, oder sollten sie neue Mediendienste starten wollen, ist der Medienrat nach Maßgabe eines speziellen behördlichen Genehmigungsverfahrens zur Verweigerung seiner Zustimmung verpflichtet. Grundsätzlich ist die Stellungnahme des Medienrats zur Zulässigkeit eines beabsichtigten Zusammenschlusses für die GVH bindend; Letztere kann ungeachtet jeglicher vom Medienrat möglicherweise festgelegter Bedingungen dennoch eine Fusion verbieten, die bereits offiziell vom Medienrat als der Fachbehörde gebilligt wurde. Alternativ kann die GVH eine Bedingung oder eine Verpflichtung, wie sie in Art. 30 Abs. 3 des Wettbewerbsgesetzes definiert sind, auferlegen, die der Medienrat nicht festgelegt hat (Art. 171 Abs. 4 MG).

4.1. Praxis der GVH bei Medienfusionen

Medienzusammenschlüsse kommen in der Praxis der GVH nicht sehr häufig vor. Durch die Änderungen der Bewertungskriterien für Zusammenschlüsse 2009 wandelten sich die Methoden erheblich. Damit ist eine Analyse der Praxis früherer Jahre nur noch von geringem Nutzen. Nach dem neuen Modell wurden bislang nur einige wenige Fälle von der GVH untersucht.

In der Rechtssache *RTL Group Central and Eastern Europe (RTL CEE) und IKO Média Holding Zrt. (Vj/065-016/2011.)* genehmigte die GVH der RTL CEE, die zu einer in mehreren europäischen Ländern Fernseh- und Hörfunkkanäle betreibenden internationalen Gruppe gehört, die ausschließliche Kontrolle über IKO Média Holding Zrt. (IMH) zu übernehmen, die Eigentumsrechte an Magyar RTL Televízió Zrt. (M-RTL) hält. Nachdem sie die Stellungnahme des Medienrats zur Genehmigung des Zusammenschlusses eingeholt und Pflichten bei der Vermarktung von Fernsehwerbung auferlegt hatte, genehmigte die GVH, zusätzlich die Transaktion, durch die die M-RTL die ausschließliche Kontrolle über IKO Televisions Kft. (IKOT) und dessen sieben Spartenkanäle Cool, Sorozat+, Prizma, Muzsika, Reflektor, Film+ und Film+2 erwarb, und akzeptierte gleichzeitig Verpflichtungszusagen der Vertragsparteien (Vj-66/2011).

Demnach ist M-RTL verpflichtet, den unabhängigen Kauf von Werbezeit auf RTL Klub und IKOT-Kanälen für einen Zeitraum von zwei Jahren nach Abschluss des Vertrags zu ermöglichen (in Bezug auf Vereinbarungen, die bis 13. Dezember 2013 umgesetzt werden). Der Kauf muss zu angemessenen, fairen und diskriminierungsfreien Preisbedingungen möglich gemacht und für die Werbetreibenden/Agenturen, die entweder eigenständig oder gemeinsam mit anderen Kanälen außerhalb M-RTL handeln, wirtschaftlich vertretbar sein. M-RTL ist verpflichtet, Werbetreibende/Agenturen über die Preise und sonstigen Konditionen im Rahmen seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen zu informieren, darüber hinaus sollte M-RTL die ausgewiesenen Preise und Konditionen vor der GVH begründen.

20) Das neue Formular ist für Transaktionen zu verwenden, die ab dem 1. Februar 2012 angezeigt werden.

21) Bis heute wurde die Mitteilung in der Praxis noch auf keine Medienfusion angewandt.

Die RTL-Gruppe war bereits als einer der Hauptaktionäre von RTL Klub (einem kommerziellen Kanal mit einem überregionalen Publikum und einer beträchtlichen Rolle im Werbebereich) auf dem ungarischen Markt präsent. Mit der Übernahme von RTL CEE IMH baute die RTL-Gruppe ihre Beteiligung bei M-RTL weiter aus. Im Unterschied zum M-RTL-IKOT-Geschäft wurde diese Transaktion von der GVH ohne Festsetzung von Bedingungen und ohne Annahme von durch die betroffenen Vertragsparteien gemachte Verpflichtungszusagen genehmigt. Wenngleich mehrere Fernsehprogramme der RTL-Gruppe in Ungarn zu empfangen sind (zum Beispiel die deutschen Sender RTL, VOX, RTL II und Super RTL) und daher die Parteien dieser Transaktion mehrere Fernsehsender in Ungarn betreiben, kam die GVH zu dem Schluss, die Transaktion werde keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, da diese Kanäle in keiner Hinsicht (Zuschauer, Werbetreibende) Substitute für den M-RTL-Kanal RTL Klub seien. Sie seien im Unterschied zu RTL Klub keine ungarischen Sender und zielten nicht in erster Linie auf Ungarn ab, somit hätten sie aus Sicht des ungarischen Marktes alle nur Randbedeutung.

Die andere Transaktion (die Übernahme der ausschließlichen Kontrolle über IKOT durch M-RTL) betraf ungarische Sender, die ihre Programme auf Ungarisch ausstrahlen, und bedurfte daher einer eingehenden Analyse. Bei der Untersuchung der Übernahme bewertete die GVH aus Sicht der Zuschauer, Rundfunkveranstalter und Werbetreibenden möglicherweise relevante Märkte, die Beziehungen der beteiligten Transaktionsparteien zu ungarischen Fernsehsendern und die aufgrund der Transaktion auf dem Markt voraussichtlich zu erwartenden Veränderungen. Dabei berücksichtigte die GVH die Zweiseitigkeit des Marktes für Fernsehdienste (und Mediendienste im Allgemeinen).

Die GVH stellte fest, RTL-Klub und die sieben Spartenkanäle seien auf dem Rundfunk- oder Werbemarkt nicht gegeneinander austauschbar, sie verhielten sich vielmehr komplementär zueinander. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass Vertreiber die überregional bekannten Sender (RTL Klub, TV2, Cool, Film+) benötigen, um ihren Abonnenten attraktive Programme zu bieten. Die sehr beliebten großen Sender ersetzten sich daher gegenseitig, während dies bei anderen Sendern mit geringerer Popularität nicht der Fall sei.

Aus Sicht der Werbetreibenden kann der Markt der Fernsehveranstalter in zwei große Gruppen unterteilt werden, die unterschiedliche Werbefunktionen erfüllen und die daher unterschiedliche Preisniveaus aufweisen können. Die erste Gruppe beinhaltet RTL Klub und TV2 (und bisweilen den Kanal m1), die für Werbetreibende sehr attraktiv sind, da sie über eine große Reichweite verfügen und eine hohe Zuschauerzahl aufweisen. Folglich können diese Sender höhere Preise für Werbung verlangen. Die anderen, im Allgemeinen nicht so bekannten Sender (die sich unter Umständen in ihrer Popularität erheblich unterscheiden) können allerdings die Werbedichte steigern, und ihre Zahl reicht aus, um spezielle Verbrauchergruppen kostengünstig zu erreichen. Durch die Nutzung dieses dualen Ansatzes platzieren die Werbetreibenden und die ihre Arbeit unterstützenden Werbeagenturen im Allgemeinen Werbung auf beiden Sendertypen. Dies wird durch die Tatsache unterstrichen, dass die den zwei Gruppen angehörenden Sender sich eher ergänzen als sich gegenseitig zu ersetzen.

Ausgehend von dieser Unterteilung in zwei Fernsehmärkte untersuchte die GVH, ob die Fusion von RTL Klub und IKOT zu Portfolio-Effekten führen würde, das heißt ob dadurch die starke Marktmacht von einem Markt auf den anderen übertragen oder restriktive Praktiken angewendet werden könnten (insbesondere durch Koppelungsvereinbarungen). Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, die Marktmacht von RTL Klub zu nutzen, um die Marktmacht von IKOT-Kanälen zu beeinflussen.

Einige Rundfunkveranstalter äußerten im Hinblick darauf Bedenken, dass die Fusion die gegenseitige Bewerbung der Programme von RTL Klub und IKOT-Kanälen ermögliche. Darüber hinaus waren sie besorgt, dass die an der Fusion Beteiligten Pflichtprogramme auf Sender mit geringer Einschaltquote verschieben würden, oder dass sie möglicherweise gemeinsam Werbezeit auf unterschiedlichen Sendern in Koppelungsvereinbarungen verkaufen könnten. Die GVH teilte diese Bedenken jedoch nicht; sie befand stattdessen, die von den Betroffenen vorgebrachten Probleme seien nicht fusionsspezifisch (und bestanden somit wahrscheinlich bereits vor der beabsichtigten Transaktion) und könnten leicht durch die Medienregulierungsbehörde behoben werden. Angesichts der Merkmale des betroffenen Marktes (das heißt des aufkommenden Digitalzeitalters, des „Must-have“-Merkmals landesweit ausgestrahlter Kanäle und des relativ einfachen Eintritts kleinerer Sender in den Markt) erachtete es die GVH vielmehr als unwahrscheinlich, dass die Gruppe andere vom Markt ausschließen wird. Darüber hinaus sei die mögliche Wirkung eines Marktausschlusses auch fraglich. Die Möglichkeit nachteiliger Auswirkungen auf den Werbemarkt vermochte die GVH aufgrund unzureichender Angaben nicht von vornherein auszuschließen. In der Folge der Fusion würden zwei sich gegenseitig ergänzende Sender mit starker Stellung auf dem

Werbemarkt zu ein und derselben Unternehmensgruppe gehören, die gemeinsam einen beträchtlichen Teil der Anfragen von Werbetreibenden und Agenturen bedienen könnte. Ein ähnlicher konkurrierender „Fernseh-Mix“ wäre nur sehr schwer zu schaffen und bedürfte der gemeinsamen Anstrengungen aller anderen Wettbewerber. Er wäre auch aufgrund der damit verbundenen Transaktionskosten eine kostenintensivere Lösung als der „One-Stop-Shop“ des fusionierten Unternehmens. Alle oben genannten Fakten könnten zu einer Stärkung des Werbepotenzials von RTL-Klub und IKOT-Kanälen führen, die weder durch bestehende noch durch potenzielle Wettbewerber noch durch die ausgleichende Macht der Nachfrage aufgewogen werden könnte. Ein wesentliches Hindernis für funktionierenden Wettbewerb konnte daher nicht „automatisch“ ausgeschlossen werden; die zusätzlich von M-RTL angebotenen Verpflichtungszusagen (siehe oben) reichten jedoch schließlich aus, diese Bedenken zu zerstreuen.

4.2. NMHH-Praxis in einem Fusionsfall im erweiterten Mediensektor

Im Fall *Axel Springer und Ringier (Vj-42-307/2010.)* strebten die beiden Unternehmen die Gründung eines gemeinsamen Holdingunternehmens (JV HoldCo) durch die Verschmelzung von Axel Springers polnischen, tschechischen und ungarischen und Ringiers serbischen, bosnisch-herzegowinischen, slowakischen, tschechischen und ungarischen Unternehmen an. Gestützt auf die negative Stellungnahme des Medienrats setzte die GVH die Antragsteller von ihrer ablehnenden Haltung in Kenntnis, und der Antrag wurde schließlich zurückgezogen.

Wenngleich sich dieser Fall hauptsächlich auf das „alte“ Mediengesetz stützt und es sich um eine Fusion im Pressebereich dreht, hat er doch Bedeutung für Medienezusammenschlüsse im Allgemeinen, nicht zuletzt deswegen, weil das MG fast die gleichen spezifischen Konzentrationsvorschriften beinhaltet. Der Fall gehörte zu einem der ersten, in denen der Medienrat einen Konsultativbeschluss nach dem neuen MG fasste. Wichtiger ist allerdings, dass dieser Beschluss ausschlaggebende Unterschiede in den Vorgängen und Ansätzen, welche die beiden für Wettbewerbsfragen im Medienmarkt zuständigen Behörden verfolgen beleuchtet.

Der erste Unterschied zwischen den Ansätzen des Medienrats und der GVH liegt in der Art und Weise, wie sie den relevanten Markt definieren. Abweichend von der wettbewerbsrechtlichen Definition geht der Medienrat von der Meinungsvielfalt aus. Der Medienrat gründete seine Untersuchung auf die Fähigkeit des „Anbieters“, Meinungen zu beeinflussen und nicht auf die Fähigkeit des Marktanbieters, die Preise zu erhöhen. Ähnliche Medieninhalte können die Publikumsmeinung in gleicher Weise beeinflussen, unabhängig von Unterschieden bei der Preisgestaltung des ausgestrahlten Medieninhalts; eine mögliche Preiserhöhung würde nicht zu einer Substituierbarkeit eines solchen Inhalts führen. In Bezug auf Pluralismus lässt sich vielmehr sagen, dass Verbraucher Informationen nutzen, die sie aus unterschiedlichen Quellen beziehen, die sie, auch hinsichtlich der Glaubwürdigkeit, vergleichen und bewerten. Sie könnten Meinungen für glaubwürdiger halten, wenn sie durch eine Vielzahl parallel genutzter Informationsquellen verifiziert wurden. Die sich ergänzenden und gleichzeitig konsumierten Medieninhalte bilden somit eine Kette meinungsbeeinflussender Produkte/Dienstleistungen und könnten deshalb als der relevante Meinungsmarkt betrachtet werden. Unter Berücksichtigung all dessen definierte der Medienrat den relevanten Meinungsmarkt anhand dreier Dimensionen:

- die thematische Dimension: der relevante Markt beinhaltet die Meinungsquellen und Medieninhalte, die die Meinungsbildung von Verbrauchern zu einem bestimmten Thema/Sachverhalt bestimmen und beeinflussen könnten;
- die Dimension des ergänzenden Senders: die Art und Weise, wie ein Inhalt Verbrauchern bereitgestellt wird (das heißt über Fernsehen, Hörfunk, Internet), die Verfügbarkeit dieses Kanals, die Nutzungsart und die Nutzungsgewohnheiten, die Glaubwürdigkeit des Inhalts und dessen Macht zur Meinungsbeeinflussung;
- die geografische Dimension: klare und individuelle Analyse überregionaler, regionaler und lokaler Informationsquellen dazu, wo Inhaltsquellen verfügbar sind.

Der Markt für audiovisuelle Inhalte umfasst gemäß der Definition des Medienrats die Medieninhalte, die sich auf ein ähnliches Thema konzentrieren, die dem Verbraucher auf einem genau definierten Gebiet und Kanal zugänglich sind und, was am wichtigsten ist, die sich durch ihre meinungsbeeinflussenden Kräfte und Informationsvielfalt auszeichnen.

Der Medienrat prüfte, wie sich nach der Fusion die Inhaltsvielfalt auf dem Markt entwickeln würde, und ob somit ausreichend verschiedenartige Medieninhalte öffentlich verfügbar sein würden (externer

Pluralismus). Andererseits bewertete er, wie die Menge an Informationsquellen und die Informationsqualität und -vielfalt in diesen Medieninhalten beeinträchtigt würden (interner Pluralismus).

Der Medienrat untersuchte darüber hinaus, ob die Notwendigkeit, Inhaltsvielfalt zu erhalten (in Zusammenhang mit der Durchsetzung von Meinungspluralismus), im Kontext von Medienkonzentration Relevanz besitzt. Nach Ansicht des Medienrats gibt es eine erhebliche Wechselbeziehung zwischen Medienkonzentration und Medienpluralismus; insbesondere schmälert ein hoher Grad an Medienkonzentration die Inhaltsvielfalt und den Meinungspluralismus. Er steigert gar die Gefahr einseitiger öffentlicher Meinungsbildung; dabei kann er bestimmte verschiedene Aspekte verdrängen oder deren Bedeutung schmälern. Medienkonzentration könnte zudem weitere abträgliche Auswirkungen in anderen Bereichen des audiovisuellen Sektors haben (Nebenwirkungen), zum Beispiel Monopolisierung des Werbemarkts oder anderer Märkte, Einschränkungen für neue Marktteilnehmer, Verlust von Kreativität aufgrund Vereinheitlichung des Inhalts usw.

Die NMHH wies darauf hin, dass die Eigentumsvielfalt ein notwendiges, wenngleich nicht ausreichendes Kriterium sei, wenn es darum gehe das Vorhandensein eines Pluralismus öffentlicher Informationen zu bewerten. Der Medienrat prüfte Pluralismus daher ebenfalls unter dem Blickwinkel, ob Bürger zu Informationen, insbesondere zu unterschiedlichen Quellen und verschiedene Meinungen Zugang haben. In diesem Zusammenhang untersuchte der Medienrat auch, wie die Allgemeinheit ihre Meinung unabhängig von den Marktteilnehmern mit hoher Einflussmacht bilden kann. Diese Frage ist nicht nur für den Medienmarkt relevant, sondern stellt ein grundlegendes Verfassungsthema dar: Die Aufgabe von Pluralismus besteht darin, einerseits den Markteintritt von unabhängigen Inhalteanbietern so weit wie möglich sicherzustellen und andererseits das Recht der Verbraucher auf eine tatsächliche Auswahl zu gewährleisten.

Der Medienrat billigte die Fusion nicht, weil in diesem Fall Fernseh- und Internetquellen nicht als sich ergänzende Lösungen für die Verbraucher betrachtet wurden. Die von der Fusion betroffenen Unternehmen waren darüber hinaus bereits Anbieter mit beträchtlicher Marktmacht, so dass ihr Zusammenschluss das Ungleichgewicht auf dem Markt erheblich verstärkt hätte. Zudem hätte die Fusion wahrscheinlich auch Auswirkungen auf den Werbe-, den Verbreitungs- und den Redaktionsmarkt gehabt und hätte somit eine potenzielle Gefährdung für Pluralismus und Meinungsvielfalt dargestellt.

5. Angebotspflichten (Must-Offer) und Zugang zu Archiven

Must-Offer-Pflichten sind entweder an Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung oder an den Status des Anbieters als öffentlich-rechtlicher Anbieter oder als Anbieter mit beträchtlicher Einflussmacht geknüpft. Darüber hinaus besteht eine allgemeine Must-Offer-Pflicht für audiovisuelle Medienanbieter mit beträchtlicher Einflussmacht und Mediendienstanbieter, an denen oder an deren Inhaber ein einflussreicher Mediendienstvertreiber oder dessen Inhaber eine qualifizierte Beteiligung hält, die sie zum Vertragsschluss mit anderen Mediendienstvertreibern verpflichtet. Anbieter dürfen exklusive Ausstrahlungsrechte nicht derart wahrnehmen, dass sie einen wesentlichen Teil, das heißt über 20 Prozent des ungarischen Publikums mit Zugang zu audiovisuellen Mediendiensten, der Möglichkeit berauben, über einen kostenlos zugänglichen audiovisuellen Mediendienst Ereignisse live oder zeitversetzt zu verfolgen, die als Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung betrachtet werden.²²

Sollte die Wahrnehmung eines exklusiven Ausstrahlungsrechts mindestens 20 Prozent der ungarischen Zuschauer die Möglichkeit verwehren, die Ereignisse gemäß Art. 18 Abs. 1 MG über einen audiovisuellen Mediendienst zu verfolgen, ist der audiovisuelle Mediendienstanbieter verpflichtet, einem linearen audiovisuellen Mediendienstanbieter, der (ohne kostenpflichtiges Abonnement) mindestens 80 Prozent der ungarischen Bevölkerung zugängliche Dienste anbietet und der eine Live- oder zeitversetzte Ausstrahlung des Ereignisses beabsichtigt, einen Vertragsvorschlag zu unterbreiten.

22) Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung sind vom Medienrat in einem auf eine öffentliche Anhörung gestützten Regulierungsbeschluss definiert. Darin legt er zudem fest, ob die gesellschaftlich wichtigen Ereignisse live oder zeitversetzt auszustrahlen sind. In seinem Beschluss zur Klassifizierung von Ereignissen als Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung muss der Medienrat auch die Forderung berücksichtigen, dass ein breites Spektrum an Zuschauern Interesse an dem Ereignis hat und das Ereignis ein welt- oder europaweites Ereignis sein und in einer wesentlichen Zahl europäischer Länder ausgestrahlt werden sollte. Alternativ könnte das Ereignis ein Ereignis mit Bedeutung für Ungarn sein, das im Interesse eines breiten Spektrums an Zuschauern steht.

Diese Pflicht gilt vorbehaltlich vertretbarer Bedingungen und bei einer Vergütung, die nach den üblichen Marktkonditionen angemessen ist. Unter diesen Umständen darf der Mediendienstanbieter, der die Exklusivrechte erworben hat, sich nicht auf seine mangelnde Berechtigung, das Exklusivrecht zu übertragen, berufen.

Eine weitere Must-Offer-Pflicht betrifft alle linearen Mediendienste audiovisueller Mediendienstanbieter mit beträchtlicher Einflussmacht und Mediendienstanbieter, an denen oder an deren Inhaber ein einflussreicher Mediendienstverbreiter oder dessen Inhaber eine qualifizierte Beteiligung hält (Art. 78-81 MG): Diese Anbieter sind verpflichtet, den Verbreitern der Mediendienste einzelne Verträge für all ihre linearen Mediendienste zu fairen und angemessenen Bedingungen anzubieten. Koppelvereinbarungen sind verboten, was bedeutet, dass der Mediendienstanbieter, der der Must-Offer-Pflicht unterliegt, keine Vorbedingungen für den Abschluss einer Vereinbarung stellen darf, die irgendwelche seiner anderen Mediendienste betreffen. Solche Vorbedingungen könnten zum Beispiel die Bereitstellung von Diensten durch den Anbieter betreffen, die für die Verbreitung des fraglichen Mediendienstes nicht wesentlich sind, oder sich auf den Kauf oder die Nutzung anderer Dienste oder Produkte beziehen.

Neben diesen Vorschriften sollten der Mediendienstanbieter, der der Must-Offer-Pflicht unterliegt, und der Mediendienstverbreiter gemeinsam die Bedingungen der Vereinbarung, insbesondere die Höhe der Gebühr, nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung festlegen. Sie sollten ein erschwingliches Preisniveau festsetzen und die Grundsätze technischer Neutralität sowie Größenvorteile (*economy of scales*) berücksichtigen. Art. 78 Abs. 5 MG definiert einige Gleichbehandlungsgrundsätze. Wenn zum Beispiel der Mediendienstanbieter mit Must-Offer-Pflicht die Verbreitung unangemessen von technischen Bedingungen abhängig macht, die ein entscheidender Teil der Mediendienstverbreiter nicht erfüllen kann, oder wenn er Preisbedingungen und Tarife in einer Weise festlegt, welche die vorteilhaftesten Bedingungen nur für einige wenige Mediendienstverbreiter gelten lässt, kann ein solches Verhalten als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz betrachtet werden.

Mediendienstanbieter können die Erfüllung ihrer Must-Offer-Pflicht (wie im Fall von Must-Carry) nur ablehnen, wenn die Einhaltung der Angebotspflicht aus objektiven technischen oder wirtschaftlichen Gründen unmöglich ist, und die Vertragsparteien sich nicht hinsichtlich dieser Bedingungen einigen können.

Für den Zugang zu Archiven gelten für öffentlich-rechtliche Medien spezielle Vorschriften. Alle Eigentumsrechte und -pflichten im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Medienarchiven liegen beim *Médiaszolgáltatás-támogató és Vagyonkezelő Alap* (Medienunterstützungs- und Treuhandfonds). Der Fonds ist verantwortlich für die Verwahrung, Sicherung und Nutzung öffentlich-rechtlicher Medienbestände sowie physikalischer Datenträger, die Werke und andere Materialien enthalten, die dem Urheberrecht unterliegen und von den öffentlich-rechtlichen Mediendienstanbietern und vom Fonds erworben wurden, ohne zum Umfang öffentlich-rechtlicher Medienbestände zu gehören. Der Fonds darf in keiner Weise öffentlich-rechtliche Medienbestände veräußern, übertragen oder belasten. Dieses Verbot schließt eine Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die an einzelnen Werken der öffentlich-rechtlichen Medienbestände bestehen, nicht aus.

Der Fonds kann die im Archiv befindlichen Werke gemäß den Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes und gemäß den durch Vereinbarung mit den Urheberrechtsinhabern und Inhabern verwandter Schutzrechte festgelegten Bedingungen, nutzen. Der Fonds schließt mit den öffentlich-rechtlichen Mediendienstanbietern eine Vereinbarung über das Management der Verwertung öffentlich-rechtlicher Medienbestände. Diese Vereinbarung gibt den öffentlich-rechtlichen Anbietern das Recht, diese Werke der öffentlich-rechtlichen Medienbestände einschließlich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe kostenlos zu nutzen. Urheberrechtlich geschützte Werke sowie sonstiges geistiges Eigentum, das im Archiv vorhanden ist, aber nicht zum Umfang der öffentlich-rechtlichen Medienbestände gehört, können von öffentlich-rechtlichen Medienanbietern sowohl nach Maßgabe des Urheberrechts als auch entsprechend der mit den Urheberrechtsinhabern und Inhabern verwandter Schutzrechte getroffenen Vereinbarungen genutzt werden. Dafür hat der Fonds das Recht, Werke (neben urheberrechtlich geschützten Werken sowie sonstigem geistigem Eigentum, das nicht zum Umfang öffentlich-rechtlicher Medienbestände gehört, betrifft dies auch Werke, die Teil der öffentlich-rechtlichen Medienbestände sind,) an die öffentlich-rechtlichen Mediendienstanbieter zu übergeben, sofern der Fonds ein Nutzungsrecht hat. Öffentlich-rechtliche Medien haben aufgrund dieses bevorzugten Zugangs zu Werken, an denen der Fonds die Urheberrechte hält, einen beachtlichen Vorteil; ein Vorzug, den kommerzielle Wettbewerber nicht genießen.

II. Das MG zu Mediendienstdistribution

Wie bereits erwähnt, deckt das MG (zumindest in einigen Fällen) auch die Verbreitung von Mediendiensten ab (Art. 72-81 MG). Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass auch hier das Grundprinzip der Vielfalt gilt, in diesem Fall wird es jedoch auf Fragen vertikaler Konzentration angewandt.

Das MG sieht Vorschriften für (qualitative und quantitative) Quoten für Inhaltsdistribution sowie für Eigentumsfragen vor. So besagt zum Beispiel Art. 72 Abs. 2 MG allgemein, dass die Anzahl von Mediendiensten, die von Anbietern, die gleichzeitig auch Verbreiter sind, angeboten werden oder an dem dasselbe Distributionsunternehmen ein qualifizierte Beteiligung hat, ein Viertel der über das betreffende Übertragungssystem verbreiteten audiovisuellen Mediendienste, nicht übersteigen darf. Das gleiche Verhältnis gilt für das Programmpaket, das Zuschauern oder Zuhörern von dem Verbreiter angeboten wird, der am Ende des vorangehenden Kalenderjahres in dem betreffenden Übertragungsgebiet die höchste Anzahl an Abonnenten hatte. Diese Vorschriften gelten nicht für Mediendienstverbreitung, die von öffentlich-rechtlichen Mediendiensteanbietern ausgeübt wird.

III. Must-Carry-Pflichten

Gemäß den europäischen Vorschriften und um die ungarische und die europäische Kultur und die Kultur nationaler oder ethnischer Minderheiten zu bewahren, zu schützen und weiterzuentwickeln, um nationale oder ethnische Minderheitensprachen zu unterstützen und zu bewahren, und in erster Linie um die Informationsbedürfnisse der Bürger zu befriedigen und ihre Teilnahme an demokratischen öffentlichen Angelegenheiten zu fördern und Meinungsvielfalt zu erhalten, unterliegen Mediendienstverbreiter „Must-Carry“-Pflichten. Verbreiter, die Mediendienste über ein Übertragungssystem oder -netz übermitteln, das für die öffentliche Ausstrahlung von Hörfunk- oder audiovisuellen Mediendiensten genutzt wird, unterliegen dieser Pflicht. Sie gilt also zum Beispiel für Kabelfernsehnetze, Satellitenrundfunknetze und terrestrische Mediendistributionsnetze. Die Pflicht erstreckt sich auch auf Übertragungssysteme, die die Übertragung von Mediendiensten unter Nutzung des Internetprotokolls ermöglichen, wenn der Dienst seinem Wesen nach und hinsichtlich seiner Bedingungen einer Mediendienstverbreitung entspricht, oder wenn dadurch eine mit anderen Mitteln erfolgende Verbreitung des Mediendienstes ersetzt wird.

Zusätzlich (und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen technologieneutraler Regulierung) erstrecken sich „Must-Carry“-Pflichten auch auf Diensteanbieter und Betreiber, die Mediendienste über andere Übertragungssysteme oder -netze verbreiten, wenn weite Kreise an Abonnenten und Nutzern das Übertragungssystem oder -netz als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und audiovisuellen Mediendiensten nutzen. Diese Arten von Übertragungssystemen oder -netzen werden regelmäßig von der NMHH überwacht, ihre Leistung wird auf Einhaltung der „Must-Carry“-Pflicht hin analysiert. Die NMHH prüft darüber hinaus, ob es angezeigt ist, eine „Must-Carry“-Pflicht aufzuerlegen oder aufrechtzuerhalten.

Im Kontext der Regulierung von Marktkonzentration führt Art. 73 Abs. 6 MG aus, dass für einen Mediendienstverbreiter, wenn er gleichzeitig Mediendienste auf mehreren Übertragungssystemen und Verbreitungssnetzen überträgt, die „Must-Carry“-Pflicht für jedes Übertragungssystem oder Verbreitungssnetz separat gilt. Darüber hinaus unterliegen die sogenannten einflussreichen Mediendienstverbreiter²³ speziellen Pflichten.²⁴

23) Ein Mediendienstverbreiter gilt aus Medienmarktsicht als einflussreich, wenn die Zahl der Abonnenten seines/seiner Mediendienstverbreitungsnetzes/-plattform, ungeachtet der verwendeten Plattform oder des Netzes zur Mediendienstverbreitung, 100.000 übersteigt, oder wenn im Fall öffentlich zugänglicher Mediendienstverbreitung, die ohne Zahlung einer Abonnementgebühr verfügbar ist, das Empfangsgebiet des Mediendienstverbreiters mehr als ein Drittel der Bevölkerung der Republik Ungarn umfasst, und die Vertriebseinkünfte des Mediendienstverbreiters oder eines Unternehmens, das eine qualifizierte Beteiligung an diesem Verbreiter oder dessen Inhaber hält, oder eines beliebigen anderen Unternehmens, das im Rahmen einer qualifizierten Beteiligung des Mediendienstverbreiters oder dessen Inhabers betrieben wird, die aus Mediendienstverbreitung oder verwandten Dienstleistungen mit Ausnahme analoger Rundfunkübertragung auf dem Hoheitsgebiet der Republik Ungarn erwirtschaftet werden, jährlich HUF 1 Mrd. übersteigen.

24) Sie haben eine Must-Carry-Pflicht für weitere drei Kanäle.

Grundsätzlich sind Mediendienstverbreiter verpflichtet, insgesamt vier lineare audiovisuelle Mediendienste und drei lineare Hörfunkdienste der öffentlich-rechtlichen Mediendienstanbieter kostenlos zu übertragen, ausgenommen Mediendienstverbreitung durch Rundfunkübertragung. Daneben ist der Mediendienstverbreiter (mit Ausnahme der Satellitenrundfunkveranstalter) zum Vertragsschluss verpflichtet, falls Mediendienstanbieter in Bezug auf die Bereitstellung ihrer regionalen oder lokalen audiovisuellen Community Mediendienste technisch und wirtschaftlich begründete Vertragsangebote machen. Diese Verpflichtung ist jedoch auf maximal zehn Prozent der Gesamtkapazität eines Verbreiters und höchstens drei Mediendienste begrenzt. Darüber hinaus ist der Verbreiter, wenn der Mediendienstanbieter mit einem lokalen Empfangsgebiet technisch und wirtschaftlich begründete Vertragsangebote macht, für maximal zwei weitere Mediendienste zum Vertragsschluss verpflichtet, wenn das Empfangsgebiet des betreffenden Mediendienstanbieters in den Servicebereich des betreffenden Mediendienstverbreiters oder in einen separaten Servicebereich fällt, in dem er seine Mediendienste speziell für die Bevölkerung des betreffenden Gebiets anbietet. Über diese Verpflichtungen hinaus ist der Medienrat (um die medienpolitischen Ziele im öffentlichen Interesse zu bedienen) berechtigt, höchstens zwei zusätzliche lineare öffentlich-rechtliche Mediendienste oder einen linearen Community Mediendienst festzulegen, für den der Verbreiter einen Distributionsvertrag schließen muss. Umfasst das Übertragungssystem des Verbreiters Teile, die mehrere Gebiete bedienen und technisch voneinander unterschieden werden können, gelten die Verpflichtungen für den Verbreiter für jedes einzelne dieser technisch unterscheidbaren Gebiete.

IT ITALIEN

*Roberto Mastroianni und Amedeo Arena**
Universität Neapel „Federico II“, juristische Fakultät

I. Audiovisuelle Mediendienste und Unterstützungsdienste

1. Der Ansatz bei öffentlich-rechtlichen Medien

Das italienische Recht behandelt die Marktmacht öffentlich-rechtlicher Medien nicht anders als die kommerzieller audiovisueller Mediendienste.

Bei Fernsehwerbung unterliegen die öffentlich-rechtlichen Medienbetreiber allerdings strengeren Anforderungen als ihre kommerziellen Pendanten. Ein Anbieter öffentlich-rechtlicher Medien darf zum Beispiel nicht mehr als 4 Prozent seiner wöchentlichen und bis zu 12 Prozent seiner stündlichen Sendezeit mit Werbung füllen,¹ während für frei empfangbare kommerzielle Rundfunkveranstalter eine stündliche Beschränkung von 18 Prozent und eine tägliche Beschränkung von 15 Prozent für Werbung gilt, die bis auf 20 Prozent ausgeweitet werden kann, wenn die Rundfunkveranstalter neben Werbespots andere Arten von Werbung (zum Beispiel Telepromotion) zeigen.²

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung des regionalen Verwaltungsgerichtshofs Latium (*TAR Lazio*)³ wurde jedoch klargestellt, dass die engeren Grenzen für öffentlich-rechtliche Medienbetreiber dem Schutz ihres nicht kommerziellen Anspruchs und ihres Charakter als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Protokolls Nr. 29 zum Vertrag von Lissabon dienen sollen.⁴ Die speziellen Vorschriften für die öffentlich-rechtlichen Anbieter könnten daher nicht als asymmetrische in der Marktmacht des Rundfunkveranstalters begründete Auflage ausgelegt werden.

2. Regulierung des Markteintritts

Der Eintritt in den analogen Rundfunkmarkt kann angesichts der fortschreitenden Umstellung auf den Digitalstandard nur auf der Grundlage von Konzessionen erfolgen, die nach dem alten Regulierungsrahmen erteilt wurden. Die Gültigkeit dieser Konzessionen wurde bis zur endgültigen Digitalumstellung (Ende 2012) verlängert.⁵ Darüber hinaus können Anbieter, die ohne Rundfunklizenz,

* Dieser Beitrag ist das Ergebnis gemeinsamer Forschungsarbeit der beiden Autoren. Professor Mastroianni verfasste Abschnitt 2 von Kapitel I sowie die Kapitel II und III; Dr. Arena verfasste Kapitel I mit Ausnahme von Abschnitt 2.

1) Art. 38 Abs. 1 des konsolidierten Gesetzes über audiovisuelle und Hörfunkmediendienste (hiernach, konsolidiertes Gesetz).

2) Art. 38 Abs. 2 und 3 konsolidiertes Gesetz.

3) Der *TAR Lazio* ist das erstinstanzliche Verwaltungsgericht, vor dem Beschlüsse unabhängiger Behörden wie der italienischen Medienregulierungsbehörde (AGCOM) und der italienischen Kartellbehörde (AGCM) angefochten werden können. Gegen Entscheidungen des *TAR Lazio*, die üblicherweise die Form von Urteilen oder Erlassen haben, kann vor dem Staatsrat (*Consiglio di Stato*) Berufung eingelegt werden.

4) Regionaler Verwaltungsgerichtshof Latium (zweite Kammer), Erlass vom 7. März 2012, Antrag Nr. 9422/2011.

5) Art. 23 Abs. 1 konsolidiertes Gesetz.

jedoch in Übereinstimmung mit bestimmten rechtlichen Anforderungen analogen Rundfunk veranstalten, damit bis zur vollständigen Digitalisierung des Rundfunks fortfahren.⁶

Für den Zugang zum Digitalrundfunkmarkt sieht das konsolidierte Gesetz über audiovisuelle und Hörfunk-Mediendienste („konsolidiertes Gesetz“)⁷ andere Genehmigungsmodelle vor. Die Tätigkeit von Anbietern linearer audiovisueller Inhalte über terrestrische Frequenzen bedarf einer vorherigen Genehmigung durch das Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung⁸ auf der Grundlage der in der Digitalen Rundfunkverordnung von der italienischen Medienregulierungsbehörde, der *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (AGCOM), niedergelegten Vorschriften.⁹

Um eine Genehmigung erhalten zu können, müssen die Antragsteller i) ihren Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum oder einem Staat, der vollständige Gegenseitigkeit gewährleistet haben,¹⁰ ii) die Veranstaltung von Fernsehfunk, die Bereitstellung von Informationen oder verwandte Tätigkeiten zum Ziel haben, iii) über ein Gesellschaftskapital und eine Personalausstattung verfügen, die über den Mindestanforderungen in der Digitalen Rundfunkverordnung liegen,¹¹ sowie iv) die Ausstrahlung von Programmen sicherstellen, die mindestens 24 Stunden pro Woche dasselbe Markenzeichen (das heißt das Logo des Rundfunkveranstalters) tragen. Öffentliche Körperschaften, staatlich geführte Unternehmen sowie Kreditinstitute dürfen weder direkt noch indirekt eine solche Genehmigung innehaben.¹²

Die Bereitstellung linearer audiovisueller Medien- oder Hörfunkdienste über andere elektronische Kommunikationsnetze (wie Live-Streaming, IPTV, web-TV usw.) muss von der AGCOM gemäß den Vorschriften des Beschlusses Nr. 606/10/CONS genehmigt werden.¹³ Um eine Genehmigung erhalten zu können, müssen die Antragsteller i) Unternehmen, Stiftungen oder Vereinigungen sein mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum oder einem Staat, der vollständige Gegenseitigkeit gewährleistet,¹⁴ ii) die Veranstaltung von Rundfunk, die Bereitstellung von Informationen oder verwandte Tätigkeiten zum Ziel haben,¹⁵ und sie dürfen iii) nicht von Personen vertreten oder verwaltet werden, die wegen Straftaten zu Freiheitsentzug über sechs Monate verurteilt wurden.¹⁶ Öffentliche Körperschaften, staatlich geführte Unternehmen sowie Kreditinstitute können weder direkt noch indirekt eine solche Genehmigung halten.¹⁷ Die Antragsteller müssen für die Bearbeitung ihres Antrags eine Gebühr entrichten.¹⁸

Anbieter von Abrufdiensten unterliegen ebenfalls dem allgemeinen Genehmigungsmodell.¹⁹ Vor Aufnahme der Tätigkeit muss ein betroffenes Unternehmen der AGCOM die Aufnahme seiner Tätigkeit anzeigen, darf sie dann aber sofort ausüben. Die AGCOM kann allerdings innerhalb der ersten 30 Tage das Unternehmen auffordern, seine Tätigkeit einzustellen.²⁰ Anspruch auf eine Genehmigung haben i) Unternehmen, Stiftungen und Vereinigungen mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum oder einem Staat, der vollständige Gegenseitigkeit gewährleistet,²¹ ii) welche die Veranstaltung von Rundfunk, die Bereitstellung von Informationen oder verwandte Tätigkeiten zum Ziel haben,²² und iii) nicht von Personen vertreten oder verwaltet werden, die wegen vorsätzlicher Straftaten zu Freiheitsentzug über sechs Monate verurteilt wurden.²³ Die Antragsteller müssen für die Bearbeitung ihres Antrags eine Gebühr entrichten.²⁴

6) Art. 23 Abs. 2 konsolidiertes Gesetz.

7) Konsolidiertes Gesetz über audiovisuelle und Hörfunk-Mediendienste (Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 177/2005 in der Fassung der Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 44/2010).

8) Art. 16 Abs. 1 konsolidiertes Gesetz.

9) Siehe AGCOM-Beschluss 353/11/CONS, Ital. ABL. vom 6. Juli 2011, Nr. 155 (AGCOM Digitale Rundfunkverordnung).

10) Ebenda, Art. 3 Abs. 2.

11) Ebenda, Art. 3 Abs. 4 und 5 (Für landesweiten Rundfunk muss das Gesellschaftskapital EUR 6,2 Mio. bei mindestens 20 Angestellten und für Lokalrundfunk EUR 155.000 bei mindestens vier Angestellten betragen).

12) Ebenda, Art. 3 Abs. 3.

13) Siehe Anlage A zum AGCOM-Beschluss Nr. 606/10/CONS.

14) Ebenda, Art. 3 Abs. 2.

15) Ebenda, Art. 3 Abs. 4.

16) Ebenda, Art. 3 Abs. 3.

17) Ebenda, Art. 3 Abs. 4.

18) Ebenda, Art. 6.

19) Art. 22-bis Abs. 1 konsolidiertes Gesetz.

20) Art. 3 Abs. 2 der Anlage A zum AGCOM-Beschluss Nr. 607/10/CONS, Ital. ABL. vom 3. Januar 2011, Nr. 1.

21) Ebenda, Art. 3 Abs. 3.

22) Ebenda, Art. 3 Abs. 4.

23) Ebenda, Art. 3 Abs. 5.

24) Ebenda, Art. 6.

Art. 49 Abs. 1 konsolidiertes Gesetz überträgt die Veranstaltung öffentlich-rechtlichen Rundfunks bis zum 6. Mai 2016 auf *RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.A.* (im Folgenden „RAI“). Die Beauftragung von RAI mit der Veranstaltung öffentlich-rechtlichen Rundfunks erfolgte nicht, wie allgemein nach den EU-Vorschriften für öffentliche Vergabeverfahren erforderlich, über eine öffentliche Ausschreibung,²⁵ sondern durch eine direkte Übertragung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkaufgaben auf den früheren italienischen Rundfunkmonopolisten RAI.

Zum öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag gehören nach dem konsolidierten Gesetz die Übertragung von Programmen von allgemeinem Interesse im gesamten Staatsgebiet, die Nutzung eines angemessenen Anteils der Sendezeit, auch zur Hauptsendezeit, für Inhalte zur Förderung von Bildung, Information und Kultur. Gedacht ist hierbei an die Sendung von Spielfilmen, Bühnen- und Musikwerken, an das Zurverfügungstellen von Sendezeit für politische Parteien, Gewerkschaften, Religionsgruppen und andere gesellschaftlich relevante Verbände, an zur Ausstrahlung im Ausland bestimmte Programme zur Förderung der italienischen Sprache und Kultur, an den Schutz historischer Archive für Hörfunk- und Fernsehsendungen, an Rundfunk in Minderheitensprachen, Maßnahmen zum Schutz Behinderter, Fernunterricht sowie interaktive Digitaldienste.

Die italienische Mediengesetzgebung reguliert den Markteintritt umfassend, scheint dabei aber Marktmacht mit Ausnahme der medienpezifischen Konzentrationskontrollvorschriften, die im nächsten Abschnitt beleuchtet werden, nicht zu berücksichtigen. An diesem Punkt sei angemerkt, dass ungeachtet dieser Vorschriften in der Vergangenheit die faktische Ausübung von Rundfunkstätigkeit und die Nutzung von Rundfunkfrequenzen durch Rundfunkveranstalter, die ohne eine gültige Lizenz senden, von der italienischen Rundfunkgesetzgebung durchweg toleriert wurde.²⁶

Im Jahre 2008 stellt der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden „EuGH“) insbesondere fest, dass das Versäumnis der italienischen Regierung, Funkfrequenzen freizumachen und sie dem legitimen Rechteinhaber, dem Unternehmen *Centro Europa 7* auf der Grundlage objektiver, transparenter, nicht diskriminierender und verhältnismäßiger Kriterien zuzuweisen, im Widerspruch zur Dienstleistungsfreiheit und zu den EU-Richtlinien zur elektronischen Kommunikation stehe.²⁷

Vor Kurzem entschied auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte („Gerichtshof“), dass das Versäumnis der italienischen Regierung, die Rundfunkfrequenzen dem Inhaber einer in einer öffentlichen Ausschreibung erworbenen Rundfunklizenz zuzuweisen, einen Verstoß gegen die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 10 EMRK) und das Eigentumsrecht (Art. 1 des Protokolls Nr. 1 zur EMRK) dieses Unternehmens darstelle. Der Gerichtshof befand insbesondere, dass es der maßgeblichen italienischen Rundfunkgesetzgebung an Klarheit und Eindeutigkeit fehle. Damit seien die berechtigten Erwartungen von *Centro Europa 7* enttäuscht worden. Zudem hätten die italienischen Behörden es versäumt, einen angemessenen legislativen und administrativen Rahmen zu setzen, der eine effiziente Medienvielfalt garantiert und der im konkreten Fall *Centro Europa 7* gegen Willkür geschützt hätte.²⁸

25) Siehe dazu aber auch das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 26. Juni 2008, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA gegen die Kommission der Europäischen Gemeinschaften* Rechtssache T-442/03 [2008] ECR II-01161 (welches besagt, dass die Republik Portugal „keinesfalls“ verpflichtet gewesen sei, vor der Vergabe öffentlich-rechtlicher Rundfunkaufgaben an RTP eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen). Zur Notwendigkeit der Vergabe von öffentlich-rechtlichen Rundfunkaufgaben auf der Grundlage öffentlicher Ausschreibungen siehe R. Mastroianni, „Public Service Media and Market Integration: A Differential Application of Free Movement and State Aid Rules?“ in M. Cremona (Hrsg.), *Market Integration and Public Services within the EU* (Oxford: Oxford University Press, 2011) 167-169.

26) So ermöglichte das Maccanico-Gesetz (Gesetz vom 31. Juli 1997, Nr. 249, Ital. ABL. vom 31. Juli 1997, Nr. 177) den „De-facto-Nutzern“ von Funkfrequenzen, denen ihre Tätigkeit nach dem früheren System genehmigt wurde, ihren Sendebetrieb übergangsweise fortzusetzen. Die Verordnung mit Gesetzeskraft vom 24. Dezember 2003, Nr. 352 (Ital. ABL. vom 29. Dezember 2003, Nr. 29, S. 4) genehmigte den Kanälen unter Verstoß gegen die Konzentrationsgrenzen die Fortsetzung ihres Sendebetriebs bis zum Abschluss einer Untersuchung der Entwicklung digitaler Fernsehkanäle. Das Gasparri-Gesetz (Gesetz vom 3. Mai 2004, Nr. 112, ABL. vom 5. Mai 2004, Nr. 82, s.o. n. 104) erweiterte durch ein generelles Genehmigungsverfahren die Möglichkeit der Kanäle, unter Verstoß gegen die Konzentrationsgrenzen ihren Sendebetrieb auf den terrestrischen Funkfrequenzen bis zur Umsetzung des nationalen Frequenzzuweisungsplan für Digitalfernsehen fortzusetzen.

27) EuGH, Urteil vom 31. Januar 2008, *Centro Europa 7 Srl gegen Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni und Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, Rechtssache C-380/05, ECR 2008 Seite I-00349.

28) EMGR, Rechtssache *Centro Europa 7 S.r.l. und Di Stefano gegen Italien* (Antrag Nr. 38433/09).

3. Medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften (Medieneigentumsvorschriften)

3.1. Einleitung: Medienmonopolisierung in Italien nach Ansicht des Europarats

Die Konzentration von Medieneigentum war in Italien immer ein sensibles Thema; die Parlamentarische Versammlung des Europarats fasste dies in ihrer EntschlieÙung 1387 (2004) zur Monopolisierung der elektronischen Medien und einem möglichen Machtmissbrauch in Italien wie folgt zusammen:

Mit Mediaset, Italiens größte kommerzieller Kommunikations- und Rundfunkgruppe und einer der größten weltweit, besitzt Berlusconi rund die Hälfte des nationalen Rundfunks im Land. Seine Rolle als Regierungschef versetzt ihn zudem in die Lage, indirekt Einfluss auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter RAI zu nehmen, die der Hauptkonkurrent von Mediaset ist. Da Mediaset und RAI zusammen rund 90 Prozent der Fernsehzuschauer und mehr als Dreiviertel der Ressourcen in diesem Sektor beherrschen, übt Berlusconi nie da gewesene Kontrolle über das mächtigste Medium in Italien aus.

Dieses Duopol im Fernsehmarkt ist aus kartellrechtlicher Sicht an sich eine Anomalie. Der Status quo wurde aufrecht erhalten, obwohl rechtliche Bestimmungen zur Medienvielfalt zweimal für verfassungswidrig befunden wurden. Die zuständigen Behörden haben zudem die beherrschende Stellung von RAI und den drei Mediaset-Fernsehsendern gestärkt. Eine Veranschaulichung bietet die jüngst vom Parlament bestätigte Verordnung des Premierministers, die es dem dritten Kanal der RAI und Mediasets Programm Retequattro gestattet, bis zur Verabschiedung einer neuen gesetzlichen Regelung ihre Tätigkeit unter Verletzung der bestehenden kartellrechtlichen Grenzen fortzusetzen. Der Wettbewerb im Mediensektor wird zudem dadurch verzerrt, dass das Werbeunternehmen von Mediaset, Publitalia 80, eine beherrschende Stellung bei der Fernsehwerbung innehat.²⁹

3.2. Die sogenannten „technischen“ Konzentrationsgrenzen

Gegenwärtig legt das konsolidierte Gesetz sowohl die „technischen“ als auch die „wirtschaftlichen“ Konzentrationsgrenzen für den Mediensektor fest. Erstere bestimmen die maximale Anzahl an Sendern, die von ein und demselben Anbieter audiovisueller Mediendienste ausgestrahlt werden dürfen. Insbesondere sieht das konsolidierte Gesetz vor, dass es nach Abschluss der Digitalumstellung keinem Inhalteanbieter mehr gestattet sein wird, mehr als 20 Prozent aller Fernsehsender und mehr als 20 Prozent aller Hörfunksender auszustrahlen.³⁰ Solange die Digitalumstellung noch nicht abgeschlossen ist, dürfen Inhalteanbieter nicht mehr als 20 Prozent an Fernsehsendungen, die über Analog- oder Digitalnetze übertragen werden, ausstrahlen. Hiervon ausgenommen sind Simulcasts analoger Sendungen und digitale Sendungen, die für weniger als 50 Prozent der italienischen Zuschauer zugänglich sind.³¹

Vertreter von Institutionen und Stimmen der wissenschaftlichen Literatur haben sich besorgt über die technischen Grenzen geäußert, die vor Abschluss der Digitalumstellung anzuwenden sind, da sie die zuvor bestehende Grenze von 20 Prozent, die ausschließlich für Analogrundfunk galt, ersetzen. Da bei der im konsolidierten Gesetz festgelegten technischen Grenze sowohl analoger als auch digitaler Rundfunk berücksichtigt wird, wird es bestehenden marktbeherrschenden Betreibern im analogen Sektor ermöglicht, faktisch ihre Dominanz auch im Digitalsektor zu festigen.³² Die Venedig-Kommission des Europarats gab insbesondere zu bedenken, dass die Anzahl der Kanäle, die von einem Anbieter ausgestrahlt werden, „kein eindeutiger Indikator für den Marktanteil“ sei, und

29) Parlamentarische Versammlung des Europarats, EntschlieÙung 1387 (2004), Monopolisierung der elektronischen Medien und möglicher Machtmissbrauch in Italien.

30) Art. 43 Abs. 7 konsolidiertes Gesetz.

31) Art. 43 Abs. 8 konsolidiertes Gesetz.

32) Siehe Europarat, EntschlieÙung der Parlamentarischen Versammlung 1387 (2004) zur Monopolisierung der elektronischen Medien und einem möglichen Machtmissbrauch in Italien, Abs. 6: „Die Versammlung ist der Ansicht, dass das jüngst verabschiedete ‚Gasparri-Gesetz‘ zur Reform des Rundfunksektors allein durch eine Vervielfachung von Fernsehkanälen im Zuge der Digitalisierung möglicherweise nicht wirksam mehr Vielfalt gewährleisten kann. Gleichzeitig gestattet es Mediaset offenkundig, sich noch weiter auszubreiten, da es den Marktteilnehmern die Möglichkeit einräumt, ein Monopol in einem bestimmten Sektor zu haben, ohne je die kartellrechtlichen Grenzen im integrierten Gesamtsystem des Kommunikationswesens zu erreichen.“ R. Zaccaria und A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua: Cedam, 2010) 558-559.

schlug vor, dass dieses Element „mit einem Indikator für den Zuschaueranteil“ kombiniert werden solle.³³

3.3. Das Integrierte Kommunikationssystem (IKS) und „wirtschaftliche“ Konzentrationsgrenzen

Betrachtet man die „wirtschaftlichen“ Konzentrationsgrenzen, die für den Mediensektor gelten, ist in erster Linie der Begriff des Integrierten Kommunikationssystems (im Folgenden IKS) zu berücksichtigen, wie er in Art. 43 konsolidiertes Gesetz festgelegt ist. Das IKS ist ein gesetzlich definierter relevanter Markt, der die folgenden Aktivitäten umfasst: Zeitungen und Periodika, jährliche Veröffentlichungen, elektronisches Verlagswesen, Hörfunk und audiovisuelle Mediendienste, Kino, Straßenwerbung, Werbung für Produkte und Dienstleistungen sowie Sponsoring.³⁴

Das konsolidierte Gesetz verbietet eine beherrschende Stellung im IKS und den dazugehörigen Teilmärkten.³⁵ Darüber hinaus sieht das konsolidierte Gesetz vor, dass kein Kommunikationsbetreiber weder direkt noch über beherrschte oder verbundene Unternehmen Einnahmen erzielen darf, die mehr als 20 Prozent der Gesamteinnahmen des IKS ausmachen.³⁶ Zu diesen Einnahmen zählen unter anderem Einnahmen aus dem Verkauf von Tageszeitungen und Periodika, aus Online-Veröffentlichungen, aus Werbung, Teleshopping, Sponsoring usw.³⁷ Die 20 Prozent-Grenze wird für Unternehmen, die mehr als 40 Prozent der Gesamteinnahmen des elektronischen Kommunikationssektors erzielen, auf 10 Prozent abgesenkt.³⁸

Die Durchsetzung der oben genannten Konzentrationsgrenzen obliegt der AGCOM.³⁹ Die AGCOM verabschiedet jedes Jahr einen Beschluss, der eine Schätzung der Gesamteinnahmen des IKS beinhaltet.⁴⁰ Stellt die AGCOM einen Verstoß fest, muss sie angemessene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass diese Verstöße zeitnah behoben werden.⁴¹

Mehrere Stimmen der wissenschaftlichen Literatur haben kritisiert, das IKS sei zu weit gefasst und enthalte heterogene, nicht verwandte und nicht austauschbare Dienste, wodurch die Wirksamkeit der 20 Prozent-Obergrenze untergraben werde.⁴² Die Venedig-Kommission stellte sich in dieser Frage auf den Standpunkt, das IKS „spiegelt sicherlich eine moderne Tendenz wider, sollte jedoch nicht, zumindest nicht in dieser sehr weit gefassten Definition, bereits in diesem Stadium anstelle des Kriteriums des ‚relevanten Marktes‘ verwendet werden, da es dazu führt, die Effizienz der Werkzeuge zum Schutz des Pluralismus zu schwächen. Es kann einem einzelnen Unternehmen in der Tat ermöglichen, sehr hohe Anteile an den Einnahmen in einzelnen Märkten zu erzielen, während es gleichzeitig unter der 20 Prozent-Grenze für den Gesamtsektor bleibt.“⁴³

3.4. Fernsehwerbung: Asymmetrische Verpflichtungen für Pay-TV-Betreiber

Artikel 38 Abs 5 konsolidiertes Gesetz sieht für die Fernsehwerbung von Pay-TV-Betreibern ein stündliches Werbepreislimit von 16 Prozent im Jahr 2010, 14 Prozent im Jahr 2011 und 12 Prozent ab 2012 vor. Laut AGCOM besteht das Ziel dieser Bestimmung darin, die Interessen von Pay-TV-Nutzern zu schützen, die mit der Zahlung einer Gebühr an den Pay-TV-Betreiber und der Konfrontation mit Werbung doppelt belastet sind.

33) Stellungnahme der Venedig-Kommission, verabschiedet auf der 63. Plenarsitzung (10.-11. Juni 2005), zur Vereinbarkeit des „Gasparri-“ und des „Frattini-Gesetzes“ Italiens mit den Standards des Europarats im Bereich der Meinungsfreiheit und der Medienvielfalt.

34) Art. 2 Abs. 1 lit l) der Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 177 vom 31. Juli 2005, in GURI Nr. 208 vom 7. September 2005, *Supplemento ordinario n. 150*.

35) Art. 43 Abs. 2 und 9 konsolidiertes Gesetz.

36) Art. 43 Abs. 9 konsolidiertes Gesetz.

37) Art. 43 Abs. 11 der Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 177 vom 31. Juli 2005, in GURI Nr. 208 vom 7. September 2005, *Supplemento ordinario n. 150*.

38) Art. 43 Abs. 11 konsolidiertes Gesetz.

39) Art. 43 Abs. 5 der Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 177 von 2005.

40) Siehe AGCOM-Beschluss Nr. 126/11/CONS (Der Gesamtwert der IKS-Einnahmen wurde für 2009 mit EUR 23 Mrd. angegeben).

41) Art. 43 Abs. 5 konsolidiertes Gesetz.

42) Siehe R. Zaccaria und A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua: Cedam, 2010) 560; R. Mastroianni, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo* (Turin: Giappichelli 2004) 63.

43) Stellungnahme der Venedig-Kommission, verabschiedet auf der 63. Plenarsitzung (10.-11. Juni 2005), zur Vereinbarkeit des „Gasparri-“ und des „Frattini-Gesetzes“ Italiens mit den Standards des Europarats im Bereich der Meinungsfreiheit und der Medienvielfalt.

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung vertrat der regionale Verwaltungsgerichtshof Latium (*TAR Lazio*) die Ansicht, wahrer Zweck der Bestimmung sei es, faktisch die Werbeeinnahmen von frei empfangbaren Sendern durch die Begrenzung des Verkaufs von Werbezeit an Pay-TV-Betreiber zu steigern.⁴⁴ Der *TAR Lazio* führte des Weiteren aus, dieses Ziel sei durch die AVMD-Richtlinie nicht vorgesehen: Im Gegensatz zu lokalen Rundfunkveranstaltern, deren besondere Lage die Richtlinie ausdrücklich anerkenne, seien frei empfangbare Rundfunkveranstalter gegenüber Pay-TV-Betreibern nicht vergleichbar benachteiligt, so dass die AVMD-Richtlinie keine asymmetrischen Regulierungsmaßnahmen verlange.

Der *TAR Lazio* befürchtet deshalb, dass die strikteren Vorschriften für Pay-TV-Betreiber den Wettbewerb verzerren könnten, indem bestehende beherrschende Stellungen im Fernsehwerbemarkt gefördert werden. Unter anderem deshalb beschloss der *TAR Lazio*, die Angelegenheit zur Vorabentscheidung dem EuGH vorzulegen. Dieser soll entscheiden, inwieweit die asymmetrischen Verpflichtungen für Pay-TV-Betreiber mit der AVMD-Richtlinie, dem Gleichheitsgrundsatz, der Meinungsfreiheit und den Grundfreiheiten des Binnenmarkts im Einklang stehen.⁴⁵

3.5. (Diagonale) Konzentrationsgrenzen bei Kapitalverflechtung

Das konsolidierte Gesetz hatte es bis zum 31. Dezember 2012 Unternehmen, die landesweiten Rundfunk oder elektronische Kommunikation über bestimmte Einnahmengrenzen hinaus betreiben, untersagt, Anteile an Unternehmen, die Tageszeitungen herausgeben (mit Ausnahme von Tageszeitungen, die ausschließlich in elektronischer Form erscheinen) zu erwerben oder sich an deren Gründung zu beteiligen.⁴⁶ Die maßgeblichen Einnahmengrenzen sind 8 Prozent des gesamten IKS für Rundfunkunternehmen und 40 Prozent der Einnahmen im elektronischen Kommunikationssektor für elektronische Kommunikationsunternehmen.⁴⁷

4. Wechselwirkungen mit dem Wettbewerbsrecht

4.1. Die Beziehungen zwischen Kartell- und Mediensektorregulierung

Unternehmen, die im Sektor audiovisueller Mediendienstleistungen tätig sind, unterliegen gleichzeitig dem allgemeinen (EU und nationalen) Wettbewerbsrecht und der maßgeblichen Sektorregulierung. Während in der Vergangenheit Art. 20 Abs. 1 des italienischen Kartellgesetzes (Gesetz Nr. 287 von 1990) eindeutig vorsah, dass für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften auf Unternehmen, die im Verlags- und Rundfunkmarkt tätig sind, die Sektorregulierungsbehörde zuständig ist, wurde diese Bestimmung mit Gesetz Nr. 249 von 1997 zur Einrichtung der AGCOM aufgehoben. Der Staatsrat (das oberste Verwaltungsgericht Italiens) schloss daraus, dass Unternehmen, die im Verlags- und Rundfunkmarkt tätig sind, gegenwärtig auch den Wettbewerbsvorschriften unterliegen und somit den Durchsetzungsbefugnissen der *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), der italienischen Kartellbehörde.⁴⁸

4.2. Kompetenzüberschneidungen zwischen der italienischen Kartellbehörde und der italienischen Medienregulierungsbehörde

Die Kompetenzüberschneidung zwischen der AGCOM und der AGCM verlangt nach Regeln zur Koordination der beiden Behörden. Grundsätzlich verfolgen sie unterschiedliche Ziele: Die AGCOM ist verantwortlich für den Schutz der Medienvielfalt, während die AGCM funktionierenden Wettbewerb

44) Regionaler Verwaltungsgerichtshof Latium (zweite Kammer), Erlass vom 7. März 2012, Antrag Nr. 9422/2011.

45) Rechtssache C-234/12: Vorlage zur Vorabentscheidung vom *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio* (Italien), eingereicht am 14. Mai 2012 — *Sky Italia s.r.l. gegen AGCOM*, ABl. C 217, 21.7.2012, S. 11. Eine Zusammenfassung des Vorlagebeschlusses beim EuGH siehe Amedeo Arena, Italien: EuGH überprüft strengere italienische Werbezeitbeschränkungen für Pay-TV, IRIS 2012-7/29.

46) Art. 43 Abs. 12 konsolidiertes Gesetz.

47) Ebenda.

48) Staatsrat (*Consiglio di Stato*), Urteil Nr. 2869 vom 24. Mai 2002.

in den Medienmärkten sichern soll.⁴⁹ Stimmen der wissenschaftlichen Literatur haben aber darauf hingewiesen, dass die Grenzen zwischen den Aufgaben und Befugnissen der beiden Behörden fließend und veränderlich sind.⁵⁰ Um ein widerspruchsfreies Handeln beider Behörden zu fördern, verlangt Gesetz Nr. 249/1997, dass die AGCM eine Stellungnahme der AGCOM einholt, bevor sie gegenüber Unternehmen, die im Kommunikationssektor tätig sind, eingreift.⁵¹ Der Staatsrat hat klargestellt, dass die AGCM zwar um eine solche Stellungnahme ersuchen müsse, diese für die AGCM jedoch nicht bindend sei; die AGCM könne von den Erkenntnissen der AGCOM abweichen, müsse dies dann aber eindeutig und hinreichend begründen.⁵² Der Staatsrat erklärte darüber hinaus, ein Beschluss der AGCOM, mit dem bestimmte Vertragsklauseln als mit der Sektorregulierung vereinbar bezeichnet werden, sei kein Hindernis für einen nachfolgenden Beschluss der AGCM, der die Unvereinbarkeit dieser Klauseln mit dem Kartellrecht feststelle. Die AGCM könne allerdings keine Sanktionen verhängen.⁵³ AGCOM und die AGCM haben sich auf eine Kooperationsvereinbarung geeinigt, um Informationen auszutauschen und ihre jeweiligen Aufgaben im Bereich der elektronischen Kommunikation zu koordinieren.⁵⁴

4.3. Sonderregelungen für Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen im Mediensektor

Zusammenschlüsse von Unternehmen, die im Medienbereich tätig sind, unterliegen Regelungen, die sich zum Teil von denen unterscheiden, die für andere Wirtschaftssektoren gelten. Zum einen gelten spezifische Meldeschwellen im Fall von Fusionen, die den Filmverleihsektor betreffen.⁵⁵ Zum anderen müssen Unternehmen, die im IKS tätig sind, Zusammenschlüsse gleichzeitig bei der AGCOM und der AGCM anmelden:⁵⁶ Jegliche Verträge, Fusionen und Vereinbarungen, die von den Konzentrationsgrenzen für den Sektor, wie sie in Art. 43 konsolidiertes Gesetz festgelegt sind, abweichen, sind per se nichtig.⁵⁷ Eine gleichzeitige Überprüfung⁵⁸ birgt das Risiko widerstreitender Ergebnisse in sich: In der Rechtssache *SEAT/Cecchi Gori* war die AGCOM zum Beispiel gegen das Geschäft,⁵⁹ während die AGCM es vorbehaltlich bestimmter Verpflichtungszusagen genehmigte.⁶⁰ In anderen Fällen, wie der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (mit dem Namen TIVÚ S.r.l.) durch die drei großen Free-TV-Betreiber, die Sendungen ihrer Muttergesellschaften über DTT und Satellitennetze weiterverbreiten sollen, war die AGCOM der Ansicht, das Geschäft stelle keinen Zusammenschluss zwischen unabhängigen Unternehmen dar, und entschied, keine Untersuchung einzuleiten.⁶¹

49) Ebenda. Entsprechend überwacht die AGCOM die Entstehung beherrschender Stellungen in den Medienmärkten, da die schiere Existenz solcher Stellungen der Informations- und Medienvielfalt schaden kann. Im Gegensatz dazu sollte die AGCM nur tätig werden, wenn Unternehmen ihre beherrschende Stellung missbrauchen, um den Wettbewerb durch Absprachen oder konzertierte Aktionen zu verzerren. Siehe R. Zaccaria und A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua: Cedam, 2010) 533-534 und 554-555.

50) Siehe F. Donati, „Funzioni di regolazione e impegni nel settore delle comunicazioni elettroniche“, in F. Cintioli und F. Donati (Hrsg.) *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, S. 103-113 (Turin: Giappichelli, 2008).

51) Gesetz Nr. 249/1997, Art. 1 Abs. 6 lit. c), Ziff. 11.

52) Staatsrat, Urteil vom 10. März 2006, Nr. 1271.

53) Ebenda.

54) Kooperationsvereinbarung zwischen der AGCOM und der AGCM im Bereich der elektronischen Kommunikation (2004), abrufbar unter: www2.agcom.it/provv/agcom-agcm_accordo.htm

55) Nach Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes vom 10. Oktober 1990, Nr. 287, sind allgemein nur Zusammenschlüsse, an denen Unternehmen beteiligt sind, deren Gesamtumsatz EUR 468 Mio. übersteigt, sowie der Erwerb von Unternehmen, deren Umsatz insgesamt EUR 47 Mio. übersteigt, vorab meldepflichtig (die entsprechenden Umsatzgrenzwerte werden jährlich von der AGCM aktualisiert). Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. März 1994, Nr. 153, verlangt jedoch auch die Meldung von Zusammenschlüssen bei der AGCM, die ungeachtet des getätigten Umsatzes der betreffenden Unternehmen direkt oder indirekt zum Erwerb, und sei es nur in einem der 12 Referenzgebiete für Filmverleih, eines Marktanteils von über 25 Prozent i) des Umsatzes des Filmverleihsektors und ii) der Gesamtzahl der Filmtheater, die in diesem Gebiet tätig sind, führen können.

56) Art. 43 Abs. 1 konsolidiertes Gesetz. Siehe auch Regionaler Verwaltungsgerichtshof Latium, Urteil vom 7. September 2001, Nr. 7286 (mit der Aussage, dass Unternehmen keine Genehmigung von der AGCOM einholen müssen, bevor sie Zusammenschlüsse bei der AGCM anmelden).

57) Art. 43 Abs. 4 konsolidiertes Gesetz.

58) Siehe AGCOM, Regulierung der Verfahren zur Genehmigung der Übertragung des Eigentums an Rundfunkunternehmen, der Verfahren in Bezug auf beherrschende Stellungen und der Überprüfung von Zusammenschlüssen und Vereinbarungen im Kontext des Integrierten Kommunikationssystems, Anlage I zum AGCOM-Beschluss vom 9. November 2006, Nr. 646/06/CONS.

59) AGCOM, *Trasferimento di proprietà della Cecchi Gori Communications S.p.A. a Seat Pagine Gialle S.p.A.*, Beschluss vom 17. Januar 2001, Nr. 51/01/CONS.

60) AGCM, Rechtssache C4158 - *SEAT Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, Beschluss vom 23. Januar 2001, Nr. 9142.

61) Siehe AGCOM-Beschluss vom 14. September 2009, Nr. 519/09/CONS.

4.4. Unterschiedliche Ansätze zur Marktdefinition im Mediensektor

Die Kompetenzüberschneidungen zwischen der AGCOM und der AGCM haben auch zu unterschiedlichen Erkenntnissen hinsichtlich der Marktdefinition in Bezug auf den Werbemarkt geführt. Die AGCOM kam zu dem Schluss, der „Fernsehwerbemarkt“ sei ein zweiseitiger Markt, auf dem Rundfunkveranstalter einerseits – entweder kostenlos oder gegen Gebühr – audiovisuelle Inhalte für das Publikum anbieten, und andererseits über ihre Werbeagenturen Werberaum für Werbetreibende verkaufen. Laut AGCM unterscheidet sich der „Fernsehwerbemarkt“ vom „Pay-TV-Markt“,⁶² der ein typischer einseitiger Markt mit einer direkten wirtschaftlichen Verbindung zwischen den Inhaltenanbietern und deren Nutzer sei.⁶³ Zunächst teilte die AGCOM diese Ansicht,⁶⁴ in ihren nachfolgenden Beschlüssen vertrat sie jedoch den Standpunkt, der „Fernsehwerbemarkt“ stelle keinen autonomen relevanten Markt dar, und Einnahmen aus „Pay-TV“ (sowohl Werbeeinnahmen als auch Abonnementgebühren) und „Free-TV“ (in erster Linie Werbeeinnahmen) stellten unterschiedliche relevante Märkte dar.⁶⁵

5. Must-Offer-Pflichten

Hinsichtlich der Must-Offer-Pflichten ist der AGCM-Beschluss von 2006 in der Rechtssache *A362 – Diritti Calcistici* zu betrachten.⁶⁶ Nach Ansicht der AGCM hatte die Mediaset-Gruppe durch den Abschluss einer Reihe von Vereinbarungen mit Fußballvereinen über den Kauf von Rundfunkrechten ihre beherrschende Stellung im „Fernsehwerbemarkt“ missbraucht. Diese Vereinbarungen mit Juventus, Inter, Livorno, Roma, Milan, Lazio und Sampdoria beinhalteten langfristige Exklusivitätsklauseln, Optionsrechte und Vorkaufsrechte, die alle Arten von Rundfunkplattformen abdeckten. Nach Einschätzung der AGCM hätten derartige Vereinbarungen die Konkurrenten von Mediaset um das nötige Sendematerial für ein attraktives kommerzielles Angebot gebracht und sie somit vom „Fernsehwerbemarkt“ ausgeschlossen. Die AGCM erkannte hier ausdrücklich an, dass angesichts des überwältigenden Interesses an Fußball in Europa die Ausstrahlung von Fußballspielen eine große Zahl von Zuschauern anziehen und regelmäßig eine homogene Zuschauergruppe erreichen könne, die ein attraktive Ziel für Werbetreibende darstelle.

Während der Untersuchung durch die AGCM verpflichtete sich Mediaset jedoch, in Bezug auf alle betroffenen Fußballvereine die Exklusivrechte ab 2007 lediglich für die Übertragung über die DVB-T-Plattform aufrechtzuerhalten und die Senderechte über andere Plattformen auf gleichberechtigter, transparenter und diskriminierungsfreier Grundlage zu verkaufen. Damit gab Mediaset seinen Konkurrenten die Möglichkeit, einen beträchtlichen Zuschaueranteil durch ansprechende kommerzielle Angebote zu gewinnen. Mediaset sicherte zudem ausdrücklich zu, dass das Unternehmen ab der Fußballsaison 2007-2008 keine weiteren Klauseln mit Vorkaufs- oder Optionsrechten in Verträge für Fernsehübertragungsrechte aufnehmen werde.

Die AGCM entschied daher, Mediaset habe seine beherrschende Stellung unter Verstoß gegen Art. 102 VAEU missbraucht, und forderte das Unternehmen auf, in Zukunft dieses rechtswidrige Verhalten einzustellen. Die AGCM räumte jedoch ein, das Verhalten von Mediaset während der Untersuchung habe die Gefahr eines Ausschlusses der Mitbewerber nachhaltig verringert. Aus diesem Grund wurden keine Sanktionen gegen Mediaset verhängt.

6. Spezielle Marktmachtbegrenzungsvorschriften für Dienste, die die Nutzung oder den Empfang ermöglichen oder erleichtern (etwa Decoder, EPG)

Die Analyse von Marktmacht (und Marktdefinition) im Kontext spezieller Vorschriften, die den Kauf von Empfangsgeräten fördern sollen, zwingt zur Betrachtung des Falles der Digitaldecoder-Falles.

62) Siehe zum Beispiel AGCM, Rechtssache *A274 - Stream/Telepù*, Beschluss vom 14. Juni 2000, Nr. 8386; AGCM, Rechtssache *C5109 - Groupe Canal+/Stream*, Beschluss vom 13. Mai 2002, Nr. 10716.

63) Siehe AGCM, Rechtssache *A362 - Diritti calcistici*, Beschluss vom 28. Juni 2006, Nr. 15632, Abs. 103.

64) Siehe AGCOM-Beschluss vom 2. März 2005, Nr. 136/05/CONS (mit einer Analyse der beiden relevanten Märkte „Verkauf von Fernsehwerbung“ und „Verkauf audiovisueller Inhalte“).

65) Siehe zum Beispiel AGCOM-Beschluss vom 23. März 2011, Nr. 126/11/CONS (mit einer Analyse des Marktes für „audiovisuelle Mediendienste“ und seiner beiden Teilmärkte „Pay-TV“ und „Free-TV“); AGCOM Jahresbericht (2011), S. 119f.

66) AGCM, Rechtssache *A362 - Diritti calcistici*, Beschluss vom 28. Juni 2006, Nr. 15632.

Art. 4 Abs. 1 des Finanzgesetzes von 2004⁶⁷ gewährte einen staatlichen Zuschuss von je EUR 150 für den Kauf von Geräten zum Empfang von Fernsehsignalen, die per digitaler Technologie (T-DVB/C-DVB) übertragen werden, sowie der damit verbundenen interaktiven Dienste. Art. 1 Abs. 211 des Finanzgesetzes von 2005 sah eine weitere Finanzierung der fraglichen Maßnahmen vor, wobei der Zuschuss je Decoder jedoch auf EUR 70 verringert wurde.⁶⁸ Nach Klagen einiger Rundfunkveranstalter wurde die Maßnahme i) von der Europäischen Kommission wegen mutmaßlichen Verstoßes gegen die Vorschriften des VAEU zu staatlichen Beihilfen sowie ii) der AGCM wegen mutmaßlichen Verstoßes gegen die italienischen Vorschriften zu Interessenkonflikten (Gesetz Nr. 215 von 2004) überprüft.

Wegen des Vorwurfs des Interessenkonflikts musste die AGCM ermitteln, ob diese Zuschüsse, die auf eine spezielle Anordnung der Regierung in direkter Verantwortung des Premierministers zurückgingen, dazu geeignet waren, einer Reihe von Unternehmen, die indirekt vom Premierminister kontrolliert wurden, zum Schaden des öffentlichen Interesses einen selektiven Vorteil zu verschaffen. Die AGCM urteilte, es könne keine Verbindung zwischen der potenziellen Zunahme der Anzahl an Decodern, die sich aus dem staatlichen Zuschuss ergab, und der potenziellen Zunahme an Pay-TV-Nutzern festgestellt werden, da zumindest ein gewisser Teil der neuen Decoderbesitzer die Geräte für den kostenlosen Empfang unverschlüsselte digitale Technik verwendende Fernsehprogramme nutzen könnte. Die AGCM führte weiter aus, dass selbst wenn sich eine solche Verbindung herstellen ließe, keine besondere Vorzugsbehandlung der Unternehmen im Besitz des Premierministers nachgewiesen werden könne. Dies sei wegen des enormen Marktanteils von Sky Italia (über 90 Prozent) am Pay-TV-Markt im Verhältnis zum Anteil anderer Unternehmen, einschließlich der vom Premierminister kontrollierten (Mediaset und TRI), die potenziell von der Wirkung des staatlichen Zuschusses profitieren könnten, nicht der Fall. Entsprechend urteilte die AGCM in ihrem Beschluss vom 10. Mai 2006, dass, obwohl der fragliche staatliche Zuschuss der Initiative des Premierministers zugeschrieben werden könne, keine Klage wegen Interessenkonflikts nach Art. 3 des Gesetzes Nr. 215 von 2004 gegen den Premierminister vorgebracht werden könne, da weder ein spezifischer finanzieller Nutzen noch ein Schaden für das öffentliche Interesse vorliege.⁶⁹

Die Europäische Kommission entschied am 24. Januar 2007 über die Frage der Vereinbarkeit des italienischen Zuschusses zu Digitaldecodern mit den VAEU-Vorschriften zu staatlicher Beihilfe.⁷⁰ Zum einen erklärte die Kommission, soweit es um die Gewährung eines Zuschusses der Republik Italien zum Kauf bestimmter terrestrischer Digitaldecoder gehe, stelle die fragliche Maßnahme eine staatliche Beihilfe für terrestrische Digitalrundfunkveranstalter, die Pay-TV-Dienste, insbesondere Pay-per-view-Dienste anbieten, sowie für Betreiber von digitalem Kabel-Pay-TV dar. Zum anderen befand die Kommission, die Maßnahme sei mit keiner der zulässigen Ausnahmen zu rechtfertigen. Obwohl anerkannt wurde, dass der Übergang von analogem Fernsehen zu DVB-T ein legitimes Ziel öffentlichen Interesses sei, sei die fragliche Maßnahme doch unverhältnismäßig zum Erreichen des verfolgten Ziels und dazu geeignet, den Wettbewerb unnötig zu verzerren. Diese Erkenntnis gründete sich in erster Linie auf die Tatsache, dass die fragliche Maßnahme nicht technologieneutral war, da sie sich nicht auf digitale Satellitendecoder erstreckte. Folglich verlangte die Kommission die Rückforderung der staatlichen Beihilfe, die aufgrund der fraglichen Maßnahme bezahlt worden war und die für unvereinbar mit dem Binnenmarkt und deshalb für unrechtmäßig erklärt wurde. Die Entscheidung der Kommission wurde sowohl vom Gericht der Europäischen Union 2010⁷¹ und im Berufungsverfahren vom Europäischen Gerichtshof 2011 bestätigt.⁷²

67) Gesetz vom 24. Dezember 2003, Nr. 350 (Finanzgesetz 2004) zu den Bestimmungen zur Festlegung des Jahres- und Mehrjahreshaushalts des Staates, Ital. ABL. vom 27. Dezember 2003, Nr. 299. Das Finanzgesetz (*Legge finanziaria*), auch Stabilitätsgesetz (*Legge di stabilità*) genannt, ist die Gesetzesvorlage mit den Einnahmen und Ausgaben, die die Regierung jedes Jahr am 30. September dem Parlament vorlegt.

68) Gesetz vom 30. Dezember 2004, Nr. 311 (Finanzgesetz 2005) zu den Bestimmungen zur Festlegung des Jahres- und Mehrjahreshaushalts des Staates, Ital. ABL. vom 31. Dezember 2004, Nr. 306.

69) AGCM, Rechtssache *CI2 - Presidente del Consiglio dei Ministri-Contributi Decoder Tv*, Beschluss Nr. 15389 vom 10. Mai 2006.

70) Entscheidung 2007/374/EG der Kommission vom 24. Januar 2007 über die staatliche Beihilfe C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004), die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern gewährt hat (Aktenzeichen K(2006) 6634), ABL. L 147, 8. Juni 2007, S. 1-28.

71) Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 15. Juni 2010, Mediaset SpA gegen die Europäische Kommission, Rechtssache T-177/07, 2010 ECR S. II-02341.

72) Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Juli 2011, Mediaset SpA gegen die Europäische Kommission, Rechtssache C-403/10 P, nyr.

Interessanterweise hatte die italienische Regierung im Verfahren vor der Kommission angeführt, die staatliche Beihilfe sei nicht selektiver Natur, weil die Nutznießer (DVB-T-Betreiber) und die Unternehmen, die nicht von der Beihilfe profitierten (Satellitenbetreiber), in unterschiedlichen relevanten Märkten, das heißt für Free-TV und Pay-TV, tätig seien. Die Kommission brachte unter anderem den AGCM-Beschluss zum Interessenkonflikt sowie weitere italienische und EU-Präzedenzfälle in Erinnerung und war daher der Ansicht, sowohl Satellitenbetreiber als auch – wenngleich mit sehr viel geringeren Marktanteilen – DVB-T-Betreiber seien Wettbewerber im Pay-TV-Markt. Die staatliche Beihilfe, von der lediglich DVB-T-Betreiber profitieren könnten, habe folglich selektiven Charakter. Während also die Marktmacht von Satellitenbetreibern im Pay-TV-Markt ein Schlüsselfaktor war, der dazu beigetragen hat, dass die AGCM die Interessenkonfliktklage gegen den Premierminister abgewiesen hat, ermöglichte es die in diesem Beschluss von der AGCM verwendete Marktdefinition der Kommission, den selektiven Charakter der Beihilfe festzustellen.

II. Plattformbetreiber und konvergente Dienste

Anbieter von interaktiven Diensten und Zugangsdiensten unterliegen ebenfalls dem allgemeinen Genehmigungsmodell, des Art. 25 des Gesetzbuches über die elektronische Kommunikation.⁷³ Diese Anbieter müssen die von der AGCOM festgelegten technischen Standards einhalten, insbesondere jene, die Minderjährige vor unangemessenen Inhalten schützen sollen (zum Beispiel Filtersysteme und persönliche Identifikationsnummern).

Empfangsgeräte und die Möglichkeit der Zuschauer, zwischen unterschiedlichen Plattformen zu wechseln, spielten im Fall der Digitaldecoder eine wichtige Rolle.

Die Umstände im Fall der Digitaldecoder wurden bereits im vorangegangenen Abschnitt dargelegt. Wie dort erwähnt, stellte sich die Kommission in ihrer Entscheidung vom 24. Januar 2007 gegen die italienische Fördermaßnahme, da diese nicht für digitale Satellitendecoder gegolten hatte und deshalb nicht technologieneutral gewesen war.⁷⁴ Die Kommission berücksichtigte insbesondere, dass die Zuschüsse zu einem kritischen Zeitpunkt gewährt worden waren, als viele Zuschauer von terrestrischem Analogfernsehen vor dem Übergang zu Digitalfernsehen gestanden hatten und damit vor der Wahl zwischen einer Investition entweder in Geräte für Satelliten- oder Antennenempfang.⁷⁵ In diesem Zusammenhang merkte die Kommission an, dass die Zuschüsse deutlichen Einfluss auf diese Wahl der Empfangsform gehabt hatten, da sie die Investitionskosten für Geräte für terrestrisches Fernsehen (Decoder) minderten. Die Kommission stellte darüber hinaus fest, dass die Zuschüsse, wenn die Wahl einmal getroffen wurde, angesichts der für den Wechsel zwischen Plattformen anfallenden Kosten auch eine verhältnismäßig lang andauernde verzerrende Wirkung entfalten.

In diesem Zusammenhang ist hinzuzufügen, dass die Kommission am selben Tag eine weitere Entscheidung verabschiedete, in der sie die italienische Beihilfe für den Kauf von Digitaldecodern mit einer offenen Schnittstelle zur Anwendungsprogrammierung (*Application Programme Interface – API*) für vereinbar mit den Grundsätzen des Binnenmarktes erklärte.⁷⁶ Interessanterweise wurden die Zuschüsse im Gegensatz zur obigen Entscheidung insofern für „technologisch neutral“ befunden, als sie für Decoder aller digitalen Plattformen (Antenne, Kabel und Satellit) gewährt wurden, sofern diese interaktiv und interoperabel, also „offen“ im Gegensatz zu „proprietären“ Decodern waren.

73) Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 259 vom 1. August 2003, Gesetzbuch über die elektronische Kommunikation (*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*), Ital. ABl. Nr. 214 vom 15. September 2003.

74) Entscheidung 2007/374/EG der Kommission vom 24. Januar 2007 über die staatliche Beihilfe C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004), die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern gewährt hat (Aktenzeichen K(2006) 6634), ABl. L 147, 8. Juni 2007, S. 1-28.

75) Ebenda, Abs. 108.

76) Entscheidung der Kommission vom 24. Januar 2007 über die staatliche Beihilfe N 270/2006, die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern mit offener API gewährt hat (Aktenzeichen K(2006) 6630), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/214952/214952_649641_10_1.pdf

III. Distribution (Netzbetreiber)

1. Übertragungspflichten (Must-Carry)

Eines der Ziele lokaler Rundfunkgesetzgebung liegt im Schutz und der Förderung des lokalen und regionalen kulturellen Erbes. Dies wird unter anderem dadurch erreicht, dass ein Drittel der gesamten Übertragungskapazitäten lokalen Rundfunkveranstaltern vorbehalten ist.⁷⁷

Lokale Netzbetreiber, die Übertragungs- und Distributionsdienstleistungen für überregionale Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten bereitstellen möchten, müssen zudem folgende Einschränkungen beachten: i) die Übertragungskapazitäten, die überregionalen Anbietern angeboten werden, dürfen für jeden Multiplex nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um zwei landesweite Programme zu übertragen; ii) Übertragungskapazitäten dürfen keinem überregionalen Inhalteanbieter angeboten werden, der von einem überregionalen Netzanbieter kontrolliert wird oder mit einem solchen verbunden ist; iii) die Übertragungskapazitäten, die für die Übertragung überregionaler Inhalte verwendet werden, müssen mindestens 50 Prozent der Bevölkerung des Landes (80 Prozent nach Abschluss der Digitalumstellung) erreichen.⁷⁸

Das Verhältnis zwischen Netzbetreibern und Anbietern audiovisueller Mediendienste ist umfassend in der AGCOM-Digitalrundfunkregulierung geregelt.⁷⁹ Nationale Netzbetreiber, die Rechte an mindestens fünf Multiplexen haben, müssen 40 Prozent der Übertragungskapazitäten des fünften Multiplexes unabhängigen Inhalteanbietern anbieten.⁸⁰ Lokale Netzbetreiber müssen einen Teil ihrer Übertragungskapazitäten für mindestens zwei Programme lokalen Rundfunkveranstaltern anbieten, denen keine Rechte zur Nutzung von Funkfrequenzen gewährt wurden.⁸¹ Mit Ausnahme der obigen Anforderungen erfolgt die Bereitstellung von Übertragungskapazitäten an Inhalteanbieter durch Netzbetreiber auf der Grundlage kommerzieller Vereinbarungen, die der AGCOM für eine Vorabgenehmigung angezeigt werden müssen.⁸²

Die Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 34 von 2011, die in das Gesetz Nr. 75 von 2011 überführt wurde, verlangte von Funkfrequenzinhabern, einen Teil ihrer Übertragungskapazitäten, auf jeden Fall mindestens zwei Kanäle, lokalen Rundfunkveranstaltern, denen diese Nutzungsrechte nicht gewährt wurden, zur Verfügung zu stellen.⁸³ Art. 27 der AGCOM-Digitalrundfunkregulierung besagt, dass die mindestens zur Verfügung zu stellende Übertragungskapazität 6 Megabit und der Mietpreis 10-16 Euro-Cent pro Megabit betragen muss. Inhaber von Rundfunkfrequenzen in allen italienischen Regionen müssen der AGCOM ihre Preislisten für die Miete von Übertragungskapazitäten vorlegen. Diese Preislisten werden auf der AGCOM-Website veröffentlicht.⁸⁴ Lokale Rundfunkveranstalter, die Übertragungskapazitäten anmieten möchten, müssen diese Absicht der AGCOM anzeigen.

77) Art. 8 Abs. 2 konsolidiertes Gesetz.

78) AGCOM-Beschluss 353/11/CONS, Ital. ABL. vom 6. Juli 2011, Nr. 155 (im Folgenden: AGCOM-Digitalrundfunkregulierung), Art. 18 Abs. 3.

79) Siehe Artikel 26 der AGCOM-Digitalrundfunkregulierung.

80) Ebenda, Art. 26 Abs. 1.

81) Ebenda, Art. 26 Abs. 2.

82) Ebenda, Art. 26 Abs. 3 und 4.

83) Siehe Art. 4 der Verordnung mit Gesetzeskraft vom 31. März 2011, Nr. 34, Ital. ABL. vom 31. März 2011, Nr. 74, mit Änderungen überführt in Gesetz vom 26. Mai 2011, Nr. 75, Ital. ABL. vom 27. Mai 2011, Nr. 122. Diese Bestimmung wurde durch Art. 25 Abs. 2 der Verordnung mit Gesetzeskraft vom 6. Juli 2011, Nr. 98, Ital. ABL. vom 6. Juli 2011, Nr. 155, mit Änderungen überführt in Gesetz vom 15. Juli 2011, Nr. 111, Ital. ABL. vom 16. Juli 2011, Nr. 164, weiter geändert.

84) See www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=384

2. Weitere Zugangsverpflichtungen für Netzbetreiber

In ihrem Beschluss vom 20. Januar 2011⁸⁵ nahm die AGCOM eine Bewertung des „Markts 18“, also der Rundfunkübertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer vor.⁸⁶ Bei dieser Gelegenheit definierte die AGCOM sieben relevante Märkte: a) den landesweiten Markt für Fernsehübertragungsdienste über terrestrische Netze, b) den landesweiten Markt für Fernsehübertragungsdienste über terrestrische Netze nach dem DVB-H-Standard, c) den landesweiten Markt für Hörfunkübertragungsdienste über terrestrische Netze, d) den landesweiten Markt für Rundfunkübertragungsdienste über Telekommunikationsfestnetze, e) den transnationalen Markt für Rundfunkübertragungsdienste über Satellitennetze, f) den lokalen Markt für Fernsehübertragungsdienste über terrestrische Netze, g) den lokalen Markt für Hörfunkübertragungsdienste über terrestrische Netze.

Da die AGCOM andere Märkte festlegte, als im Anhang zur Empfehlung der Kommission 2007/879/EG aufgeführt sind, prüfte sie, ob diese Märkte sich durch i) Vorhandensein hoher und dauerhafter Eintrittsbarrieren, die struktureller (d. h. wegen erheblicher uneinbringlicher Kosten) oder rechtlicher/regulatorischer Natur (z. B. wegen Exklusivrechten oder administrativer Belastungen) sein können, ii) eine Marktstruktur, die im relevanten Zeithorizont keine Tendenz zu effektivem Wettbewerb zeigt, und iii) durch die Unzulänglichkeit des Wettbewerbsrechts, die betreffenden Marktversagen allein angemessen anzugehen, auszeichnen. Da diese drei Kriterien in keinem der sieben oben genannten Märkte insgesamt erfüllt waren, beschloss die AGCOM, keine weiteren Vorabregulierungsverpflichtungen einzuführen.

Um jedoch den Schutz von Marktersteinsteigern und kleineren Wettbewerbern zu gewährleisten und beherrschende Unternehmen im analogen Rundfunkmarkt davon abzuhalten, eine ähnliche Marktmacht im digitalen Rundfunkmarkt zu erlangen, entschied die AGCOM, die Regulierungsverpflichtungen für RAI und RTI aus dem AGCOM-Beschluss Nr. 159/08/CONS (in Bezug auf Analogrundfunk)⁸⁷ und AGCOM-Beschluss Nr. 181/09/CONS (in Bezug auf Digitalrundfunk)⁸⁸ beizubehalten, bis die Digitalumstellung abgeschlossen ist.

Der AGCOM-Beschluss Nr. 159/08/CONS verlangt insbesondere von RAI und RTI, übererregionalen analogen Rundfunkveranstaltern transparenten und diskriminierungsfreien Zugang zu ihrer Rundfunkübertragungsinfrastruktur zu gewähren. RAI und RTI müssen ein differenziertes Angebot der wirtschaftlichen und technischen Konditionen für den Zugang zu ihrer Infrastruktur vorlegen und darüber hinaus ein gesondertes Abrechnungssystem für ihre analogen Fernsehübertragungsdienste einführen.

Der AGCOM-Beschluss Nr. 181/09/CONS will wiederum den Zugang neuer Marktteilnehmer zu digitalen terrestrischen Rundfunknetzen fördern und voranbringen. Entsprechend sieht dieser Beschluss eine Verpflichtung für etablierte Betreiber vor, Übertragungsdienste zu einem kostenorientierten Preis für einen Zeitraum von fünf Jahren zur Verfügung zu stellen.

85) AGCOM-Beschluss 24/11/CONS, Ital. ABl. vom 19. Februar 2011, Nr. 41.

86) Siehe den Anhang zur Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EU L 114 8/05/2003, S. 45-49, Abs. 18.

87) AGCOM-Beschluss Nr. 159/08/CONS, Ital. ABl. vom 3. Mai 2008, Nr. 103.

88) Siehe Anhang A zum AGCOM-Beschluss Nr. 181/09/CONS, Ital. ABl. vom 30. April 2009, Nr. 99.



Mark D. Cole und Jenny Metzdorf*
Universität Luxemburg

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

1. Ansatz für öffentlich-rechtliche Medien

Eckstein des Rechtsrahmens für audiovisuelle Mediendienste ist das *Loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques*¹ (Gesetz vom 27. Juli 1991 über elektronische Medien²), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 8. April 2011. Aufgrund der großen Bandbreite an verschiedensprachigen Inhalten aus Medien der Nachbarländer und wegen der vielsprachigen Bevölkerung sowie der hohen Ausländerzahl in Luxemburg ist die Nachfrage nach „echten“ luxemburgischen Inhalten – und somit der Anreiz zum Aktivwerden für Diensteanbieter – eher eingeschränkt. Im Grundsatz ist die Idee des öffentlich-rechtlichen Fernsehens³ im Gesetz über elektronische Medien für den audiovisuellen Bereich nicht vorhanden, obgleich in der Praxis Vereinbarungen für die Gewährleistung öffentlich-rechtlicher Inhalte getroffen wurden. Für den Bereich Fernsehen legt das Gesetz über elektronische Medien fest, dass die Grundversorgung unter dem Dach des privaten Rundfunks gewährleistet wird: Gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. c bis e (oder entsprechend Art. 12 Abs. 2 lit. b, c und e) sollte der Privatrundfunk die Förderung der kulturellen und künstlerischen Kreativität oder die Übertragung soziokultureller Programme unterstützen. Vor allem sieht Art. 10 Abs. 2 vor, dass ein *cahier des charges* (Pflichtenheft) eine Verpflichtung enthalten kann, „entweder kurze tägliche Sendungen in Luxemburgisch auszustrahlen [...] oder dem Sender solche Programme zur Ausstrahlung zur Verfügung zu stellen“. Kurzum, die nationale Gesetzgebung unterscheidet nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten audiovisuellen Medien.

Der RTL-Konzern (CLT-UFA) als hauptsächlicher Inhaber von Fernsehlicenzen in Luxemburg hat sich dazu verpflichtet, besondere „Luxemburger“ Inhalte in seinen Programmen zu senden, womit er die Rolle eines „quasi öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters“ übernimmt, und zwar mit dem

* Der Autor ist Professor für Recht (Recht der neuen Informationstechnologien, Medien- und Kommunikationsrecht) an der Universität Luxemburg seit März 2007; die Autorin ist seine wissenschaftliche Mitarbeiterin im Projekt zur Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste und deren Umsetzung in den 27 EU-Mitgliedstaaten. Weiterführende Informationen unter: www.medialaw.lu

1) *Loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques*, Mém. [Luxemburger Amtsblatt] A – 47 vom 30. Juli 1991, S. 972, geändert durch das Gesetz vom 2. Februar 2001, Mém. A – 42 vom 17. April 2001, S. 924, Gesetz vom 19. Dezember 2003, Mém. A – 189 vom 31. Dezember 2003, S. 3990, Gesetz vom 8. Juni 2004, Mém. A – 85 vom 8. Juni 2004, S. 1202, Gesetz vom 23. April 2008, Mém. A – 55 vom 29. April 2008, S. 760, Gesetz vom 17. Dezember 2010, Mém. A – 241 vom 24. Dezember 2010 und Gesetz vom 8. April 2011, Mém. A – 69 vom 12. April 2011; konsolidierte Fassung, Stand 2012, abrufbar unter: www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/compilation/code_administratif/VOL_5/PRESSE.pdf

2) Eine englische Übersetzung des abgestimmten Gesetzes über elektronische Medien sowie eine Reihe weiterer relevanter Gesetze siehe unter www.medialaw.lu in der Rubrik „Texts“.

3) Im Gegensatz zur Fernsehlandschaft in Luxemburg gibt es jedoch einen echten öffentlich-rechtlichen Radiosender, der durch Art. 14 des Gesetzes über elektronische Medien eingerichtet wurde. Er ist heute als Radio 100,7 bekannt und hat die Förderung kultureller und künstlerischer Programme im Hinblick auf die Stärkung der kulturellen Identität Luxemburgs, seiner Sprache und Geschichte zum Ziel. Siehe www.100komma7.lu

Ziel, verschiedenartige und vielfältige Informationen zu gewährleisten. Der Rundfunkveranstalter hat eine Rahmenvereinbarung⁴ mit der Regierung geschlossen (zuletzt im Jahre 2007 für den Zeitraum bis 2020 verlängert), um mindestens ein tägliches Fernsehprogramm zu senden, das seinen Schwerpunkt auf allgemeine Nachrichten und die Ausstrahlung von Informationen legt, die als gesellschaftlich wichtig erachtet werden.⁵ Das Programm muss am frühen Abend in Luxemburgisch gesendet werden und umfasst zurzeit eine Jugendsendung, eine tägliche Nachrichtensendung und ein Magazin.⁶ Diese Inhalte werden später am Abend mit französischen Untertiteln wiederholt. Das Programm läuft zurzeit zwei Stunden und überschreitet damit die vertragliche Verpflichtung von einer halben Stunde.⁷ Darüber hinaus verpflichtet sich RTL, andere Aspekte des Luxemburger Lebens abzudecken (Kultur, Sport oder Informationen für andere Sprachgruppen wie zum Beispiel Portugiesisch) sowie Ereignisse, die als gesellschaftlich wichtig erachtet werden.⁸ Im Gegenzug für sein Engagement profitiert RTL von ihm durch die Regierung eingeräumten Vorteilen, die ausreichende Einkünfte ermöglichen und auch eine Reihe von Lizenzen für Fernseh- und Radioprogramme umfassen. Die Struktur des Luxemburger Marktes und der Mangel an Wettbewerbern nennenswerter Größe führt zu RTLs Monopolstellung als „nationaler“ privater Sender. RTL steht jedoch im Wettbewerb mit einer hohen Zahl ausländischer Programme, die große Zuschaueranteile in Luxemburg erreichen. Infolgedessen werden die Einkünfte, die auf dem Luxemburger Markt für Fernsehen mit Werbung erzielt werden können und die nicht international investiert werden, üblicherweise RTL zugewiesen. Im Gegensatz dazu erhält RTL keine spezielle Finanzierung (wie zum Beispiel in Form einer Lizenzgebühr).

Der Luxemburger Ansatz zeigt, dass relevante Marktteilnehmer wie RTL eine besondere Verantwortung (bei der Erfüllung des Grundversorgungsauftrags) in Märkten mit besonderen Bedingungen besitzen; allerdings könnten ähnliche, doch weniger umfangreiche Verpflichtungen anderen Diensteanbietern ebenso auferlegt werden. Aus diesem Grund ermächtigt das Gesetz über elektronische Medien die Regierung zur Festlegung bestimmter Bedingungen im Pflichtenheft, das jeder Lizenz beigefügt wird (siehe I.2 zum Luxemburger System der Lizenzvergabe).

2. Regulierung des Markteintritts

Das Gesetz über elektronische Medien schreibt Lizenzverfahren für verschiedene Arten von Rundfunkdiensten vor, für nichtlineare Dienste und ausschließlich im Internet angebotene Fernsehdienste ein Mitteilungsverfahren. Nach Art. 3 Abs. 1 muss für alle Rundfunkdienste eine Lizenz vorliegen.⁹ Das Gesetz unterscheidet generell zwischen Fernsehen mit internationaler Reichweite (vgl. Art. 8–10) und Fernsehen für ein Luxemburger Publikum (Art. 12). Es unterscheidet weiterhin zwischen verschiedenen Übertragungsarten, das heißt über Satellit (Art. 20, 21), Kabel (Art. 22, 23), Digitalmultiplex (Art. 19bis) oder andere Formen (Art. 23bis).

Rundfunklizenzen werden vom für Medien zuständigen Minister durch Ministerialbeschluss vergeben. Der Minister ist zur Beratung mit der *Commission indépendante de la radiodiffusion* (Unabhängige Rundfunkkommission – CIR) verpflichtet, welche die Regierung bei der Zuweisung von Lizenzen jedweder Art für audiovisuelle Mediendienste berät (Art. 12 Abs. 1). Die Stellungnahme der CIR ist unverbindlich. Die Lizenzen für audiovisuelle Mediendienste werden nachfolgend von anderen zuständigen Kontrollbehörden überwacht, die wichtigsten sind der *Service des médias et des communications* (Medien- und Kommunikationsdienst – SMC) und der *Conseil national des programmes* (Nationaler Programmrat – CNP).

Gemäß Art. 3 Abs. 2 werden Lizenzen durch öffentliche Ausschreibung vergeben. Mit jeder Lizenz geht ein Pflichtenheft einher, das dem Lizenznehmer besondere Anforderungen auferlegt (Art. 3

4) Siehe die Rahmenvereinbarung zwischen CLT-UFA und der Luxemburger Regierung, Grundregeln für eine Grundversorgung, abrufbar unter: www.mediacom.public.lu/medias/television/concessions_programmes/concession_2007/ReglesdebaseSP.pdf

5) Siehe Rahmenvereinbarung, 3.a), S. 4.

6) Siehe auch www.cna.public.lu/film/television/index.html

7) Siehe Rahmenvereinbarung, 3.a), S. 4.

8) Siehe Rahmenvereinbarung, 3.a), S. 4.

9) Abweichend vom tatsächlichen Wortlaut des Gesetzes über elektronische Medien, das die Begriffe Lizenz, Genehmigung und Konzession verwendet, haben die Herausgeber den Begriff „Lizenz“ zur besseren Lesbarkeit und Vereinfachung eingeführt.

Abs. 3).¹⁰ In diesem Kontext enthält das Gesetz über elektronische Medien keine ausdrückliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Marktmacht eines Bewerbers. Es sieht jedoch die Möglichkeit vor, das Pflichtenheft einzusetzen, um Informationen über Eigentumsverhältnisse anzufordern und Bedingungen für die Ausweitung der Lizenz auf alle Arten audiovisueller Mediendienste detailliert festzulegen, für die der Diensteanbieter eine Lizenz benötigt. Die Regierung kann aktiv die Struktur eines Unternehmens mit marktbeherrschender Stellung bestimmen, indem sie Grenzen für die Verbindung mit anderen Unternehmen setzt und/oder die Gesellschaftssatzung überprüft.

Die folgenden möglichen Faktoren für das Pflichtenheft werden im Gesetz über elektronische Medien umrissen:

- Zugangsbedingungen für Wettbewerber zu den Einrichtungen des Lizenznehmers (Art. 10 Abs. 1 lit. f; Art. 12 Abs. 2 lit. f);
- das Recht der Regierung auf Informationen über das Unternehmen des Lizenznehmers und seine Anteilseigner (Art. 10 Abs. 1 lit. i; Art. 12 Abs. 2 lit. h; Art. 20 Abs. 7 lit. c; Art. 21 Abs. 5 lit. f);
- Überwachungsrechte (Art. 10 Abs. 1 lit. j; Art. 12 Abs. 2 lit. i; Art. 20 Abs. 7 lit. d; Art. 21 Abs. 5 lit. g) und
- die Bedingungen, nach denen der Lizenznehmer andere Unternehmen bei der Nutzung der Lizenz einbinden kann (Art. 10 Abs. 1 lit. l; Art. 12 Abs. 2 lit. l; Art. 20 Abs. 7 lit. g; Art. 21 Abs. 5 lit. i).

Die Regierung kann folglich bei der Entscheidung über den Lizenzantrag für lineare Mediendienste eine Voraburteilung auf der Grundlage einiger Aspekte des Wettbewerbsrechtes durchführen.¹¹

Einige elektronische Mediendienste – nämlich ausschließlich im Internet angebotene Fernsehdienste, die auf keine andere Weise ausgestrahlt werden (Art. 23bis), und audiovisuelle Abrufmediendienste (Art. 23ter) – müssen nur angezeigt werden. Eine Anzeigepflicht besteht auch bei audiovisuellen Mediendiensten aus Drittländern (das heißt außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes), die eine Satellitensendeanlage in Luxemburg oder (unter bestimmten Bedingungen) luxemburgische Satellitenkapazitäten nutzen (Art. 23quater). Bei der Anzeige muss der Diensteanbieter bestimmte Informationen vorlegen, wie zum Beispiel den Namen und eine Beschreibung des Dienstes sowie den geplanten Starttermin. Im Gegensatz zum Fernsehen wird kein Pflichtenheft auferlegt, weil die Anzeige ein einseitiger Prozess ist und keine Antwort der Regierung voraussetzt.

3. Medienkonzentrationsregelungen (Regelungen zu Eigentumsverhältnissen)

Auf der Grundlage der Kriterien in Art. 1 Abs. 1 lit. a (i) der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie)¹² definiert Art. 2 Abs. 14 des Gesetzes über elektronische Medien den audiovisuellen Mediendienst als eine „Dienstleistung, für die ein Diensteanbieter die

10) Siehe auch die entsprechenden Vorschriften: *Règlement grand-ducal du 17 mars 1993 déterminant les modalités d'attribution des permissions pour les programmes de télévision et de télétexte diffusé et programmes y assimilés, ainsi que les règles générales gouvernant ces permissions et les cahiers de charges qui leur sont assortis*, Mém. A – 28 vom 13. April 1993, S. 482, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1993/0028/a028.pdf#page=4, geändert durch *Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010*, Mém. A – 241 vom 24. Dezember 2010, S. 4035, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=13; *Règlement grand-ducal du 21 janvier 1993 fixant les modalités selon lesquelles le Gouvernement accorde les concessions pour les programmes luxembourgeois par satellite, ainsi que les règles générales gouvernant ces concessions et les cahiers de charges qui leur sont assortis*, Mém. A – 8 vom 10. Februar 1993, S. 153, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1993/0008/a008.pdf#page=5, geändert durch *Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010*, Mém. A – 241 vom 24. Dezember 2010, S. 4036, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=14; *Règlement grand-ducal du 17 mars 1993 fixant les modalités selon lesquelles le Gouvernement accorde les concessions pour programmes luxembourgeois par câble, ainsi que les règles générales gouvernant ces concessions et les cahiers de charges qui leur sont assortis*, Mém. A – 28 vom 13. April 1993, S. 482, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1993/0028/a028.pdf#page=4, geändert durch *Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010*, Mém. A – 241 vom 24. Dezember 2010, S. 4037, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=15

11) Gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über elektronische Medien überwachen Regierungskommissare die Tätigkeiten bestimmter Lizenznehmer. Der Regierungskommissar ist somit während der gesamten Lizenzlaufzeit über Änderungen innerhalb des Unternehmens (etwa geplante Unternehmenszusammenschlüsse) oder Änderungen im betreffenden Markt informiert.

12) Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, kodifizierte Fassung, ABL., L 95 vom 15. April 2010, S. 1.

redaktionelle Verantwortung trägt und deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit oder die Bereitstellung kommerzieller Kommunikation über elektronische Kommunikationsnetze ist“. Mehrere dieser Kriterien wie Sendung (Art. 2 Abs. 10 Gesetz über elektronische Medien) und redaktionelle Verantwortung (Art. 2 Abs. 13 Gesetz über elektronische Medien) werden weitergehend definiert. Der letzte Teilsatz von Art. 2 Abs. 14 betont, dass ein audiovisueller Mediendienst, außer kommerzieller Kommunikation, die Form eines Fernsehprogramms oder eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf einnehmen kann – also linearer und nichtlinearer Dienst gemäß der AVMD-Richtlinie. Beide Begriffe werden in Art. 2 Abs. 15 und 20 näher erläutert. Da der Hauptzweck dieses Gesetzes die Umsetzung der AVMD-Richtlinie (und zuvor der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“) war, enthält es keine besonderen Regelungen zur Kontrolle der Marktmacht. Das Gesetz über elektronische Medien macht auch keine Angaben zu der Frage, wie die einschlägigen Märkte bei der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts definiert werden können.

Auch wenn kein direkter Bezug auf die Marktmacht genommen wird, kann man zwei Punkte dennoch ansprechen: Erstens stellen mehrere Definitionen von Art. 2 ebenso wie auch andere Bestimmungen (zum Beispiel Art. 9 Abs. 3 über international empfangbaren luxemburgischen Rundfunk oder Art. 21 Abs. 4 über luxemburgische Satellitendienste) klar, dass zur Erlangung einer Fernsehlizenz der Dienstanbieter nach luxemburgischem Recht eingetragen sein muss. Das Erfordernis eines Unternehmenssitzes in Luxemburg aber schließt weitere grenzüberschreitende Eigentumsbeschränkungen per se aus. Zweitens war im Gesetz über elektronische Medien für den Fernsehbereich niemals eine Regelung zur horizontalen Eigentumsbeschränkung enthalten, während die Urfassung von 1991 die Eigentumsrechte bei **Radioprogrammen** innerhalb eines Sendeverbunds sehr wohl beschränkte. Für das Radio verbot Art. 18 Abs. 2 (in der Urfassung) mehr als eine Lizenz pro Inhaber sowie Anteilseigentum von mehr als 25 Prozent der Aktien einschließlich unmittelbarer und mittelbarer Stimmrechte. Diese Bestimmung wurde später abgeschafft.

4. Die Beziehung zwischen den medienpezifischen Regelungen und der Anwendung des Wettbewerbsrechtes

Das Luxemburger Wettbewerbsrecht regelt keine Unternehmenszusammenschlüsse. Stattdessen werden Unternehmenszusammenschlüsse in unmittelbarer Anwendung des EU-Fusionsrechtes genehmigt oder verboten. Die allgemeinen Wettbewerbsregelungen sind im *Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence*¹³ festgelegt (Gesetz vom 23. Oktober 2011 über den Wettbewerb – Wettbewerbsgesetz), welches allerdings den Medienbereich nicht eigens behandelt. Gemäß Art. 1 Wettbewerbsgesetz findet es auf alle Tätigkeiten der Herstellung und des Vertriebs von Produkten und die Erbringung von Dienstleistungen Anwendung, auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Da der Vertrieb und die Übertragung von Mediendiensten offenkundig in den Umfang der Erbringung von Dienstleistungen fallen, ist das Wettbewerbsgesetz auf diesen Markt anwendbar.

Das erste Kapitel dieses Gesetzes erläutert die wesentlichen Bestimmungen für die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs. Das Wettbewerbsgesetz verbietet abgestimmte Verhaltensweisen (Art. 3 mit Ausnahme von in Art. 4 aufgeführten Verhaltensweisen) und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 5). Missbräuchliche Methoden im Sinne von Art. 5 Wettbewerbsgesetz sind vor allem die Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen, die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung, die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen und die der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Diese Bestimmung des Luxemburger Wettbewerbsrechtes ähnelt deutlich Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Weil es keine medienpezifische Regulierung der Marktmacht gibt, dient das Wettbewerbsgesetz als vorrangiges Werkzeug zur Begrenzung des Marktverhaltens marktbeherrschender Unternehmen. Eine jede Einschätzung der Marktmacht von Mediendiensteanbietern wird unter seinem allgemeinen Rahmen durchgeführt.

13) *Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence*, Mém. A – 218 vom 28. Oktober 2011, S. 3756, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2011/0218/a218.pdf#page=2

Audiovisuelle kommerzielle Kommunikation wird in Art. 27bis und 28 des Gesetzes über elektronische Medien und durch eine Großherzogliche Verordnung geregelt.¹⁴ Weder die gesetzlichen Bestimmungen noch die Verordnung geben Hinweise zur Definition des Marktes für Werbung. Der wesentliche Teil der aus Werbung erzielten Einkünfte wird von RTL eingenommen, weil RTL eine marktbeherrschende Stellung auf dem luxemburgischen Binnenmarkt einnimmt und auch zugestimmt hat, ein Grundversorgungsprogramm zu senden. In seiner Funktion als Anbieter öffentlich-rechtlicher Inhalte darf RTL – innerhalb bestimmter Grenzen und unter Ausschluss einiger Werbesektoren – Werbung senden, die sich unmittelbar an das ortsansässige Publikum richtet.¹⁵ Dies wiederum verstärkt die einzigartige Stellung, die RTL in Luxemburg aufgrund der Marktstruktur einnimmt. Darüber hinaus wurde mit Art. 34 Abs. 4 des Gesetzes über elektronische Medien die *Commission chargée de surveiller l'évolution du marché publicitaire* (Kommission für die Überwachung der Werbemarktentwicklung) eingerichtet, ein Ausschuss, der die Auswirkungen neuer Radio- und Fernsehprogramme auf die Werberessourcen der Printmedien bewerten soll. Um dem Ausschuss die Durchführung seiner Aufgabe zu ermöglichen, überwacht der SMC den Werbemarkt und sammelt Daten.¹⁶ Fernsehwerbung beläuft sich auf etwa 9 Prozent des Gesamtwerbemarkts (Bruttoinvestitionen), der Werbung in Tages- und Wochenzeitungen und (periodischen) Zeitschriften, im Fernsehen und Radio, sowie Plakat- und Kinowerbung umfasst. Etwa zwei Drittel der Investitionen in die Werbung werden in verschiedenen Formen der Printmedien geschaltet. Zur Sicherstellung der Entwicklung des Pressebereichs regt die Rahmenvereinbarung zwischen der Regierung und RTL den Sender zur Zusammenarbeit mit den Printmedien an.¹⁷

5. Angebotspflichten (Must-Offer, Archivzugang)

Das Gesetz über elektronische Medien erwähnt weder ausdrücklich Angebotspflichten noch die Verpflichtung zur Öffnung von Archiven für Wettbewerber. Doch kann das Pflichtenheft für jeden Lizenznehmer auf in diesem Zusammenhang relevante Verpflichtungen Bezug nehmen:

- Art. 10 Abs. 1 lit. f und Art. 12 Abs. 2 lit. f ermächtigen die zuständige Regulierungsbehörde, im Pflichtenheft festzulegen, unter welchen Bedingungen der Lizenznehmer seine Einrichtungen für andere Fernsehangebote zur Verfügung stellen darf. Dies kann so ausgelegt werden, dass nicht nur die Nutzung von Übertragungskapazitäten, sondern auch die Einsicht in Archive eingeschlossen ist.
- Bezüglich Satellitenausstrahlung schreibt Art. 20 Abs. 7 lit. e sogar vor, dass das Pflichtenheft „inhaltliche Beschränkungen“ für die verbreiteten Mediendienste enthalten kann.
- Gleichermaßen erwähnt Art. 10 Abs. 1 lit. e, der international verbreitete luxemburgische Rundfunkdienste betrifft, „Bedingungen, unter denen [...] luxemburgische soziokulturelle Programme“ ausgestrahlt werden.

Lizenzvergabebehörden können diese Bestimmungen anwenden, um den Sendern mit beträchtlicher Marktmacht inhaltliche Anforderungen im Sinne von Pflichtangeboten oder Übertragungspflichten aufzuerlegen. Diese inhaltlichen Anforderungen müssen für alle betroffenen Mediendienstanbieter jeweils einzeln spezifiziert werden, weil die Bestimmungen keine allgemeine Verpflichtung darstellen.

Gemäß Nr. 1.h) der Rahmenvereinbarung besitzt jedermann mit rechtmäßigem Interesse ein Recht auf Zugang zu den CLT-UFA-Archiven, die vom *Centre National de l'Audiovisuel* (Nationales Audiovisuelles Zentrum – CNA) unterhalten werden. Das CNA ist gemäß Art. 18 des *Loi du 25 juin 2004 portant*

14) *Règlement grand-ducal du 5 avril 2001 fixant les règles applicables en matière de publicité, de parrainage, de télé-achat et d'autopromotion dans les programmes de télévision réputés relever de la compétence du Luxembourg conformément à la directive européenne modifiée « Télévision sans frontières »,* Mém. A – 42 vom 17. April 2001, S. 936, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2001/0042/a042.pdf#page=14, geändert durch *Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010*, Mém. A – 241 vom 24. Dezember 2010, S. 4039, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=2. Eine englische Übersetzung der geänderten Verordnung ist abrufbar unter: www.medialaw.lu. Dort gibt es auch eine konsolidierte Fassung der Verordnung.

15) Siehe Rahmenvereinbarung zwischen CLT-UFA und der Luxemburger Regierung, *Règles de base concernant le service public*, 3.b), S. 5, abrufbar unter: www.mediacom.public.lu/medias/television/concessions_programmes/concession_2007/ReglesdebaseSP.pdf

16) Siehe zu den Tabellen 2010: www.mediacom.public.lu/medias/marche_publicitaire/index.html

17) Siehe Rahmenvereinbarung, 1.d), S. 2.

*réorganisation des instituts culturels de l'Etat*¹⁸ (Gesetz vom 25. Juni 2004 über die Neuorganisation der Nationalen Kulturinstitute) allgemein berechtigt, das kulturelle Erbe zu archivieren, das Inhalte aus den Bereichen Audio, Film und Fernsehen oder Fotografie umfasst. Was Fernsehsendungen betrifft, hat das CNA 16.000 Filme in einer Datenbank gesammelt, die auch die luxemburgischen Programme einschließt.¹⁹ Insgesamt enthält das Gesetz über elektronische Medien keine allgemeinen Pflichtangebote, die auf alle Mediendiensteanbieter anwendbar sind. Stattdessen können solche Verpflichtungen im Verfahren der Lizenzvergabe für lineare Mediendienste entstehen.

6. Sonderregelungen bezüglich der Marktmacht für Dienste, die Nutzung oder Empfang unterstützen oder vereinfachen

Das Gesetz über elektronische Medien enthält keine ausdrücklichen Regelungen für unterstützende Dienste. Art. 2 Abs. 32 des *Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques*²⁰ (Gesetz von Februar 2011 über die elektronischen Netze und Kommunikationsdienste – nachfolgend: EKND-Gesetz) definiert solche Dienste, die mit einem elektronischen Kommunikationsnetzwerk oder -dienst verbunden sind, dessen Bereitstellung sie ermöglichen oder unterstützen (*services associés* – zugehörige Dienste). In diesem Kontext kann das *Institut Luxembourgeois de Régulation* (Luxemburgisches Regulierungsinstitut – ILR), die in Luxemburg für Telekommunikation zuständige Regulierungsbehörde, Unternehmen mit einer beträchtlichen Marktmacht Verpflichtungen auferlegen, um die Verbindungsfähigkeit von Teilnehmer zu Teilnehmer, die Kompatibilität von Netzen und Diensten und die Dienstzugänglichkeit für Digitalrundfunk-Nutzer sicherzustellen; dazu gehören auch der Zugang zu Programmierschnittstellen und Elektronischen Programmführern (EPGs) (Art. 24 EKND-Gesetz). Konkret legt Art. 24 lit. c fest, dass das ILR von marktbeherrschenden Unternehmen fordern kann, den Zugang zu EPGs zu fairen, vernünftigen und nicht diskriminierenden Bedingungen zu gewähren.

Auf ähnliche Weise müssen Betreiber von Zugangsberechtigungssystemen für das Digitalfernsehen allen Sendern zu fairen, vernünftigen und nicht diskriminierenden Bedingungen den Zugang zu technischen Diensten anbieten (wie etwa Decodern), die ihrerseits Zuschauern den Digitalfernsehempfang ermöglichen. Im Detail kann das ILR von Anbietern Folgendes fordern:

- Bereitstellung technischer Dienste auf einer fairen, vernünftigen und nicht diskriminierenden Grundlage, sodass berechtigte Zuschauer mittels Decoder Zugang zum Dienst erlangen (Art. 26 Abs. 2 lit. a);
- Einrichtung einer gesonderten Buchführung für ihre Tätigkeit als Anbieter einer Zugangsberechtigung (Art. 26 Abs. 2 lit. b);
- Lizenzvergabe an Hersteller von Geräten für Endverbraucher (etwa Decoder), ohne den Einbau eines Common Interface (CI – allgemeine Schnittstelle zur Verbindung mit anderen Zugangssystemen oder Modulen für andere Zugangssysteme) zu verbieten, verhindern oder erschweren.

Auf die Marktmacht eines Unternehmens wird also in mehreren Vorschriften zu Diensten, die die Übertragung audiovisueller Mediendienste unterstützen oder vereinfachen Bezug genommen. Es sind jedoch Kann-Bestimmungen, die es ins Ermessen der Regulierungsbehörde legen, ob sie unter Berücksichtigung des Marktes marktbeherrschenden Unternehmen Zugangsverpflichtungen auferlegt.

II. Plattformanbieter und Konvergenzdienste

Das Gesetz über elektronische Medien reguliert den Betrieb von Plattformen, die elektronische Medieninhalte verbreiten. Ein lizenzierter Betreiber eines Satellitensystems ist dazu berechtigt, seine Kapazitäten zur Verfügung zu stellen und sie entsprechend zuzuweisen. Der Lizenznehmer muss die Regierung über die Nutzer der Kapazität informieren, das heißt, über das Paket an übertragenen und

18) *Loi du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'Etat*, Mém. A – 120 vom 15. Juli 2004, S. 1797, abrufbar unter: www.cna.public.lu/legislation/base-legale/Loi_2004_06_25.pdf

19) Siehe die Website des *Centre National de l'Audiovisuel* unter: www.cna.public.lu/fr/fonds-archives/film-tv/index.html

20) *Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques*, Mém. A – 43 vom 8. März 2011, S. 610, abrufbar unter: www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2011/0043/a043.pdf

angebotenen Mediendiensten (Art. 20 Abs. 5). Die Regierung kann bestimmten Verträgen mit Blick auf die Identität und Eignung der Nutzer der Satellitenkapazität widersprechen. Darüber hinaus ist eine Satellitenlizenz mit einem Pflichtenheft verbunden, welches die Regierung auferlegen kann (Art. 20 Abs. 7).

Für die generell durch das EKND-Gesetz geregelten Kabelnetze führt das Gesetz über elektronische Medien bestimmte Vorschriften näher aus. Gemäß Art. 22 Abs. 4 und 5 darf das Netz nur Rundfunkangebote übertragen, die entweder eine Luxemburger Lizenz besitzen oder – im Falle ausländischer Angebote – nicht ausdrücklich verboten sind. Darüber hinaus könnten die Regulierer eine Verordnung erlassen, der zufolge die Übertragung bestimmter Luxemburger Angebote Vorrang erhält. Derzeit gibt es keine solche Verordnung, doch eine Durchführungsverordnung für Kabeldienste sieht Bedingungen vor, die in das den Lizenzvertrag begleitende Pflichtenheft aufgenommen werden und die zu demselben Zweck verwendet werden könnten.²¹

Darüber hinaus legt das EKND-Gesetz Maßnahmen gegen die Bündelung von Diensten durch Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht fest. Gemäß Art. 29 kann das ILR von marktbeherrschenden Unternehmen die Veröffentlichung ihrer AGB für (Teile des) entbündelten Zugangs zu ihren Diensten (sogenanntes „Standardangebot“) verlangen. Betreiber müssen ihre Dienste so anbieten, dass sichergestellt ist, dass Dritte nicht für Dienste oder Ressourcen zahlen, die für den ursprünglichen Dienst unnötig oder irrelevant sind. Sie müssen die Bedingungen und Preise für verschiedene Bestandteile ihrer Dienste angeben. Art. 29 Abs. 2 listet zwingende Bestandteile für das Standardangebot auf; dazu gehören auch der entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss und Informationen über die Auswahl von Netzbetreibern und andere wichtige technische Modalitäten. Das ILR hat zum Beispiel mehrere Verordnungen veröffentlicht, welche das Luxemburgische Amt für Post und Telekommunikation (P&T) als den etablierten Betreiber feststellen und Inhalt und Form der Standardangebote insbesondere für die Bereiche entbündelter Zugang, Kollokation und DSL weiter ausführen.²²

Gleichermaßen kann das ILR gemäß Art. 32 lit. a EKND-Gesetz marktbeherrschende Unternehmen dazu verpflichten, den Zugang zum Teilnehmeranschluss zu öffnen und die Nutzung besonderer Netzeinrichtungen und entbündelter Elemente zu erlauben. Diese Verpflichtung kann die Gewährung des Zugangs zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen für die Kompatibilität der Dienste oder Netze wichtigen Schlüsseltechnologien zur Folge haben (Art. 32 lit. e). Im Interesse der Nutzer soll die Kompatibilität von Diensten gewährleistet (Art. 32 lit. g) und die Verbindungsfähigkeit von Teilnehmer zu Teilnehmer erreicht werden. Insgesamt besitzt das ILR einen deutlich definierten Ermessensspielraum, um auf der Grundlage der realen Marktsituation in die Geschäftsentscheidungen von Anbietern gebündelter Produkte eingreifen zu können.

III. Verbreitung (Netzbetreiber)

Der Luxemburger Markt für Telekommunikation ist ähnlich wie der Sektor für audiovisuelle Mediendienste strukturiert. Es gibt nur wenige Marktteilnehmer, von denen einige eine beträchtliche Marktmacht besitzen. Der wesentliche Marktteilnehmer ist P&T, ein zu 100 Prozent staatliches Unternehmen mit privater Organisationsstruktur. P&T erbringt sowohl Post- als auch Telekommunikationsdienstleistungen. Seit 2008 bietet es als zugehörige Dienste online Abrufvideos und einen EPG an. Darüber hinaus hat P&T mehrere Fernsehsenderpakete und Bezahlfernsehkanäle wie Sky (sogar 3-D-Ausstrahlung) im Angebot.²³ Die Marktdurchdringung von P&T im Bereich audiovisueller Mediendienste ist insbesondere im Lichte der Regelungen zur vertikalen Integration beträchtlich.

21) Großherzogliche Verordnung vom 17. März 1993, geändert durch Großherzogliche Verordnung vom 17. Dezember 2010.

22) Siehe *Règlement 08/128/ILR* vom 11. April 2008 (Standardangebot Entbündelung und Standardangebot Kollokation der P&T für 2007 und 2008), *Mém. A* – 171 vom 5. August 2008, S. 1798, abrufbar unter: www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2008/0117/a117.pdf#page=2; *Règlement 08/133/ILR* vom 18. Juli 2008, abrufbar unter: www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2008/0121/a121.pdf#page=2; *Règlement 09/143/ILR* vom 23. Juli 2009 (Standardangebot Verbundfähigkeit der P&T für 2007), *Mém. A* – 178 vom 10. August 2009, S. 2577, abrufbar unter: www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2009/0178/a178.pdf#page=3. Siehe auch *Décision 11/156/ILR* vom 29. Juli 2011 (Standardangebot DSL), abrufbar unter: www.ilr.public.lu/communications_electroniques/decisions/2011/E11156ILR.pdf

23) Zum Abrufvideo-Angebot siehe www.tele.lu/ger/Catalog, zum EPG „TV Guide“ siehe [www.tele.lu/ger/EPG/German-I/\(day\)/0](http://www.tele.lu/ger/EPG/German-I/(day)/0), zu den Senderpaketen siehe www.tele.lu/ger/Service

Das EKND-Gesetz enthält die relevanten Regeln für Netzbetreiber und setzt verschiedene Aspekte des EU-Telekom-Pakets von 2002 in der Fassung von 2009 um.²⁴ Sein Ziel ist, ein Wettbewerbsumfeld für den Telekommunikationssektor zu schaffen, indem es den Zugang zu Diensten und die Zusammenschaltung von Netzen zugunsten der Nutzer reguliert (Art. 1). Elektronische Kommunikationsdienste müssen angezeigt werden (Art. 8), und diese Mitteilungen werden auf der Website der zuständigen Behörde – des ILR – veröffentlicht (Art. 8, 9).

Ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (*entreprise puissante sur le marché*) entspricht einem Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung (Art. 2 Abs. 13 EKND-Gesetz). Der Begriff „marktbeherrschende Stellung“ beinhaltet, dass dieses Unternehmen sein Geschäft unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern führen kann. Darüber hinaus sieht Art. 2 Abs. 13 auch die Möglichkeit für Unternehmen an, ihre Marktmacht vom Primärmarkt auf einen Sekundärmarkt zu verlagern und damit ihre Stellung insgesamt weiter zu stärken.

Im Einklang mit der Empfehlung der Europäischen Kommission von 2007²⁵ führt das ILR Marktbewertungen zur Ermittlung von Betreibern durch, die für die Vorabregulierung gemäß Richtlinie 2002/21/EG²⁶ in Betracht kommen (Art. 17 EKND-Gesetz).²⁷ Zur Einschätzung, ob ein Markt durch wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet ist und ob ein Unternehmen oder mehrere Unternehmen eine beträchtliche Marktmacht innehaben, berücksichtigt das ILR unter anderem die folgenden in Art. 19 Abs. 2 aufgeführten Kriterien:

- niedrige Nachfrageelastizität;
- ähnliche Marktanteile der betroffenen Unternehmen;
- hohe rechtliche oder wirtschaftliche Zugangshindernisse;
- vertikale Integration einschließlich kollektiver Lieferweigerung;
- mangelnde ausgleichende Kaufkraft und
- mangelndes Wettbewerbspotenzial.

Ist das ILR der Auffassung, dass ein Unternehmen auf dem relevanten Markt marktbeherrschend ist, kann es gemäß Art. 20 EKND-Gesetz dem Unternehmen Verpflichtungen auferlegen oder aufgrund früherer Marktstudien ausgesprochene Verpflichtungen beibehalten oder ändern.

Das ILR hat in seinem Beschluss von 1999 Kriterien für die Bewertung der Bedeutung eines Marktteilnehmers auf einem bestimmten Markt dargelegt.²⁸ Zu der Zeit war die Grundlage für diesen Beschluss Art. 21 des *Loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications* (Gesetz vom 21. März 1997 über die Telekommunikation), das mittlerweile durch das Gesetz vom 27. Februar 2011 über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste ersetzt wurde, doch es scheint, dass die Kriterien weiterhin gelten. Es wird angenommen, dass ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht besitzt, wenn es einen Marktanteil von mindestens 25 Prozent im relevanten Markt hat. Der Prozentsatz errechnet sich auf Grundlage des Umsatzes des betroffenen Betreibers, der mit dem gesamten Umsatz im relevanten Markt verglichen wird. Das ILR stellte klar, dass die Anwendung des Kriteriums nicht absolut ist, sondern einen gewissen Ermessensspielraum ermöglicht. In seinem Beschluss hat das ILR auch vier relevante Märkte im Markt für Telekommunikation ermittelt: den Markt für öffentliche Telekommunikationsnetze und/oder Sprachtelefonie, den Markt für Festnetzverbindungen (Mietleitungen), den Markt für Mobilfunknetze und -dienste und den Markt für Zusammenschaltung.

24) Zum Überblick über die auf der Ebene der Europäischen Union verabschiedeten Rechtsinstrumente siehe http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/legislative_framework/index_de.htm

25) Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABL. L 344 vom 28. Dezember 2007, S. 65.

26) Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABL. L 108 vom 24. April 2002, S. 33, nun geändert durch Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinien 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, 2002/19/EG über Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABL. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 37.

27) Zu aktuellen Marktstudien des ILR im Bereich der elektronischen Kommunikation siehe www.ilr.public.lu/communications_electroniques/analysesdesmarches/index.html

28) Siehe Beschluss 99/32/ILT vom 17. Dezember 1999, *Critères permettant d'apprécier l'importance sur le marché d'un opérateur déterminé*. Dieser Beschluss ist abrufbar unter: www.ilr.public.lu/communications_electroniques/decisions/1999/9932.pdf

Im Jahr 2002 legte Tele2 Beschwerde gegen die Preisliste der P&T für Netzzusammenschaltungen ein. Das ILR stellte fest, dass die von P&T verlangten Entgelte im Vergleich zu den von den Nutzern zu zahlenden „unvernünftigen und irrational niedrigen Preisen“ zu hoch lagen.²⁹ Das ILR wies P&T an, die Praxis der rücksichtslosen Preisfestlegung zu beenden und die Zusammenschaltungsentgelte zu senken.

Damit die Verpflichtungen zu Transparenz und Nichtdiskriminierung eingehalten werden, kann das ILR vertikal integrierten Unternehmen zusätzliche Verpflichtungen auferlegen. Erstens kann es ein Unternehmen verpflichten, seine Großhandels- und internen Verrechnungspreise offenzulegen, was die Trennung der Konten zur Vermeidung von Quersubventionierung einschließt (Art. 28 Abs. 1 lit. c, 31 EKND-Gesetz). Zweitens kann das ILR als letzte Möglichkeit ein Unternehmen auffordern, seine Großhandelsaktivitäten auf dem Zugangsmarkt in eine unabhängig arbeitende Gesellschaft auszulagern, wenn sie der Meinung ist, dass ein wirksamer Wettbewerb nur durch diese Art der Trennung in Funktionsbereiche herbeigeführt werden kann (Art. 34 Abs. 1). Diese Gesellschaft versorgt dann alle Unternehmen nach denselben Bedingungen mit Zugangsprodukten und -diensten.

Betriebe ein Luxemburger Mediendienstanbieter auch ein elektronisches Kommunikationsnetz, könnte das ILR eine transparente Buchführung verlangen (nach dem EKND-Gesetz). Diese Maßnahme soll der Vermeidung einer Übertragung von Subventionen aus dem Geschäft mit audiovisuellen Mediendiensten ins Netzbetriebsgeschäft dienen. In Ausnahmefällen kann ein vertikal integrierter Marktteilnehmer mit beträchtlicher Marktmacht sogar aufgefordert werden, den Netzbetrieb „auszugliedern“. Das EKND-Gesetz findet somit durch den verlängerten Arm der vertikalen Integration Anwendung auf Mediendienstanbieter.

Ogleich der Grundsatz der Netzneutralität noch nicht in die Luxemburger Gesetzgebung aufgenommen wurde, entzündete sich Ende 2011 in der *Chambre des Députés* (Luxemburger Parlament) eine Debatte³⁰ über die Frage, ob und wie dies erfolgen könnte, und die Diskussionen dauern noch an. Bisher scheint das Parlament allgemein die Bewahrung der Netzneutralität zu befürworten, was das Verbot der Diskriminierung der Quelle, des Ziels und des Inhalts von Datenpaketen auf der Übertragungsebene beinhaltet.³¹ Das Parlament ist der Auffassung, dass die Netzneutralität zahlreiche Möglichkeiten bietet – etwa die der Gewährleistung wirtschaftlicher Innovation und der Beteiligung des Einzelnen am gesellschaftlichen Leben sowie der Informationsvielfalt –, und dass damit das Recht auf Information gestärkt wird.³² Das Parlament merkt ebenso an, dass der Grundsatz der Netzneutralität nicht absolut ist, aber dass Ausnahmen klar im Gesetz definiert und durch den Gesetzgeber kontrolliert werden sollten.³³ Die Initiative des Parlaments zum Rechtsstatus der Netzneutralität berücksichtigt die Mitteilung der Europäischen Kommission von Januar 2012.³⁴ Das Parlament fordert die Regierung zum Entwurf eines Berichts (für den es die Struktur vorgeschlagen und veröffentlicht hat)³⁵ über den aktuellen Stand des Rechts und die Machbarkeit der Aufnahme der Netzneutralität in die nationale Gesetzgebung auf. Dies lässt vermuten, dass Luxemburg die Bedeutung des Grundsatzes der Netzneutralität bewusst ist, während es die Richtlinien der Europäischen Kommission abwartet (welche den Mitgliedstaaten ausdrücklich von einseitigem Tätigwerden abgeraten hat).

Schließlich soll auf die folgenden Regelungsaspekte hingewiesen werden. Wie bereits oben erwähnt, ist das ILR für die unabhängige Regulierung der elektronischen Kommunikationsdienste und -netze zuständig. Zu diesem Zweck arbeitet es unter anderem mit der nationalen Regulierungsbehörde für wettbewerbsrechtliche Themen, dem *Conseil de la concurrence* (Wettbewerbsrat), und der entsprechenden

29) Siehe *Décision 02/56/ILR du 27 septembre 2002, Règlement des différends entre TELE2 S.A. et l'Entreprise des postes et télécommunications*, abrufbar unter: www.ilr.public.lu/communications_electroniques/decisions/2002/0256.pdf, S.6.

30) Siehe *Débat d'orientation sur la neutralité d'Internet (6380)*, Berichterstatter: Eugène Berger, 16. Februar 2012, abrufbar unter: www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA06I432D01000000/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1132660&fn=1132660.pdf

31) Siehe *Motion du 17 novembre 2011, Garantir le principe de la neutralité de l'Internet par la loi, Interpellation principe de neutralité de réseau internet. Déposé par Claude Adam* abrufbar unter: www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA06I432D01000000/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1114557&fn=1114557.pdf

32) Siehe Antrag von Claude Adam vom 17. November 2011.

33) Siehe Antrag von Claude Adam vom 17. November 2011.

34) Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11. Januar 2012, Ein kohärenter Rahmen zur Stärkung des Vertrauens in den digitalen Binnenmarkt für elektronischen Handel und Online-Dienste, KOM(2011) 942 endgültig, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0942:FIN:DE:PDF>

35) Siehe den Anhang zur Debatte vom 16. Februar 2012, S. 6 ff.

Regulierungsbehörde für Verbraucherschutz³⁶ zusammen (Art. 76 Abs. 1 EKND-Gesetz). Bevor das ILR Maßnahmen gemäß Titel IV EKND-Gesetz verabschieden kann, die im Wesentlichen den relevanten Markt betreffen, muss es die Zustimmung des Wettbewerbsrats einholen (Art. 76 Abs. 2). Darüber hinaus kann der betroffene Betreiber seine Stellungnahme zur vom ILR vorgeschlagenen Maßnahme vorlegen (Art. 78). Sollte der Wettbewerbsrat der geplanten Maßnahme aus wettbewerbsrechtlichen Gründen widersprechen, muss das ILR auf diese verzichten (Art. 76 Abs. 2 S. 3). Sollte das ILR mit der Verabschiedung der Maßnahme fortfahren, kann der Betreiber eine Klage auf Aufhebung beim Verwaltungsgericht einreichen (Art. 6 und 81 Abs. 5 EKND-Gesetz). Diese Aspekte unterstreichen die Verbindung zwischen dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste und der Anwendung des Wettbewerbsrechts.

36) Zur für den Verbraucherschutz zuständige nationale Behörde, siehe *Loi du 23 avril 2008 relative à la recherche et à la sanction des violations des droits des consommateurs*, Mém A – 55 du 29 avril 2008, p. 759, abrufbar unter: www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2008/0055/a055.pdf#page=2

NL NIEDERLANDE

*Nico van Eijk*¹
IViR, Universität Amsterdam

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

1. Ansatz für öffentlich-rechtliche Medien

Das niederländische Mediengesetz 2008 trat am 1. September 2009 in Kraft (und ersetzte damit das Mediengesetz von 1987).² Das Mediengesetz von 2008 regelt die Organisation, die Finanzierung und die Aufgaben der Sender mit Grundversorgungsauftrag (im Folgenden: „öffentlich-rechtliche Sender“) in den Niederlanden. Außerdem legt es Grundanforderungen an kommerzielle Sender fest. Es wird durch die Medienverordnung ergänzt.³ Die Verordnung enthält genauere Regelungen beispielsweise zu den Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Sender, zu den Einschränkungen für Werbung/Sponsoring, zur Untertitelung und zur Übertragung besonderer Ereignisse.

Das nationale öffentlich-rechtliche Rundfunksystem der Niederlande basiert auf einer exklusiven Konzession für den *Nederlandse Publieke Omroep* (niederländischer öffentlich-rechtlicher Rundfunk – NPO). Einzelne (private, aber gemeinnützige) Vereine (genannt „*omroepverenigingen*“, nachfolgend als „Vereine“ oder „Rundfunkvereine“ bezeichnet), die bestimmte gesellschaftliche Gruppen repräsentieren, erhalten im Rahmen dieser Konzession Sendezeit. Zwei weitere große – nicht als Vereine, sondern durch das Mediengesetz etablierte – Organisationen des nationalen öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sind die *Nederlandse Omroep Stichting* (NOS, Nachrichten und Sport) und die NTR (spezialisiert auf Information, Bildung und Kultur).⁴

Außerdem wird Sendezeit an öffentlich-rechtliche Regional- und Lokalsender vergeben. In den Niederlanden gibt es ein fest verankertes System öffentlich-rechtlicher Regional- und Lokalrundfunkveranstalter (der regionale Rundfunk ist auf der Provinzebene tätig, der lokale Rundfunk auf kommunaler Ebene). Die regionale oder lokale Sendezeit wird auf Antrag für eine Dauer von fünf Jahren von dem *Commissariaat voor de Media* (niederländische Medienbehörde) vergeben.

Die niederländische Medienbehörde ist die unabhängige Aufsichtsinstanz zur Überwachung des Mediengesetzes. Auf der Grundlage von Kapitel 7 des Mediengesetzes ist die Medienbehörde unter anderem für die Verteilung von Finanzmitteln, die Überwachung des Wettbewerbs im Medienbereich (Medienvielfalt) und die Durchsetzung von Regelungen in speziellen Bereichen wie Werbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung zuständig.

1) Professor für Medien- und Telekommunikationsrecht am Institut für Informationsrecht (IViR, Universität Amsterdam). Der Autor möchte Nick Kruijsen für seine vorbereitende Arbeit und Tarlach McGonagle und Catherine Jasserand-Breeman für ihre kritischen Kommentare danken.

2) Mediawet 2008, Stb. 2008, 583, letzte Änderung Stb. 2012, 319.

3) Mediabesluit 2008, Stcrt. 2008, 584, letzte Änderung Stb. 2010, 742.

4) Die NTR entstand aus einem Zusammenschluss der drei öffentlich-rechtlichen Sender NPS, Teleac und RVU.

Finanzierung

Die Finanzierung des niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks ruht auf verschiedenen Säulen. Hauptfinanzierungsquelle sind die jährlichen staatlichen Zahlungen, die *Rijkmediabijdrage*. Sie bestehen im Wesentlichen aus zwei Komponenten: einem im Mediengesetz festgelegten Teil des Staatshaushalts und den Werbeeinnahmen der öffentlich-rechtlichen Sender (die an strengere Werbe- und Sponsoringregelungen gebunden sind als kommerzielle Sender). Zusätzlich zu den jährlichen Zahlungen erhalten die öffentlich-rechtlichen Sender Gelder aus dem Medienfonds (einem unabhängigen Fonds für die Förderung der Entwicklung und Produktion von qualitativ hochwertigen künstlerischen Sendungen).⁵ Die vom Medienfonds bereitgestellten Gelder gelten als staatliche Beihilfe, die jedoch von der Europäischen Kommission genehmigt wurde.⁶ Außerdem erhalten die öffentlich-rechtlichen Sender seit 1994 auch Ad-hoc-Zahlungen. Diese Zahlungen wurden jedoch von der Europäischen Kommission in ihrem Beschluss von 22. Juni 2006 zur *Ad-hoc-Finanzierung der niederländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunksender* als unvereinbare staatliche Beihilfe eingestuft.⁷ Der Europäische Gerichtshof bestätigte die Entscheidungen der Europäischen Kommission zur staatlichen Beihilfe, und die niederländische Regierung beendete daher diese Praxis.⁸ Eine weitere Einnahmequelle für öffentlich-rechtliche Sender ist die Finanzierung durch Eigenmittel. Diese resultieren aus Einnahmen von Mitgliedern, gestatteten Formen des Sponsorings, der Veröffentlichung eines Programmführers sowie der Verwertung geistiger Eigentumsrechte.

Beim öffentlich-rechtlichen Regionalrundfunk muss die jeweilige Provinz mindestens einen regionalen Rundfunkveranstalter insoweit finanzieren, als ihm Kosten aus der Erfüllung des Grundversorgungsauftrages entstehen (Artikel 2.170 Mediengesetz). Die Provinzen erhalten dafür einen Beitrag aus dem Staatshaushalt. Der Mindestsatz zur Finanzierung des Lokalrundfunks basiert auf den jährlichen Beiträgen der einzelnen Gemeinden zum Staatshaushalt. Der jeweilige Beitrag wird anhand der Anzahl der Haushalte in den einzelnen Gemeinden berechnet. Regionale und lokale Rundfunkveranstalter dürfen außerdem Werbung senden (obwohl für den gesamten öffentlich-rechtlichen Rundfunk strenge Werberegulungen gelten) und haben ebenso wie die überregionalen öffentlich-rechtlichen Sender darüber hinaus Eigenmittel.

2. Regulierung des Marktzugangs

Wichtigstes Werkzeug für die Regulierung des Marktzugangs ist die Vergabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkkonzession und der öffentlich-rechtlichen/kommerziellen Lizenzen gemäß Mediengesetz 2008.

Die nationale öffentlich-rechtliche Rundfunkorganisation wird mit einer Konzession betrieben, die von der niederländischen Regierung für zehn Jahre vergeben wurde (Kapitel 2 Mediengesetz). Die Rundfunkvereine erhalten Lizenzen für fünf Jahre. Für den Erhalt, die Erneuerung und die Verlängerung der Lizenzen gilt ein strenges Antragssystem. Wie die Konzessionen werden auch die Lizenzen von der Regierung vergeben. In die Entscheidung fließt auch mit ein, welche Aktivitäten geplant sind, z. B. Aktivitäten mit Internetbezug, Themenkanäle und Catch-up-TV. Die bei der letzten Konzessionsvergabe getroffene, vom Minister genehmigte Auswahl wurde durch Verlage und kommerzielle Sender gerichtlich angefochten. Das Gericht bestätigte die getroffene Wahl, insbesondere die Anzahl und Art der Themenkanäle.

Lizenzen für regionale und lokale öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter wurden von der Medienbehörde vergeben.

Kommerzielle Sender erhalten Fünfjahreslizenzen (Kapitel 3 Mediengesetz). Hierbei gilt ein wesentlich einfacheres System (das in erster Linie den Mindestanforderungen der Europäischen

5) www.mediafonds.nl

6) Entscheidung der Europäischen Kommission NN 32/91.

7) Entscheidung der Europäischen Kommission C 2/2004.

8) Urteil des Allgemeinen Gerichts (Erste Kammer, erweiterte Zusammensetzung) vom 16. Dezember 2010, Königreich Niederlande (T-231/06) und Niederlandse Omroep Stichting (NOS) (T-237/06) gegen die Europäische Kommission; Berufungssache vor dem Gerichtshof C-104/11 P.

Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste folgt). Die Lizenzvergabe an kommerzielle Sender erfolgt durch die Medienbehörde. Sie unterliegt keinen Einschränkungen. Es kommt weder darauf an, ob eine antragstellende Organisation zugleich andere Medien besitzt (mit Ausnahme von UKW-Radiosendern, siehe unten), noch darauf wie hoch beispielsweise der Marktanteil ist. Außerdem gilt die Lizenzregelung nur für das traditionelle lineare Fernsehen. Nichtlineare Dienste unterliegen nur einem Registrierungssystem, das von der Medienbehörde verwaltet wird.⁹

Das Mediengesetz enthält Sonderregelungen für den Besitz von UKW-Radiosendern. Artikel 6.24 besagt, dass nicht mehr als eine UKW-Frequenz oder UKW-Frequenzkombination für die Ausstrahlung der Radioprogrammdienste ein und desselben Unternehmens genutzt werden darf. Ausnahmen sind dann erlaubt, wenn sie im Zusammenhang mit der effizienten Nutzung von Frequenzen wünschenswert erscheinen und sich auf Frequenzkategorien beziehen, die aus UKW-Frequenzen oder UKW-Frequenzkombinationen bestehen.

Komplexer ist jedoch die Frage des Zugangs zu Verbreitungssystemen. Lizenzinhaber (linear) sowie registrierte Diensteanbieter (nicht-linear) haben kein automatisches Verbreitungsrecht. Dieses Thema wird in Teil III diskutiert.

3. Medienspezifische Regelungen zur Konzentrationskontrolle

Bis 2010 wurde das Medieneigentum durch das Übergangsgesetz über Medienkonzentration geregelt.¹⁰ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk fiel nicht unter dieses Gesetz, da er keine kommerziellen Aktivitäten betreiben darf. Es wurden drei Märkte definiert (Zeitungen, Radio und Fernsehen). Dieses Übergangsgesetz beschränkte Eigentumsverflechtungen zwischen den Medien durch die Einführung spezifischer Schwellenwerte. Ein Unternehmen durfte einen maximalen Eigentumsanteil von 90 Prozent (von den insgesamt 300 Prozent, also 100 Prozent pro Markt) besitzen, wobei es spezifische Einschränkungen wie einen maximalen Marktanteil von 35 Prozent für nationale Zeitungen gab. Das Übergangsgesetz über Medienkonzentration wurde zunächst bis Januar 2012 verlängert, aber im Januar 2011 aufgehoben, da das allgemeine Wettbewerbsrecht als ausreichend betrachtet wurde.¹¹

Auf Ersuchen der niederländischen Regierung bewertet die Medienbehörde die Medienvielfalt. 2001 hat die niederländische Medienbehörde ein Medienüberwachungssystem zur Überwachung der möglichen Folgen der Medienkonzentration eingeführt. Jahresberichte werden veröffentlicht und im Internet zugänglich gemacht.¹²

4. Wettbewerbsrecht

In den Niederlanden erfolgt die Kontrolle des Eigentums an Fernseh- oder Radiounternehmen weder durch mittels Lizenzen gesteuerte Zugangsbeschränkungen noch durch eine spezifische Vorabregulierung.

Für den Mediensektor gelten aber die allgemeinen Regelungen im *Mededingingswet* (Wettbewerbsgesetz).¹³ Die Überwachung dieser Regelungen ist allein die Aufgabe der *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (niederländische Wettbewerbsbehörde – NMa). Die NMa untersucht, ob eine Gesellschaft eine beherrschende Stellung missbraucht hat oder an wettbewerbsfeindlichen Absprachen beteiligt ist. Außerdem prüft sie, ob ein Zusammenschluss zu einer beherrschenden Stellung führt.

Die Eingriffe der Wettbewerbsbehörde im Mediensektor sind selten und die wenigen Fälle betreffen meist reine Zeitungsfusionen. In einem richtungsweisenden Fall¹⁴ ging es allerdings um den Verkauf

9) Siehe www.cvdm.nl/content.jsp?objectid=7264

10) Tijdelijke Wet Mediaconcentraties, Stb 2007, 204. Es wurde als Übergangslösung betrachtet, da eine Überprüfung und eine weitere politische Diskussion festlegen sollten, ob eine bzw. welche Dauerlösung gebraucht werde.

11) Stb. 2010, 835.

12) Siehe www.mediamonitor.nl. Der Bericht 2010 ist in englischer Sprache abrufbar.

13) Stb. 1997, 242, letzte Änderung Stb. 2011, 162.

14) Tatsächlich handelt es sich um den einzigen bedeutenden Fall der letzten zehn Jahre.

des drittgrößten Rundfunkunternehmens, der niederländischen Niederlassung von SBS Broadcasting, an den Verlag Sanoma und das Medienunternehmen Talpa. Die Wettbewerbsbehörde genehmigte die Übernahme nur mit Auflagen: Talpa musste seine Minderheitsanteile an dem Sender RTL Niederlande innerhalb von drei Jahren verkaufen und sie bis dahin auf eine unabhängige Treuhandstiftung übertragen. So wollte die Wettbewerbsbehörde verhindern, dass Talpa einen wesentlichen Einfluss auf die Strategien von SBS und RTL ausüben und dadurch womöglich einen Wettbewerbsvorteil erlangen könnte.¹⁵

Talpa verkaufte seine Beteiligung an RTL an die Anteilseigner von RTL und kaufte im Gegenzug den populärsten kommerziellen Radiosender Radio 538.

5. Must-Offer-Pflicht

Artikel 2.1 des Mediengesetzes definiert den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Sender. Dieser umfasst ihre Pflicht, öffentlich-rechtliche überregionale, regionale und lokale Angebote über Sendeeinrichtungen an alle Haushalte in ihrem Versorgungsbereich ohne zusätzliche Kosten – außer den durch die notwendigen Empfangsgeräte verursachten – auszustrahlen. Nur diese Erstaussstrahlung ist geregelt. Die öffentlich-rechtlichen Sender unterliegen somit keiner Must-Offer-Pflicht für Kabel oder Satellit. Die Anzahl der für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk verfügbaren Kanäle ist ebenfalls durch das Mediengesetz geregelt (auf nationaler Ebene z. B. mindestens drei Fernseh- und fünf Radiokanäle).

Die nationalen öffentlich-rechtlichen Sender müssen die Nutzungsrechte erwerben, die erforderlich sind, damit ihre Inhalte für die Verbreitung, die Folgenutzung und auf den verschiedenen Kanälen zur Verfügung gestellt werden können (Artikel 2.55 Mediengesetz). Die Regelung wird durch die Geschäftsleitung der NPO überwacht.

Die Archive der öffentlich-rechtlichen Sender beherbergt das *Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid* (niederländisches Institut für Ton und Bild). Aufgrund vertraglicher Vereinbarungen kann das Institut bestimmte Inhalte Dritten zur Verfügung stellen.¹⁶

Kommerzielle Sender unterliegen weder einer Must-Offer-Pflicht noch sind sie verpflichtet, Zugang zu ihren Archiven zu gewähren.

6. Dienste zur Ermöglichung oder Vereinfachung der Nutzung oder des Empfangs

Die Niederlande haben die europäische Regelung für elektronische Programmführer (EPGs), Anwendungsprogrammchnittstellen (APIs) und Zugangskontrollen (CA) umgesetzt.¹⁷ Diese Regelungen sind in Kapitel 8 des *Telecommunicatiewet* (Telekommunikationsgesetz) zu finden.¹⁸ Alle diese Bestimmungen – welche die Möglichkeit des regulierten Zugangs bieten – befinden sich bisher im „Ruhezustand“: Es gibt keine speziellen Leitlinien zu ihrer Durchsetzung, und es wurden keine Klagen beim zuständigen Regulierer, der *Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit* (unabhängige Post- und Telekommunikationsbehörde – OPTA) eingereicht.

II. Plattformbetreiber und Konvergenzdienste

Nach dem geltenden Mediengesetz ist die Stellung konvergenter Dienste im Verhältnis zu Plattformbetreibern nicht ganz klar. Das Gesetz enthält keine Bestimmungen, die sich speziell

15) NMa, Pressebulletin 21. Juli 2011 (Englisch). Rechtssache Nr. 7185, Urteil (in niederländischer Sprache): www.nma.nl/images/7185BCM22-191784.pdf

16) Weitere Informationen, einschließlich der Lizenzbedingungen: www.dutchfootage.com/

17) Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (2002a) „Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie)“, im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 108, 24. April 2002; geändert durch: Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (2009a) „Richtlinie 2009/140/EG vom 25. November 2009“ (Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“), im Amtsblatt der Europäischen Union, L 337, 18. Dezember 2009.

18) Stb. 1998, 318, letzte Änderung Stb. 2012, 235.

mit konvergenten Diensten als solchen befassen. Beispielsweise wird die Interaktivität als Thema betrachtet, das primär im Telekommunikationsgesetz behandelt werden muss. Daher ist unklar, ob Plattformbetreiber, z. B. Kabelbetreiber, im Rahmen der Must-Carry-Pflicht (siehe Teil III) die Möglichkeit von Einrichtungen mit „rotem Knopf“¹⁹ für Programmanbieter anbieten müssen. Es gibt keine Leitlinien, und bisher auch keine einschlägigen Entscheidungen der Medienbehörde oder des Telekommunikationsregulierers.

Im Rahmen des kürzlich geänderten Telekommunikationsgesetzes wurde eine neue Bestimmung (Artikel 7.4a) zur Netzneutralität eingeführt. Internetzugangsanbieter müssen Dienste diskriminierungsfrei verbreiten; sie dürfen weder Dienste blockieren noch deren Verbreitung von einer finanziellen Entschädigung durch den betreffenden Diensteanbieter abhängig machen (z. B. Skype oder WhatsApp).²⁰

III. Verbreitung

Analoge Terrestrik

Einen analogen terrestrischen Sendebetrieb für das Fernsehen gibt es in den Niederlanden seit der am 11. Dezember 2006 erfolgten Umstellung von Analog- auf Digitaltechnik nicht mehr. Für das Radio ist der analoge Sendebetrieb dagegen noch immer sehr wichtig (insbesondere UKW).

Öffentlich-rechtliche (überregionale, regionale und lokale) Sender haben ein Vorrecht auf die Frequenzen. Dies ist im Telekommunikationsgesetz (Artikel 3.3) geregelt und direkt an die im Mediengesetz (siehe I.2.) festgelegten Pflichten gekoppelt. Daher werden zunächst Frequenzen für diese Dienste reserviert und erst dann die verbleibenden Frequenzen an die kommerziellen Sender vergeben.

Auf der anderen Seite erhalten kommerzielle Anbieter durch die von der Medienbehörde erteilte Lizenz nur eine Genehmigung zum Betrieb einer Radiostation als solcher. Die Mittel zur Verbreitung müssen sie sich zusätzlich sichern. Für die Erlangung traditioneller UKW-Frequenzen sieht der auf dem Telekommunikationsgesetz basierende *Frequentiebesluit* (Frequenzerrlass)²¹ vor, dass Frequenzen für kommerzielle Sender auf der Grundlage einer Bewerbung vergeben werden, wobei die Antragsteller zusätzlich die Möglichkeit haben, Geld anzubieten (ein sogenanntes finanzielles Angebot zu machen). Die Regelungen legen außerdem fest, dass nur die Kombination aus einer allgemeinen nationalen UKW-Station (mit beliebigem Format) und einer thematisch spezialisierten nationalen UKW-Station (z. B. Musik in niederländischer Sprache, Nachrichten, Oldies, Jazz/Klassik) erlaubt ist. Einschränkungen für die Kumulierung regionaler und lokaler kommerzieller Sendefrequenzen sind ebenfalls Teil der Regelungen (einschließlich des Verbots der Kombination aus überregionalen und anderen UKW-Frequenzen und einer Eigentumsobergrenze auf Basis der kumulierten Hörerreichweite). Zu beachten ist, dass aufgrund des gewählten Modells für die Frequenzplanung die überregionalen kommerziellen UKW-Lizenzen überwiegen, während regionale und lokale kommerzielle Radioanbieter keine große Rolle spielen.

Digitale Terrestrik

Das nationale öffentlich-rechtliche Rundfunksystem erhält im Einklang mit seiner im Telekommunikationsgesetz verankerten Vorrangstellung spezifische Lizenzen für die Verbreitung terrestrischer digitaler Sendungen (DAB-T für Radio und DVB-T für Fernsehen). Für den kommerziellen Markt wurden DAB-T-Lizenzen den Radiosendern erteilt, die UKW-Lizenzen haben, wobei die Verpflichtung gilt, simultan zu übertragen, damit die Dienste auf den digitalen Kanälen verfügbar sind.

19) Solche Dienste bieten dem Zuschauer die Möglichkeit, direkt auf ein Programm zu reagieren, z. B. um Dienste oder Produkte zu kaufen, die darin genannt werden, oder um Zugang zu Hintergrundinformationen zu erhalten.

20) Siehe: N.A.N.M. van Eijk, *Netzneutralität und audiovisuelle Dienste*, in: IRIS plus, 2011-5, Warum über Netzneutralität diskutieren? (Susanne Nikoltchev (Hrsg.) Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2011), Punkt 4.1.

21) Stb. 1998, 638, letzte Änderung Stb. 2012, 352.

Eine nationale DVB-T-Lizenz wurde einem Unternehmen erteilt, das heute unter dem Namen Digitenne agiert (und dem früheren Telekommunikationsmonopolisten KPN gehört). Aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung betreibt Digitenne auch DVB-T-Kanäle der öffentlich-rechtlichen Sender. Die Auswahl der kommerziellen Kanäle, die über diese DVB-T-Plattform laufen, erfolgt nach freier Entscheidung von Digitenne und entsprechenden Verhandlungen mit den Sendern.

Kabelnetze

Kabelfernsehen ist in den Niederlanden noch immer die meist genutzte Empfangsart, auch wenn IPTV an Boden gewinnt. Doch weder Kabelfernsehen noch IPTV haben nach den Kriterien des europäischen Rechtsrahmens für den Kommunikationssektor derzeit eine marktbeherrschende Stellung.²² Da keine Marktbeherrschung besteht, gibt es aufgrund des europäischen Rechtsrahmens keine Einschränkungen wie Zugangsverpflichtungen oder Preisregulierung. In der Vergangenheit hatten Kabelbetreiber jedoch eine marktbeherrschende Stellung und waren verpflichtet, Programmanbietern diskriminierungsfrei und auf der Grundlage eines geregelten Kostenmodells einen Zugang anzubieten.²³ Die Änderungen am Telekommunikations- und Mediengesetz, die 2012 verabschiedet wurden, dienten dazu, eine Großhandelsverpflichtung für den Wiederverkauf des analogen Basispakets einzuführen. (Dieses Paket besteht aus ca. 20 bis 30 analogen Fernseh- und Radiosignalen. Es verliert jedoch durch den Vormarsch des Digitalfernsehens an Bedeutung.)²⁴

Das niederländische System der Must-Carry-Regulierung wird vor allem von Artikel 82i und Artikel 82k des Mediengesetzes geregelt. Artikel 82i sieht vor, dass der Anbieter eines Rundfunknetzes mindestens 15 Fernsehkanäle und mindestens 25 Radiokanäle vollständig, unverändert und gleichzeitig an alle Haushalte übertragen muss, die an das Verbreitungsnetz angeschlossen sind. Zu diesen Programmen sollten mindestens die nationalen öffentlich-rechtlichen Fernseh- und Radioprogramme, die öffentlich-rechtlichen regionalen Fernseh- und Radioprogramme sowie zwei Radioprogramme des nationalen belgischen Rundfunkdienstes in niederländischer Sprache gehören. Gemäß Artikel 82k muss der Gemeinderat jeder Stadt, die ein Rundfunknetz hat, einen Programmrat gründen, der dem Rundfunknetzanbieter mitteilt, welche 15 öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme und welche 25 öffentlich-rechtlichen Radioprogramme gemäß Artikel 82i er mindestens an alle an das Netz angeschlossenen Haushalte übertragen muss.

Im Jahr 2006 leitete die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren ein, weil die niederländische Must-Carry-Pflicht, also die Regelung für das Basispaket aus 15 Fernseh- und 25 Radioprogrammen, nicht mit Artikel 31 der Universaldienstrichtlinie vereinbar sei. Anfangs war die Europäische Kommission der Ansicht, dass die den Programmräten zugestandene Entscheidungsbefugnis zu weit gefasst und die rechtliche Transparenz und die Rechtssicherheit bei diesem Modell unzureichend sei.²⁵ In Gesprächen mit der Europäischen Kommission wiesen die Niederlande darauf hin, dass dieses Modell lediglich das analoge Paket betreffe. Daher wurde das Verfahren 2009 eingestellt, nachdem die niederländische Regierung angekündigt hatte, die Regeln ändern zu wollen.²⁶

Darüber hinaus spielte die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, insbesondere die Rechtssache Kabel Deutschland,²⁷ eine Rolle in einem Streit zwischen Ziggo, dem größten Kabelfernsehanbieter der Niederlande, und der niederländischen Medienbehörde. Dabei ging es darum, dass sich Ziggo aus Kostengründen geweigert hatte, in einem seiner Versorgungsgebiete einen Sender in das analoge Paket

22) Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (2002d) „Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie)“, im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 108, 24. April 2002, und Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (2002a) „Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie)“, im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 108, 24. April 2002. Beide geändert durch: Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union (2009a) „Richtlinie 2009/140/EG vom 25. November 2009“ (Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“), im Amtsblatt der Europäischen Union, L 337, 18. Dezember 2009.

23) Siehe zum Beispiel: <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/5/article31.de.html> und <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/8/article38.de.html>

24) Etwa 70 Prozent der Haushalte haben digitalen Empfang (OPTA), Marktbericht 1. Quartal 2012, www.opta.nl. Unklar ist, ob diese neuen Bestimmungen mit den EU-Regelungen vereinbar sind. Dies wird derzeit noch diskutiert.

25) Europäische Kommission, IP/06/948.

26) Europäische Kommission, IP/09/1491.

27) Europäischer Gerichtshof (Urteil C-336/07, Kabel Deutschland Vertrieb und Service), 22. Dezember 2008.

aufzunehmen. Der *Raad van State* (Staatsrat), der höchste nationale Gerichtshof der Niederlande in diesem Bereich, betrachtete die in Artikel 82i und 82k des niederländischen Mediengesetzes verankerte Must-Carry-Pflicht als Umsetzung von Artikel 31 der Universaldienstrichtlinie.²⁸ Der Staatsrat ging nicht auf die Frage ein, ob diese Umsetzung richtig war, sondern stellte lediglich fest, dass beide Artikel den Transparenzanforderungen von Artikel 31 entsprachen. Ziggo vertrat die Ansicht, dass die Auferlegung einer Must-Carry-Pflicht, einschließlich der mit Must-Carry verbundenen Kostentragungspflicht des Kabelbetreibers, unzumutbar und unverhältnismäßig sei und daher gegen Artikel 31 der Universaldienstrichtlinie verstoße. Der Staatsrat beschränkte sich auf den Kostenaspekt und verwies auf die Rechtssache Kabel Deutschland, in der unzumutbare wirtschaftliche Folgen der Must-Carry-Pflicht für den Kabelbetreiber verneint wurden. In diesem Fall hat die niederländische Medienbehörde nach Auffassung des Staatsrats die Interessen Ziggos ungenügend berücksichtigt, indem sie lediglich die Situation in einem bestimmten Versorgungsgebiet betrachtet hatte, statt sich mit den möglichen Auswirkungen auf die Aktivitäten im gesamten Tätigkeitsgebiet von Ziggo zu befassen.

Die niederländische Regierung hat angekündigt, dass sie Vorschläge für einen neuen Mechanismus zur Auswahl der Must-Carry-Sender vorlegen wird.²⁹ Diese Vorschläge sollen zudem einen eher technologieutralen Ansatz verfolgen.

28) Raad van State, 12. Mai 2010, Rechtssache Nr. 200906186/1/H3, LJN: BM4162.

29) *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32033, Nr. 10.

NORWEGEN

Marita Bergtun
Norwegische Medienaufsicht

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

1. Marktteilnehmer und Marktmacht

Vier Marktteilnehmer besitzen in Norwegen große Anteile am Markt für audiovisuelle Mediendienste:

- der öffentlich-rechtliche Sender Norsk rikskringkasting AS (Norwegischer Reichsrundfunk – NRK);
- das private Unternehmen TV 2 Gruppen AS (TV-2-Gruppe);
- das private Unternehmen Modern Times Group (MTG);
- das private Unternehmen SBS Broadcasting Group (SBS).

Der NRK befindet sich in der öffentlichen Hand und wird durch eine Fernsehgebühr finanziert. Er ist Norwegens größtes Medienunternehmen und erreichte im Jahre 2011 an einem durchschnittlichen Tag 87 Prozent der norwegischen Zuschauer (alle Verbreitungswege zusammengenommen).¹ Zusätzlich zu seinen traditionellen linearen Fernsehprogrammen bietet der NRK seine Rundfunkprogramme in Echtzeit im Internet und viele (Fernseh-)Sendungen auch (kostenlos) auf Abruf an. Einer der größten Erfolge des NRK im Internet ist die Website yr.no zum Wetter. Yr.no kam 2007 auf den Markt und hat jede Woche bis zu 3,9 Millionen (einzelne) Besucher. Früher wurde die NRK-Website zum Teil durch Werbung finanziert, doch nachdem die NRK-Satzung² 2009 geändert wurde und das Internet Teil des NRK-Grundversorgungsauftrags wurde, entschied sich der NRK für die Änderung dieser Praxis. Seitdem ist die NRK-Website werbefrei.

TV 2, der Hauptsender der TV-2-Gruppe, besitzt den Status eines werbefinanzierten Senders mit Grundversorgungsauftrag und genießt einen Must-Carry-Status. Seitdem die TV-2-Gruppe von A-pressen an Egomont verkauft wurde, ist der NRK der einzige landesweit tätige Sender in norwegischer Hand.

Wie die TV-2-Gruppe finanzieren MTG und SBS ihre jeweiligen Fernsehprogramme mit Werbung, soweit es sich nicht um Bezahlfernsehsender handelt.

Im Jahr 2011 waren die Zuschaueranteile dieser vier Marktteilnehmer (bezogen auf lineare Dienste) wie folgt: NRK 41,0 Prozent, TV 2 25,6 Prozent, MTG 8,2 Prozent und SBS 12,1 Prozent. Seit Beginn der 2000er Jahre konnten die kleineren Marktteilnehmer ihre Anteile auf Kosten der größeren erhöhen. Die Digitalisierung hat zu erweiterten Vertriebsmöglichkeiten und der Gründung einer Reihe neuer Fernsehprogramme und infolgedessen zu einer geringeren Konzentration geführt.

1) www.nrk.no/aarsrapport/2011/mediehuset-nrk

2) *Vedtekter for NRK AS*, 30. April 1996, abrufbar unter: www.nrk.no/informasjon/fakta/1.5392438, englische Version: www.nrk.no/informasjon/about_the_nrk/1.4029867

Die einzigartige Marktstellung des NRK und die oben genannten Zahlen zeigen, dass der NRK im Vergleich zu den Privatsendern den Markt ziemlich dominiert. Für seine privaten Wettbewerber ist dies im Hinblick auf die Regelung der Eigentumsverhältnisse im Fernsehmarkt wichtig, insbesondere für bestimmte Schwellenwerte (Beschreibung unten), die sich auf die Eigentumsverhältnisse bei linearen Diensten beziehen. Da die Stellung des NRK im Bereich lineare Dienste bei der Berechnung der Eigentumsverhältnisse im Fernsehgesamtmarkt mitberücksichtigt wird, sind die privat finanzierten Marktteilnehmer selten von medienspezifischen Eigentumsbeschränkungen in diesem Markt beeinträchtigt.

Im expandierenden Markt für Fernsehen auf Abruf nehmen die traditionellen Sender eine wichtige Stellung ein, unter ihnen insbesondere der NRK. Allerdings gehört ein anderer Fernsehanbieter im Internet mit einem dem NRK vergleichbaren durchschnittlichen täglichen Zuschaueranteil zu einer Zeitung. Verdens Gang (VG) ist die zweitgrößte Zeitung bei den Druckausgaben und die größte im Internet; sie gehört Schibsted, dem Zeitungskonzern mit der dominantesten Stellung in Norwegen. Ein Grund für die Popularität von VGTV besteht darin, dass es eine Reihe von Serien zeigt, die eigens für diesen Kanal produziert wurden, zum Beispiel lustige Zeichentrickserien über berühmte norwegische Persönlichkeiten und Reality-Serien. Schibsted hatte früher Miteigentum im Fernsehmarkt, nämlich Minderheitsanteile an der TV-2-Gruppe und am schwedischen TV4, doch wurden diese Anteile 2006 verkauft. In den vergangenen Jahren konzentrierte Schibsted seine Tätigkeiten zunehmend auf das Kerngeschäft, nämlich die Herausgabe von Zeitungen (Druck- und Onlineausgabe).

Ein weiterer wichtiger Marktteilnehmer ist Telenor, traditionell ein staatlicher Telekom-Betreiber und nun ein börsennotiertes Unternehmen, an dem der Staat einen Mehrheitsanteil hält. Das Unternehmen besitzt eine Reihe von Gesellschaften mit Medienbezug und ist ein vertikal integrierter Teilnehmer im Fernsehmarkt mit Anteilen an mehreren Segmenten der Wertschöpfungskette. Im Jahr 2010 kaufte Telenor einen 35-prozentigen Anteil an C More Entertainment, dem Eigentümer von Nordic Canal+ (Bezahlfernsehskanäle für Sport, Filme und Fernsehserien) von dem schwedischen TV4. Bis zum vergangenen Jahr besaß Telenor durch seine Beteiligung am norwegischen Zeitungskonzern A-pressen Anteile an einem Privatsender mit Grundversorgungsauftrag, TV 2. Im Januar 2012 verkaufte A-pressen seinen 50-prozentigen Anteil an TV 2 an das dänische Medienunternehmen Egmont, welches nun 100 Prozent der Anteile an TV 2 besitzt.

Lange Zeit gab es einen Streit zwischen der TV-2-Gruppe einerseits und Kabelnetzbetreibern – insbesondere dem Telenor gehörenden Canal Digital – andererseits über den Preis für die Weiterverbreitung von TV 2 (siehe unten).

2. Rechtlicher Rahmen

2.1. Ansatz für öffentlich-rechtliche Medien

Der NRK ist als staatliches Unternehmen organisiert, bei dem *Kulturdepartementet* (das Kulturministerium) die Eigentümerrechte ausübt und die Generalversammlung einberuft. Die Gesellschaftssatzung³ beschreibt das allgemeine Ziel und definiert den Umfang der Tätigkeiten des NRK. Norwegische medienspezifische Antikonzentrationsregeln (siehe unten) finden auf den NRK genauso Anwendung wie auf Medien in privater Hand (ob mit oder ohne Grundversorgungsauftrag). Der NRK genießt Must-Carry-Status, siehe § 4-2 *kringkastingsforskriften* (Rundfunkordnung)⁴.

Der NRK ist berechtigt, seine Sendungen in gewissem Umfang kommerziell zu verwerten (durch Verkauf von Nebenprodukten und Sendungen als DVD-Fassungen)⁵ und er ist verpflichtet, seine Archive kostenfrei zugänglich zu machen. Gemäß der NRK-Satzung (§§ 14 lit. h und 17 lit. b) und dem NRK-Manifest (§ 3 lit. h) unternimmt der NRK Anstrengungen zur Digitalisierung seiner Archive und zu ihrer kostenfreien Öffnung für die Öffentlichkeit. So viele Programme wie möglich sollen im

3) Die NRK-Satzung inkorporiert in §§ 12–16 das sogenannte NRK-Manifest (*NRK-plakaten*): www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/NRK/NRK-plakaten_per_18juni2012.pdf

4) Verordnung Nr. 153 vom 28. Februar 1997.

5) Die NRK-Satzung verlangt im Hinblick auf Rechnungslegung und Betrieb eine klare Unterscheidung zwischen kommerziellen Tätigkeiten und öffentlich-rechtlichen Rundfunktätigkeiten.

Internet zur Verfügung gestellt werden, und zwar sowohl zur zeitgleichen Verbreitung als auch in Online-Archiven zum Herunterladen oder individuellen Abspielen.

Im Jahr 1992 erhielt TV 2 die Lizenz als Kanal mit Grundversorgungsauftrag und Exklusivrechten als landesweiter Privatsender. Als die Lizenz 2002 auslief, bewarb sich nur TV 2 und erhielt dann auch die Lizenz für weitere sieben Jahre. Doch wurde im Jahre 2009 das Netz des digitalen terrestrischen Fernsehens (DVB-T) in Norwegen fertiggestellt; das Lizenzprivileg einer hundertprozentigen landesweiten Abdeckung war damit nicht mehr relevant, da alle Kanäle mit Ausstrahlungen im DVB-T-Netz eine ähnliche Reichweite erzielen würden. Stattdessen schloss TV 2 im Jahr 2011 einen Vertrag⁶ mit dem Kulturministerium darüber, als Sender mit Grundversorgungsauftrag zu fungieren, der weiterverbreitet werden muss (§ 1-2, vgl. § 4-2 Rundfunkordnung). Der Vertrag legt fest, dass Kabeleigentümer verpflichtet sind, die Fernsehsendungen von TV 2 gegen marktübliches Entgelt ins Netz einzuspeisen (§ 1-2 Abs. 2 des Vertrags, § 4-2 Rundfunkordnung). Im Gegenzug ist TV 2 laut § 2-1 zur Zahlung von NOK 10 Millionen pro Jahr⁷ an die Beihilfeprogramme für audiovisuelle Produktionen verpflichtet, die vom *Norsk Filminstitutt* (Norwegisches Filminstitut – NFI) verwaltet werden.

2.2. Medienspezifische Antikonzentrationsregelungen

1995 untersuchte der Medieneigentumsausschuss,⁸ welche Folgen eine Medienkonzentration für die Freiheit der Meinungsäußerung haben könnte. Anhand der Ausschussempfehlungen schlug die Regierung ein neues Gesetz über Medieneigentum vor.⁹ Das *Lov om tilsyn med erverv i dagspresse og kringkasting* (Gesetz über die Aufsicht bei Übernahmen von Tagespresse- und Rundfunkunternehmen)¹⁰ mit medienspezifischen Antikonzentrationsregelungen wurde vom *Storting* (dem norwegischen Parlament) 1997 verabschiedet und trat am 1. Januar 1999 in Kraft. Seitdem wurde es zweimal geändert.¹¹ Als das Gesetz in Kraft trat, waren die genauen Grenzwerte (siehe unten) im Gesetzeswortlaut noch nicht festgeschrieben. Im Zuge der ersten und umfassendsten Änderungen 2004 wurden unter anderem die Grenzwerte auf 40 Prozent des Zuschaueranteils festgelegt, zudem der offizielle Name des Gesetzes geändert in *Lov om eierskap i media* (kurz *medieeierskapsloven* – Medieneigentumsgesetz). 2006 wurden die Grenzwerte auf ein Drittel des Zuschaueranteils gesenkt.¹²

Das Medieneigentumsgesetz wird gemäß § 5 von *Medietilsynet* (der Medienaufsicht) durchgesetzt.¹³ Das Kulturministerium stellt den Rahmen für die Tätigkeiten der Medienaufsicht. Jedoch legt § 6 fest, dass sie unabhängig vom Kulturministerium handelt, wenn sie Fälle nach dem Medieneigentumsgesetz bearbeitet. *Klagenemnda for mediesaker* (der Medienbeschwerdeausschuss) ist nach § 8 ein unabhängiger Ausschuss für Beschwerden gegen Entscheidungen der Medienaufsicht.

Zweck des Medieneigentumsgesetzes ist die Förderung der Meinungsäußerungsfreiheit, tatsächlicher Gelegenheiten zur Meinungsäußerung und eines vielfältigen Medienangebots (§ 1). § 2 definiert den „Erwerb eines Eigentumsanteils“ als „[j]ede Form der Übernahme von Eigentumsanteilen, darunter Kauf, Tausch, Schenkung, Leihe, Erwerb durch Erbschaft oder Verteilung eines Nachlasses, Zwangsverkauf und Enteignung, auch die Zeichnung eines Eigentumsanteils an einem Unternehmen. Ein Erwerb von

6) *Avtale*, abrufbar unter: www.medietilsynet.no/Documents/Tema/Allmennkringkasting/2011/101203_TV2-avtalen.pdf

7) Gemäß dem Vertrag ist die Entschädigung jährlich aufgrund von Änderungen im Verbraucherpreisindex anzupassen.

8) *Norsk Offentlig Utredning (NOU) 1995: 3 „Mangfold i media. Om eierkonsentrasjon i massemedia“*, Ausschussbericht, abrufbar unter: www.regjeringen.no/nb/dep/kud/dok/nouer/1995/nou-1995-3.html

9) *Odelsting* (Kammer des norw. Parlaments), *proposisjon* (Gesetzentwurf) Nr. 30 (1996–97), abrufbar unter: www.regjeringen.no/nb/dep/kud/dok/regpubl/otprp/19961997/otprp-nr-30-1996-97-.html?id=158488

10) Gesetz Nr. 53 vom 13. Juni 1997, abrufbar unter: www.lovdatta.no/cgi-wift/ldles?doc=/all/nl-19970613-053.html; englische Fassung unter: www.medietilsynet.no/Documents/Englishtxtpages/120201_Eng_Eierskapslov.pdf

11) Mit dem Weißpapier *Storting meld. nr. 57* (2000–2001) „*I yringsfrihetens tjeneste. Mål og virkemidler i mediepolitikken*“ setzte die Regierung eine Überarbeitung des Medieneigentumsgesetzes in Gang. Der endgültige Änderungsvorschlag wurde mit dem Gesetzentwurf *Odelsting prp. nr. 81* (2003–2004) vorgelegt, und das geänderte Gesetz wurde 2004 vom *Storting* verabschiedet. Mit Ausnahme von § 11 trat das Gesetz am 1. Januar 2005 in Kraft. Der neue § 11 trat am 1. Juli 2005 in Kraft.

12) Gemäß dem Gesetzentwurf *Odelsting prp. nr. 46* (2005–2006) vom *Storting* 2006 verabschiedet.

13) Durch die Verabschiedung des Medieneigentumsgesetzes 1997 wurde die Medieneigentumsbehörde (*Eierskapsstilsynet*) als eine unabhängige Institution gegründet, die vom 1. Januar 1999 an tätig war. Mit Wirkung vom 1. Januar 2005 verschmolz sie mit Statens medieforvaltning (der Staatsstelle für Massenmedien – SMF) und Statens filmtilsyn (der Staatlichen Filmfreigabestelle) zur norwegischen Medienaufsicht (*Medietilsynet*).

Aktiva, der die gesamte oder teilweise Übernahme eines Geschäftsfeldes zur Folge hat, wird ebenfalls als Erwerb eines Eigentumsanteils betrachtet.“¹⁴

Weiterhin ergibt sich der Anwendungsbereich des Medieneigentumsgesetzes aus §§ 3 und 4. Gemäß § 3 findet das Gesetz auf Unternehmen Anwendung, die Tageszeitungen, Fernsehen, Radio oder elektronische Medien betreiben, und auf Unternehmen, die als Eigentümer einen Einfluss auf solche Unternehmen ausüben. § 4 legt fest, dass das Gesetz den Erwerb von Eigentumsanteilen oder Zusammenarbeitsvereinbarungen betrifft, die „hier im Königreich“ eine Wirkung haben oder haben können. Dabei ist ausschlaggebend, ob der fragliche Erwerb im Hinblick auf den Zweck des Medieneigentumsgesetzes eine Wirkung in den norwegischen Medienmärkten hat oder haben könnte. Nach den vorbereitenden Arbeiten¹⁵ zum Medieneigentumsgesetz zeigt eine bedeutende Eigentümerstellung (*betydelig eierstilling*, unten beschrieben) normalerweise an, dass die Stellung dem Gesetzeszweck zuwiderläuft. Das Gesetz gilt für norwegische und ausländische Unternehmen. Erstens wird es angewendet, wenn ausländische Unternehmen norwegische Medienunternehmen übernehmen. Zweitens können Übernahmen bei ausländischen Unternehmen unter das Gesetz fallen, wenn diese Eigentumsanteile besitzen, welche die Kontrolle von Tageszeitungen, Radio- oder Fernsehunternehmen in Norwegen mit sich bringen.

§ 9 Abs. 1 Medieneigentumsgesetz ermächtigt die Medienaufsicht zum Eingriff bei Übernahmen von Unternehmen, die Tageszeitungen, Radio oder Fernsehen betreiben. Die Bestimmung enthält die zwei wesentlichen Voraussetzungen für solche Eingriffe. Die erste Voraussetzung ist, dass der Übernehmende allein oder in Zusammenarbeit mit anderen im nationalen oder regionalen Medienmarkt eine bedeutende Eigentümerstellung einnimmt oder einnehmen wird. Die andere Voraussetzung ist, dass die Eigentümerstellung dem in § 1 definierten Gesetzeszweck zuwiderläuft. Eine Entscheidung für einen Eingriff kann dreierlei zur Folge haben: ein Übernahmeverbot, die Anordnung des Entzugs erworbener Eigentumsanteile oder die Genehmigung der Übernahme unter den entsprechend notwendigen Auflagen, damit der Erwerb nicht im Widerspruch zum in § 1 definierten Gesetzeszweck steht.

Obgleich sich der Anwendungsbereich des Medieneigentumsgesetzes auch auf elektronische Medien erstreckt, erlaubt § 9 der Medienaufsicht zurzeit keinen Eingriff in die dortige Übernahmepraxis. Die Aufgabe der Medienaufsicht liegt deshalb nur in der Beobachtung der Eigentumsverhältnisse bei diesen Medien. Gemäß den *Retningslinjer for behandling av saker etter lov om eierskap i medier* (Interventionsrichtlinien nach dem Medieneigentumsgesetz)¹⁶ sind hauptsächlich die Internetausgaben von Zeitungen, Rundfunkunternehmen und reine Internetzeitungen relevante elektronische Medien nach Sinn und Zweck des Medieneigentumsgesetzes. Allerdings stellen die Richtlinien klar, dass andere Arten der Kommunikation mit elektronischen Inhalten sich ebenso zu wichtigen Meinungskanälen und zur Arena für die norwegische Öffentlichkeit entwickeln können. Bis jetzt war dies aber kein Faktor, wenn die Medienaufsicht Übernahmen bei audiovisuellen Mediendiensten beurteilt hat.

Die Regulierung von Eigentumsverhältnissen bei audiovisuellen Mediendiensten findet nur auf nationaler Ebene statt. Die **horizontale Unternehmenskonzentration** bei audiovisuellen Mediendiensten wird in § 10 lit. b und f Medieneigentumsgesetz geregelt. Gemäß lit. b wird eine bedeutende Eigentümerstellung auf dem nationalen Fernsehmarkt normalerweise bei Erreichen eines Zuschaueranteils von mindestens einem Drittel angenommen. Die sogenannte „Cross-Ownership-Vorschrift“ (lit. f) verbietet einem Unternehmen mit mindestens 10 Prozent Reichweite in einem Teilmarkt (Tagespresse, Fernsehen oder Radio), Eigentümer oder Miteigentümer eines Unternehmens zu werden, das zu einem anderen Konzern mit einer Reichweite von mindestens 10 Prozent im selben Teilmarkt gehört.

14) Wenn niemand mehr als 50 Prozent der Anteile an einem Unternehmen besitzt, betrachtet die Medienaufsicht auch eine Minderheitsübernahme als eine „Übernahme eines Eigentumsanteils“, es sei denn, dass die Übernahme weniger als 5 Prozent der gesamten Anteile in dem betreffenden Medienunternehmen erreicht.

15) Gesetzentwurf *Odelsting prp. nr. 81* (2003–2004) S. 43–44.

16) *Retningslinjer*, 1. Juli 2006, abrufbar unter: www.medietilsynet.no/Documents/Tema/Eierskap/Retningslinjer_eierskap_juli2006.pdf, englische Fassung abrufbar unter: www.medietilsynet.no/Documents/Englishtxtpages/100309_MediaOwnershipAct_guidelines.pdf. Die Richtlinien wurden von der Medienaufsicht erstellt und haben das Ziel, einen Überblick und eine Zusammenfassung der Vorschriften zu geben, um den Marktteilnehmern Gleichbehandlung und Berechenbarkeit der Entscheidungen zuzusichern. Ein wichtiger Zweck der Richtlinien liegt in der Erläuterung der Arbeitsweise der Medienaufsicht.

Obwohl die Märkte für Zeitungen und Radio an sich im Rahmen dieses Berichts nicht relevant sind, ist die Regulierung dieser Märkte aufgrund der Regeln zur **diagonalen Unternehmenskonzentration** für den audiovisuellen Bereich relevant. § 10 lit. d bestimmt, dass eine bedeutende Eigentümerstellung auf dem nationalen Markt normalerweise dann angenommen wird, wenn ein Marktteilnehmer einen Marktanteil von mindestens 30 Prozent in einem der Teilmärkte innehat (Tagespresse, Fernsehen oder Radio) und durch eine Übernahme einen Marktanteil von mindestens 20 Prozent in einem der anderen Teilmärkte erlangt. Gemäß lit. e wird von einer bedeutenden Eigentümerstellung normalerweise dann ausgegangen, wenn ein Marktteilnehmer einen Marktanteil von mindestens 20 Prozent in zwei der Teilmärkte innehat und durch eine Übernahme einen Marktanteil von mindestens 20 Prozent in dem dritten Markt erlangt.

2.3. Wettbewerbsrecht

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (das Gesetz über den Wettbewerb zwischen Unternehmen und über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen – Wettbewerbsgesetz)¹⁷ wird von *Konkurransetilsynet* (der Wettbewerbsaufsicht) durchgesetzt. Zweck des Wettbewerbsgesetzes ist gemäß § 1, den Wettbewerb zu fördern und dadurch zu einer effizienten Nutzung der gesellschaftlichen Ressourcen beizutragen. Bei Anwendung des Gesetzes soll besondere Rücksicht auf die Interessen der Verbraucher genommen werden.

Das Gesetz ist zum Teil mit den Wettbewerbsregeln der EU harmonisiert und verbietet Kartelle und den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen. Für bevorstehende Unternehmenszusammenschlüsse gilt eine Anmelde-/Anzeigepflicht. Kriterium für eine Untersagung ist, ob die Fusion „eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder verstärken kann“. 2005 und 2008 wurde das Gesetz geändert.

Die Wettbewerbsaufsicht überwacht laut § 9 den Wettbewerb in den verschiedenen Märkten, unter anderem durch Kontrolle, dass die Ver- und Gebote des Wettbewerbsgesetzes eingehalten werden (lit. a), und durch die erforderlichen Eingriffe gegen Unternehmenszusammenschlüsse (lit. b). Die Wettbewerbsbehörde wird dann tätig, wenn sie feststellt, dass eine bestimmte Entwicklung eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführt oder verstärkt, die dem Zweck des Wettbewerbsgesetzes zuwiderläuft (§ 16).

Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsgesetzes überschneidet sich in vielen Fällen mit dem des Medieneigentumsgesetzes, doch bestehen beide Gesetze parallel und unabhängig voneinander. Während der Zweck des Medieneigentumsgesetzes die Förderung demokratischer Ziele wie der Meinungsäußerungsfreiheit und der Medienvielfalt ist, fördert das Wettbewerbsgesetz Gemeingüter wie den Wettbewerb, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sozial gerechtfertigte Preise und Innovation. In gewissem Umfang könnten den beiden Gesetzen überschneidende Wirkungen zugeschrieben werden, doch im Wesentlichen ergänzen sie sich. Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach dem Wettbewerbsgesetz (§ 16), die später im Detail beschrieben wird, schließt vertikale Integration ein. Dies stellt einen Bereich dar, in dem das Wettbewerbsgesetz Aufgaben der medienspezifischen Regulierung übernimmt. Ebenso werden die Werbemärkte nicht im Medieneigentumsgesetz geregelt, sondern fallen unter das Wettbewerbsgesetz.

2.4. Urheberrecht

Lov om opphavsrett til åndsverk mv (das Urheberrechtsgesetz)¹⁸ enthält spezielle Vorschriften zur zeitgleichen und unveränderten Weiterwendung der ursprünglichen drahtlosen Ausstrahlung, §§ 34 und 45a, § 36. Diese Vorschriften regeln die Nutzung des ursprünglichen drahtlosen Ausstrahlungssignals durch Kabelfernsehbetreiber (über erweiterte kollektive Lizenzen) und darüber hinaus die Entschädigung der Rechteinhaber für die Nutzung ihrer Inhalte.

17) Gesetz Nr. 12 vom 5. März 2004, abrufbar unter: www.lovdato.no/all/nl-20040305-012.html ; englische Fassung abrufbar unter: www.konkurransetilsynet.no/en/legislation/The-Competition-Act-of-2004/

18) Gesetz Nr. 2 vom 12. Mai 1961.

2.5. Sonderregelungen für Dienste, die Nutzung oder Empfang unterstützen oder vereinfachen

Im Wege der Ausschreibung erhielt Norges televisjon AS (NTV) 2006 eine Lizenz¹⁹ für Aufbau und Betrieb eines DVB-T-Netzes in Norwegen.²⁰ Gemäß § 3.6.1 der Lizenz ist NTV verpflichtet, einen für alle Inhalteanbieter zugänglichen EPG anzubieten. § 4.7 legt fest, dass NTV eine Spezifikation für DVB-T-Receiver entwickeln muss, die auf offenen und anerkannten Standards basiert, und dass NTV auf Anforderung von Receiver-Herstellern Zugang zur Nutzung der Spezifikation gewährt.

3. Wesentliche Grundsätze sowie Fallrecht und einschlägige Verwaltungsentscheidungen

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, gibt es eine laufende Kontroverse zwischen dem Kabelbetreiber Canal Digital (im Eigentum von Telenor) und der TV-2-Gruppe, dem Eigentümer des privaten Grundversorgungssenders TV 2. Der Konflikt geht auf eine seit 2007 bestehende Meinungsverschiedenheit zurück, die sich um das von Canal Digital für die Kabelweiterverbreitung von TV 2 zu zahlende Entgelt dreht. Gemäß seinem Vertrag mit dem norwegischen Staat aus dem Jahr 2010 genießt TV 2 Vorrechte bei Übertragungspflichten. Der Vertrag sieht vor, dass das Entgelt für die Kabelweiterverbreitung entsprechend den Marktbedingungen festzulegen ist. Bis 2010 folgten die Entscheidungen vom *Kabeltvistnemnda* (Ausschuss für Streitigkeiten bei Kabelfernsehen)²¹ in etwa den Preisvorschlägen der Kabelbetreiber für die Weiterverbreitung des Fernsehkanals. Jedoch entschied der Ausschuss am 8. Dezember 2011,²² das monatliche Entgelt für TV 2 von NOK 0,57 auf NOK 5 pro Anschluss anzupassen. Beschwerden gegen Ausschussentscheidungen müssen vor Gericht verhandelt werden, und im Juni 2012 berichteten Nachrichtenkanäle, dass Canal Digital eine Klage gegen TV 2 und das Kulturministerium erwägt.²³

Wie bereits erwähnt, liefert das Medieneigentumsgesetz keine Rechtsgrundlage, um gegen Übernahmen bei den elektronischen Medien einzuschreiten. 2007 erklärte die Regierung, eine neue Überarbeitung des Medieneigentumsgesetzes,²⁴ bei der die Regulierung der Eigentumsverhältnisse in den elektronischen Medien eine der Hauptfragen sein sollte, sei notwendig. Am 11. Mai 2011 berief das Kulturministerium eine Sachverständigenkommission zur Behandlung einer Reihe von Themen in Bezug auf die medien-spezifischen Eigentumsregelungen.²⁵ Die Änderung des Gesetzes wird angestrebt, um die Vorschriften an den technologischen Wandel und sich ändernde Medienmärkte anzupassen. Die Sachverständigenkommission erhielt den Auftrag, die Regulierung der Medienkonzentration einer umfassenden Prüfung zu unterziehen, darunter den Regulierungsansatz, die Abgrenzung relevanter Märkte und die Eigentumsbeschränkungen auf regionaler und nationaler Ebene. Die Kommission wurde auch gebeten zu prüfen, wie elektronische Medien im Medieneigentumsgesetz zu regulieren seien und ob das Medieneigentumsgesetz auf die vertikale Integration ausgedehnt werden sollte. Mit der Klärung der Frage, ob das Medieneigentumsgesetz abgeschafft werden sollte oder nicht, wurde die Sachverständigenkommission nicht betraut. Gemäß dem Auftrag sollte der Zweck des bestehenden Medieneigentumsgesetzes die Grundlage ihrer Arbeit bilden.

19) www.medietilsynet.no/Documents/Tema/TV/Konsesjon/Konsesjon_NTV_2006-21.pdf

20) Das DVB-T-Netz wurde 2009 fertiggestellt.

21) Der Ausschuss wird vom Kulturministerium ernannt und behandelt Streitigkeiten bezüglich der Weiterverbreitung von Fernsehsendungen. Er besteht aus einer Vorsitzenden und zwei Mitgliedern; www.regjeringen.no/nb/dep/kud/tema/medier/kringkasting/kabeltvistnemnda.html?id=498741

22) *Kabeltvistnemnda 2011, sak nr 3/2010*; Entscheidung abrufbar unter: www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/Avgjorelse-3-2010.pdf

23) Abrufbar unter: e24.no/media/telenor-truer-med-soeksmaal-mot-staten/20244794

24) Storting, Weißpapier Nr. 30 (2006–2007): „*Kringkasting i en digital fremtid*“ (Rundfunk in einer digitalen Zukunft).

25) Die Sachverständigenkommission setzte sich aus der Anwältin Mona Søyland (Vorsitzende), der Professorin für Medien und Kommunikation Tanja Storsul und dem Wirtschaftsprofessor Øystein Foros zusammen. Gemäß dem Auftrag musste sie im Zuge des Verfahrens Sitzungen mit Medienunternehmen und relevanten Aufsichtsbehörden abhalten. Zum Auftrag (nur in Norwegisch) siehe: www.regjeringen.no/upload/KUD/Styrer_raad_utvalg/Medieavdelingen/Eierskapslov-mandat.pdf

Die Sachverständigengruppe lieferte ihren Bericht *Medieeierskapsutredningen 2012* (Bericht über Eigentumsverhältnisse in den Medien 2012)²⁶ am 24. April 2012 an das Kulturministerium. Sie empfiehlt einige Änderungen am heutigen Rechtsrahmen. Erstens schlägt die Gruppe das Abrücken vom Begriff der Übernahme (*erverv*) im Gesetz vor und befürwortet stattdessen die Anwendung des wettbewerbsrechtlichen Kontrollbegriffs. Folgt man diesem Vorschlag, wird ein Unternehmen nur dann als Eigentümer eines anderen Unternehmens betrachtet, wenn es über dieses eine tatsächliche oder rechtliche Kontrolle ausübt; bestimmte Minderheitsanteile an einem Unternehmen werden bei der Berechnung der Eigentumsverhältnisse dann nicht einbezogen.

Darüber hinaus schlägt die Sachverständigengruppe vor, die Marktdefinitionen aus dem Gesetz zu löschen, um das regulatorische Modell gegenüber den laufenden technischen Neuerungen und Änderungen bei der Mediennutzung zu stabilisieren. Stattdessen regt sie an, dass die norwegische Medienaufsicht die Befugnis erhält, relevante Medienmärkte, zum Beispiel alle drei Jahre durch Vorschrift zu bestimmen. In Verbindung mit einer möglichen Intervention durch die Medienaufsicht sollte die Konzentration im Markt im Allgemeinen betrachtet werden.

Bezüglich nationaler Beschränkungen der **horizontalen Unternehmenskonzentration** schlagen die Sachverständigen vor, diese teilweise aufrechtzuerhalten und den Grenzwert von einem Drittel auf nationaler Ebene als Grundlage zu bewahren. Gleichzeitig empfehlen sie die Einführung eines „sicheren Hafens“ in der Form einer niedrigen Interventionsschwelle von einem Viertel.²⁷ Darüber hinaus schlägt die Sachverständigengruppe vor, die Sondereingriffsmöglichkeit nach § 10 lit. f Medieneigentumsgesetz – weiter oben schon erwähnt als „Cross-Ownership-Vorschrift“ – zu streichen. Im Hinblick auf Regelungen zur **diagonalen Unternehmenskonzentration** regt die Sachverständigengruppe an, für die Intervention bei Multimedia-Eigentum in zwei getrennten Märkten eine Sonderregelung zu behalten. Sie spricht sich für eine gesetzliche Vermutung aus, dass Übernahmen dann unzulässig sind, wenn ein Marktteilnehmer einen Eigentumsanteil von mindestens einem Drittel in einem Markt besitzt und ihm eine Übernahme in einem anderen Markt einen Eigentumsanteil in diesem zweiten Markt von mehr als einem Viertel verschafft.

Hinsichtlich elektronischer Medien fasst die Sachverständigengruppe zusammen, dass es derzeit nicht erforderlich ist, elektronische Medien als einen getrennten Markt im Sinne des Medieneigentumsgesetzes zu definieren. Sie schlägt vor, für elektronische Medien keine besonderen Eigentumsbeschränkungen zu setzen. Gleichzeitig erkennt sie an, dass sich diese Lage im Laufe der Zeit ändern kann, und schlägt vor, dass neue Märkte im Verordnungswege abgegrenzt werden könnten.

Die Sachverständigengruppe schlägt vor, dass elektronische Medien ab sofort als integrierter Teil der traditionellen Märkte betrachtet werden sollten, also der Märkte für Tagespresse, Fernsehen und Radio. Dafür spricht, dass elektronische Medien vorrangig als Erweiterungen der traditionellen Geschäftsfelder der Medien betrachtet werden. Als Folge aus diesem Vorschlag bilden die Fernseh- und Internetangebote der Fernsehsender einen gemeinsamen Markt für Fernsehen. Die Gruppe schlägt vor, dass elektronischen Medien eine andere Gewichtung als den traditionellen Medien zukommen sollte. Nutzerumfragen könnten verwendet werden, um die ungefähren Gewichtungsniveaus aufzuzeigen.

Am 22. Juni 2012 legte das Kulturministerium den Bericht und einen Vorschlag für ein geändertes Gesetz zur öffentlichen Einsichtnahme vor. Da die Ankündigung der Vorlage direkt vor Fertigstellung dieses Beitrags stattfand, werden die Vorschläge des Ministeriums hier nicht eingehend diskutiert. Jedoch hat das Ministerium die Vorschläge der Sachverständigengruppe grundsätzlich befürwortet. Die Frist für die Einsichtnahme endete am 31. August 2012.

26) Der Bericht ist abrufbar unter:

www.regjeringen.no/upload/KUD/Styret_raad_utvalg/Mediaavdelingen/Medieeierskapsutredningen_2012.pdf

27) Dies bedeutet, dass, wenn der gesamte Eigentumsanteil nach der Übernahme unter einem Viertel liegt, die Medienaufsicht bei dieser Übernahme nicht eingreifen kann. Liegt der Eigentumsanteil nach der Übernahme zwischen einem Viertel und einem Drittel, kann die Medienaufsicht nach einer besonderen Beurteilung eingreifen.

II. Plattformbetreiber und konvergente Dienste

1. Marktteilnehmer und Marktmacht

Der Markt für Betreiber von Plattformen und konvergenten Diensten in Norwegen befindet sich immer noch in einem frühen Entwicklungsstadium und ist nach Ansicht der Medienaufsicht noch nicht voll erfasst.

Es gibt eine Reihe von Internetportalen, die Filme und Fernsehserien als kostenpflichtige Abrufvideos anbieten, etwa Film2home.no, Sfanytime.com und Filmarkivet.no. Einige norwegische Nutzer stellen eine Verbindung mit Apple TV und Netflix durch einen sogenannten VPN-Zugang her, um damit amerikanische Fernsehserien zum Zeitpunkt ihrer jeweiligen Ausstrahlung in den USA erhalten zu können. Comoyo, ein dem norwegischen Telekomunternehmen Telenor gehörendes Videoportal, ist bereits in Betrieb und bietet Fernsehserien, Filme, Fußballspiele (Erste norwegische Liga) und die 13 Fernsehkanäle als *Over-the-top Content* (OTT) an.²⁸ Darüber hinaus sind internationale Marktteilnehmer im Begriff, Angebote in Norwegen zu starten. Ein Marktteilnehmer, Samsung Smart TV, bietet Hybridfernsehen mit norwegischen Inhalten an. Nachrichtenquellen haben berichtet, dass auch Netflix bis Ende 2012 auf dem norwegischen Markt Fuß fassen und dass HBO im Herbst 2012 den Sender HBO Nordic in Norwegen, Schweden, Dänemark und Finnland einführen will.²⁹

2. Rechtlicher Rahmen

Die besonderen Vorschriften zur Medienkonzentration im Medieneigentumsgesetz sind auf diesen Markt zurzeit nicht anwendbar. Vertikal integrierte Marktteilnehmer mit Eigentumsanteilen im Vertriebsmarkt sind vom Gesetz über elektronische Kommunikation betroffen (siehe unten II.3., III.2.4.). Das allgemeine Wettbewerbsrecht nach dem Wettbewerbsgesetz (siehe I.2.3., III.2.2.) findet auf diese Märkte genauso Anwendung wie auf andere auch. Nach Kenntnis der Medienaufsicht hat die Wettbewerbsaufsicht noch keine Fälle mit Teilnehmern aus diesen Märkten behandelt.

Die Sonderbestimmungen im Urheberrechtsgesetz zur zeitgleichen und unveränderten Weitersendung (siehe oben) sind dann auf die Verbreitung von Fernsehsendungen im Internet anwendbar, wenn diese von einem Dritten an eine geschlossene Verbraucherguppe durchgeführt wird.

3. Wesentliche Grundsätze sowie Fallrecht und einschlägige Verwaltungsentscheidungen

Die Sachverständigengruppe, die mögliche Änderungen des Medieneigentumsgesetzes erwogen hat, schlug vor, dass der Anwendungsbereich im Vergleich zu heute etwas erweitert werden sollte. So empfahl sie, dass Abrufdienste, denen man eine ähnliche Funktion wie Rundfunkveranstaltern zugesprechen kann, auch unter die Definition von elektronischen Massenmedien fallen sollten. Die Sachverständigengruppe betont aber, dass bestimmte Abrufangebote wie Online-Videotheken im Lichte der Ziele des Medieneigentumsgesetzes nicht relevant erscheinen.

Post- og teletilsynet (die Post- und Telekommunikationsaufsicht) hat vor Kurzem einen Bericht über sogenannte *Content Delivery Networks* (CDNs) erstellt.³⁰ CDNs machen es Lieferanten von Inhalten möglich, Video- und Fernsehangebote, Anwendungen und Software mit hoher Qualität und in großen Mengen über das Internet zu vertreiben. Die Aufsichtsbehörde hat die Notwendigkeit für die Regulierung des Marktes für CDNs bewertet und nimmt an, dass CDN-Lösungen als solche ursprünglich nicht unter die Definitionen für elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste gemäß § 1-5 Nr. 2 und 4 im

28) www.comoyo.com/no

29) www.kampanje.com/medier/article6189496.ece, www.kampanje.com/medier/article6191060.ece. Dem Artikel zufolge ist es noch unsicher, ob HBO Nordic ein Streamingdienst sein wird oder ob die Ausstrahlungen über Kabelnetz erfolgen.

30) *Content Delivery Networks*. PT-Bericht Nr. 3/2012, abrufbar unter: www.npt.no/aktuelt/rapporter/_attachment/3453?_ts=13a414dda03

Lov om elektronisk kommunikasjon – ekomloven (Gesetz über elektronische Kommunikation)³¹ zu fallen scheinen:

- Elektronische Kommunikationsnetze: Elektronische Kommunikationssysteme, die auch Funkanlagen, Switches, andere Verbindungs- und Verteilengeräte sowie dazugehörige Ausrüstung oder Funktionen umfassen.
- Elektronischer Kommunikationsdienst: Ein Dienst, der ganz oder vorwiegend die Übertragung elektronischer Kommunikation umfasst und der normalerweise gegen Entgelt erbracht wird.

Bei den infrastrukturbasierten CDN-Diensten könnte der Übertragungsteil unter die Definitionen fallen. Allerdings ist laut Aufsichtsbehörde die Bewertung ungewiss und kann sich noch ändern, nämlich aufgrund der Vorschläge für neue Definitionen, die das Ministerium für Verkehr und Kommunikation zur allgemeinen Beratung im Juni 2010 versandt hat.³² Unter anderem schlug das Ministerium eine Neudefinition des elektronischen Kommunikationsdienstes vor: „Dienst, der ganz oder vorwiegend die Übertragung oder Erleichterung der Kommunikation über ein elektronisches Kommunikationsnetz umfasst und normalerweise gegen Entgelt erbracht wird“. Die Post- und Telekommunikationsaufsicht nimmt an, dass, wenn dieser Vorschlag verabschiedet wird, wohl alle Arten von CDNs unter die Definition eines elektronischen Kommunikationsdienstes fallen werden.

III. Vertrieb (Netzbetreiber)

1. Marktteilnehmer und Marktmacht

Beispiele für Netzbetreiber sind Canal Digital, Get, Viasat und Altibox. Diese betreiben die Anlagen über digitales oder analoges Kabel, Satellit oder IPTV. NTV ist der einzige Betreiber und RiksTV der einzige Anbieter von digitalem terrestrischem Bezahlfernsehen. Zusätzlich zu Bouquets norwegischer und ausländischer Fernsehkanäle bieten die Digitalplattform-Betreiber ihren Nutzern auch Filme und Fernsehserien als kostenpflichtigen Verleih an.

Telenor ist ein großer Spieler im Vertriebsmarkt, weil ihm Norkring,³³ Canal Digital (analoge/digitale Kabel- und Satellitenplattformen) und ein Drittel der Anteile an NTV/RiksTV³⁴ gehören (DVB-T). Unter anderem gehört Telenor auch Conax, ein Technologieunternehmen, das Zugangsberechtigungslösungen für das Digitalfernsehen liefert. Im Content-Markt ist Telenor durch seinen Anteil von 35 Prozent an C More Entertainment/Nordic Canal+ beteiligt.

Wie bereits zuvor erwähnt, gab es jahrelang eine Kontroverse zwischen Netzbetreibern wie Canal Digital und Get einerseits und der TV-2-Gruppe andererseits über den Preis für die Weitersendung des Grundversorgungsprogramms TV 2. Vor Kurzem eskalierte dieser Streit zwischen Canal Digital und der TV-2-Gruppe. Am Ende dieser Kontroverse hat Canal Digital einige Schritte ergriffen wie etwa die Änderung der EPG-Position einiger Nischenkanäle der TV-2-Gruppe und die Kündigung des Vertrags für die Ausstrahlung mancher ihrer Sportkanäle. Am 20. Juni 2012 trieb Canal Digital die Sache noch einen Schritt weiter und schickte die Mitteilung, dass man eine Klage gegen TV 2 und das Kulturministerium erwäge.

Meinungsverschiedenheiten erwachsen auch zwischen RiksTV und Lokalfernsehsendern über die Bedingungen für Lokalrundfunk im DVB-T-Netz, beispielsweise die Platzierung der Lokalprogramme im EPG.³⁵

Ein Marktteilnehmer ist nicht so recht unter den Bereich „Vertrieb“ zu subsumieren, sollte aber dennoch erwähnt werden. 2008 gründeten NRK, die TV-2-Gruppe und MTG das Gemeinschaftsunter-

31) Gesetz Nr. 83 vom 4. Juli 2003; abrufbar unter: www.lovdata.no/all/hl-20030704-083.html, englische Übersetzung unter: www.npt.no/ikbViewer/Content/ekom_eng.pdf?documentID=7922

32) www.regjeringen.no/nb/dep/sd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-endring-i-lov-om-elektronisk-k.html

33) Norkring hat die terrestrische Infrastruktur für Radio und Digitalfernsehen aufgebaut und ist deren Eigentümer.

34) Neben Telenor halten auch NRK und die TV-2-Gruppe je ein Drittel der Anteile an NTV und RiksTV.

35) 2010 verschob RiksTV das lokale Fernsehen von Position 19 auf 52/53 im EPG, was zu Protesten vonseiten des norwegischen Medienunternehmerverbands (*Mediebedriftenes Landsforening*) führte.

nehmen Norges mobil-TV (Norwegens Mobilfernsehen – NMTV). NMTV erhielt am 14. Januar 2009 eine befristete Erlaubnis zur Ausstrahlung von DMB-Signalen auf dem VHF-Band III. Sechs Fernsehkanäle nahmen unter dem Namen MiniTV den Betrieb auf, und das Ziel ist laut NMTV,³⁶ festzustellen, wie MiniTV in Norwegen am besten betrieben werden kann. Zurzeit können die Sendungen nur über DMB-fähige Receiver im Großraum Oslo empfangen werden.

2. Rechtlicher Rahmen

2.1. Medienspezifische Antikonzentrationsregelungen

Der materielle Abwendungsbereich der medienspezifischen Antikonzentrationsregeln (§ 3 Medien-eigentumsgesetz) führt dazu, dass einige Unternehmen, die allgemein als Medienunternehmen bezeichnet werden, nicht unter das Gesetz fallen. Beispiele sind Unternehmen, die Vertriebsnetze betreiben, zum Beispiel Satelliten- oder Kabelnetze. Dies bedeutet, dass die Regulierungsbehörde (die Medienaufsicht) bei Übernahmen von im Vertriebsmarkt tätigen Unternehmen nicht eingreifen kann. Jedoch machen die Vorarbeiten³⁷ zum Medieneigentumsgesetz deutlich, dass die Medienaufsicht dem Eigentum in anderen Wertschöpfungsketten im Medienmarkt bei der Prüfung einer horizontalen Übernahme Gewicht zumessen kann.

2.2. Wettbewerbsrecht

Die Konzentrationskontrolle nach dem Wettbewerbsgesetz umfasst auch die vertikale Integration. Gemäß § 16 Wettbewerbsgesetz greift die Wettbewerbsaufsicht bei einer Konzentration dann ein, wenn sie der Auffassung ist, dass diese eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführt oder verstärkt, die dem Gesetzeszweck zuwiderläuft. Über die direkte Prüfung vertikaler Transaktionen bei der Fusionskontrolle hinaus betrachtet die Wettbewerbsbehörde auch vertikale Wirkungen horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse.

Die Weigerung, einen Vertrag zu schließen, kann einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 11 Wettbewerbsgesetz darstellen. In einem solchen Fall kann die Wettbewerbsbehörde einen Anbieter verpflichten, anderen Betreibern Zugang zu seinen Einrichtungen zu gewähren. Zwei Bedingungen müssen erfüllt werden, bevor eine solche Verpflichtung auferlegt werden kann: Der Anbieter muss marktbeherrschend sein, und es muss ein Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung für die Verweigerung des Zugangs vorliegen. Als Ausgangspunkt gibt es eine hohe Schwelle für die Bestimmung eines solchen Missbrauchs.

Gemäß § 14 Wettbewerbsgesetz kann *Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet* (das Ministerium für Staatsverwaltung, Reform und Kirchenangelegenheiten) qua Verordnung gegen Verhaltensweisen, die den Wettbewerb beschränken oder beschränken können und dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen, eingreifen. Solche Eingriffe können in Fällen erwogen werden, in denen die Verbote nach dem Wettbewerbsgesetz nicht anwendbar sind, jedoch eine wahrnehmbare Notwendigkeit für eine generelle Regulierung des Marktes besteht. Die Bestimmung kann auch in Märkten angewandt werden, in denen ein Unternehmen § 11 Wettbewerbsgesetz verletzt und mehrere andere Marktteilnehmer dieselben wettbewerbsfeindlichen Geschäftsmethoden anwenden, ohne dass sie von Verboten betroffen sind, weil sie keine marktbeherrschende Stellung einnehmen.

2.3. Urheberrecht

Wie bereits zuvor erwähnt, enthält das Urheberrechtsgesetz besondere Vorschriften zur zeitgleichen und unveränderten Weitersendung der ursprünglichen drahtlosen Ausstrahlung (§§ 34 und 45a, § 36). Die Bestimmungen regeln die Nutzung des ursprünglichen drahtlosen Ausstrahlungssignals durch Kabelfernsehbetreiber (durch erweiterte kollektive Lizenzen) und darüber hinaus die Entschädigung für die Rechteinhaber für die Nutzung ihrer jeweiligen Inhalte.

36) Siehe *MiniTV Factsheet*, abrufbar unter: www.nrk.no/contentfile/file/1.6623793!factsheet.pdf

37) Gesetzentwurf *Odelsting prp. nr. 30* (1996–97), a. a. O.

2.4. Gesetz über elektronische Kommunikation

Das Gesetz über elektronische Kommunikation wird von der norwegischen Post- und Telekommunikationsaufsicht in durchgesetzt. Der Zweck des Gesetzes ist, den Nutzern im ganzen Land gute, erschwingliche und zukunftsorientierte elektronische Kommunikationsdienste zu gewährleisten. Dies soll durch effiziente Nutzung der gesellschaftlichen Ressourcen erreicht werden, indem ein nachhaltiger Wettbewerb erleichtert sowie die wirtschaftliche Entwicklung und Innovation gefördert wird (§ 1-1). Gemäß § 1-2 findet das Gesetz auf Tätigkeiten in Verbindung mit der Übertragung elektronischer Kommunikation und der verbundenen Infrastruktur, mit Diensten, Ausrüstung und Einrichtungen Anwendung. Über die Vereinfachung des Übergangs von einem zuvor regulierten Monopolmarkt zu einem Wettbewerbsmarkt hinaus gehend, bezweckt der Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation die Förderung beständiger und technologisch neutraler Regelungen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste über die verschiedenen Sektoren hinweg.

Vor dem Ergreifen sektorspezifischer Maßnahmen muss die Aufsichtsbehörde eine detaillierte Analyse der zuvor definierten Märkte für Produkte und Dienstleistungen in dem Bereich durchführen, um zu bestimmen, ob einer der Marktteilnehmer als Anbieter mit einer starken Marktposition (*sterk markedsstilling*) zu betrachten ist. Ergibt die Analyse das Vorhandensein eines Anbieters mit starker Marktposition, werden diesem eine oder mehrere bereichsspezifische Verpflichtungen auferlegt, die zur Entwicklung von Wettbewerb in diesem Markt beitragen (§ 3-4). Die Aufsichtsbehörde verfügt über eine ganze Reihe von Verpflichtungen, die sie den Anbietern auferlegen kann – etwa die Pflicht, anderen Anbietern Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen, Kollokation sowie Informations- und Unterstützungssystemen zu gewähren, oder Pflichten bezüglich der Preisbildung für den Zugang.

§ 4-3 des Gesetzes enthält auch eine allgemeine Bestimmung, die Anbieter von Zugangskontrolldiensten für Digitalradio und -fernsehen verpflichtet, jede vernünftige Zugangsforderung von Inhaltelieferanten zu erfüllen. Die Bestimmung gilt für alle Anbieter von Zugangsdiensten, unabhängig davon, ob sie eine starke Marktstellung einnehmen. Darüber hinaus können nach dieser Bestimmung dieselben Anforderungen an Anbieter anderer Merkmale angelegt werden, welche den Zugang zu Digitalradio und -fernsehen beschränken, etwa Programmierschnittstellen (APIs) und elektronische Programmführer (EPGs).

2.5. Grundsätze für Netzneutralität

Die norwegische Post- und Telekommunikationsaufsicht und verschiedene Akteure im Internetmarkt (Netzbetreiber und Inhaltelieferanten) haben bei der Entwicklung einer Reihe von Grundsätzen für die Netzneutralität zusammengearbeitet. Diese Grundsätze können wie folgt zusammengefasst werden:

- Nutzer besitzen das Recht auf einen Internetanschluss mit spezifizierter Kapazität und Qualität;
- Nutzer besitzen das Recht auf einen Internetanschluss, der folgende Möglichkeiten bietet:
 - Sammeln und Liefern von Inhalten nach Wunsch;
 - Nutzung von Diensten und Anwendungen nach Wunsch;
 - Verbindung mit Ausrüstung und Nutzung von Software, die dem Netzwerk keinen Schaden zufügen, nach Wunsch.
- Nutzer besitzen das Recht auf einen Internetanschluss, der nicht aufgrund der Art der Anwendung, des Dienstes oder des Inhalts und aufgrund Absender und Empfänger diskriminiert wird.

Gemäß dem letzten Grundsatz sollte der Verkehr von Nutzern und Anbietern auf nichtdiskriminierende Art und Weise behandelt werden, wenn im Internet Engpässe auftreten. In manchen Fällen mag es Ausnahmen von diesen Grundsätzen geben, etwa wenn Internetdienstanbieter bei ausgewählten Diensten bestimmte Servicequalität anbieten.

2.6. Must-Carry-Vorschriften

§ 4-2 der Rundfunkordnung legt fest, dass alle Kabelbetreiber verpflichtet sind, die zwei Grundversorgungssender NRK und TV 2 weiterzubreiten. Darüber hinaus sollen Kabelbetreiber den gemeinnützigen und frei empfangbaren Sender Frikanalen (der Freie Kanal) weitersenden.³⁸ Die

38) www.frikanalen.no . Der Kanal strahlt regelmäßig seit Januar 2009 aus und wird von norwegischen NGOs betrieben.

Rundfunkordnung bestimmt, dass der Preis für die Kabelweiterverbreitung von TV 2 im Einklang mit den Marktbedingungen festzulegen ist.

Der Bezahlfernsehanbieter für das DVB-T-Netz, nämlich RiksTV, ist verpflichtet, Kapazität für NRK und andere Grundversorgungssender (zurzeit TV 2) und einen gemeinnützigen freien Sender (zurzeit Frikkanalen) zur Verfügung zu stellen, (§ 3.4 der NTV-Lizenz, § 4-2 Rundfunkordnung).

2.7. Allgemeine Bestimmungen der NTV-Lizenz

Ein wichtiges Ziel bei der Entwicklung des DVB-T-Netzes war die Gewährleistung einer breiten Vielfalt an Fernsehprogrammen für die norwegische Bevölkerung. Wie bereits erwähnt, umfasst die NTV-Lizenz vom 2. Juni 2006 mehrere allgemeine Bestimmungen in Bezug auf dieses Ziel; dazu gehört auch, dass RiksTV allen Sendern den Zugang auf der Grundlage nichtdiskriminierender Bedingungen gewähren soll (§ 4.8). Ebenso ist RiksTV verpflichtet, seinen Kunden die NRK-Hauptprogramme ohne Berechnung jeglicher Kosten anzubieten (Kunden müssen nur die Kosten im Zusammenhang mit dem Kauf einer Empfangseinrichtung tragen), § 3.5 Abs. 2. § 3.4 der Lizenz legt auch fest, dass RiksTV Kapazität für einen lokalen Sender in jeder Region bereitstellt, und darüber hinaus, dass Lokalfernsehsendern im Hinblick auf die Reichweite zufriedenstellende Bedingungen gewährt werden sollen. Allerdings sind die Bestimmungen bezüglich des lokalen Rundfunks in der Rundfunkordnung nicht enthalten.³⁹

RiksTV ist zum Angebot eines EPG verpflichtet, der allen Inhaltenanbietern zugänglich ist (§ 3.6.1). § 4.7 legt fest, dass RiksTV eine Spezifikation für DVB-T-Receiver entwickeln muss, die auf offenen und anerkannten Standards basiert, und dass RiksTV auf Anforderung von Receiver-Herstellern Zugang zur Nutzung der Spezifikation gewährt.

3. Wesentliche Grundsätze sowie Fallrecht und einschlägige Verwaltungsentscheidungen

Die norwegische Post- und Telekommunikationsaufsicht prüfte 2006, ob es Gründe für die Anordnung sektorspezifischer Wettbewerbsregulierung in den norwegischen Rundfunkmärkten gäbe. Eine Marktanalyse wurde für den vordefinierten Massenmarkt für Rundfunkübertragungsdienste und den Markt für die Lieferung von Rundfunkinhalten an Endverbraucher (Markt 18) durchgeführt. Jedoch stellte die Aufsichtsbehörde fest, dass die Bedingungen für eine sektorspezifische Regulierung nicht erfüllt wurden. Sie schloss, dass das Wettbewerbsrecht ausreichende Rechtsgrundlagen zur Auflösung eventueller Bedenken bereithält, die sonst durch sektorspezifische Vorabregulierung in diesen Märkten angegangen werden. Auch wenn angenommen wurde, dass die Markteintrittsbarrieren relativ hoch lagen, dachte man, dass der Markt sich in Richtung eines wirksamen Wettbewerbs bewegen würde.⁴⁰

Ursprünglich legte die NTV-Lizenz fest, dass NTV nach dem Abschalten des analogen Netzes Kapazitäten für einen weiteren Bezahlfernsehanbieter (im Wettbewerb zu RiksTV) zur Verfügung stellen würde (§ 4.8 Abs. 2). Auf Ersuchen von NTV wurde diese Bedingung 2009 vom Kulturministerium aus der Lizenz gestrichen. In seiner Entscheidung betonte das Ministerium die große Bedeutung dessen, dass die digitale terrestrische Plattform den anderen Vertriebsplattformen wettbewerbsfähig gegenüberstehe.⁴¹

Ob das Medieneigentumsgesetz weiter gefasst und auch die vertikale Integration abdecken sollte, ist schon mehrfach Thema gewesen. Zum Beispiel wurde diese Frage bei der Gesetzesänderung von 2004 diskutiert. Nach einer öffentlichen Anhörung befand das Ministerium damals, dass die vertikale Integration im Medienbereich seinerzeit kein großes Problem darstellte. Daraus schloss es, dass das Gesetz nicht auf die vertikale Integration erweitert werden, die Entwicklung dieses Bereichs aber zukünftig genau beobachtet werden sollte.

39) Dies bedeutet, dass Lokalsender keine Übertragungsprivilegien genießen.

40) *Post- og teletilsynet, M18 analyse*, 20. November 2006, abrufbar unter: www.npt.no/marked/markedsregulering-smp/historiske-markeder/tidligere-marked-18/_attachment/2770?_ts=139f797f5e0. 2007 nahm die EU-Kommission Markt 18 von der Liste empfohlener Märkte.

41) www.regjeringen.no/nb/dep/kud/pressemelder/pressemeldinger/2009/nye-vilkar-for-det-digitale-bakkenettet.html?id=571013

Gemäß der Sachverständigengruppe, die Änderungen am Medieneigentumsgesetz vorgeschlagen hatte, sollten die medienspezifischen Antikonzentrationsregelungen nicht auf die vertikale Integration erweitert werden.⁴² Die Sachverständigen stützten ihren Ansatz mit mehreren Argumenten. Erstens ist der Hauptgrund für wettbewerbliche Bedenken im Medienmarkt ebenso wie in anderen Märkten die horizontale Unternehmenskonzentration. Darüber hinaus betont die Gruppe, dass bei Eingriffen in einen neu entstehenden und dynamischen Markt Vorsicht geboten ist und dass viele vertikale Vertriebsmärkte im Medienbereich durch technologische Entwicklungen und schnellen Wandel gekennzeichnet sind. Auch würden Sonderregelungen für vertikale Integration im Medienmarkt nach Auffassung der Sachverständigengruppe zu Regulierungskosten führen. Ihrer Meinung nach sind die vertikale Integration und mögliche wettbewerbliche Engpässe im Wettbewerbsgesetz und im Gesetz über die elektronische Kommunikation ausreichend geregelt. Sollte ein vertikal integriertes Unternehmen unerwünschtes Verhalten an den Tag legen, kann ein nachträglicher Eingriff, so wie ihn § 11 Wettbewerbsgesetz erlaubt, zweckdienlicher sein.

42) Bericht über Eigentumsverhältnisse in den Medien, 2012, a. a. O. (Fn. 26), S. 126-127.



Krzysztof Wojciechowski
Universität Warschau¹

I. Audiovisuelle Mediendienste und unterstützende Dienste

Mediendienste sind in Polen durch das *ustawa Prawo prasowe*, das Pressegesetz von 1984 geregelt,² welches allgemeine Standards für eine „Presse“ festlegt, deren weit gefasste Definition dem Sinn nach „Massenmedien“ nahekommt.³ Dazu gehören auch Standards für journalistische Tätigkeit. Rundfunkprogrammdienste regelt das *ustawa o radiofonii i telewizji*, das Rundfunkgesetz von 1992 (RG).⁴ Nichtlineare audiovisuelle Mediendienste wurden bislang nicht gesondert reguliert, sie unterliegen lediglich den im Pressegesetz festgelegten Grundregeln. Im September 2012 wurde dem Parlament jedoch der Regierungsentwurf für ein überarbeitetes Rundfunkgesetz vorgelegt, der solche Abrufdienste im Einklang mit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) regeln soll.⁵

1. Der Ansatz bei öffentlich-rechtlichen Medien

Sowohl öffentlich-rechtliche Medien als auch kommerzielle Rundfunkdienste fallen unter das RG. Es enthält allerdings spezielle Bestimmungen zum öffentlich-rechtlichen Auftrag, zu den spezifischen Aufgaben, zu Struktur, Verwaltung, Tätigkeit und Finanzierung öffentlich-rechtlicher Medien,⁶ die die Marktmacht von öffentlich-rechtlichen Medienveranstalter in unterschiedlicher Weise beeinflussen. Nach dem Gesetz besteht das öffentlich-rechtliche Mediensystem aus den beiden landesweiten Anstalten *Telewizja Polska S.A.* (polnisches Fernsehen – TVP) und *Polskie Radio S.A.* (polnischer

1) Dr. jur., Lehrbeauftragter an der Universität Warschau, Institut für Zivilrecht, Abteilung Rechte des geistigen Eigentums; Rechtsberater (*radca prawny*) in Warschau – Berater des TVP-Vorstands; Mitglied der polnischen Urheberrechtskommission.

2) Gesetz vom 26. Januar 1984, Pressegesetz, Amtsblatt (*Dziennik Ustaw* – „Dz.U.“), Nr. 5, Pos. 24, mit Änderungen.

3) Nach Art. 7 des Pressegesetzes fallen unter den Begriff der Presse alle periodischen Publikationen, die kein geschlossenes homogenes Ganzes bilden, mindestens einmal pro Jahr erscheinen und einen ständigen Titel oder Namen, eine fortlaufende Nummer und ein Datum tragen; dazu gehören auch alle „Medien, die im Laufe des technischen Fortschritts geschaffen werden und periodische Publikationen in Druck-, Bild-, Ton- oder sonstiger Technik verbreiten“.

4) Rundfunkgesetz vom 29. Dezember 1992, konsolidierte Fassung: *Dz.U.* 2011, Nr. 43, Pos. 226, mit Änderungen. Eine nicht amtliche englische Übersetzung ist abrufbar unter: www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/pliki/office/broadcasting-act_10-08-2011.pdf

5) Gesetzentwurf zur Änderung des Rundfunkgesetzes und bestimmter weiterer Gesetze, verabschiedet vom Ministerrat am 21. August 2012 und dem Parlament am 5. September 2012 vorgelegt. Der Wortlaut des Entwurfs auf Polnisch ist abrufbar unter: www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=9CBBBAD0BA469231C1257A7200477E46 .

Ein vorhergehender erster Entwurf, der auf die Umsetzung der AVMD-Richtlinie abzielte und zum Teil audiovisuelle Mediendienste auf Abruf betraf, war mit überwältigender Mehrheit des Sejm (Unterhaus des Parlaments) verabschiedet, jedoch nach Protesten der Internetindustrie und einiger Bürgerrechtsaktivisten 2011 vom Senat (Oberhaus des Parlaments) abgelehnt worden. Die Kritiker hatten insbesondere die vorgeschlagene Pflichtregistrierung in Bezug auf audiovisuelle Mediendienste auf Abruf beanstandet.

6) Art. 21-32 RG.

Hörfunk – PR) sowie 17 regionalen öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen. Gemäß dem RG ist TVP verpflichtet, 16 regionale Filialen zu unterhalten, die für jeweils einen regionalen öffentlich-rechtlichen Fernsehsender verantwortlich sind; in der Praxis bilden diese Sender das Netzwerk, welches den terrestrischen Nachrichtensender TVPInfo mit Regionalfenstern ausstrahlt. Das Gesetz sieht vor, dass Medienveranstalter mit Grundversorgungsauftrag vorbehaltlich der Zustimmung der Regulierungsbehörde für Hörfunk und Fernsehen *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji* (Nationaler Rundfunkrat – KRRiT) weitere Unternehmen ausschließlich zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben gründen dürfen. Im Gesetz sind die maßgeblichen Hörfunk- und Fernsehkanäle aufgeführt, die die öffentlich-rechtlichen Medienanstalten als ihre Kerndienste ausstrahlen. Weitere Kanäle dürfen nur in Betrieb genommen werden, wenn die folgenden speziellen Anforderungen erfüllt sind: Sie müssen einer der im Gesetz aufgelisteten Kategorien entsprechen (Lokalsender, Kanäle für Auslandssendungen, Spartenkanäle) und den öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen; im Fall von Spartenkanälen ist eine Lizenz vom KRRiT einzuholen. In diesen Lizenzen sind häufig weitere Bedingungen festgelegt. Kommerzielle Kommunikationen öffentlich-rechtlicher Sender sind stärker limitiert als die kommerzieller Sender. Es ist ersteren nämlich verboten, Sendungen durch Werbung und Teleshopping zu unterbrechen,⁷ außer es handelt sich um die Berichterstattung über Sport- oder sonstige Veranstaltungen, bei denen Pausen inherent sind.

2. Regulierung des Markteintritts

Das Pressegesetz verlangt, dass die Verlagstätigkeit für Tageszeitungen oder Periodika bei einem Bezirksgericht registriert wird.⁸ Gemäß geltender Rechtsprechung bezieht sich dieses Erfordernis auch auf elektronische Ausgaben dieser Publikationen, die über das Internet verbreitet werden, sowie auf eigenständige elektronische Publikationen, die die Kriterien für Presse und tägliche oder periodische Publikationen erfüllen.⁹ In der Praxis ähnelt die Registrierung mehr einer Notifizierung und ist hauptsächlich für den Namensschutz von Presseerzeugnissen von Relevanz. Die Marktmacht einer Redaktion oder deren Eigentumsverhältnisse spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Die Ausstrahlung von Hörfunk- oder Fernsehprogrammen erfordert mit Ausnahme der gesetzlich verankerten Programme der öffentlich-rechtlichen Medien und aller Webcasting-Dienste eine Lizenz des KRRiT.¹⁰ Gestützt auf eine Entscheidung des KRRiT erteilt der Vorsitzende des KRRiT eine Rundfunklizenz in Form eines Verwaltungsbeschlusses. TV-Webcasting, das heißt Fernsehprogrammdienste, die ausschließlich über Informations- und Kommunikationsnetze übertragen werden, sind im Register, das seit Mai 2011 vom Vorsitzenden des KRRiT geführt wird, einzutragen.¹¹ Die Weiterverbreitung von Programmdiensten mit Ausnahme derer, die Must-Carry-Status haben, unterliegt ebenfalls der Registrierung.¹² Audio-Webcasting (Internet-Radio) und nichtlineare (sowohl Audiodienste als auch audiovisuelle) Mediendienste fallen bislang nicht unter das Rundfunkgesetz und somit nicht unter die darin vorgesehenen Markteintrittsregelungen. Der Regierungsentwurf zur Neuregelung des RG, mit dem audiovisuelle Mediendienste auf Abruf reguliert werden sollen, sieht keine vorgeschalteten Markteintrittsmechanismen (Lizenzierung, Registrierung, Notifizierung) vor. Stattdessen enthält er eine Verpflichtung zu nachträglicher Berichterstattung. Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf müssten demnach dem KRRiT jährliche Berichte zu ihrer Tätigkeit vorlegen, soweit solche Dienste durch das RG reguliert sind. Eine Nichtbeachtung dieser Verpflichtung zieht allerdings eher milde Strafen nach sich.

7) Art. 16a.7 RG. Diese Ausnahme wird eng ausgelegt und gilt ausschließlich für Veranstaltungen, auf die der Rundfunkveranstalter keinen Einfluss hat; sie umfasst keine Studiosendungen, die von öffentlich-rechtlichen Medien in Auftrag gegeben wurden. Siehe Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 29. Oktober 2010, I CSK 646/09, näher ausgeführt in Abschnitt 4.2.

8) Art. 20-21 Pressegesetz.

9) Urteil des Obersten Gerichtshof vom 26. Juli 2007, IV KK 174/07.

10) Art. 33-40b RG.

11) Art. 41 und 44a RG, in der Fassung des Gesetzes vom 25. März 2011 (Dz.U. Nr. 85, Pos. 459) zur Neuregelung des Rundfunkgesetzes zur teilweisen Umsetzung der AVMD-Richtlinie, das heißt insoweit lineare Dienste betroffen sind.

12) Art. 41 und 44 RG.

3. Medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften (Regeln zum Medieneigentum)

3.1. Medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften in der polnischen Gesetzgebung haben nur begrenzte Wirkung. Sie gelten ausschließlich für den Rundfunk und beziehen sich auf dessen Lizenzierung. Das Pressegesetz enthält keinerlei Regelungen zu Medienkonzentration oder Medieneigentum (Einschränkungen). Entsprechend unterliegen die Printpresse und die elektronischen Medien, die keine Rundfunkprogrammdienste sind, keinerlei medienspezifischen Konzentrationskontrollvorschriften, Beschränkungen ausländischer Kapitalbeteiligung oder auch nur gesetzgeberischen Anforderungen im Hinblick auf Transparenz beim Medieneigentum (außer den Verpflichtungen, die sich aus den allgemeinen Vorschriften für Unternehmen ergeben).

3.2. Medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften enthält das RG. Art. 36.2.2 RG besagt, dass keine Rundfunklizenz erteilt werden darf, wenn die Übertragung des Programmdienstes, für den der Antragsteller um eine Lizenz nachsucht, zu „einer beherrschenden Stellung des Antragstellers bei den Massenmedien in dem gegebenen Gebiet“ führen könnte. Ähnliche Bestimmungen bestehen im Zusammenhang mit einem möglichen Entzug einer Lizenz und einer Zustimmungsverweigerung seitens des KRRiT zur Weitergabe von Rechten aus der Rundfunklizenz.¹³ Nach Art. 38.2.1 RG kann der KRRiT eine Rundfunklizenz entziehen, wenn der Rundfunkveranstalter durch die Übertragung des Programmdienstes „eine beherrschende Stellung bei den Massenmedien in dem gegebenen relevanten Markt“ erlangt, wie es in den Bestimmungen zum Wettbewerbs- und Verbraucherschutz definiert ist.¹⁴ Erlangt der Rundfunkveranstalter eine so definierte beherrschende Stellung, ist der KRRiT nach Art. 38a.3.1 RG verpflichtet, seine Zustimmung zur Übertragung von Rechten aus der Rundfunklizenz im Fall einer Fusion, Teilung oder sonstigen Transformation kommerzieller Unternehmen zu verweigern.

Es werden also im Gesetz unterschiedliche Formulierungen bezüglich der Lizenzerteilung einerseits („eine beherrschende Stellung bei den Massenmedien in dem gegebenen Gebiet“) und der Lizenzentziehung/Verweigerung der Zustimmung zur Lizenzübertragung („eine beherrschende Stellung bei den Massenmedien in dem gegebenen relevanten Markt“ im Sinne des Wettbewerbsrechts) andererseits verwendet. Dies und eine fehlende Definition des Begriffs „beherrschende Stellung bei den Massenmedien“ schafft Unsicherheit, was in diesem Kontext unter beherrschender Stellung zu verstehen ist.

Im Fall der Lizenzerteilung könnte ein fehlender Hinweis auf „den relevanten Markt“ und somit auf das Wettbewerbsrecht als die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für einen breiteren Ansatz ausgelegt werden. Dieser breitere Ansatz würde es dem KRRiT ermöglichen, von einem (möglicherweise) eng definierten relevanten Markt im Sinne des Wettbewerbsrechts (üblicherweise auf Teile des erweiterten „Rundfunkmarkts“, zum Beispiel den Markt für landesweit frei empfangbare Fernsehsender oder den Bezahlfernsehmarkt in einem bestimmten geografischen Gebiet beschränkt) abzuweichen und die Stellung des Antragstellers bei allen Massenmedien (darunter zum Beispiel Nichtrundfunkmedien, gedruckte und/oder elektronische Presse) in dem gegebenen geografischen Gebiet zu berücksichtigen.

Selbst in Fällen eines Lizenzentzugs oder einer Zustimmungsverweigerung zur Übertragung von Rechten aus einer Lizenz, in denen das Gesetz auf den relevanten Markt im Sinne des Wettbewerbsrechts verweist, spricht das RG von einer „beherrschenden Stellung bei den Massenmedien“. Zumindest in Bezug auf die Produktseite der relevanten Marktdefinition wird also ein medienspezifischer Ansatz genutzt. Folglich kann man davon ausgehen, dass sich medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften im RG, die für die Erteilung und den Entzug einer Rundfunklizenz und die erforderliche Zustimmung des KRRiT zur Übertragung von Rechten aus einer Lizenz gelten, auf einen breit definierten geografisch relevanten „Massenmedien“-Markt beziehen. Entsprechend den Besonderheiten des Medienrechts und seines Fokus auf den Meinungsbildungsprozess geht der Bereich „Massenmedien“ daher über den reinen Rundfunkmarkt oder den im Sinne des Wettbewerbsrechts relevanten Teil dieses Markts hinaus.

13) Die Rechte aus der Rundfunklizenz sind grundsätzlich unveräußerlich und dürfen nicht auf den Käufer eines zahlungsunfähigen Unternehmens übertragen werden (Art. 38a, Abs. 1 und 2 RG). In Ausnahmefällen können sie mit Zustimmung des KRRiT im Fall einer Fusion, Teilung oder sonstigen Transformation kommerzieller Unternehmen auf eine andere Körperschaft übertragen werden (Art. 38a, Abs. 3 RG).

14) Siehe unten I.4.

Dieser Ansatz wurde schließlich in der Regulierungsstrategie 2011-2013 des KRRiT verabschiedet.¹⁵ Der KRRiT berücksichtigt die abweichende Logik und die unterschiedlichen Ziele des Wettbewerbsrechts einerseits und des Medienrechts andererseits. Während das Wettbewerbsrecht sich um ein einwandfreies Funktionieren des freien Marktes und des freien Wettbewerbs zwischen Marktteilnehmern kümmert, zielen medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften auf den Schutz der Medienvielfalt unter Verweis auf beherrschende meinungsbildende Macht (anstatt beherrschender Marktmacht) ab. Der KRRiT unterstreicht, dass Art. 36.2.2 RG mit dem ausdrücklichen Verweis auf eine „beherrschende Stellung in dem gegebenen Gebiet“ - im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht-, den gesamten Bereich der „Massenmedien“ meint. Damit werden nicht nur Hörfunk- und Fernsehsender, sondern zum Beispiel auch Zeitungen erfasst. Wenn der Anteil eines bestimmten Unternehmens in keinem dieser separaten Märkte zu einer beherrschenden Stellung führt, gelten die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung folglich nicht, wenngleich dieses Unternehmen möglicherweise große Teile des Informationsangebots und des Meinungsspektrums in Medien in dem gegebenen Gebiet kontrolliert. In einem solchen Fall sollten die medienspezifischen Konzentrationskontrollvorschriften aus dem RG angewandt werden. Der KRRiT erklärt, dass bei einer Anwendung dieser Vorschriften die Definition einer beherrschenden Stellung nach dem Wettbewerbsrecht *mutatis mutandis* berücksichtigt werden sollte, also im gesamten Bereich der Massenmedien in einem gegebenen Gebiet anstatt (lediglich) im relevanten Markt im Sinne des Wettbewerbsrechts.

Der KRRiT räumt ein, dass es mit der geltenden Gesetzgebung nicht möglich ist, Entwicklungen, die die Meinungsvielfalt und die Informationsquellen gefährden, effizient entgegenzuwirken.¹⁶ Dies ist insbesondere auf eine fehlende eindeutige Definition der beherrschenden Stellung bei den Massenmedien und den mangelnden Befugnissen des KRRiT zurückzuführen, wenn es um die Erhebung von Daten geht, die für eine Analyse der Medienkonzentration erforderlich sind.

Neben der bereits erwähnten Möglichkeit, in Fällen einer beherrschenden Stellung eine Lizenz zu entziehen oder die Zustimmung zur Übertragung von Rechten aus einer Lizenz zu verweigern, kann das KRRiT gemäß dem RG diese Maßnahme auch anwenden, wenn eine dritte Person die direkte oder indirekte Kontrolle über die Tätigkeit des Rundfunkveranstalters übernimmt.¹⁷ Diese Bestimmung stellt auch einen gewissen Schutz gegen unkontrollierte Medienkonzentration dar.

Darüber hinaus sieht das polnische Rundfunkrecht vor, dass bei Unternehmen, denen eine Rundfunklizenz erteilt werden kann, maximal 49 Prozent ausländische Kapitalbeteiligung und Kontrolle bestehen darf. Auch der Kauf oder die Übernahme von Aktien oder Anteilen an einem Unternehmen, das eine Rundfunklizenz hält, durch eine ausländische Person oder eine Körperschaft, die von einer solchen Person kontrolliert wird, bedarf der Zustimmung des KRRiT.¹⁸ Diese Beschränkungen gelten nicht für ausländische Personen und Tochtergesellschaften ausländischer Personen, die ihren Sitz oder ihren ständigen Aufenthalt im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) haben.¹⁹ Indem Personen und Tochtergesellschaften mit Sitz im EWR von diesen Vorschriften ausgenommen wurden (diese Ausnahme wurde 2004 eingeführt),²⁰ wurde die praktische Bedeutung der Beschränkung deutlich abgeschwächt. 1992 formuliert war sie ursprünglich dazu gedacht gewesen, die nationalen Rundfunkunternehmen zu fördern und sie gegen mächtige den Markt potenziell beherrschende ausländische Akteure zu schützen.

Weiterreichende medienspezifische Konzentrationskontrollvorschriften wurden 2002 in einem Entwurf zur Neuregelung des Rundfunkgesetzes vorgeschlagen. Sie sollten das gleichzeitige Eigentum an nationalen Fernsehsender und nationalen Hörfunkstationen untersagen. Außerdem sollte der Rundfunklizenzbesitz für Verleger von Tageszeitungen oder Periodika ausgeschlossen sein. Der Entwurf führte zu heftigen Kontroversen und wurde schließlich abgelehnt, nachdem es zu einem

15) Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, *Strategia regulacyjna na lata 2011-2013*, 1. März 2011, S. 57-59, (nur auf Polnisch) abrufbar unter: www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/pliki/publikacje/strategie/strategia_110420.pdf

16) Ebenda.

17) Art. 38.2.4 und 38a.2.2 RG.

18) Art. 40a RG.

19) Art. 35 RG.

20) Gesetz vom 2. April 2004 zur Änderung des RG, Dz.U. Nr. 81, Pos. 874, in Kraft getreten am 1. Mai 2004. Die Neuregelung erfolgte, um die Übereinstimmung des RG mit EU-Recht zu gewährleisten.

politischen Skandal und Bestechungsvorwürfen, dem sogenannten „Rywin-Gate“ gekommen war.²¹ Die öffentliche Diskussion zu weiteren medien-spezifischen Konzentrationskontrollmaßnahmen ist daraufhin praktisch zum Erliegen gekommen.

4. Wettbewerbsrechtliche Aspekte

Das zum öffentlichen Recht zählende Wettbewerbsrecht wird im Gegensatz zum zivilrechtlichen Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb grundsätzlich im *ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Gesetz vom 16. Februar 2007 zum Wettbewerbs- und Verbraucherschutz (Wettbewerbsgesetz – WG) geregelt.²² Das Gesetz verbietet parallel zum EU-Wettbewerbsrecht wettbewerbseinschränkende Praktiken einschließlich wettbewerbseinschränkender Vereinbarungen²³ und Missbrauch einer beherrschenden Stellung.²⁴ Es regelt die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen²⁵ und verbietet Praktiken, die gegen kollektive Verbraucherinteressen verstoßen.²⁶

4.1. Die Stellung eines Unternehmens gilt als beherrschend, wenn dessen Anteil am relevanten Markt über 40 Prozent liegt.²⁷ Hierbei handelt es sich jedoch um eine widerlegbare Vermutung. Die Definition der „beherrschenden Stellung“ im WG sowie die diesbezügliche Rechtsprechung zeigen deutlich, dass ein hoher Marktanteil allein zur Feststellung einer beherrschenden Stellung eines Unternehmens nicht ausreicht. Das Gesetz definiert eine „beherrschende Stellung“ als die Marktposition eines Unternehmens, die es ihm ermöglicht, a) funktionierenden Wettbewerb in einem relevanten Markt zu verhindern und somit b) weitestgehend unabhängig von seinen Wettbewerbern, Vertragspartnern und den Verbrauchern zu agieren. Beide Bedingungen müssen erfüllt sein. Diese Definition wird auch in Medienfällen angewandt. Zum Beispiel folgte das Berufungsgericht Warschau beim Markteintritt eines neuen Boulevardblattes („Fakt“ von Axel Springer), das zu einem geringen Preis angeboten wird und einen hohen Marktanteil bei der Boulevardpresse (über 40 Prozent) erreicht hat, der Einschätzung der Wettbewerbsbehörde, es habe keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung gegeben. Das Gericht verwies auf die genannten Bedingungen und unterstrich, die Marktbeherrschung müsse stabil sein und ausreichend lang bestehen, was grundsätzlich für einen neuen Marktteilnehmer nicht erreichbar sei.²⁸

„Relevanter Markt“ im Sinne des WG bedeutet einen Markt für Waren,²⁹ die Verbraucher aufgrund ihrer Bestimmung, ihres Preises und ihrer Merkmale einschließlich der Qualität als substituierbar betrachten und die in einem Gebiet angeboten werden, für das die Wettbewerbsbedingungen ihrem Wesen und ihrer Eigenschaften nach (zum Beispiel Vorhandensein von Markteintrittsbarrieren, Verbraucherverlieben, signifikante Unterschiede beim Preis und den Transportkosten) hinreichend homogen sind.³⁰

Marktdefinitionen im Kontext audiovisueller Mediendienste, die in der geltenden Rechtsprechung des *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Amt für Wettbewerbs- und Verbraucherschutz – UOKiK)³¹

21) Der sogenannte „Rywin-Gate“-Skandal wurde im Abschlussbericht zur Untersuchung „Die Information der Bürger in der EU: Pflichten der Medien und der Institutionen im Hinblick auf das Recht des Bürgers auf umfassende und objektive Information“, erstellt vom Europäischen Medieninstitut Düsseldorf im Auftrag des Europäischen Parlaments, 31. August 2004, Teil II, Polen, S. 156 (EMI-Untersuchung 2004) beschrieben.

22) Dz.U. Nr. 50, Pos. 331 mit Änderungen. Eine englische Übersetzung des Gesetzes ist auf der Website der Wettbewerbsbehörde abrufbar: www.uokik.gov.pl/competition_protection.php

23) Art. 6-8 WG.

24) Art. 9 WG.

25) Art. 13 f. WG. Die Absicht zum Zusammenschluss ist der Wettbewerbsbehörde anzuzeigen, wenn der weltweite Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen im vorangegangenen Geschäftsjahr EUR 1 Mrd. und/oder ihr Gesamtumsatz in Polen in dem Jahr EUR 50 Mio. übersteigt. Die Wettbewerbsbehörde erteilt auf dem Wege eines Verwaltungsbeschlusses die Zustimmung zum Zusammenschluss, der zu keinen signifikanten Behinderungen des Wettbewerbs im relevanten Markt, insbesondere durch die Schaffung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, führen darf (Art. 18 WG).

26) Art. 24 f. WG.

27) Art. 4.10 WG.

28) Urteil des Berufungsgerichts Warschau vom 20. November 2008, VI ACa 704/08, *Fakt gegen Super Express*.

29) Im Sinne des WG werden Waren im breiten Sinne als „Gegenstände sowie alle Formen von Energie, Wertpapiere und sonstige Eigentumsrechte, Dienstleistungen und Bauarbeiten“ verstanden (Art. 4.7 WG), der Begriff umfasst somit auch Dienstleistungen einschließlich audiovisueller Dienste.

30) Art. 4.9 WG.

31) Nach dem WG ist die staatliche Stelle, die Verwaltungsbeschlüsse in Wettbewerbsrechtssachen treffen darf, der Präsident des UOKiK. Im Text wird die Kurzbezeichnung *geltende Rechtsprechung, Beschlüsse und Praxis des UOKiK* verwendet, wenn auf Beschlüsse des Präsidenten des UOKiK verwiesen wird.

und von Gerichten verwendet werden, verweisen häufig auf Grundsatzentscheidungen aus dem EU-Wettbewerbsrecht, sie berücksichtigen aber auch nationale Gegebenheiten und Besonderheiten lokaler Märkte.

Die geltende Rechtsprechung unterscheidet verschiedene relevante Märkte im Rundfunksektor und kommt so zu dem Schluss, dass es keinen homogenen Rundfunkmarkt gibt. Bereits 2002 verhandelte das UOKiK einen Fall von Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch das öffentlich-rechtliche polnische Fernsehen (Telewizja Polska – TVP), das für Kunden, die mehr als 50 Prozent ihres Werbebudgets bei TVP ausgeben, die Preise für Fernsehwerbezeit senkte. Das UOKiK entschied, der relevante Markt sei der Markt für die Verbreitung von Fernsehwerbung über frei empfangbares Fernsehen.³² Die Behörde unterschied somit unter Verweis auf die geltende Rechtsprechung nach EU-Wettbewerbsrecht³³ innerhalb des Fernsehmarkts zwischen dem Markt für Pay-TV und dem für Free-TV. Letzterer bestehe, so heißt es, aus werbefinanziertem kommerziellem Fernsehen und gebühren- und werbefinanziertem öffentlich-rechtlichem Fernsehen. Diese Unterscheidung wurde in der Folge durch das UOKiK und die Gerichte in weiteren Fällen bestätigt.³⁴ Darüber hinaus zeigt sich eine Tendenz zu weiterer Aufteilung insbesondere in Bezug auf den Pay-TV-Markt.

In verschiedenen Fällen, die das Verhältnis zwischen Bezahlfernsehsendern und Kabelbetreibern betrafen, haben das UOKiK und die Gerichte innerhalb des relevanten nationalen Markts für Pay-TV mehrere nationale Märkte für Pay-TV-Sender in polnischer Sprache ausgemacht, die sich auf spezielle Genres oder Sparten spezialisieren.

2006 bestätigte das *Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Gericht für Wettbewerbs- und Verbraucherschutz – SOKiK), das für Berufungen gegen UOKiK-Beschlüsse zuständig ist, die Einschätzung der Behörde, dass es im polnisch-sprachigen Bezahlfernsehen einen *nationalen Markt für Nachrichtensender* und einen *nationalen Markt für Wetterkanäle* gebe. In dem zu entscheidenden Fall ging es um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung des Anbieters derartiger polnischer Spartenprogramme (TVN24, TVN Meteo), die seinerzeit die einzigen Programmangebote in ihren jeweiligen Spartenprofilen auf dem polnischen Fernsehmarkt waren. Der Missbrauch bestand darin, dass der Kabelbetreiber vertraglich verpflichtet wurde, diese Programme über alle seine Kabelnetze in verschiedenen Städten weiterzuverbreiten.³⁵

Im Jahre 2008 stimmte das Gericht dem UOKiK in der Bewertung zu, dass der Sender des Kanals *Animal Planet* seine beherrschende Stellung auf dem *nationalen Markt für die Großkundendistribution von Pay-TV-Wissenschafts- und Natursendern in polnischer Sprachversion*, den das UOKiK als einen separaten Markt identifiziert hatte, missbraucht hat. Der Sender hatte Kabelbetreibern, die einem der maßgeblichen Fachverbände angehören, potenziell niedrigere Preise angeboten.³⁶ In diesem Fall differenzierte das UOKiK zunächst innerhalb des Bezahlfernsehmarkts (1) den Markt für Rundfunkveranstalter mit einem Basisangebot und (2) den Markt für Premiumsender (die sich dadurch auszeichnen, dass sie Filme kurz nach deren Kinostart zeigen und über die attraktivsten Sportereignisse berichten, aber auch einen höheren Abonnementpreis haben). Darüber hinaus hielt es das UOKiK für erforderlich, den Bezahlfernsehmarkt für Rundfunkveranstalter mit einem Basisangebot weiter zu unterteilen, und differenzierte ihn nach Sonderkanälen für (1) Nachrichten, (2) Unterhaltung, (3) Spielfilme, (4) Sport, (5) Musik, (6) Kinder, (7) Wissenschaft und Natur sowie (8) Vollprogramme. Das Gericht hielt diese weitere Segmentierung des Bezahlfernsehmarkts für Rundfunkveranstalter mit einem Basisangebot für gerechtfertigt und wies das Argument des Berufungsklägers zurück, ein solcher enger Ansatz bei Bezahlfernsehmärkten stehe nicht im Einklang mit der geltenden Rechtsprechung nach EU-Recht. Insofern verwies er unter anderem auf die Rechtssache *Hoffman - La Roche*, in der Vitamingruppen als separate relevante Märkte behandelt wurden.

32) UOKiK-Beschluss vom 16. Dezember 2002, DDI-110/2002, *Fernsehwerbung*. Das UOKiK kam zu dem Schluss, dieses Verhalten sei eingestellt.

33) Beschlüsse der EG-Kommission in den Rechtssachen: COMP/M. 469, *MSG Media Service*, ABL. 1994, L 364, S. 1; COMP/M. 779, *Bertelsmann/CLT*, ABL. 1996, C 364, S. 3; COMP/M. 553, *RTL/Veronica/Endemol*, ABL. 1996, L 134, S. 32.

34) Siehe zum Beispiel den UOKiK-Beschluss vom 5. Oktober 2004, RPZ 24/2004, *Telewizja Kablowa Poznań*, den UOKiK-Beschluss vom 12. Februar 2012, DOK-1/2010, *Euro 2008 Public Viewing*, die UOKiK-Beschlüsse vom 14. September 2012, DKK-93/2012 *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* und DKK-94/2012, *Canal+/N-vision* sowie die in den beiden folgenden Fußnoten angeführten Urteile.

35) Urteil des SOKiK vom 14. September 2006, XVII Ama 71/05, *TVN24/TVNMeteo*.

36) Urteil des SOKiK vom 28. November 2008, XVII Ama 107/07, *Animal Planet*.

In ähnlicher Weise kam das UOKiK in der Rechtssache betreffend die Fusion von Polsat und JimJam durch die Gründung eines neuen Unternehmens (Polsat JimJam) zur Produktion und Verbreitung eines Kinderfernsehsenders zu der Einschätzung, die Fusion habe vertikale Auswirkungen auf den nationalen Markt für den Kauf/die Übernahme von Fernsehprogrammdiensten für Kinder.³⁷

Die Tendenz, eine enge Definition des relevanten Markts zugrunde zu legen, wenn ein wettbewerbsrechtlicher Fall Medien und insbesondere Rundfunk betrifft, entspricht der geltenden nationalen Rechtsprechung zu Printmedien.³⁸ Sie geht mit einem engen Ansatz in Rechtssachen, die Telekommunikationsunternehmen betreffen, einher und birgt Konsequenzen in Fusionsfällen mit Bezug zum Medien- und den Telekommunikationssektor. 2011 hatte das UOKiK die Kontrollübernahme der Spartan Holding über Polkomtel, einen der drei führenden Mobilfunkanbieter, zu bewerten. Spartan Holding gehört zu der von Zygmunt Solorz-Żak kontrollierten Kapitalgruppe (ZSZ-Gruppe), zu der unter anderem einer der beiden führenden landesweiten privaten Fernsehveranstalter, Polsat, und weitere Fernsehsender, die Satellitenfernsehplattform Cyfrowy Polsat (CP) und einige der großen VoD-Dienste (Ipla/Iplex) gehören. Die Fusion wurde als wichtige Machtkonzentration in einem konvergenten Medien- und Telekommunikationssektor betrachtet. Das UOKiK genehmigte die Transaktion, nachdem es die Auswirkungen auf den nationalen Markt für Telekommunikationsdienstleistungen eingehend bewertet hatte. Die Behörde kam zu der Schlussfolgerung, die Fusion werde den Wettbewerb auf den identifizierten relevanten Märkten für mobile Telekommunikationsdienstleistungen, die sowohl horizontal als auch vertikal betroffen waren, nicht wesentlich einschränken.³⁹ Das UOKiK konnte keine wesentliche Einschränkung des Wettbewerbs erkennen, da Polkomtel zwar eine starke, aber nicht beherrschende Stellung einnehme, die Stellung der ZSZ-Gruppe auf diesen Märkten jedoch marginal bleibe. Das UOKiK wies zudem auf die Auswirkung der Fusion auf den nationalen Markt für die Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammdiensten über Satellitenplattformen, über welche CP seine Dienste anbietet, im Rahmen von kostenpflichtigen Programmpaketen hin. Die Behörde sah jedoch keine Notwendigkeit zu bewerten, ob die Marktmacht von CP auf diesem Markt auf (Telekommunikations-)Märkte, die von der Fusion betroffen sind, übertragen wird. Dies sei nicht zu untersuchen weil 1) es keine enge Komplementarität zwischen Pay-TV- und Mobilfunkdiensten gebe, 2) andere Mobilfunkbetreiber Pakete mit Wettbewerbern von CP schnüren könnten und c) angesichts der deutlich geringeren Abonentenzahl für CPs Pay-TV-Dienste im Vergleich zur Größe des Mobilfunkmarkts und der Abonentenzahlen für jeden einzelnen Teilnehmer dieses Markts keine Gefahr des Ausschlusses anderer Teilnehmer vom Mobilfunkmarkt bestehe.⁴⁰

Tatsächlich wurden die medienspezifischen Marktmachtaspekte dieser wichtigen Fusion nicht bewertet, was vielleicht zeigt, dass Bedarf an medienspezifischer Marktmachtregulierung besteht und Medienpluralismus als Ziel öffentlichen Interesses bei wettbewerbsrechtlichen Fällen stärker berücksichtigt werden sollte.

Eine weitere wichtige Fusion zweier großer audiovisueller Mediengruppen, Canal+ und ITI/TVN, bei der Canal+ die aktive Rolle innehatte, wurde vom UOKiK im September 2012 genehmigt. Die Fusion besteht aus zwei Transaktionen:

1. die Übernahme der gemeinsamen Kontrolle der *Groupe Canal+* und TVN über die Körperschaft, die durch die Fusion von *Canal+ Cyfrowy* und *ITI Neovision* geschaffen wurde;⁴¹

37) UOKiK-Beschluss vom 9. März 2010, DKK-24/10, *Polsat JimJam*. Die Behörde genehmigte den Zusammenschluss, da er nach ihrer Überzeugung den Wettbewerb angesichts des reichen Angebots an Fernsehkanälen für Kinder nicht wesentlich einschränken werde.

38) Zu den Printmedien befanden das UOKiK und die Gerichte, es gebe relevante Märkte wie den nationalen Markt für Boulevardzeitungen (Urteil des Berufungsgerichts Warschau vom 20. November 2008, VI ACa 704/08, *Fakt gegen Super Express*) oder den nationalen Markt für Sporttageszeitungen (Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 19. August 2009, III SK 5/09, *Przegląd Sportowy gegen Sport*). Im letzteren Fall wies der Oberste Gerichtshof das Argument zurück, allgemeine Tageszeitungen, die ausführliche Sportteile oder -beilagen beinhalten, könnten einen Ersatz für Sporttageszeitungen darstellen, und befand, man müsse bei Tageszeitungen zwischen allgemeinen, Sport- und Finanzzeitungen unterscheiden.

39) Als relevante Märkte, die von der Fusion horizontal betroffen waren, definierte das UOKiK den nationalen Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für Endkunden in öffentlichen Mobilfunknetzen und den nationalen Endkundenmarkt für mobilen Breitbandinternetzugang; als vertikal betroffenen Markt wurde der nationale Großkundenmarkt für Zugang und Verbindungsinitiierung zu öffentlichen mobilen Telekommunikationsnetzen definiert. In Bezug auf Internetzugangsdienste befand das UOKiK, Mobilfunk- und Festnetzdienste seien nicht gegenseitig austauschbar und gehörten zu unterschiedlichen relevanten Produktmärkten.

40) UOKiK-Beschluss vom 24. Oktober 2011, DKK-126/11, *Spartan/Polkomtel*.

41) UOKiK-Beschluss vom 14. September 2012, DKK-93/2012, *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision*.

2. die Übernahme der Kontrolle der *Groupe Canal+* über die Holding *N-Vision*, die insbesondere den Rundfunkveranstalter TVN⁴² und *ITI Neovision* kontrolliert.⁴³

Das praktische Ergebnis dieser Transaktionen ist die Fusion zweier Pay-TV-Satellitenplattformen, *Cyfra+* im Besitz von *Canal+ Cyfrowy* und „n“ im Besitz von *ITI Neovision*.⁴⁴ *Canal+* übernimmt die Kontrolle über einen großen Rundfunkveranstalter von Free- und Pay-TV-Kanälen (TVN) und über das Unternehmen, das unter anderem die konkurrierende Pay-TV-Satellitenplattform (*ITI Neovision*) betrieben hat.⁴⁵

Das UOKiK stellte fest, dass diese Transaktionen horizontal folgende Märkte betreffen: (1) den nationalen Markt für die Lizenzierung von Bezahlfernsehsendern, (2) den Markt für Zugang zu Bezahlfernsehendiensten in verschiedenen geografischen Gebieten (überregional und lokal) sowie (3) den nationalen Markt für Fernsehwerbung. Wenngleich die an dieser Fusion beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von über 20 Prozent auf jedem dieser Märkte erreichen, befand das UOKiK, dass die Zusammenschlüsse weder zur Schaffung einer beherrschenden Stellung führen, noch den Wettbewerb in sonstiger Hinsicht wesentlich einschränken werden. Der Zusammenschluss sei eher das Ergebnis starken Wettbewerbs in jedem der relevanten Märkte: Im Fall der Lizenzierung von Bezahlfernsehsendern und dem Zugang zu Bezahlfernsehen insbesondere seitens *Cyfrowy Polsat*, *UPC* und anderer großer Kabelbetreiber und im Fall von Fernsehwerbung seitens *Polsat* und *TVP*.

Das UOKiK wies auf die oligopolistische Marktstruktur für den Zugang zu Pay-TV und Fernsehwerbung hin und befand, die Fusion werde diese Tendenz weiter verstärken; angesichts der starken Konkurrenz innerhalb dieser Oligopole sah die Behörde jedoch keine Gefahr wesentlicher Wettbewerbsbehinderungen. Diese Bewertung wurde stark durch die gewählte Abgrenzung der relevanten Märkte beeinflusst, insbesondere durch die weit gefasste Definition des Markts für den Zugang zu Pay-TV-Diensten, der am stärksten von der Fusion betroffen war. Nach der Definition besteht dieser Markt aus Pay-TV-Diensten über Satellitenplattformen, Kabelfernsehen und IPTV, die als wechselseitig austauschbar angesehen werden; das Thema wird in Abschnitt II ausführlicher behandelt. Beim nationalen Markt für die Lizenzierung von Bezahlfernsehsendern differenzierte das UOKiK zunächst zwischen Free-TV und Pay-TV und sah dann in Übereinstimmung mit geltender früherer Rechtsprechung Anlass für eine weitere Segmentierung des Marktes nach der thematischen Ausrichtung der Sender, was zur Anerkennung von Märkten für Filmkanäle, Sportkanäle und sonstige Spartensender führte. Das UOKiK befand jedoch, dass die Fusion den Wettbewerb weder in einem dieser Segmente noch im Markt für die Lizenzierung von Bezahlfernsehsendern im weiteren Sinne gefährdet, insbesondere da der Anteil der Unternehmen, die an der Fusion beteiligt sind, in jedem dieser Märkte deutlich unter 40 Prozent (dem Grenzwert für eine mutmaßliche beherrschende Stellung) lag. Das UOKiK berücksichtigte die bestehende Stellung konkurrierender nationaler (*Cyfrowy Polsat*, der Betreiber einer Pay-TV-Satellitenplattform, die zur *ZSZ-Gruppe* gehört) und transnationaler Lizenzgeber (darunter *Time Warner*, *News Corp.*, *Discovery Communications*, *MTV Networks*), die über umfangreiche Ressourcen verfügen. Berücksichtigt wurde daneben eine steigende Zahl von Sendern, die in polnischer Sprache verbreitet werden (über 50 neue Sender in den letzten fünf Jahren), und das vorherrschende Geschäftsmodell zu deren größtmöglichen Verbreitung, auch über Plattformen, die von konkurrierenden Mediengruppen betrieben werden.

Die Kontrolle über Inholdemärkte war Gegenstand einer wichtigen Rechtssache, die eine Vereinbarung zwischen *Canal+* und dem polnischen Fußballverband (*PZPN*) betraf. Der *PZPN* hatte dem Rundfunkveranstalter das Vorkaufsrecht für Exklusivrechte zur Ausstrahlung von Spielen der polnischen Fußballliga eingeräumt. Das UOKiK und die Gerichte einschließlich des Obersten Gerichtshofs befanden, die Vereinbarung schränke den Marktzugang ein und verwehre ihn Unternehmen, die nicht Teil dieser

42) TVN ist der Rundfunkveranstalter frei empfangbarer Vollprogramme wie TVN und TVN7 sowie Pay-TV-Spartenkanälen wie TVN24, TVN Meteo, TVN Turbo, TVN Style, TVN CNBC.

43) UOKiK-Beschluss vom 14. September 2012, DKK-94/2012, *Canal+ Cyfrowy/N-Vision*.

44) Die Anzahl der Abonnenten der drei Pay-TV-Satellitenplattformen zum Ende 2011 betrug bei *Cyfrowy Polsat* 3,5 Mio., bei *Cyfra+* 1,55 Mio. sowie bei „n“ 1,275 Mio (Quelle: KRRiT).

45) Diese Kontrolle wird von *Canal+* mit *ITI (International Trading and Investments) Holdings S.A.*, der dominierenden Körperschaft der *ITI-Gruppe* ausgeübt, zu der die *N-Vision Holding* gehört, welche unter anderem TVN und *ITI Neovision* kontrolliert. Die Übernahme der gemeinsamen Kontrolle von *Canal+* über *N-Vision* erfolgt durch die Übernahme von 40 Prozent der Anteile und bestimmter Rechte, die die gemeinsame Kontrolle garantieren. Die Fusion von *Canal+ Cyfrowy* und *ITI Neovision* besteht im Transfer von Aktiva von *Canal+ Cyfrowy* zu *ITI Neovision* gegen Anteile am aufgestockten Aktienkapital.

Vereinbarung seien. Als relevanter Markt wurde der nationale Markt für Fernsehübertragungsrechte an Fußballspielen der polnischen Liga definiert.⁴⁶

Eine enge Marktdefinition in Bezug auf Sportrechte wurde vom UOKiK schließlich auch in seinem Beschluss zum Public Viewing von Fußballspielen der Euro 2008 angewandt, wo die Produktseite des relevanten Markts auf Spiele im Rahmen einer einzelnen nicht substituierbaren Veranstaltung begrenzt wurde. Als Exklusivverkäufer wurde Cyfrowy Polsat (CP) vorgeworfen, seine beherrschende Stellung auf dem *nationalen Markt für den Verkauf von Rechten am Public Viewing von Euro 2008 Spielen* zu missbrauchen, indem der Verkauf dieser Rechte an interessierte Unternehmen an den Kauf eines Decoders und einen technischen Support geknüpft wurde; CP verpflichtete sich jedoch, die Folgen dieses Vorgehens zu beheben.⁴⁷

In Bezug auf den Werbemarkt folgt das UOKiK der Beschlusspraxis der Europäischen Kommission,⁴⁸ dass Fernsehwerbung und Internetwerbung unterschiedliche Produktmärkte darstellen, insbesondere wegen Unterschieden beim Erreichen der angesprochenen Empfänger, des Messens der Effizienz und der Preisbildungsmechanismen. Geografisch sind diese Märkte als nationale Märkte definiert.⁴⁹

4.2. Das allgemeine Wettbewerbsrecht als Kontrollinstrument für Marktmacht und Marktverhalten im Mediensektor wird durch die Anwendung des zivilrechtlichen Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb ergänzt.⁵⁰ Dies veranschaulicht ein Fall, in dem es um Werbeunterbrechung von Sendungen im öffentlich-rechtlichen Fernsehen (TVP) geht. Solche Unterbrechungen sind durch das RG mit Ausnahme von natürlichen Pausen bei Sportveranstaltungen oder einigen anderen Übertragungen von Veranstaltungen verboten. Die Gerichte einschließlich des Obersten Gerichtshofs befanden, diese Ausnahme sei dahin gehend streng auszulegen, dass sie ausschließlich für Übertragungen von Veranstaltungen gelte, auf die der Rundfunkveranstalter keinen Einfluss habe, und dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter nicht befugt sei, während der Pausen beauftragter Unterhaltungssendungen Werbung einzuspielen, selbst wenn solche Pausen aus technischen Gründen wie Bühnenumbau oder Reinigung der Wettkampfarena gerechtfertigt seien. Folglich wurde TVP aufgefordert, derartige Handlungen unlauteren Wettbewerbs einzustellen. Interessanterweise verwiesen die Gerichte auf die Zwecke des Verbots wie Zuschauerschutz und Wahrung eines Wettbewerbsgleichgewichts zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern.⁵¹

4.3. Das polnische Urheberrecht⁵² als solches beinhaltet keine Bestimmungen, die speziell auf eine Begrenzung von Marktmacht in den Medien abzielen. Es sieht jedoch Schutzmaßnahmen für die Stellung von Autoren und ausübenden Künstlern vor.⁵³ Zu diesen gehört insbesondere die Stärkung ihrer Vertragsposition. Zudem werden unabdingbare Vergütungsrechte gewährt, die ausschließlich durch die zuständigen Verwertungsgesellschaften (zum Beispiel für Autoren und ausübende Künstler

46) Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 7. Januar 2010, II SK 16/08, *PZPN gegen Canal+*.

47) UOKiK-Beschluss vom 12. Februar 2010, DOK-1/2010, *Euro 2008 Public Viewing*. Die Behörde berücksichtigte unter Verweis auf ihren Beschluss vom 29. Mai 2006, DOK-49/06, in der Rechtssache *PZPN/Canal+* (bestätigt durch Beschluss des Obersten Gerichtshofs, a.a.O. (siehe vorherige Fußnote)) und den Beschluss der Europäischen Kommission vom 23. Juli 2003, C 2003/778/EG, *UEFA Champions League*, die „enger gefassten Marktdefinitionen im Hinblick auf Fußballveranstaltungen“ in wettbewerbsrechtlichen Fällen.

48) Entscheidung der Europäischen Kommission vom 11. März 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.

49) UOKiK-Beschlüsse vom 14. September 2012, DKK-93/2012, *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* und DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision*. In Bezug auf den *nationalen Markt für Internetwerbung* UOKiK-Beschluss vom 18. September 2012, DKK-95/2012, *Ringier Axel Springer Media/Onet.pl* (gemäß dem Pressebericht: www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3639).

50) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Gesetz vom 16. April 1993 gegen unlauteren Wettbewerb, konsolidierter Text: Dz.U. 2003, Nr. 153, Pos. 1503, mit Änderungen (UCA); das Gesetz, das sowohl den allgemeinen Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs als auch eine Liste spezifischer Vergehen beinhaltet, ist sowohl auf B2B- wie auch auf B2C-Beziehungen anzuwenden. 2007 verlor das letztere Anwendungsgebiet des UCA an Relevanz, da der Verbraucherschutz durch das *ustawa o nieuczciwych praktykach rynkowych*, Gesetz vom 23. August 2007 gegen unlautere Marktpraktiken, Dz.U. Nr. 171, Pos. 1206 (UMPA), zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken ergänzt wurde. Das UMPA und (in geringerem Maße) das UCA sind für die Anwendung des allgemeinen öffentlichen Wettbewerbsrechts maßgeblich, da (im Sinne dieser Gesetze) rechtswidrige Handlungen von Unternehmen, wenn sie den kollektiven Interessen von Verbrauchern schaden, eine Praxis darstellen, die kollektive Verbraucherinteressen verletzen (Art. 24.2.3 CA).

51) Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 29. Oktober 2010, I CSK 646/09.

52) *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Gesetz vom 4. Februar 1994 zu Urheberrecht und verwandten Schutzrechten (Urheberrechtsgesetz - URG), konsolidierter Text: Dz.U. 2006, Nr. 94, Pos. 658, mit Änderungen. Eine nicht amtliche englische Übersetzung ist abrufbar unter: www.mkidn.gov.pl/media/docs/20110512_Act_on_Copyright_and_Related_Rights.pdf

53) Art. 41-68 URG.

audiovisueller Werke) wahrgenommen werden.⁵⁴ Ferner gibt es ein gesondertes Vergütungsrecht für ausübende Künstler neben dem Recht von Herstellern von Tonträgern im Fall einer Ausstrahlung von Tonaufzeichnungen.⁵⁵ Im Falle eines Gemeinschaftswerks, für das der Produzent oder Verleger die Urheberrechte hält, haben die Autoren die Rechte an den Teilen, deren Urheber sie sind. Sie können diese Rechte jedoch durch Rechtsgeschäft übertragen.⁵⁶

Diese Bestimmungen wirken sich in gewisser Weise indirekt auf den Ausbau von Machtpositionen in der Medien- und Unterhaltungsindustrie aus, können die weit verbreiteten Übernahmevereinbarungen aber nicht verhindern.

Für die Ausstrahlung und die (im Rahmen von Abrufdiensten) „rundfunkähnliche“ Zugänglichmachung veröffentlichter kleiner musikalischer und literarischer Werke (*petits droits*) sieht das polnische Recht eine den Zugang zum Repertoire garantierende Lösung vor, die dem System erweiterter kollektiver Lizenzierung ähnelt. Diese Rechte können nur in einer Vereinbarung mit einer Verwertungsgesellschaft freigegeben werden, es sei denn, der Autor verzichtet in der Vereinbarung mit dem Rundfunkveranstalter auf die Einschaltung der Verwertungsgesellschaft.⁵⁷ Auch die Bestimmungen zu den Verwertungsgesellschaften beinhalten Schutzmaßnahmen, die verhindern sollen, dass Verwertungsgesellschaften ihre Marktmacht missbrauchen; dazu gehören das Verbot, eine Lizenz ohne triftige Gründe zu verweigern,⁵⁸ die Verpflichtung zu gleicher Behandlung der Rechte von Mitgliedern und anderen vertretenen Personen,⁵⁹ die Verpflichtung, die Rechteverwaltung zu übernehmen,⁶⁰ die Pflicht, für einige Nutzungsarten die Tarife der Urheberrechtskommission zur Genehmigung vorzulegen⁶¹ sowie gesetzliche Kriterien für die Berechnung der Vergütung von Verwertungsgesellschaften. Mit der „Vergütung der Verwertungsgesellschaften“ sind die Bestimmung von Wesen und Umfang der wahrgenommenen Nutzungsrechte und die daraus resultierenden Einnahmen gemeint.⁶²

Diese Schutzmaßnahmen nach dem Urheberrecht werden durch das Wettbewerbsrecht ergänzt. Wenngleich das Wettbewerbsrecht grundsätzlich Rechte des geistigen Eigentums (bzw. deren Existenz) unbeschadet lässt, findet es Anwendung auf Verträge zwischen Unternehmen, insbesondere auf Lizenzverträge, sowie auf weitere Vorgehensweisen in Bezug auf die Wahrnehmung solcher Rechte.⁶³ Die Anwendung des Wettbewerbsrechts erfolgt unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Urheberrechts. Die geltende Rechtsprechung zu Wettbewerbseinschränkungen aufgrund der Wahrnehmung von Urheberrechten betrifft insbesondere Praktiken von Verwertungsgesellschaften (die als Unternehmen behandelt werden).⁶⁴ Darunter fallen zum Beispiel die Forderung überhöhter Vergütungen für Lizenzen bei Fehlen genehmigter Tarife und die Verweigerung einer Lizenz ohne triftige Gründe,⁶⁵ die Verpflichtung der Urheber zur Übertragung verschiedener Rechte (öffentliche Wiedergabe, Vervielfältigung und Ausstrahlung) auf die Verwertungsgesellschaft und die Abhängigkeit der Übernahme der Rechteverwaltung

54) Art. 70.2¹ URG gewährt Mitautoren von audiovisuellen Werken und ausübenden Künstlern das Recht auf Vergütung für die Kinovorführung, den Verleih von Kopien und deren öffentliche Aufführung, die Fernsehausstrahlung und die Vervielfältigung der Kopie zu privaten Zwecken. Die unabdingbaren Vergütungsrechte werden vom URG auch im Fall von *droit de suite* (Art. 19-19^b), Abgaben auf Privatkopien (Art. 20), Vervielfältigungsabgaben (Art. 20¹), Vergütung für die kostenpflichtige Zugänglichmachung von Werken durch Informations- und Dokumentationszentren (Art. 30) gewährt.

55) Art. 86.3 und Art. 94.4 URG, im Gegensatz zu Art. 12 des Rom-Abkommens, Art. 15 WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger und Art. 8.2 der Verleihrichtlinie, die das Recht auf eine *einheitliche* angemessene Vergütung für den ausübenden Künstler und den Tonträgerhersteller vorsehen. In der Praxis werden die gesonderten Rechte auf Vergütung für die Ausstrahlung kommerzieller Tonaufzeichnungen in Polen ebenfalls von den verschiedenen Verwertungsgesellschaften für ausübende Künstler (SAWP, STOART, STL) und Produzenten (ZPAV) wahrgenommen.

56) Art. 11 URG.

57) Art. 22 URG.

58) Art. 106.2 URG. Die Gerichte legen diese Bestimmung als „eine Vertragsabschlusspflicht“ aus. Diese ist an diskriminierungsfreie Behandlung von Lizenznehmern in Bezug auf vertragliche Bedingungen, unter anderem die Höhe der Vergütung, im Interesse der Chancengleichheit für Unternehmer, das heißt potenzielle Lizenznehmer, geknüpft und zielt somit auf unverfälschten Wettbewerb. Siehe zum Beispiel das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 2. April 2009, III CSK 19/08; Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 26. Juni 2004, V CKN 411/01.

59) Art. 106.1 URG.

60) Art. 106.3 URG.

61) Art. 110¹².2 URG.

62) Art. 110 URG.

63) Art. 2 WG.

64) Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 6. Dezember 2007, III CSK 16/07.

65) Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 2. April 2009, III CSK 19/08.

von einer solchen Übertragung⁶⁶ sowie Vereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaften, die eine Mindestvergütung für bestimmte Nutzungsformen (Filme auf DVD) festlegen.⁶⁷

5. Must-Offer-Pflichten

Must-Offer als ergänzende Vorschrift zu Must-Carry wurde 2011 eingeführt.⁶⁸

Die Must-Offer-Komponente des neuen Systems besteht darin, dass ein Veranstalter eines Programmdienstes mit Must-Carry-Status (siehe unten bei III.) einem Weiterverbreiter die Zustimmung zur Weiterverbreitung dieses Programmdienstes nicht verwehren und eine solche Zustimmung nicht von der Zahlung irgendeiner Vergütung, insbesondere einer Lizenzgebühr für die Nutzung der Sendung, abhängig machen darf.⁶⁹ Ein Rundfunkveranstalter muss einen Programmdienst mit Must-Carry-Status vielmehr kostenlos auf Antrag des Weiterverbreiters binnen 14 Tagen nach Eingang des Antrags zugänglich machen. Kommt der Rundfunkveranstalter dieser Pflicht nicht nach, kann der Vorsitzende des KRRiT auf Ersuchen des Weiterverbreiters den Rundfunkveranstalter auffordern, diese Pflicht binnen 14 Tagen nach Zustellung der Aufforderung zu erfüllen. Der Weiterverbreiter ist verpflichtet, den entsprechenden Programmdienst weiterzuverbreiten und anzubieten und darüber zu informieren, dass er für den allgemeinen und kostenlosen Empfang, auch über terrestrische Digitalübertragung, zur Verfügung steht.⁷⁰

Die Gewährung von Zugang zu den Archiven öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter, der im Archivgesetz geregelt ist,⁷¹ dient in erster Linie Bildungs-, Forschungs- und Wissenschaftszwecken und weniger der Öffnung von Archiven für die kommerzielle Nutzung durch Wettbewerber. Letzterer Aspekt unterliegt dem allgemeinen Wettbewerbsrecht.

6. Sonderregelungen für Dienste, die Nutzung oder Empfang unterstützen oder vereinfachen

Ustawa Prawo telekomunikacyjne, das Telekommunikationsgesetz (TG),⁷² legt gewisse Standards für digitale Hörfunk- und Fernsehübertragungen und für digitale Empfangsgeräte fest. Es fordert, dass solche Netze und Geräte Interoperabilität von Übertragungen, insbesondere durch die Verwendung einer offenen Schnittstelle der Anwendungssoftware gewährleisten.⁷³ Netze, die für die Übertragung von Digitalfernsehen genutzt werden, sollten die Anforderungen erfüllen, die für die Bereitstellung von Breitbildfernsehdiensten festgelegt wurden, und Betreiber, die Programmdienste in einem solchen Format erhalten, müssen sie ohne Formatänderung ausstrahlen.⁷⁴ 2011 sollten Digitalreceiver es zudem ermöglichen, unverschlüsselte digitale Fernsehübertragungen zu empfangen und mit einem einheitlichen Algorithmus verschlüsselte Digitalfernsehübertragungen zu entschlüsseln.⁷⁵ Unternehmen, die digitale Empfangsgeräte vertreiben, dürfen Geräte, die diese Bedingungen nicht erfüllen, nur verkaufen, wenn der Käufer ausreichend über diesen Umstand aufgeklärt wurde. In Bezug auf die Informationskampagne

66) Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 6. Dezember 2007, III CSK 16/07.

67) Urteil des Berufungsgerichts Warschau, 1. März 2012, VI ACa 1179/11.

68) Art. 43-43a RG, in der Fassung des *ustawa o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej*, Gesetz vom 30. Juni 2011 zur Einführung terrestrischen Digitalfernsehens, Dz.U. Nr. 153, Pos. 903 – Terrestrisches Digitalfernsehgesetz – TDFG.

69) Art. 43.2 RG.

70) Art. 43a RG.

71) Gesetz vom 14. Juli 1983 über nationale Archivressourcen und Archive, konsolidierter Text: Dz.U. 2011, Nr. 123, Pos. 698, mit Änderungen. Gemäß Art. 17.3 des Gesetzes erließ der Minister für Kultur und nationales Erbe nach Beratungen mit dem KRRiT die Verordnung vom 22. Mai 2006 zu detaillierten Vorschriften und Verfahren zur Sammlung, Katalogisierung, Qualifizierung, Klassifizierung und Zugänglichmachung von Archivmaterialien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten. Die Verordnung legt in §§ 33-37 Vorschriften zum Zugang zu Archivmaterialien von öffentlich-rechtlichen Medien und Kataloginformationen fest. Grundsätzlich werden Audio- und Videomaterialien auf schriftliche Anfrage in den Räumlichkeiten des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Medienveranstalters zugänglich gemacht.

72) Telekommunikationsgesetz vom 16. Juli 2004, Dz.U. Nr. 171, Pos. 1800, mit Änderungen. Die englische Übersetzung ist abrufbar unter: www.en.uk.gov.pl/_gALLERY/10/58/1058/telecommunications_law.pdf

73) Art. 132.1 TG.

74) Art. 132.2 TG.

75) Art. 132.2a TG in der durch TDFG ergänzten Fassung. Die technischen und betrieblichen Anforderungen an terrestrische Digitalreceiver, insbesondere die Sicherstellung ihrer Interoperabilität und Erleichterung des Zugangs für Personen mit Behinderungen, sind in der Verordnung des Infrastrukturministers vom 18. Dezember 2009, Dz.U. Nr. 221, Pos. 1742, festgelegt.

zur Digitalumstellung sieht das Gesetz weitere Pflichten für Verkäufer von digitalen Empfangsgeräten, für Rundfunkveranstalter und Behörden vor.⁷⁶

Das TG bestimmt darüber hinaus Pflichten für Telekommunikationsunternehmen, die Zugangskontrollsysteme (CAS) anbieten. Zu diesen Pflichten gehört es, Rundfunkveranstaltern Dienste zu gleichen und diskriminierungsfreien Bedingungen, die den Empfang von digitalen Rundfunksendungen ermöglichen,⁷⁷ anzubieten sowie eine getrennte Buchführung für CAS-Dienste einzurichten.⁷⁸ Inhaber von gewerblichen Schutzrechten an CAS haben die Pflicht, Hersteller von Endgeräten für den Empfang von digitalen Rundfunksendungen zu gleichen und diskriminierungsfreien Bedingungen zu lizenzieren. Dabei dürfen diese Rechteinhaber die Hersteller nicht daran hindern, in solche Geräte eine gemeinsame Schnittstelle zu integrieren, die eine Verbindung zu anderen CAS und/oder für andere CAS wichtigen Elementen ermöglicht.⁷⁹ Die Telekommunikationsbehörde kann Unternehmen auferlegen, Zugang zu den dazugehörigen Einrichtungen, das heißt den Anwendungsprogrammchnittstellen (API) und den elektronischen Programmführern (EPG) zu gewähren, um den Zugang zu digitalen Rundfunksendungen für Endnutzer zu gewährleisten.⁸⁰

II. Plattformbetreiber und konvergente Dienste

Das Medienrecht befasst sich mit der Machtmarkt von Plattformbetreibern mittels der kürzlich überarbeiteten Must-Carry-Vorschriften (wie weiter unten in III. näher ausgeführt), die nun in technologieneutraler Weise alle Betreiber erfassen, die Programmdienste weiterverbreiten.⁸¹ Die Betreiber von DVB-T-Multiplexen sind verpflichtet, die für einen bestimmten Multiplex lizenzierten Programmdienste zu übertragen, Rundfunkveranstaltern mit entsprechenden Lizenzen gleichberechtigten und diskriminierungsfreien Zugang zu gewähren und unterbrechungsfreie digitale Übertragung eines Multiplex-Signals zu gewährleisten. Das Gesetz regelt zudem die Verhandlungen und den Inhalt von Vereinbarungen über den Zugang zum Multiplex. In diesem Kontext überträgt es der Telekommunikationsbehörde einige der erforderlichen Regulierungsbefugnisse.⁸²

Das TG beinhaltet die Bestimmungen zur Regulierung des Telekommunikationsmarkts. Die Regulierungskompetenz und -befugnisse liegen in Händen des Präsidenten des *Urząd Komunikacji Elektronicznej* (Amt für elektronische Kommunikation – UKE) und umfassen

- die Durchführung von Marktanalysen in Bezug auf Telekommunikationsprodukte und -dienstleistungen,
- die Definition relevanter Märkte,
- die Bewertung, ob es Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in dem relevanten Markt gibt, und
- die Verhängung von Regulierungsverpflichtungen gegen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowie Änderung und Aufhebung solcher Verpflichtungen, insbesondere in Bezug auf Zugangsfragen.⁸³

Das UKE kann zum Beispiel einen Verwaltungsbeschluss fassen, mit dem es einen Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet, alle Telekommunikationsunternehmen im Hinblick auf Zugang gleichberechtigt zu behandeln. Insbesondere kann das UKE die Unternehmen verpflichten, gleiche Konditionen unter vergleichbaren Umständen anzubieten. Das bedeutet, dass sie ihre Dienste zu Bedingungen anbieten müssen, die nicht minder günstig sind als diejenigen, die im Unternehmen selbst oder im Verhältnis zu Tochtergesellschaften Anwendung finden.⁸⁴ Gleiches gilt für das Zugänglichmachen von Informationen.

76) TDFG - insbesondere Art. 6, 12-16.

77) Art. 133.1 TG, mit der Möglichkeit des Verzichts auf diese Pflicht per Beschluss der Telekommunikationsbehörde für Unternehmen, die über keine wesentliche Marktmacht bei der Bereitstellung von CAS verfügen (Art. 134 TG).

78) Art. 133.2 TG.

79) Art. 135 TG.

80) Art. 136 TG.

81) Art. 43 RG.

82) Diese Pflichten wurden mit dem TDFG eingeführt, mit dem dem TG Bestimmungen zu Multiplexbetreibern und zum Multiplexzugang hinzugefügt wurden (Art. 131a -131g TG).

83) Art. 15-54 TG.

84) Art. 36 TG.

Die Marktmacht der Medienplattformbetreiber wird weitgehend durch das allgemeine Wettbewerbsrecht geregelt. Das Verhältnis zwischen Telekommunikationsrecht und Wettbewerbsrecht hat ergänzenden Charakter (und folgt nicht der *lex specialis*-Regel). Der Oberste Gerichtshof formulierte es folgendermaßen: „Die Bestimmungen des Telekommunikationsrechts verbieten es Unternehmen nicht, wettbewerbseinschränkende Vereinbarungen zu treffen oder eine beherrschende Stellung zu missbrauchen. Sie sehen lediglich zusätzliche Einschränkungen und Grenzen für die Freiheit von Telekombetreibern vor, die über die der UOKiK verliehenen Kompetenzen zur Einflussnahme auf das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen hinausgehen. Das UKE handelt *ex ante*, während das UOKiK *ex post* handelt.“⁸⁵ Diese Einschätzung wurde durch das TG von 2004 bestätigt, in dem es heißt, dass seine Bestimmungen das Wettbewerbsrecht und das Rundfunkrecht unbeschadet lassen.⁸⁶ Folglich schließen die Kompetenzen oder konkreten Regulierungsmaßnahmen (wie die Genehmigung von Tarifen) der Telekommunikationsbehörde die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf das Marktverhalten von Telekommunikationsunternehmen nicht aus.⁸⁷

Die geltende Rechtsprechung zur Anwendung des Wettbewerbsrecht auf Plattformbetreiber und insbesondere Kabelbetreiber sowie digitale Satellitenplattformbetreiber ist vielfältig und betrifft unter anderem Vorgehensweisen im Verhältnis zu Endnutzern (insbesondere Vertragsbedingungen, zum Beispiel missbräuchliche Bestimmungen, die die Beendigung eines Vertrages ver- oder behindern, unlautere Änderungen von Vereinbarungen, irreführende Werbung),⁸⁸ Beziehungen zu Rundfunkveranstaltern⁸⁹ wettbewerbswidrige Praktiken gegenüber anderen Betreibern⁹⁰ sowie Fusionen von Betreibern.⁹¹

In Bezug auf die Definition des Produktmarkts, auf dem die Pay-TV-Plattformbetreiber tätig sind, gibt es in der geltenden Rechtsprechung die deutliche Tendenz, den Markt für Pay-TV-Zugangsdienste, der Kabelfernsehdienste (CATV), Satellitenplattformen und IPTV-Betreiber umfasst, weit zu definieren, da dieser Dienste aus Sicht der Endnutzer gegeneinander austauschbar sind. Ein solcher breiter Ansatz wurde bereits 1999 im Urteil des Kartellgerichts angewandt, nach dem „Betreiber traditionellen Kabelfernsehens und Betreiber digitalen Satellitenfernsehens Wettbewerber [im Sinne des Wettbewerbsrechts] sind“.⁹² Diesem Ansatz folgten in der weiteren Rechtsprechung die Gerichte⁹³ und das UOKiK,⁹⁴ wenngleich in einigen Fällen ein anderer, enger gefasster Ansatz angewandt wurde.⁹⁵ Kürzlich hat das UOKiK unter Berücksichtigung der Ergebnisse einer umfassenden Analyse des Markts für Pay-TV-Zugangsdienste⁹⁶ die weit gefasste Definition dieses Marktes insbesondere

85) Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 19. Oktober 2006, III SK 15/06.

86) Art. 1.3 TG.

87) Urteil des SOKiK vom 28. Februar 2008, XVII Ama 52/07.

88) Siehe zum Beispiel den UOKiK-Beschluss vom 24. April 2003, DPI 27/2003, *Canal+ Cyfrowy* - unter anderem automatische Verlängerung einer befristeten Vereinbarung; UOKiK-Beschluss vom 31. Dezember 2009, DDK-11/2009, *Cyfrowy Polsat* - Änderungen der Senderliste; UOKiK-Beschluss vom 21. Juli 2010, DDK-7/2010, *Canal+ Cyfrowy* - unzulässige Art und Weise, über Veränderungen in Vereinbarungen zu informieren; Beschluss des UOKiK-Bydgoszcz vom 19. Juli 2012, RBG-15/2012, *Canal+ Cyfrowy* - irreführende Werbung („Canal+ und HBO - das Geschenk für alle“).

89) Siehe zum Beispiel SOKiK-Urteil vom 28. November 2008, XVII Ama 107/07 und SOKiK-Urteil vom 14. September 2006, XVII Ama 71/05 - erwähnt in Abschnitt I.4.1.

90) Siehe zum Beispiel den UOKiK-Beschluss vom 5. Oktober 2004, RPZ 24/2004, *Telewizja Kablowa Poznań* - zur Vereinbarung zwischen dem Kabelbetreiber und der lokalen Wohnungsbaugenossenschaft, die dem Betreiber Exklusivität beim Anschluss von Häusern, die zur Genossenschaft gehören, an Kabelnetze eingeräumt hatte. Aus jüngerer Zeit UOKiK-Beschluss vom 23. November 2011, DOK-8/2011, *DVB-H* - zur Vereinbarung zwischen vier großen Mobilfunkanbietern, die die Entwicklung von DVB-H-Mobilfernsehen einschränkte.

91) UOKiK-Beschluss vom 10. November 2001, DDI 59/2001, *Wizja TV*; UOKiK-Beschluss vom 5. September 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster*; UOKiK-Beschluss vom 13. April 2012, DKK-32/2012, *Multimedia/Stream*; UOKiK-Beschlüsse vom 14. September 2012, DKK-93/2012 *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* und DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision*.

92) Urteil des Kartellgerichts (jetzt SOKiK) vom 17. März 1999, XVII Ama 77/98, *TOYA*.

93) Urteile des Kartellgerichts vom 12. August 2002, XVII Ama 30/02 und vom 2. April 2001, XVII Ama 12/01.

94) UOKiK-Beschlüsse vom 29. November 2004, RPZ-29/2004, *Telewizja Kablowa Poznań*; vom 24. Februar 2005, RKT-8/2005, *VECTRA/Śląska Telewizja Kablowa*; vom 28. Dezember 2005, RWR-73/2005, *VECTRA/Metalowiec*; vom 31. Dezember 2008, RBG-50/2008, *Wohnungsbaugenossenschaft in Lubicz*.

95) UOKiK-Beschluss vom 10. November 2001, DDI-59/2001, *Wizja TV/UPC*. In diesem Fusionsfall definierte das UOKiK abweichend von der geltenden Rechtsprechung des Kartellgerichts den relevanten Markt als den digitalen Satelliten-Pay-TV-Markt mit der Begründung, dass CATV begrenzte Möglichkeiten habe, so viele Endnutzer zu erreichen, wie dies über Satellitenfernsehplattformen möglich sei (aufgrund übermäßiger Kosten für den Aufbau von Kabelinfrastruktur in ländlichen Gebieten und wegen geringerer Zugangspreise zu CATV).

96) *Raport z badania rynku usług dostępu do płatnej telewizji* (Bericht zur Marktanalyse für Pay-TV-Zugangsdienste), UOKiK 2011, (auf Polnisch) abrufbar unter: www.uokik.gov.pl/analizy_rynku2.php#faq1593. Eine englische Zusammenfassung siehe: *OECD - Annual Report on Competition Policy Developments in Poland - 2011*, S.10: [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2012\)12&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2012)12&docLanguage=En)

bei wichtigen Fusionsfällen angewandt. Im Fall der Fusion zweier großer Kabelbetreiber (UPC und Aster) im Jahr 2011 befand das UOKiK, dass Dienste, die aus der Lieferung von Fernsehsenderpaketen an Endnutzer durch Betreiber von CATV, digitalen Satellitenplattformen und IPTV bestehen, im Grunde substituierbar sind, da ungeachtet der unterschiedlichen Modi der Fernsehsignalübertragung diese Dienste für Verbraucher vergleichbar sind. Folglich konkurrieren Anbieter dieser Dienste auf demselben Markt für Bezahlfernsehdienste. Terrestrisches Digitalfernsehen (DVB-T) gehört nicht zu diesem Markt, solange es nicht dazu genutzt wird, Pay-TV-Kanäle anzubieten.⁹⁷ Dieselbe Logik und somit dieselbe Produktmarktdefinition von *Zugangsdiensten zu Pay-TV (Pay-TV-Diensten)* wurde in den Fusionsfällen von Canal+ und ITI 2012 übernommen, was zur Konsolidierung zweier digitaler Satellitenplattformen führte.⁹⁸ Das UOKiK unterstrich jedoch das Vorliegen eines stärkeren Wettbewerbs zwischen Betreibern solcher Plattformen, da diese in der Bereitstellung ihrer Dienste nicht durch die Reichweite ihrer Netze beschränkt seien, während für Kabel- und IPTV-Betreiber das Gegenteil gelte.

Die geografische Reichweite des relevanten Marktes für Bezahlfernsehdienste ist jedoch für Satellitenplattformen einerseits und für Kabelfernsehen andererseits unterschiedlich definiert. Der relevante Markt für Kabelbetreiber wird als ein lokaler betrachtet, beschränkt auf eine bestimmte Stadt oder Ortschaft. Für Satellitenplattformbetreiber ist der Pay-TV-Markt als nationaler Markt definiert. Folglich kommt das UOKiK zu dem Schluss, dass es unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen für Bezahlfernsehdienste auf unterschiedlichen lokalen Märkten gibt, und merkt an, dass eine „Asymmetrie der Substituierbarkeit innerhalb der geografischen Reichweite des Marktes für den Zugang zu Bezahlfernsehdiensten“ bestehe.⁹⁹

Die jüngste Rechtsprechung macht deutlich, dass die praktischen Folgen dieser Bewertung erheblich sind. Die Fusion von Canal+ und ITI und ihrer Satellitenplattformen wurde von der nationalen Pay-TV-Perspektive abschließend so bewertet, dass hierdurch keine beherrschenden Stellungen oder erheblichen Wettbewerbshindernisse geschaffen würden. Im Gegensatz dazu werden die Auswirkungen von Fusionen von Kabelbetreibern in der Regel auf dem relevanten lokalen Markt gemessen, das heißt in Städten oder Ortschaften, in denen die fusionierenden Betreiber tätig sind und wo die Verbreitung von Satellitenfernsehplattformen relativ gering ist. 2011 wurde die Fusion der Kabelbetreiber UPC Polska und Aster als stark wettbewerbseinschränkend auf den Pay-TV-Märkten der Städte Warschau und Krakau eingestuft (wo der gemeinsame Marktanteil der beiden Unternehmen jeweils rund 50 bis 60 Prozent betrug und somit den Schwellenwert von 40 Prozent für eine mutmaßliche beherrschende Stellung überstieg). Der Übernahme wurde unter der Bedingung zugestimmt, dass (1) UPC einen Teil des Netzes, welches Aster in den bislang von Diensten beider Unternehmen versorgten Gebäuden gehört, wieder veräußert, (2) die Kunden in ihrer Wahl des Betreibers nicht eingeschränkt werden und (3) die Kontinuität der Dienste gewährleistet ist.

Das UOKiK differenziert den Markt für Pay-TV-Zugangsdienste in verschiedenen geografischen Gebieten vom Endkundenmarkt für Festnetzdienste für Breitbandinternetzugang.¹⁰⁰ Letzterer wird als separat vom Endkundenmarkt für mobilen Breitbandinternetzugang gesehen.¹⁰¹

Wettbewerbsrelevante Tätigkeiten der Plattformbetreiber finden nicht nur auf dem Endkundenmarkt mit Zugangsangeboten zu Diensten für Endnutzer statt, sondern auch auf dem Großkundenmarkt, auf dem Rundfunkveranstalter ihre Kanäle Plattformbetreibern anbieten. Als der Fachverband der Kabelbetreiber mittels für Anbieter von Bezahlfernsehen empfohlene Rahmenabkommen die Lizenzpreise festsetzte, wurde der relevante Markt als *globaler Großkundenmarkt für Bezahlfernsehsender, die ausschließlich auf polnische Zuschauer gerichtet sind*, definiert.¹⁰² Die Praxis des Verbands der Kabelbetreiber, der die Rolle eines Marktregulierers in Bezug auf die Beziehungen zwischen Kabelbetreibern und Bezahlfernsehsendern an sich gerissen hatte, wurde für dem öffentlichen Interesse abträglich und wettbewerbswidrig befunden.

97) UOKiK-Beschluss vom 5. September 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster*. Ähnlich der UOKiK-Beschluss vom 13. April 2012, DKK-32/2012, *Multimedia/Stream*.

98) UOKiK-Beschlüsse vom 14. September 2012, DKK-93/2012 *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* und DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision*.

99) Siehe die in den beiden vorangehenden Fußnoten angeführten Beschlüsse.

100) UOKiK-Beschluss vom 5. September 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster*. In geografischer Hinsicht wurde dieser Markt in Abweichung vom UOKiK-Beschluss vom 8. Februar 2007, RBG-2/2007 als lokaler Markt definiert.

101) UOKiK-Beschluss vom 5. September 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster*; UOKiK-Beschluss vom 24. Oktober 2011, DKK-126/11, *Spartan/Polkomtel*. Im letzteren Beschluss zur Übernahme eines der großen Mobilfunkanbieter durch die Mediengruppe (ZSZ) wurde der Markt für mobilen Internetzugang als nationaler Markt definiert.

102) Urteil des Berufungsgerichts Warschau vom 13. September 2006, VI Aca 185/06, *TVN24/PIKE*.

III. Vertrieb (Netzbetreiber)

2011 wurden die Must-Carry-Vorschriften, die zuvor nur auf Kabelnetze anzuwenden waren, in wesentlichem Umfang geändert¹⁰³ und technologieneutral auf jede Art von Weiterverbreitung einschließlich Weiterverbreitung über Satellitenplattformen ausgeweitet.¹⁰⁴ Dies wurde als notwendig erachtet, da die Verbreitung von digitalen Satellitenplattformen (über 6 Millionen Nutzer) die von Kabelnetzen (4,6 Millionen Nutzer) überstiegen hatte. Folgende Programmdienste haben Must-Carry-Status: TVP1, TVP2, TVP Regionalkanal – TVPInfo (im Fall regionaler/lokaler Weiterverbreitung – relevant für die jeweiligen Gebiete) sowie Kanäle, die am 10. August 2011 auf der Grundlage einer Lizenz für terrestrischen Analogrundfunk von den aufgeführten Unternehmen übertragen wurden. Dies betrifft praktisch die Programmdienste von Polsat, TVN, TV4 und TV Puls.

Der Vorsitzende des KKRiT muss die Must-Carry-Vorschriften alle zwei Jahre überprüfen, die Ergebnisse der Bewertung sind dem Kulturminister vorzulegen, der gegebenenfalls tätig werden muss, um die Verhältnismäßigkeit und Transparenz dieser Vorschriften zu gewährleisten.¹⁰⁵ Die Bewertung sollte auf das soziale Interesse in Bezug auf die Bereitstellung von Informationen ab- und gleichzeitig Zugang zu Kultur und Kunst sicherstellen. Sie sollte schließlich den Zugang zu Bildungsinhalten, Sport und wissenschaftlichen Leistungen und die Verbreitung staatsbürgerlicher Erziehung erleichtern.

Anfang 2012 nahm der KKRiT eine erste Bewertung der neuen Vorschriften vor. Der KKRiT erklärte, dass es unnötig sei, die Programme mit Must-Carry-Status festzulegen und damit die oligopolistischen Strukturen des Fernsehmarktes zu zementieren. Gleichzeitig besagen die neuen Regeln nicht, in welchem Paket des Betreiberdienstes Must-Carry-Programme anzubieten sind. Gemäß dem KKRiT sollte dies in jedem Paket einschließlich des Grundpakets der Fall sein. Der KKRiT sieht die Notwendigkeit für gesetzgeberische Veränderungen in Bezug auf die Must-Carry-Vorschriften, die der Regulierungsbehörde mehr Flexibilität bieten sollten, die tatsächliche Liste der Must-Carry-Programmdienste festzulegen. Während des Gesetzgebungsverfahrens war bereits ein ähnlicher Vorschlag diskutiert worden, der den KKRiT ermächtigt hätte, die Liste der Must-Carry-Programme mit Ausnahme der großen öffentlich-rechtlichen Sender, die von Gesetzes wegen Must-Carry-Status haben, festzulegen. Gemäß dem Vorschlag müsse der KKRiT seine Regulierung innerhalb bestimmter gesetzlicher Rahmen und auf der Grundlage eindeutiger Kriterien erlassen. Diese Kriterien müssen auf Erwägungen zum Medienpluralismus und zur kulturellen Vielfalt basieren.

Die Tätigkeit von Netzbetreibern unterliegt den Regulierungsbefugnissen des UKE, insbesondere in Bezug auf den Zugang zu Telekommunikation, wie in Abschnitt II. dargelegt. Dieser Regulierungsrahmen wird durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts ergänzt. Diese Komplementarität des Wettbewerbsrechts wurde durch einen UOKiK-Beschluss aus dem Jahr 2007 veranschaulicht. Der Beschluss betraf die Anwendung unterschiedlicher Übertragungsgebühren für öffentlich-rechtliche und private Rundfunkveranstalter durch den Telekombetreiber auf dem nationalen Markt für Übertragungsdienste für Rundfunkprogramme in einem terrestrischen Netz. Aufgrund dieses Verhaltens wurde festgestellt, dass der Telekommunikationsbetreiber vorsätzlich eine beherrschende Stellung ausgenutzt hatte. Der Beschluss wurde gemäß der Komplementaritätsdoktrin gefasst, ungeachtet der Tatsache, dass der Betreiber Regulierungsmaßnahmen seitens des UKE unterlag.¹⁰⁶

2011 fasste das UOKiK einen wichtigen Beschluss zum Kartell von vier Mobilfunknetzbetreibern, welches die Einführung und die Entwicklung einer neuen DVB-H-Technologie auf dem Großkundenmarkt für mobiles Fernsehen verhinderte. Vier mobile Betreiber hatten ihr Verhalten gegenüber dem Unternehmen ITF abgesprochen. ITF hatte die Ausschreibung für die Zuteilung von Frequenzen gewonnen, die digitales Fernsehen über Mobiltelefone ermöglichen. Um Endnutzern solche Dienste anbieten zu können, musste ITF Vereinbarungen mit Mobilfunkbetreibern abschließen. Die Betreiber sprachen ihre ablehnende Haltung zum Großkundenangebot von ITF ab, tauschten strategische Informationen zum

103) Art. 43-43a des RG in der Fassung des TDFG.

104) Mit Ausnahme von Weiterverbreitung über terrestrische DVB-T-Multiplexe, die im TDFG reguliert sind.

105) In der Praxis könnte dies bedeuten, der Regierung wird ein Entwurf vorgelegt, der darauf abzielt, die Bestimmungen zu den Must-Carry-Vorschriften im RG neu zu regeln.

106) UOKiK-Beschluss vom 25. Oktober 2007, (DOK-95/07, *TP EmiTel*). Der Beschluss wurde durch das Urteil des SOKiK vom 19. Oktober 2009, XVII Ama 66/08, aufgehoben; dieses Urteil wiederum wurde jedoch durch das Urteil des Berufungsgerichts Warschau vom 13. Mai 2010, VI ACa 126/10, annulliert, welches den Fall an das SOKiK zurück verwies.

Angebot aus und vereinbarten PR-Aktionen, um dessen Verlässlichkeit in Frage zu stellen. Da keiner der Betreiber ITF Zugang zu seinem Netz gewährte, konnte ITF die Anwendung nicht starten. Das UOKiK befand, dieses Verhalten der vier Mobilfunkbetreiber stelle eine wettbewerbseinschränkende Absprache auf dem nationalen Markt für Mobilfunk und auf dem nationalen Großkundenmarkt für mobile Fernsehdienste nach dem DVB-H-Standard dar. Die Behörde ordnete an, dieses Verhalten einzustellen, und verhängte gegen die Kartellmitglieder Geldstrafen von über 113 Millionen PLN (circa EUR 27 Millionen). Der Beschluss erging auf der Grundlage von Art. 6.1 des polnischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutzgesetzes sowie Art. 101.1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nach Beratungen mit der Europäischen Kommission).¹⁰⁷

107) UOKiK-Beschluss vom 23. November 2011, DOK-8/2011, *DVB-H*. Die englische Zusammenfassung ist abrufbar unter: *OECD - Annual Report on Competition Policy Developments in Poland - 2011*, S.4-5; [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2012\)12&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2012)12&docLanguage=En)

Teil III

Messung der Zuschauerkonzentration bei Fernsehen und Online-Video

Messung der Zuschauerkonzentration bei Fernsehen und Online-Video

André Lange

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

Konzentration der Zuschauermarktanteile von Fernsehsendern

Ein klassischer Indikator für die Messung der Konzentration des Fernseh Zuschauermarkts ist der tägliche nationale Zuschauermarktanteil, der für einen gegebenen Zeitraum berechnet wird (in der Regel ein Jahr). In den meisten europäischen Ländern (mit Ausnahme Luxemburgs und Maltas) werden die Daten von Konsumforschungsinstituten erhoben, die ausgewählte Haushalte mit Messgeräten ausstatten und die Messdaten hochrechnen. Jährliche Daten werden für jeden einzelnen Sender von Eurodata-TV, dem internationalen Service des französischen Instituts Médiamétrie, an die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle übermittelt. Anhand unserer eigenen Informationen über die Eigentumsverhältnisse (Quelle: MAVISE-Datenbank, Datenbank AMADEUS und Informationen, die von nationalen Quellen zur Verfügung gestellt werden) haben wir die täglichen nationalen Zuschauermarktanteile der verschiedenen Sendergruppen für das Jahr 2011 berechnet. Es gibt zwar keine offizielle europäische Definition des Begriffs „Sendergruppe“. Aber es ist nicht besonders schwierig, die einzelnen Gruppen anhand einer Analyse der Eigentumsstrukturen festzustellen, die in der Regel gut dokumentiert sind.¹ Anschließend haben wir die Zuschaueranteile der vier führenden Sendergruppen für das Jahr 2011 nach Ländern berechnet (Tabelle 1), ebenso die täglichen Zuschauermarktanteile für das Jahr 2011 für die führenden Sendergruppen in Europa, und zwar auf jedem der Märkte, auf denen ihre Sender empfangen werden können.

Die Messung der Konzentration auf dem Fernsehmarkt anhand täglicher Zuschauermarktanteile stößt allerdings sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht an Grenzen. Dies sollte man bei einem Vergleich der Zahlen berücksichtigen.

1. Man kann darüber diskutieren, ob die täglichen nationalen Zuschauermarktanteile eine geeignete Größe zur Erfassung des „relevanten Markts“ sind, den Wettbewerbsbehörden bei der Analyse eines Fernsehmarkts einzugrenzen haben.² In diesem Zusammenhang stellt sich eine Reihe von Fragen:

1) Man kann allerdings darüber diskutieren, ob man von einer Gruppe sprechen kann, wenn eine einzelne Person Hauptanteilseignerin verschiedener Unternehmen oder Gruppen ist. 2008 befand die ungarische Rundfunkbehörde, dass der amerikanische Medienmogul John Malone, der gleichzeitig Hauptanteilseigner von Liberty Global und Discovery Inc. war, als „John Malone-Gruppe“ angesehen werden konnte. Dieser Sichtweise haben wir uns nicht angeschlossen. Wir berücksichtigen nur die Unternehmen, die im Besitz einer Holding oder eines anderen Unternehmens sind.

2) Zur Diskussion über den Begriff „relevanter Markt“ für die Bewertung der Konzentration im Mediensektor siehe die verschiedenen Berichte, die zwischen 2002 und 2005 von der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission veröffentlicht wurden:

<http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/index.html>

Besonders interessant (und eine Herausforderung für eine präzise Messung der Konzentration auf einem relevanten Markt auf dem Mediensektor) ist in diesem Zusammenhang: *Market Definition in the Media Sector, Economic Issues*, von Europe Economics. November 2002,

http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/european_economics.pdf

- Ist der nationale Markt der richtige geografische Ansatz? Die Tatsache, dass eine Gruppe Sender in mehreren Ländern betreibt, kann ihr eine besondere Stärke verleihen, wenn sie Rechte mit Programmanbietern aushandelt. So sind die Zuschauermarktanteile der Spartensender von US-Konzernen relativ gering, wenn man sie unter nationalen Gesichtspunkten betrachtet. Aufsummiert auf europäischer Ebene sind sie jedoch alles andere als unbedeutend.
- Die Angaben über die durchschnittlichen jährlichen Zuschauermarktanteile sind ein klassischer Indikator für die Analyse nationaler Fernsehmärkte. Allerdings ist die Frage berechtigt, ob es sich unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten um einen aussagekräftigen Indikator handelt: In einer wirtschaftlichen Analyse würde man wahrscheinlich eher von einer Analyse der unterschiedlichen Märkte der Ressourcen (Werbeeinnahmen, Einnahmen aus Abonnements usw.) ausgehen.
- Ist der Zuschaueranteil pro Tag der richtige Zeitraum? Marktanteile können sich erheblich unterscheiden, je nachdem, ob sie über den gesamten Tag oder nur während der besten Sendezeit gemessen werden.

2. Der Umfang der erhältlichen Daten unterscheidet sich von Land zu Land. In einigen Ländern können die Daten, die uns zur Verfügung stehen, als umfassend bezeichnet werden (das heißt, wir können 100 Prozent der Zuschauer analysieren), in den meisten Ländern jedoch kann die Kategorie „sonstige“ sehr groß sein (zwischen 25 und 33 Prozent der Zuschauer, wie in Spalte 2 von Tabelle 1). Diese Lücken sind auf eine Vielzahl von Gründen zurückzuführen, etwa auf technische oder vertragliche. In der Regel beziehen sich die Lücken auf kleine und nicht auf die führenden Sender. Aber auch viele kleine Zuschaueranteile verschiedener Spartensender können, wenn man sie addiert, durchaus ins Gewicht fallen. In den Fällen, in denen das Datenmaterial nicht umfassend ist, sollten die Marktanteile und die Konzentrationsrate als Mindestwerte verstanden werden.

3. Wenn man Pluralismus und kulturelle Vielfalt auf dem Fernsehmarkt bewerten will, dann ist die Konzentrationsrate bei den täglichen Zuschauermarktanteilen sicherlich nicht unbedingt der beste Indikator. So kann zum Beispiel festgestellt werden, dass die anhand der kumulierten täglichen Zuschauermarktanteile der vier führenden Gruppen ermittelte Konzentration in den Ländern höher ist, in denen das öffentlich-rechtliche Fernsehen noch immer eine führende Rolle spielt. Ob öffentlich-rechtliche Fernsehsender tatsächlich die besseren Garanten von Pluralismus und Vielfalt sind, darüber kann natürlich diskutiert werden. Aber diese Diskussion sollte anhand der Analyse von Sendungen und Redaktionspolitik geführt werden, nicht aufgrund der simplen Berechnung von Zuschauermarktanteilen.

Tabelle 1 : Tägliche Zuschauermarktanteile der vier führenden Sendergruppen (2011)

Die Zuschauerdaten für Fernsehsender wurden von Eurodata TV Worldwide und seinem Netzwerk an Messinstituten zur Verfügung gestellt.

Die Zuschauermarktanteile der Gruppen haben wir anhand unserer Informationen über die Eigentumsstrukturen (Datenbanken MAVISE und AMADEUS) berechnet.

Fusionen aus dem Jahr 2011 wurden nur berücksichtigt, wenn sie am 31. Dezember 2011 abgeschlossen waren. Fusionen aus dem Jahr 2012 wurden nicht berücksichtigt.

Das Zeichen > gibt an, dass es sich bei der Zahl um eine Mindestangabe handelt, weil keine Marktanteile für kleine Spartensender oder ausländische Sender vorliegen.

Marktanteile öffentlich-rechtlicher Sendergruppen sind in Fettdruck angegeben.

<i>Alle Angaben sind in Prozent</i>	
	Nicht festgestellte Marktanteile
Schweden	0.0
Finnland	9.0
Deutschland (1)	3.8
Tschechische Republik	9.3
Italien	7.1
Norwegen	1.6
Dänemark	5.4
Belgien (Flämische Gemeinschaft)	16.7
Portugal	16.6
Polen	2.9
Niederlande (2)	12.0
Vereinigtes Königreich	0.0
Kroatien	17.8
Schweiz (italienischsprachige Schweiz)	18.8
Belgien (Französische Gemeinschaft)	12.4
Bulgarien	10.8
Frankreich (alle Fernsehhaushalte) (3)	12.1
Frankreich (Kabel-, Satelliten-, IPTV-Haushalte) (4)	1.4
Österreich	9.5
Slowenien	1.8
Spanien (5)	0.0
Slowakei	28.1
Zypern (6)	20.7
Estland (3)	18.6
Schweiz (deutschsprachige)	18.7
Schweiz (französischsprachige)	25.7
Griechenland	11.6
Ungarn	12.2
Litauen (2)	24.9
Russland	11.4
Lettland (7)	29.1
Irland	29.6
Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien	30.9
Rumänien	2.7
Luxemburg (2009/2010)	33.7

(1) Die ARD wird nicht als Gruppe angesehen, obwohl sie aus unabhängigen regionalen Rundfunkanstalten besteht.

(2) In Zypern, Estland, Litauen und in den Niederlanden werden Zuschauer von Abrufvideos und auf PVR gespeicherten Sendungen in die Berechnung der Zuschauermarktanteile von Fernsehsendern einbezogen. Für Estland und die Niederlande haben wir die Zahlen neu berechnet und zwar ohne DVD und Video.

(3) Die Konzentrationsrate wird 2012 mit der Übernahme von Direct 8 Channel (Bolloré Group) durch Canal+ steigen.

(4) Dies sind etwa 74,4 Prozent der Haushalte. Die vorliegenden Daten über die Marktanteile von Spartensendern sind detaillierter und umfassender als die Daten in der vorherigen Zeile, die sich auf die Gesamtbevölkerung beziehen.

Marktanteile der 4 führenden Gruppen				Gesamt	Gesamt
1	2	3	4	3 führende Gruppen	4 führende Gruppen
34.8	28.9	19.5	8.7	83.2	91.9
44.3	>27.7	>14.5	3.0	>86.5	>89.5
> 27.2	>26.5	>20.7	>14.5	74.4	88.9
33.7	27.0	22.0	5.5	82.7	88.2
40.2	>36.8	>6.1	4.1	83.1	87.2
>41.1	>25.7	11.2	8.5	>78.0	>86.5
39.7	28.4	>9.6	>7.0	>77.7	84.7
41.8	>24.6	10.2	4.0	>80.6	>84.0
27.2	26.8	26.7	3.3	80.7	84.0
36.5	24.3	20.1	2.3	80.9	83.2
>33.7	>27.6	16.6	>4.6	>77.9	>82.5
36.9	23.2	11.7	10.2	71.8	82.0
30.1	27.7	>21.5	2.0	>79.3	>81.3
35.8	22.6	20.1	1.5	78.5	80.0
>27.6	20.5	>17.2	13.3	>65.3	>78.6
44.4	21.1	8.4	3.9	73.9	77.8
29.9	>29.1	>14.2	>3.9	>73.2	>76.1
29.9	25.3	15.7	11.7	70.9	82.6
37.5	>17.1	>10.7	>8.9	>65.3	>74.2
37.9	26.9	6.6	2.6	71,4	74.0
>25.0	22.7	>17.1	>7.9	>64.8	>72.7
34.0	23.8	12.2	1.9	70.0	71.9
20.8	17.4	17.0	16.6	55.2	71.8
19.4	18.5	17.8	11.4	55.7	67.1
31.6	>15.5	11.1	8.4	>58.2	>66.6
28.7	15.9	12.8	>8.2	57.4	>65.6
>20.0	17.0	13.3	13.1	>50.3	>63.4
29.8	19.7	11.9	>4.9	>61.4	>66.3
>24.4	17.7	11.3	8.4	>53.4	>61.9
>19.9	>16.8	>14.3	>7.6	51.0	58.6
>16.6	>16.1	12.9	11.3	>45.6	>56.9
31.7	13.9	>6.9	>4.2	>52.5	>56.7
22.2	14.8	9.7	7.9	46.7	54.6
21.5	18.5	7.6	6.3	47.6	53.9
>27.3	>11.0	>8.7	>6.4	>47.0	>53.4

(5) Die Konzentrationsrate wird 2012 mit der Fusion von Antena 3 (dritte Gruppe) und La Sexta, Teil von Imagina Media (vierte Gruppe), zunehmen. Die neue Gruppe wird einen Marktanteil von rund 33 Prozent haben.

(6) In Zypern machen die Video-Zuschauer 2010 3,2 Prozent der Zuschauermarktanteile aus. Für 2011 liegen keine Zahlen vor, aber sie sind wahrscheinlich in den 20,7 Prozent nicht festgestellten Marktanteilen enthalten.

(7) Im September 2012 kündigte MTG (zweite Gruppe 2011) die Übernahme von NMM (erste Gruppe) an. Die Wettbewerbsbehörde muss der Übernahme jedoch noch zustimmen.

Quelle : Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

Tabelle 2 : Tägliche nationale Zuschauermarktanteile der führenden TV-Gruppen in Europa im Jahr 2011

> gibt einen Mindestmarktanteil an
 n.v. nicht verfügbar
 – nicht zutreffend

2.1. Gesamteuropäische Gruppen

Bekanntes Sender	ProSiebenSat1 Media AG (DE)		RTL Gruppe (DE)		TF1 (FR)	
	Zahl der Sender	tägliche Zuschauer	Zahl der Sender	tägliche Zuschauer	Zahl der Sender	tägliche Zuschauer
	Pro7, Sat1, Kabel1, Teil der ehemaligen SBS-Gruppe		RTL, M6, IKO		TF1, Eurosport	
AT	12	>17,1%	11	>10,7%	11	>0,6%
BE (Französische Gemeinschaft)	3	n.v.	10	>27,6%	15	>17,2%
BE (Flämische Gemeinschaft)	3	n.v.	15	0,4%	22	>0,2%
BG	3	>0,3%	1	n.v.	3	>0,4%
CH (deutschsprachig)	12	11,1%	n.v.	>15,5%	n.v.	>0,7%
CH (französischsprachig)	n.v.	n.v.	n.v.	>8,2%	n.v.	15,9%
CH (italienischsprachig)	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	>0,5%
CZ	4	n.v.	7	>0,2%	4	n.v.
DE	12	>20,7%	21	>26,5%	4	>0,7%
DK	10	>7,0%	5	n.v.	4	1,1%
EE	3	n.v.	5	n.v.	5	n.v.
ES	–	–	(1)	(1)	5	n.v.
FI	4	3,0%	5	n.v.	4	n.v.
FR	4	n.v.	17	>14,2%	19	>29,1%
GB	–	–	–	–	4	n.v.
GR	–	–	3	13,1%	32	n.v.
HR	3	n.v.	3	>21,5%	7	n.v.
HU	7	19,7%	15	>29,8%	5	n.v.
IE	–	–	–	–	3	n.v.
IT	–	–	–	–	18	n.v.
LT	3	n.v.	5	n.v.	5	n.v.
LU	3	>13,1%	20	>27,3%	7	>8,7%
LV	3	n.v.	–	–	4	n.v.
NL	3	n.v.	9	26,2%	10	>0,9%
NO	5	11,6%	n.v.	n.v.	n.v.	>0,5%
PL	3	n.v.	4	n.v.	42	0,7%
PT	1	n.v.	4	n.v.	7	0,5%
RO	6	4,4%	3	n.v.	4	0,8%
RU	–	–	n.v.	n.v.	5	n.v.
SE	4	8,7%	1	n.v.	4	0,7%
SI	3	0,3%	6	1,9%	2	0,4%
SK	3	n.v.	6	n.v.	6	n.v.

(1) Nach der Übernahme von La Sexta durch Antena 3 verfügt die RTL-Gruppe über einen Anteil von 19,2% in der Antena-3-Gruppe. Antena 3 hatte 2011 einen Marktanteil von >17,1% und La Sexta von 7,9%.

(2) Jede Sprachversion oder jede HD-Version von Eurosport, Eurosport2 und Eurosportnews zählt als eigener Sender.

(3) In Russland ist die RTL-Gruppe eine Minderheitsgesellschafterin (30%) von Ren TV. Ren TV hatte 2011 einen täglichen Zuschauermarktanteil von 4,4% und wird zu 68% von der National Media Group kontrolliert.

2.2. Ehemalige gesamteuropäische Gruppen mit geringerer europäischer Marktabdeckung

	Mediaset (IT)		Vivendi (FR)	
	Zahl der Sender	tägliche Zuschauer	Zahl der Sender	tägliche Zuschauer
AT	–	–	1	n.v.
BE	–	–	10	n.v.
CH (italienischsprachig)	n.v.	22,6%	–	–
CH (französischsprachig)	n.v.	n.v.	5	>2,3%
ES	13	>25,0%	–	n.v.
FR	–	–	55	>3,9% (1)
IT	–	>35,9%	–	–
PL	–	–	14	>1,6%
PT	–	–	1	>0,1%
SI	3	0,3%	–	–

(1) 11,7% im Mehrkanal-Bereich (Kabel-, Satelliten-, IPTV-Haushalte)

2.3. Regionale Gruppen – nord- und osteuropäische Gruppen

	Baltic Media Alliance (GB)	CME (US/BM)	Gasprom Media (RU)	MTG (SE)	Sanoma (FI)	Telenor (NO)
BE (Flämische Gemeinschaft)	–	–	–	–	10,2%	–
BG	–	44,2%	–	21,1%	–	–
CZ	–	33,7%	–	22,0%	–	–
DK	–	–	–	>9,6%	–	>0,5%
EE	13,0%	–	4,6%	>17,8%	–	–
FI	–	–	–	n.v.	>14,5%	n.v.
HU	–	–	–	>4,3%	2,5%	–
LT	5,4%	–	–	>24,4%	–	–
LV	11,3%	–	5,1%	>16,1%	–	–
NL	–	–	–	–	15,8%	–
NO	–	–	–	8,5%	–	0,3%
RO	–	21,5%	–	0,5%	0,1%	–
RU	–	–	21,9%	9,8%	–	–
SE	–	–	–	19,5%	–	1,5%
SI	–	37,9%	–	6,6%	–	–
SK	–	34,0%	–	–	–	–

(1) In Russland hat MTG einen Anteil von 38,6% an der CTC-Media-Gruppe (Sender CTC Network und Domashny)

2.4. Internationale US-amerikanische und japanische Mischkonzerne

	Discovery	Liberty Global	NBC Universal	News Corp	Sony (JP)	Viacom	Time Warner	Walt Disney
AT	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	>1,1%	n.v.	n.v.
BE (Französische Gemeinschaft)	n.v.	–	n.v.	–	n.v.	>1,4%	n.v.	n.v.
BE (Flämische Gemeinschaft)	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	>2,0%
BG	>1,0%	–	0,3%	>1,9%	0,3%	n.c.	>0,8%	>2,0%
CH (deutschsprachig)	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	4,7%	n.v.	n.v.
CH (französischsprachig)	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	>0,8%	n.v.
CH (italienischsprachig)	0,1%	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	0,7%
CZ	n.v.	0,5%	0,1%	0,1%	0,1%	n.v.	n.v.	0,7%
DE	>0,7%	n.v.	n.v.	>0,9%	n.v.	>0,9%	n.v.	n.v.
DK	>1,5%	n.c.	n.v.	0,7%	n.v.	>1,6%	>0,7%	>2,6%
EE	n.v.	–	n.v.	–	–	n.v.	n.v.	n.v.
ES	0,1%	0,8%	0,1%	0,6%	0,4%	0,6%	0,5%	2,0%
FI	0,5%	–	n.v.	–	–	n.v.	n.v.	n.v.
FR (Mehrkanalbereich)	0,2%	–	1,2%	0,2%	–	1,0%	0,6%	1,8%
GB	1,6%	n.v.	n.v.	10,2%	n.v.	2,0%	1,0%	1,4%
GR	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	1,0%	n.v.	n.v.
HR	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.
HU	>1,1%	5,0%	1,3%	0,8%	1,3%	>2,3%	>1,1%	>2,0%
IE	0,5%	–	0,4%	>5,1%	–	2,5%	n.v.	n.v.
IT	1,2%	n.v.	n.v.	6,1%	0,3%	0,4%	0,4%	0,9%
LT	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	>0,2%	n.v.	n.v.
LU	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.
LV	n.v.	n.v.	n.v.	1,2%	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.
NL	>2,2%	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	>4,6%	n.v.	>1,9%
NO	2,8%	n.v.	n.v.	0,9%	n.v.	0,5%	1,1%	3,1%
PL	1,9%	0,7%	0,6%	0,8%	1,0%	2,0%	2,1%	2,2%
PT	0,5%	3,2%	0,1%	2,5%	1,5%	0,7%		1,2%
RO	1,5%	2,5%	1,3%	0,6%	0,7%	0,5%	3,2%	2,5%
RU	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	>0,7%		
SE	2,2%	0,1%	0,1%	0,4%	n.v.	2,1%	0,9%	1,5%
SI	2,6%	1,3%	0,7%	1,8%	0,1%	0,8%	1,5%	0,7%
SK	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.	n.v.

2.5. Wichtigste öffentlich-rechtliche Sender mit erheblicher über die Landesgrenzen hinausgehender Reichweite

	ARD (DE)	ZDF (DE)	France-Télévisions (FR)	BBC (GB)	RAI (IT)
AT	>9,9%	4,1%	–	n.v.	n.v.
BE (Französische Gemeinschaft)	n.v.	n.v.	>13,3%	n.v.	n.v.
BE (Flämische Gemeinschaft)	n.v.	n.v.	>0,5%	n.v.	n.v.
CH (deutschsprachig)	8,4%	5,7%	n.v.	n.v.	n.v.
CH (französischsprachig)	0,4%	n.v.	12,8%	n.v.	0,7%
CH (italienischsprachig)	0,5%	0,4%	>0,5%	n.v.	20,1%
DE	>27,2%	>14,5%	–	n.v.	n.v.
DK	n.v.	n.v.	–	0,7%	n.v.
FR	n.v.	n.v.	>29,9%	n.v.	n.v.
GB	–	–	–	36,9%	–
IE	–	–	–	>6,9%	–
IT	–	–	–	n.v.	40,2%
LU (2009-2010)	>6,4%	6,0%	>3,4%	n.v.	n.v.
NO	n.v.	n.v.	–	1,1%	–
SI	n.v.	n.v.	–	n.v.	0,2%

Quelle: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

Konzentration der Zuschauermarktanteile für Online-Videos

Für die Zuschauerreichweiten von Online-Videos stehen relativ harmonisierte Daten zur Verfügung, da ein einzelnes Unternehmen (comScore) Daten für die sechs führenden europäischen Märkte (Frankreich, Deutschland, Italien, Russland, Spanien, Vereinigtes Königreich) erfasst. Die Daten in der comScore Video Metrix sind bereits nach Eigentümern aufgeschlüsselt („Online-Video-Plattformen“ in der Terminologie von comScore) und decken grundsätzlich alle Nutzer von Online-Videos ab. Die Messung findet bei allen Online-Videodiensten während der Verbindungszeit statt, also wenn die Nutzung erfolgt. Kaufvideos, die erst nach dem Herunterladen angesehen werden (wie dies bei Download-to-own-Angeboten der Fall ist), werden nicht berücksichtigt. Dies gilt auch für verschlüsselte Videos.¹

Anhand von comScore-Daten (40 führende Online-Video-Plattformen im 1. Halbjahr 2012²) über die Zahl der Unique Viewers nach Plattform, die durchschnittliche Zahl der angeschauten Videos und die durchschnittliche Verweildauer bei einem Video haben wir den durchschnittlichen monatlichen Marktanteil von 40 führenden Video-Plattformen im ersten Halbjahr 2012 sowie die kombinierten Marktanteile der drei und vier führenden Eigentümergruppen berechnet.

Diese Daten machen die absolute Dominanz der Google Sites (vor allem YouTube) auf den sechs untersuchten Märkten deutlich. Die Zuschauermarktanteile aller vier Online-Video-Plattformen zusammen liegen weit unter den kombinierten Marktanteilen der vier führenden TV-Gruppen in den Ländern. Es sollte jedoch nicht vergessen werden, dass Pornovideo-Angebote (deren Zuschauerdaten nicht von comScore erfasst wurden) nicht in die Berechnung der Zuschauermarktanteile einbezogen wurden. Bezieht man Pornovideo-Anbieter in die Analyse ein, dann ergibt sich ein ganz anderes Bild, wie die comScore-Daten für das Vereinigte Königreich für das Gesamtjahr 2010 zeigen: Die Zuschauermarktanteile der vier führenden Online-Video-Plattformen (drei davon bieten Pornovideos an) liegen bei 52,5 Prozent.

1) Ausführlicher siehe dazu comScore Video Metrix Methodology, comScore, Juli 2012.

2) Porno-Video-Dienste sind nicht in der Liste enthalten. Ihre Berücksichtigung würde wahrscheinlich die Analyse vollständig verändern.

Tabelle 3: Konzentration der Zuschauermarktanteile von Online-Video-Plattformen in sechs europäischen Ländern (1. Halbjahr 2012)

	Marktanteile der vier führenden Gruppen				Gesamt	Gesamt
	1	2	3	4	3 führende Gruppen	4 führende Gruppen
IT	30,1%	2,3%	1,2%	1,2%	33,6%	34,8%
ES	25,4%	5,5%	2,2%	1,7%	33,1%	34,8%
FR	25,0%	5,4%	2,6%	1,3%	33,0%	34,3%
GB	28,9%	1,2%	1,0%	0,9%	31,1%	32,0%
DE	24,5%	0,7%	0,5%	0,5%	25,7%	26,2%
RU	17,8%	3,5%	3,1%	1,1%	24,4%	25,5%

Quelle: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle nach Video-Metrix-Daten von comScore

Teil IV

Gemeinsame Grundlagen, abweichende Lösungsansätze

Gemeinsame Grundlagen, abweichende Lösungsansätze

Eine Analyse nationaler Regulierungssysteme für Marktmacht auf dem audiovisuellen Sektor

Susanne Nikoltchev

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

Das Thema Marktmacht steht im Mittelpunkt dieser IRIS *Spezial*. Der Begriff „Marktmacht“ wird synonym für die verschiedenen politischen und rechtlichen Positionen verwendet, welche die Handlungen von Marktteilnehmern auf einem gegebenen Markt bestimmen. In einem konvergierenden audiovisuellen Sektor kann sich Marktmacht auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette aufbauen. Sie kann bereits zu Beginn der Wertschöpfungskette entstehen, wenn die Inhalte generiert werden, bis hin zu dem Zeitpunkt, wenn die Inhalte die Verbraucher erreichen. Erlangt ein Marktteilnehmer einen solchen Grad an Marktmacht, dass er das Gleichgewicht eines beliebigen Marktes, der innerhalb dieser Wertschöpfungskette definiert wird, stören kann, dann wird Marktmacht zu einem Thema für europäisches oder nationales Recht. In allen Ländern zielen Gesetze und Regulierungen darauf ab, das für den wachstumsfördernden Wettbewerb als notwendig erachtete Gleichgewicht wiederherzustellen. In dieser Hinsicht bildet der audiovisuelle Sektor keine Ausnahme. Trotzdem gibt es einen wesentlichen Unterschied zu den anderen Wirtschaftssektoren: Zu große Marktmacht im audiovisuellen Bereich kann nicht nur den Wettbewerb beeinträchtigen. Sie kann auch zu einer Gefahr für die Informationsfreiheit werden. Marktmacht auf dem audiovisuellen Sektor wird daher zu einem besonders sensiblen Problem, auf das nationale Gesetzgeber und Regulierungsbehörden mit Unterstützung nationaler Gerichte sensible Antworten finden müssen.

Länder, die der Informationsfreiheit große Bedeutung beimessen, legen in der Regel auch großen Wert auf einen audiovisuellen Sektor, der durch Pluralismus und Vielfalt der Inhalte einen lebendigen Meinungs austausch gewährleistet. Die Gewährleistung von Pluralismus und Vielfalt ist daher auch eine Rechtfertigung für unterschiedliche Arten staatlicher Interventionen zur Regulierung von Marktmacht. Wir haben drei allgemeine Arten staatlicher Intervention festgestellt, und unsere Analyse gliedert sich entsprechend in drei Teile.

Bei der ersten Eingriffsart handelt es sich um *ex ante*-Intervention. Das heißt, um die Einführung spezieller Vorschriften zur Bekämpfung der Konzentration im Medienbereich. Dabei handelt es sich um Vorschriften, die verhindern sollen, dass einzelne Marktteilnehmer so mächtig werden, dass ihre Aktivitäten schädliche Auswirkungen auf die Pluralität und Vielfalt des Medienmarktes haben. Diese Vorschriften können ein Unternehmen daran hindern, eine potenziell marktbeherrschende Stellung aufzubauen oder eine solche Stellung zu missbrauchen, zum Beispiel indem sie de facto dazu führen, dass das Unternehmen nicht bestimmen kann, wem welche Inhalte zur Verfügung gestellt werden. Diese kurze Analyse wird in einem ersten Teil untersuchen, inwieweit medienspezifische Vorschriften zur Bekämpfung der Konzentration auch heute noch ein Eckpfeiler der Medienregulierung zur Sicherstellung von Vielfalt und Pluralismus sind. Es ist durchaus möglich, dass es der Gesetzgeber in einem digitalisierten Umfeld mit seiner Vielzahl unterschiedlicher Plattformen und Fülle von Inhalten und Diensten nicht mehr unbedingt für notwendig hält, bestimmte Marktentwicklungen zu stoppen oder zumindest zu kontrollieren, er also von einer negativen Intervention absieht. Die Frage, die sich uns stellt, ist deshalb: Sind medienspezifische Vorschriften auch heute noch wichtigstes Mittel zur Bekämpfung der Konzentration in diesem Bereich oder hat sich der Schwerpunkt verlagert? Um diese Frage zu beantworten, müssen die betreffenden Vorschriften und ihre Reichweite untersucht werden.

Dies führt uns zu der nächsten Frage: Welche Art von Vorschriften gibt es, und gelten sie auch für öffentlich-rechtliches Fernsehen und für Abrufdienste?

Bei der zweiten Art staatlicher Interventionen handelt es sich um positive Maßnahmen zur Stärkung der Marktteilnehmer, deren Rolle bei der Förderung von Pluralismus und Vielfalt als wichtig angesehen wird. Hier sind zum Beispiel die öffentlich-rechtlichen Mediendienste zu nennen, deren Aufgabe es ist, eine bestimmte Bandbreite und Qualität von Informationen sicherzustellen. Eine positive Wirkung auf Pluralismus und Vielfalt kann auch durch Must-Carry-Vorschriften oder Netzneutralität erzielt werden. Andere Bestimmungen beziehen sich auf Marktmacht, die im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Mediendienste entstehen kann. Begrenzter Zugang zu Empfangsgeräten und -diensten ist ein diesbezügliches Beispiel. Der zweite Teil der Analyse befasst sich daher mit den Vorschriften, welche die traditionellen medienpezifischen Vorschriften ergänzen, und zwar insofern, als sie zugunsten bestimmter Inhalte oder Dienste intervenieren oder diskriminierende Praktiken verbieten.

Schließlich gibt es noch eine dritte Art staatlicher Eingriffe, die *ex-post*-Intervention, bei der Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts im *Nachhinein* zur Anwendung kommen. Diese Vorschriften werden in der Regel an die Besonderheiten des audiovisuellen Sektors angepasst. Der dritte Teil dieser Analyse befasst sich daher mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bzw. mit der Frage, wie das Wettbewerbsrecht auf den audiovisuellen Mediensektor angewandt wird. In diesem Abschnitt geht es unter anderem darum inwieweit die Länder den allgemeinen Vorschriften des Wettbewerbsrechts folgen, und wo es spezifische Wettbewerbsregeln gibt. Wie sehen die wichtigsten Konzepte aus, und wer sind die Hauptakteure? Und nicht zuletzt, welches sind die größten Probleme bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf audiovisuelle Medien. Dieser Teil untersucht auch, in welchem Verhältnis die medienpezifischen Regelungen zum Rechtsrahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts stehen. Sind die beiden Ansätze vollständig verschieden, hängen sie voneinander ab beziehungsweise, und das ist das Wichtigste, sind sie miteinander vereinbar?

Alle drei Teile basieren auf den Informationen in den Länderbeiträgen, die dieser Analyse vorausgehen. Für mögliche Fehlinterpretationen von Inhalten ist also ausschließlich die Verfasserin dieser Analyse verantwortlich.

I. Spielt medienpezifische Regulierung noch eine Rolle für die Begrenzung der Konzentration?

Eine der zentralen Fragen, die uns zu dieser Untersuchung veranlasst hat, war, welche Rolle die nationale medienpezifische Regulierung zur Begrenzung der Konzentration in einem konvergierenden und verbundenen Umfeld spielt. Medienpezifische Vorschriften beziehen sich in der Regel auf klassische Medienarten wie Rundfunk und Zeitungen, und sie zielen auf Konzentrationen innerhalb dieser einzelnen Kategorien, zwischen den unterschiedlichen Medien oder aber auf unterschiedliche Kategorien von Eigentümern (z. B. ausländische Gesellschaften, politische Parteien) ab. Entsprechende Bestimmungen sind in der Regel in den Medien- und vor allem in den Rundfunkgesetzen enthalten. Wir wollten wissen, ob diese Bestimmungen nach wie vor von Bedeutung sind, und ob sie zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und kommerziellem Rundfunk unterscheiden. Außerdem wollten wir herausfinden, ob sie auch neue Dienste wie Connected TV oder Video-Abrufdienste abdecken.

1. Lineare audiovisuelle Mediendienste

Im Zuge unserer Untersuchung haben wir festgestellt, dass medienpezifische Regulierung in den meisten der in diese Studie einbezogenen Ländern nach wie vor eine Rolle spielt, um die Konzentration bei linearen audiovisuellen Mediendiensten zu begrenzen. Dazu einige Beispiele:

- die spanischen Vorschriften zur horizontalen Beschränkung des Eigentums; sie enthalten eine Beschränkung auf der Grundlage der Zuschaueranteile und sollen in erster Linie den Zusammenschluss der beiden größten Fernsehsender Antena 3 und Telecinco verhindern;
- die französischen Vorschriften zur Beschränkung des maximalen Kapitalanteils von ausländischen Unternehmen an terrestrischem Fernsehen sowie die Einschränkung der Zahl der Lizenzen für terrestrisches Fernsehen und der Kumulierung von Anteilen in Unternehmen, die eine Betriebslizenz für terrestrisches Fernsehen haben;

- die deutschen Schwellenwerte für die Zuschaueranteile im Jahresdurchschnitt und Einschränkungen für transnationale Beteiligungen;
- die italienische Obergrenze für die Zahl der Sender, die ein und derselbe Anbieter audiovisueller Mediendienste besitzen darf, und die sogenannte „wirtschaftliche“ Grenze von 20 Prozent des Medienmarktvolumens, die eine marktbeherrschende Stellung auf einem wirtschaftlich relevanten Markt verbietet (oder auf irgend einem Teilmarkt wie dem Markt für audiovisuelle Dienste);
- die ungarischen Schwellenwerte für die jährlichen Zuschauermarktanteile, die verhindern sollen, dass Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten ihre Dienste ausweiten oder weitere Mediendienste aufkaufen und die Anbieter zu Maßnahmen verpflichten können, welche die Vielfalt verbessern; ähnlich können zusätzliche qualitative und inhaltliche Anforderungen für die Anbieter von linearen Mediendiensten mit „erheblichem Einflusspotenzial“ gelten;
- die norwegischen Grenzen für Zuschauermarktanteile für horizontale und diagonale Medienkonzentration.

Allerdings gibt es auch Länder, wie Luxemburg, die nie spezielle Vorschriften zur Medienkonzentration im Bereich Rundfunk hatten. Im Vereinigten Königreich wurden diese Vorschriften abgeschafft (durch das Kommunikationsgesetz von 2003), ebenso in den Niederlanden (mit Ablehnung des vorläufigen Gesetzes über Medienkonzentration im Jahre 2011). Allerdings wird die Konzentration von Medienbesitz im Vereinigten Königreich und in den Niederlanden nach wie vor von den Rundfunkregulierungsbehörden überwacht.¹

Bei näherer Untersuchung wird klar, dass selbst in den Ländern, die kein spezielles Medienkonzentrationsrecht haben, sehr wohl Einschränkungen für Rundfunkdienste gelten, auch wenn diese auf eine andere Art und Weise erfolgen. So können zum Beispiel in Luxemburg nur Unternehmen, die dort ihren Sitz haben, eine luxemburgische Rundfunklizenz erwerben. Die Vergabe von Lizenzen ist also de facto ein Mittel zur Einschränkung von ausländischem Besitz im Rundfunk. Auch im Vereinigten Königreich wird die Vergabe von Lizenzen zur Begrenzung von Konzentration im Medienbereich genutzt. Die Regulierungsbehörde *Office of Communications* (das Ofcom) hat das Recht, Rundfunklizenzen nur unter Auflagen zu vergeben, die sie als geeignet ansieht, um „einen fairen und tatsächlichen Wettbewerb bei der Bereitstellung genehmigungspflichtiger oder verbundener Dienste sicherzustellen“ (s. 316 CA03). In der Praxis ermöglicht dies dem Ofcom, die Vergabe von Lizenzen zur Durchsetzung von Verboten und Einschränkungen zu nutzen, und zwar auch solche, die sich auf vertikale/diagonale und andere Formen der Medienkonzentration beziehen.²

Aber auch die Länder, die ein spezielles Medienkonzentrationsrecht haben, nutzen häufig die Vergabe von Lizenzen als zusätzliches Mittel, um bestimmte Konzentrationen zu verhindern. Dies ist zum Beispiel in Polen der Fall. Obwohl das polnische Rundfunkgesetz besondere Einschränkungen für ausländisches Eigentum vorsieht, versucht Polen, die Konzentration auf dem Mediensektor vor allem über die Lizenzvergabe zu kontrollieren. Das Rundfunkgesetz gibt der Regulierungsbehörde das Recht, eine Lizenz zu verweigern oder zurückzunehmen, wenn ein Marktteilnehmer eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat. Um Konzentrationen zu verhindern, nutzt die Schweiz die Regel, dass nicht mehr als zwei Fernsehizenzen an denselben Anbieter vergeben werden dürfen. Und Deutschland prüft, ob keine „vorherrschende Meinungsmacht“ vorhanden ist, bevor eine Lizenz vergeben wird.

Untersucht man den Rechtsrahmen der Niederlande und des Vereinigten Königreichs näher – also der beiden Länder, die ihre medien-spezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration abgeschafft und, im Falle der Niederlande, dieses System nicht durch eine Prüfung im Zusammenhang mit der Lizenzvergabe „ersetzt“ haben – dann ist festzustellen, dass auch in diesen Ländern sehr wohl eine Regulierung über die Lizenzvergabe erfolgt. Diese setzt jedoch in der Wertschöpfungskette zu einem späteren Zeitpunkt an. In den Niederlanden werden Erwägungen zur Begrenzung der Medienkonzentration, die andere Länder bereits an die Vergabe von Rundfunklizenzen knüpfen, bei der Vergabe von Lizenzen für terrestrische UKW-Frequenzen ins Spiel gebracht. Die antragstellenden Rundfunkveranstalter sind insofern nämlich bestimmten Einschränkungen hinsichtlich der Kombination verschiedener Lizenzen unterworfen. Zu diesen gehört zum Beispiel eine Eigentumsbergrenze für

1) Zum Beispiel durch das holländische Medienmonitoring-System, www.mediamonitor.nl

2) Das Ofcom verfügt über dieselben Befugnisse in Bezug auf DVB-T-Multiplexe und Übertragungsnetze, siehe unten.

kumulierte Zuschauerzahlen.³ Im Vereinigten Königreich muss das Ofcom die Eigentumsverhältnisse berücksichtigen, wenn sie Betriebslizenzen für DVB-T-Multiplexe vergibt oder Netzbetreibern eine Genehmigung erteilt. Dies gibt ihm die Möglichkeit, die vertikale Integration unter die Lupe zu nehmen.

Insgesamt hat es den Anschein, dass unter den heutigen Bedingungen – insbesondere Digitalisierung des Rundfunks und sinkender Ressourcenknappheit – eine medienpezifische Regulierung nicht mehr unbedingt als vorrangig angesehen wird. Die Gefahr, dass ein Marktteilnehmer oder bestimmte Gruppen von Einzelnen oder Unternehmen den Meinungsbildungsprozess bestimmen können, ist jedoch nicht gebannt. Wenn sich überhaupt ein Trend feststellen lässt, dann der, dass die Entwicklung eher auf maßgeschneiderte Maßnahmen zur Begrenzung der Konzentration zuläuft, bei denen die Erteilung von Lizenzen von bestimmten Auflagen und/oder Verpflichtungen abhängig gemacht wird. Ein weiterer noch auszuführender Trend geht dahin, die Kriterien und die Reichweite von Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration im Zusammenhang mit verbundenen Diensten in Frage zu stellen.

2. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Von den Ländern, die über ein besonderes Medienkonzentrationsrecht für den Rundfunksektor verfügen, wenden Italien und Norwegen diese Vorschriften sowohl auf kommerzielle als auch auf öffentlich-rechtliche Sender an. In Frankreich, Ungarn, Spanien und Deutschland dagegen gelten diese Regeln nur für kommerzielle Rundfunkveranstalter. Deutschland hat allerdings eigene Vorschriften für die Regulierung der Markttätigkeit von öffentlich-rechtlichen Veranstaltern, die man als medienpezifische Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration bezeichnen könnte.⁴ In Polen sind die entsprechenden Regeln an die Lizenzvergabe für Rundfunkveranstalter gekoppelt und beziehen sich daher nicht auf die Programmdienste, die öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter gemäß gesetzlichem Auftrag anbieten müssen. Sie können allerdings für öffentlich-rechtliche Themensender gelten, die eine Lizenz benötigen. Ähnlich stellen andere Länder durch die bei der Lizenzvergabe auferlegten Bedingungen oder durch die Vorgaben des *Pflichtenheftes* – neben spezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration – sicher, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter (oder Privatsender mit Grundversorgungsauftrag) ihrem öffentlich-rechtlichen Auftrag nachkommen und nicht versuchen, mit kommerziellen Wettbewerbern in Konkurrenz zu treten. Das gilt sogar für Länder wie Luxemburg und die Niederlande, die keine medienpezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration haben. Eine weitere Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter daran zu hindern, über die Grenzen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags hinauszugehen, ist der Public Value Test, der bei der BBC im Vereinigten Königreich zur Anwendung kommt,⁵ oder der Drei-Stufen-Test in Deutschland. Sinn und Zweck dieser Tests ist es sicherzustellen, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter ihre Tätigkeit nicht zum Nachteil kommerzieller Konkurrenten über ihren Auftrag hinaus ausdehnen. Auch Spanien und Norwegen haben einen solchen Public Value Test eingeführt (allerdings wurde er bisher in Spanien noch nicht angewandt, da der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter bisher keine neuen relevanten Angebote vorgelegt hat). Wenn in den Niederlanden ein Rundfunkveranstalter mit Grundversorgungsauftrag einen neuen Dienst starten will, muss zuerst eine interne Prüfung durchgeführt werden. Anschließend muss das Ministerium für Kulturfragen (nach einer öffentlichen Konsultation) grünes Licht geben. Wenn solche Tests heute zunehmend an Bedeutung gewinnen, dann ist dies in erster Linie auf die Entscheidungen in EU Beihilfverfahren und auf die maßgebliche Mitteilung der Kommission zurückzuführen.⁶

Die Schweiz und Luxemburg haben ganz besondere Vorschriften für ihre öffentlich-rechtlichen Rundfunkdienste. Dies ist eine Folge ihrer ähnlich sehr speziell ausgeprägten (insgesamt aber doch

3) Die Einschränkungen bei der Vergabe von UKW-Frequenzen haben jedoch nur begrenzte praktische Wirkung, weil sie sich auf den Hörfunk und auf horizontales Eigentum beziehen.

4) Siehe § 11a ff. und § 16a ff. Rundfunkstaatsvertrag (RStV). Öffentlich-rechtliche Medien können an sich als Instrumente zur Förderung von Medienpluralismus und -vielfalt angesehen werden. Das dürfte auch einer der Gründe sein, warum die Staaten häufig davor zurückschrecken, die öffentlich-rechtlichen Medien medienpezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration zu unterwerfen und statt dessen eher auf Regelungen zurückgreifen, die den inneren Pluralismus fördern sollen. Diese spezifischen Aspekte der öffentlich-rechtlichen Medien sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Studie.

5) Was Channel 4 betrifft, so verlangt das Gesetz sogenannte „Schedule 9 arrangements“, die sicherstellen sollen, dass die wichtigsten Funktionen des Senders nicht durch seine kommerziellen Aktivitäten beeinträchtigt werden.

6) Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. C 257, 27. Oktober 2009, S. 1-14.

recht unterschiedlichen) Marktsituation. Beide Länder haben einen relativ kleinen Fernsehmarkt (der in der Schweiz noch zusätzlich durch die vier Amtssprachen fragmentiert wird), sind jedoch umgeben von Ländern mit großen Fernsehmärkten und Sendern, die in denselben Sprachen senden, einschließlich starker öffentlich-rechtlicher Dienste, die direkt mit den Veranstaltern in der Schweiz und Luxemburg konkurrieren. Um diese Auswirkungen abzuschwächen, haben beide Länder besonders strenge Maßnahmen eingeführt, um nationale Rundfunkprogramme zu fördern. Dies geschah, trotz der Wettbewerbsnachteile, die diese Maßnahmen für die Schweiz mit sich bringen, und trotz der Perpetuierung der Konzentration im Falle Luxemburgs. Diese Maßnahmen beziehen sich hauptsächlich auf die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Fernsehens. In der Schweiz erfolgt die Finanzierung durch die Erhebung von Rundfunkgebühren, der sogenannten *Empfangsgebühr*. Außerdem hat die Schweiz relativ liberale Vorschriften⁷ für Werbung und Sponsoring im öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ohne dass dabei von dem Grundsatz abgewichen wird, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Hinblick auf seine Finanzierungsquellen zurückhaltend sein sollte). In Luxemburg übernimmt der kommerzielle Sender RTL die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Fernsehens. Im Gegenzug kann RTL von vorteilhaften staatlichen Maßnahmen profitieren, die für ausreichende Einnahmen sorgen und günstige Lizenzbedingungen sicherstellen (was sich auch in der Vielzahl von RTL-Kanälen und – Diensten widerspiegelt). In der Schweiz wurde der Rechtsrahmen so gestaltet, dass die Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters gestärkt wird, in Luxemburg dagegen fördert das Gesetz eher einen bestimmten Grad an Konzentration, anstatt diese zu begrenzen.

3. Nichtlineare audiovisuelle Mediendienste

Bis heute gelten medienspezifische Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration nur in seltenen Fällen für nichtlineare audiovisuelle Mediendienste. Keines der untersuchten Länder hat Schwellenwerte für Zuschaueranteile oder Kapitalanteile, die den Besitz von audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf einschränken. Ebenso wenig gibt es für solche Dienste Auflagen im Zusammenhang mit der Lizenzvergabe, da kein einziges der Länder, die in dieser Studie untersucht wurden, ein System für die Vergabe von Lizenzen für nichtlineare Dienste eingeführt hat. Für EU-Mitgliedstaaten würde die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste ein solches System auch nicht zulassen (darüber hinaus würde die Vergabe von Lizenzen an nichtlineare audiovisuelle Mediendienste auch verfassungsrechtliche Fragen im Hinblick auf die Informationsfreiheit aufwerfen). So haben vor allem Vorschriften, die die Akkumulierung von Lizenzen über eine bestimmte Zahl hinaus beschränken, oder Vorschriften, die die Vergabe von Lizenzen davon abhängig machen, dass eine bestimmte Konzentrationsschwelle innerhalb eines gegebenen Marktes nicht überschritten wird, keine Bedeutung für Abrufmedien.

Eine andere Betrachtung ergibt sich allerdings, wenn bei der Bewertung von Konzentration oder einer marktbeherrschenden Stellung auch audiovisuelle Mediendienste auf Abruf berücksichtigt werden. Die Frage ob und unter welchen Bedingungen dies erfolgt wurde in einigen Ländern beantwortet, in anderen dagegen gibt es keine Regelung. In Ungarn zum Beispiel gelten die medienspezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration eindeutig nur für lineare Dienste. Norwegen überlegt derzeit, ob und inwieweit die Reichweite seines Gesetzes über Medieneigentum ausgedehnt werden soll, um auch elektronische Medien einzubeziehen. Und im Vereinigten Königreich empfiehlt das Ofcom, die geltenden Vorschriften zu überarbeiten, da nach ihrer Auffassung „der für die Berücksichtigung von Pluralität vorhandene Rahmen nicht mehr geeignet ist, die Ziele der Politik des Parlaments zu erreichen“.⁸ Das Ofcom empfiehlt daher, die regelmäßigen „Pluralitätstests“ (aber auch Fusionstests) auf Online-Nachrichtenanbieter auszudehnen. Bei diesen Anbietern, so das Ofcom, handelt es sich vor allem um solche, die „die Titel bestimmen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden“ (und daher auch Wächter der Informationsfreiheit sind), „die bestimmen, welche Titel online an erster Stelle stehen“ (z. B. weil sie die Suchmaschinen kontrollieren) oder „den Inhalt dieser Titel kontrollieren“ (z. B. weil

7) Allerdings gelten für den SRG strengere Regeln für Werbung und Sponsoring als für seine kommerziellen Konkurrenten.

8) Für das Vereinigte Königreich hatte das Ofcom 2010 einen Bericht über Pluralität im Zusammenhang mit der geplanten Übernahme von BskyB durch NewsCorp veröffentlicht. Darin hatte sie festgestellt, „dass der für die Bewertung der Pluralität vorhandene Rahmen nicht länger geeignet ist, die Ziele der Politik des Parlaments zu erreichen“ (siehe Punkt 1.2 des Berichts 05/10/2012 „Measuring media plurality – Supplementary advice to the Secretary of State for Culture, Media and Sport and the Leveson Inquiry“).

sie die redaktionelle Kontrolle ausüben).⁹ In Frankreich ist die Diskussion über den Zusammenschluss der französischen Aufsichtsbehörde für audiovisuelle Dienste (CSA) und der Behörde für elektronische Kommunikation und Post (ARCEP) auch Teil der allgemeineren Diskussion über die Frage, ob bestimmte Parameter der medienspezifischen Regulierung angesichts der verbundenen Dienste und Märkte noch zeitgemäß sind.

Es gibt jedoch einen Ansatzpunkt in der heutigen auf Fernsehdienste konzentrierten Regelung, der es den Ländern ermöglichen könnte, Effekte, die nichtlinearen Diensten zuzuschreiben sind, bei ihren Überlegungen zur Medienkonzentration zu berücksichtigen: Das ist die Definition der relevanten Märkte. In einem konvergierenden Medienumfeld könnten nichtlineare Mediendienste Teil eines relevanten Marktes sein, wenn man folgende Aspekte berücksichtigt: Jede Definition des Begriffs „Markt“ muss den Zweck der medienspezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration berücksichtigen, und dieser liegt in der Regel in dem Ziel, Medienpluralismus und Medienvielfalt zu gewährleisten. Damit soll ein Umfeld geschaffen werden, das eine Vielzahl von Informationen ermöglicht, anhand derer sich die Verbraucher ihre eigene Meinung bilden können. Ohne Zweifel können nichtlineare Mediendienste dieses Ziel befördern. Dass es nach wie vor eine wichtige Rolle spielt, zeigt sich bei den Ländern, die Schwellenwerte für Zuschauermarktanteile eingeführt haben (z. B. Deutschland, Norwegen und Spanien), oder die mit anderen Kriterien arbeiten, um eine Unterscheidung der Märkte nach ihrem Potenzial der Beeinflussung der öffentlichen Meinung zu ermöglichen. In Ungarn zum Beispiel wird im Medienkonzentrationsrecht zwischen „erheblichem Einfluss“ und „erheblicher Marktmacht“ unterschieden. Eine Mischung aus unterschiedlichen audiovisuellen Mediendiensten, einschließlich nichtlinearer Dienste, kann zum Beispiel einen nach geografischen Kriterien definierten Markt bilden. Am häufigsten betonen die Länder auch einfach die Absicht, mit ihrem Medienkonzentrationsrecht pluralistische und unterschiedliche Informationen zu fördern. Diese Absicht könnte auch die Einbeziehung nichtlinearer Mediendienste erleichtern, sollte dies gewünscht werden.

In der Praxis der Rechtsprechung haben wir jedoch kein Beispiel, das sich konkret mit der Einbeziehung nichtlinearer Mediendienste in die Medienkonzentrationskontrolle befasst, gefunden. Allerdings hat ein Rechtsstreit über die beabsichtigte Übernahme von ProSiebenSat.1 durch die Axel Springer AG die Frage aufgeworfen, wie die „medienrelevanten verwandten Märkte“ mit Blick auf Fernsehen und Tagespresse definiert werden sollen. Eine ähnliche Konstellation könnte eines Tages die Frage aufwerfen, in welchem Verhältnis Fernsehmärkte und nichtlineare Mediendienste zu einander stehen.

II. Andere spezifische Vorschriften, die sich auf die Marktmacht der Medien auswirken

Wenn man den Begriff der „medienspezifischen Regulierung zur Begrenzung der Konzentration“ auf konvergente Dienste ausdehnt und die gesamte Wertschöpfungskette im Zusammenhang mit audiovisuellen Mediendiensten berücksichtigt, ergibt sich ein sehr viel differenzierteres Bild: Die Zahl der Quellen für medienspezifische Vorschriften nimmt ebenso zu wie die Zahl der Regulierungsinstrumente, die eine vergleichbare Wirkung haben könnten. Neben den Vorschriften zur Regulierung des Rundfunks gilt es vor allem die Telekommunikationsgesetze zu berücksichtigen, denn auf einer anderen Ebene der Wertschöpfungskette eröffnen sie gleichfalls die Möglichkeit, zu gegen unerwünschte Konzentration gerichtete Maßnahmen. Ebenso müssen wir nach Regeln Ausschau halten, die sich speziell mit Konzentrationseffekten von konvergierenden Diensten und unterstützenden Diensten befassen. Diese Bestimmungen müssen nicht notwendigerweise die Form von Gesetzen annehmen. Verpflichtungen und Einschränkungen können auch in Form einer Koregulierung erfolgen oder, wie bereits erläutert, über Auflagen im Zusammenhang der Lizenzvergabe.

9) Ibid. (FN 8), Punkt 5.4. Siehe auch den Bericht über „Measuring media plurality - Ofcom's advice to the Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport“ vom 19. Juni 2012, abrufbar unter: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/measuring-plurality/statement/statement.pdf>

1. Must-Carry-Regelungen

Must-Carry-Regelungen verfolgen ebenfalls den Zweck, die Meinungsvielfalt zu fördern und die Position einzelner Marktteilnehmer zu stärken.¹⁰ Bis auf Luxemburg und Spanien haben alle Länder im Hinblick auf die Erfüllung klar definierter Ziele von allgemeinem Interesse eine Regelung eingeführt, die elektronische Kommunikationsnetzwerke zur Übertragung spezieller Fernsehkanäle und -dienste verpflichtet. Von den Must-Carry-Bestimmungen profitieren in erster Linie öffentlich-rechtliche Fernsehveranstalter. Allerdings können diese Verpflichtungen auch auf private Fernsehsender ausgedehnt werden, vor allem dann, wenn sie mit der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben betraut werden, wie dies in Norwegen und im Vereinigten Königreich der Fall ist. Auch auf besondere ausländische Programme ist eine Ausdehnung der Verpflichtungen denkbar, wie dies beispielsweise in der Schweiz geschieht. In einigen Fällen ist die Regelung auch auf die Pflicht zur Durchleitung beschränkt oder durch bestimmte Bedingungen eingeschränkt (z. B. in Deutschland gilt sie nicht für Anbieter offener Netzwerke oder von Netzwerken, die weniger als eine bestimmte Anzahl von Haushalten erreichen). Must-Carry-Regelungen können sich auch auf bestimmte Dienstarten beschränken wie im Falle des lokalen Fernsehens in Italien. Die Niederlande haben angekündigt, dass sie ihre Must-Carry-Bestimmungen so ändern wollen, dass das Konzept technologieutraler wird.

Das Pendant zur Must-Carry-Pflichten für Fernsehveranstalter, die von dieser Regelung profitieren, ist in der Regel eine Must-Offer-Verpflichtung. In einigen Ländern gilt diese Pflicht nur für das öffentlich-rechtliche Fernsehen (z. B. in den Niederlanden, sofern Urheberrechte geklärt sind). Spanien verlangt von seinen öffentlich-rechtlichen Sendern auch, dass sie Plattformbetreibern freien Zugang zu ihren Kanälen gewähren. Allerdings hat Spanien keine Must-Carry-Bestimmung. Vor der Verabschiedung des neuen spanischen Gesetzes über audiovisuelle Medien galt Must-Offer auch für kommerzielle Sender. Nach dem neuen Gesetz sind sie nur noch verpflichtet, den Zugang zu ihren Hauptkanälen zu erleichtern, sofern sie eine angemessene Vergütung dafür erhalten.¹¹ Keine Must-Offer-Pflicht gibt es in Deutschland, Italien und Norwegen.

2. Weitere relevante Vorschriften, vor allem für die Nutzung oder den Empfang ermöglichende/erleichternde Dienste

Mit der Umstellung auf digitale Technologie und der Entwicklung von Abrufdiensten gewinnen auch die Empfangsgeräte und die Frage des Zugangs an Bedeutung. So können zum Beispiel digitale Decoder Teil eines proprietären Systems sein, das die Marktmacht eines einzigen Anbieters stärkt; elektronische Programmführer (EPG) können durch entsprechende Programmierung bestimmte Dienste fördern und andere benachteiligen. Die meisten Länder haben auf den zunehmenden Einfluss von Anbietern reagiert, deren Dienste die Nutzung oder den Empfang von Angeboten im Zusammenhang mit audiovisuellen Mediendiensten ermöglichen oder erleichtern. Ganz offensichtlich übt das EU-Recht¹² eine harmonisierende Wirkung auf die Vorschriften der Mitgliedstaaten aus.

In Deutschland ist es verboten, technische Standards für Dienste wie Programmierschnittstellen (Programming Interfaces – APIs) oder Zugangsberechtigungssysteme (Conditional Access Systems – CAS), die den Zugang zu Plattformen für die Übertragung von Fernsehsendern und -diensten ermöglichen, so festzulegen, dass Hürden aufgebaut oder andere Anbieter diskriminiert werden. EPG müssen laut Gesetz öffentlich-rechtliche und private Sender gleichermaßen berücksichtigen.¹³ In Luxemburg ist es möglich, zugangsbezogene Auflagen für Gesellschaften mit einer beträchtlichen Marktmacht festzulegen, einschließlich Maßnahmen zur Sicherung des Zugangs zu API und EPG. Darüber hinaus müssen faire, vernünftige und nicht-diskriminierende (FRAND – Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) Bedingungen den Zugang zu digitalen Empfangsgeräten und digitalen Netzwerken für das Fernsehen sicherstellen, die Anbieter von Zugangsberechtigungssystemen müssen für diese Aktivität getrennte Konten führen,

10) Für mehr Informationen über die Must-Carry-Regelung siehe IRIS *plus* 2012-5, Must-Carry: Renaissance oder Reformation? Susanne Nikoltchev (Hrsg.), Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2012.

11) Im Gegensatz dazu müssen Kabelfernsehanbieter in Norwegen für die Durchleitung bezahlen.

12) Besonders wichtig sind die Bestimmungen der Zugangsrichtlinie zu elektronischen Programmführern, Zugang und Zusammenschaltung und Zugangsberechtigungssysteme (Artikel 5 und 6 in Verbindung mit Anhang I).

13) Zu mehr Einzelheiten siehe auch B. van der Sloot, „Angemessene Vorrangstellung in elektronischen Programmführern“, in IRIS *plus* 2012-5, Must-Carry: Renaissance oder Reformation? Susanne Nikoltchev (Hrsg.), Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2012, S. 36.

und sie haben eine Lizenzverpflichtung gegenüber den Herstellern. Ähnliche Regeln gelten in Polen. FRAND-Bedingungen sind auch für CAS und EPG in Spanien bindend, ebenso für die Anbieter von frei empfangbarem DVB-T in Frankreich. Außerdem schränkt die Regulierung der Sendernummerierung in Frankreich die Freiheit der Anbieter ein, ihre Dienste für die DVB-T-Kanäle anders als nach der logischen Nummerierung zu organisieren. In Ungarn gelten für Dienste wie EPG dieselben Vorschriften wie für alle Mediendienste. Die Niederlande haben besondere Bestimmungen, die einen regulierten Zugang ermöglichen (zu EPG, API und CAS), aber diese werden derzeit nicht angewandt. Im Vereinigten Königreich hat das Ofcom einen Kodex für EPG zu potentiellen Problemfeldern erarbeitet, wie zur korrekten Nummerierung öffentlich-rechtlicher Sender oder zum Wettbewerbsvorteil eines Senders, der mit dem Anbieter eines EPG verbunden ist. Dieser Kodex schreibt auch vor, dass Anbieter von EPG FRAND-Bedingungen respektieren müssen.¹⁴ Die Bedingungen (einschließlich Preisgestaltung), welche bei Zugangskontrolle auferlegt werden können (und auferlegt wurden), werden in den Ofcom *Guidelines on the Provision of Technical Platform Services* präzisiert.

Die beiden Nicht-EU-Mitglieder Norwegen und Schweiz haben ebenfalls die Bedeutung digitaler Empfangsgeräte wie Decoder erkannt. Während Norwegen das NTV verpflichtet, EPGs zugänglich zu machen, anerkannte offizielle Standards zu verwenden und Zugang zu den Spezifikationen zu gewähren, wurde in der Schweiz über eine Bestimmung diskutiert, welche die freie Wahl von digitalen Empfangsgeräten ermöglicht hätte. Am Ende fand dieser Vorschlag im Parlament deshalb keine Mehrheit, weil man befürchtete, dass eine „alte“ Technologie zum Standard werden könnte und die Entwicklung des Marktes behindern würde.

3. Netzneutralität

Die Niederlande haben vor kurzem ihr Telekommunikationsgesetz durch eine Bestimmung ergänzt, die Internetprovider verpflichtet, Dienste auf eine nicht-diskriminierende Weise zu verbreiten. Die Dienste dürfen weder blockiert noch von Zahlungen des Dienstanbieters abhängig gemacht werden. In Norwegen hat die Post- und Telekommunikationsbehörde in Zusammenarbeit mit der Branche bestimmte Prinzipien festgelegt, die das Recht der Nutzer auf Internetverbindungen einer bestimmten Kapazität und Qualität stärken. Diese Verbindungen müssen den Zugang zu Inhalten, Diensten und Anwendungen ermöglichen und dürfen nicht hinsichtlich der Quelle, der Art der Anwendung, des Dienst, der Inhalte oder des Empfängers diskriminieren. In einigen genau definierten Fällen kann es Ausnahmen vom Prinzip der diskriminierungsfreien Handhabung des Netzverkehrs geben, sofern der Internetanbieter „Servicequalität“ für ausgewählte Dienste anbietet. Im Vereinigten Königreich haben sich einige Internetprovider auf einen offenen Internetkodex der Praxis (*Open Internet Code of Practice*) geeinigt. Vor kurzem hat das Ofcom in ihrer Eigenschaft als „konvergierte“ Regulierungsbehörde darauf hingewiesen, dass sie diese Selbstregulierung für ausreichend hält, solange Netzbetreiber IT-Betreiberlösungen (*managed services*) nicht auf eine Weise bevorzugen, die unzureichende Netzkapazität für einen Best-effort-Zugang zum offenen Internet übriglässt. In Frankreich hat die Regulierungsbehörde für elektronische Kommunikation und Post, ARCEP, neue Befugnisse in Bezug auf die Netzneutralität erhalten. Die ARCEP kann nun Trends auf dem Markt für Datenzusammenschaltung überwachen und Probleme, die mit diesen Trends zusammenhängen, regeln. Sie kann auch Mindeststandards für Servicequalität festlegen. Vor kurzem wurde auch die deutsche Regulierungsbehörde, die Bundesnetzagentur (BNetzA), ermächtigt, grundlegende Anforderungen für die diskriminierungsfreie Übertragung von Daten und den Zugang zu Inhalten und Anwendungen festzulegen. Durch die Verabschiedung technischer Leitlinien kann die BNetzA Mindeststandards für die Servicequalität definieren. Auch hier wird die harmonisierende Wirkung des EU-Rechts deutlich, vor allem von Artikel 23 der Universaldienstrichtlinie.

Die anderen Länder, die in der vorliegenden Studie berücksichtigt werden, haben keine konkreten Vorschriften zur Netzneutralität eingeführt, obwohl die meisten sicherlich eine Diskussion darüber geführt haben. Netzneutralität ist noch ein relativ neues Thema in der Diskussion über Marktmacht, aber durchaus ein Thema mit Zukunftspotenzial.¹⁵

14) Ausführlicher siehe B. van der Sloot, *op. cit.*, S. 35.

15) Mit dieser Schlussfolgerung auch N. van Eijk, „Netzneutralität und audiovisuelle Dienste“, in IRIS plus 2011-5, Warum über Netzneutralität diskutieren? Susanne Nikoltchev (Hrsg.), Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2011, S. 5.

III. Wettbewerbsrecht

Die Länderbeiträge lassen vermuten, dass Medienmacht mit den Namen prominenter Unternehmen verknüpft ist. Diese Namen bezeugen, wie ernsthaft der Wettbewerb auf dem Markt der audiovisuellen Medien ist. Außerdem machen sie deutlich, dass einige Marktteilnehmer über eine besonders starke Position auf dem Mediensektor verfügen. Tabelle 3 des Überblicks über die Marktsituation (siehe Teil III dieser Veröffentlichung) illustriert dies für die führenden Fernsehgruppen in Europa. Aber wie genau ergänzt das Wettbewerbsrecht die bisher genannten spezifischeren Vorschriften? Der vielleicht wichtigste Aspekt des Wettbewerbsrechts ist, dass es für alle audiovisuellen Dienste gilt. Auf diese Weise füllt es die Lücke, die medienspezifischen Vorschriften zur Konzentrationbegrenzung und Regulierung mittels Lizenzvergabe deshalb hinterlassen, weil diese sich auf den Rundfunk konzentrieren und weil für nichtlineare Dienste keine Lizenzen erforderlich sind. Wie diese besondere Option genutzt werden kann, ist noch weitgehend offen. Es gibt nicht allzu viele Fälle, bei welchen nichtlineare Dienste untersucht wurden. Das Wettbewerbsrecht kann auch ergänzend genutzt werden, soweit medienspezifische Regeln die vertikale Konzentration oder andere Formen von Marktmacht auf dem audiovisuellen Sektor nicht berücksichtigen.

1. Marktmissbrauch, Fusionen und Übernahmen

Alle Länder unserer Studie nutzen das Wettbewerbsrecht, um dort einzugreifen, wo eine marktbeherrschende Stellung Probleme verursacht. Alle unterscheiden zwischen dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und der Gefahr, dass die Stellung eines Marktteilnehmers durch Fusion oder Übernahme zu stark werden kann. Die nationalen Vorschriften stehen also vollkommen im Einklang mit der Logik des EU-Wettbewerbsrechts. Luxemburg hat kein eigenes Fusionskontrollrecht (die nationalen Wettbewerbsvorschriften gelten lediglich, um wirksamen Wettbewerb sicherzustellen). Daher werden Fusionen nur dann untersucht, wenn sie grenzüberschreitend sind und von der Kommission nach dem EU-Fusionskontrollrecht geprüft werden. Das Vereinigte Königreich nutzt das Wettbewerbsrecht, um einzelne Aspekte oder eine Kombination von Aspekten eines Markts zu bewerten, die den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verzerren, und zwar auf eine Art und Weise, die eine schädliche Wirkung auf den Wettbewerb hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Wirkung durch die Marktstruktur, das Verhalten der Marktteilnehmer oder das Verhalten der Konsumenten verursacht wird. Im Gegensatz dazu folgt Deutschland dem allgemeinen Grundsatz des Kartellrechts, nicht gegen eine marktbeherrschende Stellung vorzugehen, wenn sie im Laufe einer Geschäftsentwicklung erfolgt, die unabhängig von einer Fusion oder Übernahme ist (d. h. natürliches Wachstum).

2. Anpassung an den Mediensektor

Im Vereinigten Königreich, in Ungarn und in Italien können für Fusionen auf dem Mediensektor zusätzliche Vorschriften oder spezielle Verfahren zur Anwendung kommen. Im Vereinigten Königreich kann bei Fusionen, bei denen es um Fragen des öffentlichen Interesses geht (etwa um die Sicherstellung von Pluralität bei einer Fusion auf dem Rundfunksektor), die Wettbewerbskommission eingeschaltet werden. Eine solche Fusionsprüfung macht auch die Mitwirkung der Kartellbehörde und der Medienregulierungsbehörde (Ofcom) erforderlich. Die Zusammenarbeit wird durch klare Verfahrensvorschriften geregelt. Das Ofcom erstellt einen Bericht über Probleme im Zusammenhang mit der Medienpluralität. Die Frage, ob ein öffentliches Interesse vorliegt, ist für das Ergebnis des Falls von Bedeutung (zu einer ausführlicheren Beschreibung der Verfahren siehe den Beitrag über das Vereinigte Königreich, Punkt 4.2.).

In Ungarn wacht der Medienrat neben der Wettbewerbsbehörde über Fusionen im Kommunikations- und Medienbereich. Beispiele aus dem Bereich Presse legen den Schluss nahe, dass beide Behörden bei der Definition relevanter Märkte unterschiedlich vorgehen. Der Medienrat tendiert dazu, in seinen Entscheidungen die Meinungsvielfalt zu betonen, die Wettbewerbsbehörde orientiert sich dagegen in erster Linie an den Vorgaben des Wettbewerbsrechts. Bei Fusionen zwischen Unternehmen, die redaktionelle Verantwortung tragen und deren Hauptziel die Verbreitung von Medieninhalten in der Öffentlichkeit über ein elektronisches Kommunikationsnetzwerk ist, muss die ungarische Wettbewerbsbehörde die Stellungnahme des Medienrates einholen. Die Entscheidung des Medienrats über die Zulässigkeit einer geplanten Fusion ist grundsätzlich bindend, allerdings kann die Wettbewerbsbehörde immer noch eine Fusion auf der Grundlage des Kartellrechts verbieten oder unter Auflagen genehmigen (zu einer ausführlicheren Beschreibung möglicher Unterschiede siehe den Beitrag über Ungarn, Punkt 4.).

Auch Italien wendet auf Unternehmen des Mediensektors Vorschriften an, die sich zum Teil von den Vorschriften für andere Wirtschaftssektoren unterscheiden. Dazu zählen besondere Notifizierungsschwellen und die Anwendung der sektorspezifischen Grenzen zur Eindämmung von Konzentrationserscheinungen. In Italien müssen Konzentrationen im Mediensektor sowohl der AGCOM als auch der AGCM gemeldet werden. Die Kompetenzen dieser beiden Behörden überschneiden sich zwar, sie wenden jedoch unterschiedliche Regeln an. Dies führt dazu, dass unterschiedliche Auslegungen und Ergebnisse möglich sind, obwohl die AGCM verpflichtet ist, die Stellungnahme der AGCOM einzuholen, bevor sie eine Entscheidung trifft (zu einer ausführlicheren Beschreibung der Verfahren siehe den Beitrag über Italien, Punkt 4.3.).

Die Schweiz hat ihre spezifischen Fusionsbestimmungen für den Mediensektor abgeschafft. Dahinter stand die Überlegung, dass medienspezifische Kartellvorschriften zum Schutz des Wettbewerbs in der Regel nicht zur Beurteilung von Medienkonzentration taugen. Dies hat dazu geführt, dass für Fusionen im Medienbereich die sehr viel höheren Schwellenwerte des Fusionskontrollrechts angewandt und daher nur wenige Fusionen im Medienbereich untersucht werden.

3. Schwellenwerte

Der spanische Wettbewerbsrat CNC definiert¹⁶ eine marktbeherrschende Stellung als eine „Situation, in der ein Unternehmen in der Lage ist, relativ unabhängig auf dem Markt zu operieren, ohne auf Lieferanten, Kunden oder Konkurrenten Rücksicht nehmen zu müssen“ (so im Zusammenhang mit Marktmissbrauch). In Polen geht man davon aus, dass eine beherrschende Marktstellung dann vorliegt, wenn der Marktanteil eines Unternehmens auf dem relevanten Markt über 40 Prozent liegt. Die an diesen Schwellenwert geknüpfte Vermutung ist jedoch widerlegbar, da es auf die konkreten Umstände in jedem einzelnen Fall ankommt und weitere Elemente wie die Fähigkeit, unabhängig von Konkurrenten, Vertragspartnern und Konsumenten zu operieren, ebenfalls berücksichtigt werden müssen.

Die Bedeutung der tatsächlichen Gegebenheiten dürfte wahrscheinlich der eigentliche Grund sein, warum in den meisten Länderberichten keine präzise Definition des Begriffs marktbeherrschende Stellung genannt wird. Die meisten Länder konzentrieren sich stattdessen auf die in der Praxis tatsächlich zur Feststellung, ob der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder der Erwerb einer solchen Stellung zu Störungen des Wettbewerbs führt, angewandten Maßstäbe. Aber selbst da bleibt die Sprache vage. Zu den Beispielen zählen die Prüfung einer „*substantial lessening of competition*“ (einer erheblichen Störung des Wettbewerbs), die im Vereinigten Königreich vorgenommen wird (eine Formulierung, die jetzt auch in Ungarn verwandt wird und die die frühere sehr viel präzisere Formulierung ersetzt, nach der – „die Entstehung, Entwicklung oder Fortsetzung von tatsächlichem Wettbewerb behindert“ werden musste) und in Norwegen die Prüfung, ob „eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt oder verstärkt wird“.

4. Märkte/Fallrecht

Die Tatsache, dass die Entwicklung des wettbewerbsrechtlichen Rahmens vom Fallrecht abhängt, bedeutet auch, dass die exakten Abgrenzungen der Märkte von Land zu Land unterschiedlich sind. Im polnischen und ungarischen Fallrecht ist zum Beispiel die Idee von der Substitution von Waren, ein bekanntes Konzept des Wettbewerbsrechts, ein sehr wichtiges Element. In Ländern, in denen mehr als eine Behörde an der Fusionskontrolle oder der Prüfung von Marktmissbrauch beteiligt sind, besteht die Gefahr, dass ein solcher fallrechtbasierter Ansatz zu unterschiedlichen Marktdefinitionen innerhalb einer einzigen Rechtsprechung führt. Dies ist besonders wahrscheinlich, wenn die Behörden ihre Entscheidung aus unterschiedlichen Blickwinkeln treffen. In Italien scheint dies der Fall zu sein für die Unterscheidung (oder Nicht-Unterscheidung) zwischen den Märkten für Fernsehwerbung und Pay-TV. Andere Länder (z. B. Polen und die Schweiz) tendieren dazu, zwischen zahlreichen Märkten zu unterscheiden (Informationsmarkt, Sportrechtmarkt, Werbemarkt usw.).

16) Nach der Definition, die vom Europäischen Gerichtshof im Fall *United Brands* eingeführt wurde (27/76 vom Februar 1978), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:DE:HTML>

Die Wettbewerbsentscheidungen, auf die in den verschiedenen Länderbeiträgen eingegangen wird, berühren in der Tat sämtliche möglichen Aspekte im Zusammenhang mit Entstehung und Missbrauch von Marktmacht. Sie betonen, dass sich die Wirkung von Fusionen und Übernahmen sehr wahrscheinlich auf mehrere Märkte in vertikaler, diagonaler und horizontaler Richtung erstreckt. Wie dies unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten zu beurteilen ist, muss daher von Fall zu Fall entschieden werden. Dies erfordert eine eingehende Prüfung der tatsächlichen Situation und der zukünftigen Auswirkung, die eine Machtstellung auf einem sich rasch wandelnden Markt haben kann. Andere Aspekte machen es noch schwerer, große Linien herauszufiltern oder Trends in der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts auszumachen. So machen beispielsweise medienpolitische Zielsetzungen wie der Schutz eines pluralistischen Marktes (ein Ziel, das stets latent vorhanden ist, ohne Hauptziel des Wettbewerbsrechts zu sein), aber auch marktorientierte Ziele wie die Umstellung auf die digitale Technologie die ganze Betrachtungsweise noch komplizierter. Ein weiterer Aspekt, der die Analyse erschwert, ist die Befürchtung, einen noch nicht allzu gut entwickelten Markt zu behindern, vor allem, wenn es um internetbasierte Geschäftsmodelle geht.

Eine große Zahl von Fusionsentscheidungen oder Marktuntersuchungen hat sich mit den Auswirkungen von Marktmacht auf dem Markt für Filmrechte im Zusammenhang mit Pay-TV befasst (z. B. die Fusion TPS/Canalsatellite, die Ermittlungen zu Sky), aber auch im Zusammenhang mit frei empfangbarem Fernsehen (z. B. die Fusion zwischen Telecinco/Cuatro und Antena 3/La Sexta). In der Schweiz wurde bei der Übernahme von Aktien der Cinetrade AG durch die Swisscom der Markt für Film- und Sportrechte näher untersucht (mit dem Ergebnis, dass das „triple play“-Angebot der Swisscom genehmigt wurde), ebenso die marktbeherrschende Stellung von Cinetrade bei Liveübertragungen von Sportveranstaltungen (derzeit läuft ein Überwachungsprozess wegen des Verdachts auf Marktmissbrauch).

Die exklusive Vermarktung von Fernsehrechten an Fußballspielen war in Deutschland Anlass für kartellrechtliche Untersuchungen. Gelöst wurde das Problem zumindest teilweise durch die Auflage, dass Fußballspiele auf verschiedenen Übertragungsplattformen gezeigt werden müssen. Ähnliche Bedenken spielten bei den Untersuchungen der Vereinbarung zwischen dem polnischen Pay-TV-Sender Canal+ und dem polnischen Fußballverband eine Rolle. In der Entscheidung wurde der nationale Markt für die Fernsehübertragungsrechte an Fußballspielen in der polnischen Liga als ein getrennter Markt definiert (und eine noch enger gefasste Marktdefinition wurde im Fall Cyfrowy Polsat angewandt; hier wurde der Begriff auf die Fernsehübertragung von Fußballspielen einer einzigen Veranstaltung, nämlich der Europameisterschaft 2008, angewandt).

Eine Rolle spielten Sportrechte auch in einem italienischen Fall, bei dem Sportrechte mit einem anderen wichtigen Bereich von Marktmacht, dem Werbemarkt, verbunden waren. In der Entscheidung wurde festgestellt, dass die Mediaset-Gruppe ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Fernsehwerbemarkt missbraucht hatte, indem sie die Übertragungsrechte für die Fußballspiele der ersten Liga erworben hatte. Der Chance beraubt, auch nur ein einziges dieser Fußballspiele anbieten zu können, seien die Angebote der Konkurrenten von Mediaset so unattraktiv gewesen, dass dies de facto einem Ausschluss vom Fernsehwerbemarkt gleichgekommen sei.

Die erwartete marktbeherrschende Stellung eines Marktteilnehmers auf dem Fernsehwerbemarkt spielt in vielen anderen Fällen eine Rolle. In Deutschland war sie der Grund für das Verbot der Fusion von ProSiebenSat1/Bertelsmann und für das Verbot der VoD-Plattform Amazon, die ein Joint Venture von ProSiebenSat1 und RTL interactive GmbH gewesen wäre. Um den Fernsehwerbemarkt ging es auch bei der geplanten Fusion zwischen der spanischen Telecinco/Cuatro und Antena 3/La Sexta sowie in dem Fall von Marktmissbrauch von Telewizja Polska/TVP in Polen. Der Fernsehwerbemarkt war auch einer der drei betroffenen Märkte in der polnischen Fusionsaffäre zwischen Canal+ und ITI/TVN und in Ungarn mit RTL CEE/IKO Media Holding und der Übernahme IKOT/MRTL. Der Werbemarkt – obwohl nicht auf das Fernsehen beschränkt – stand bei der Fusion Granada/Carlton im Vereinigten Königreich ebenfalls im Mittelpunkt. Diese Fusion wurde mit der Auflage der sogenannten „Contracts Rights Renewal“ genehmigt, die beinhaltete, dass Werbeveranstalter und Medienkaufleute das Recht erhielten, ihre laufenden Verträge mit Granada und Carlton unter den bestehenden Bedingungen zu verlängern.

Netzbetreiber werden ebenfalls regelmäßig unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten überprüft, um Marktmissbrauch auszuschließen: So wurde die spanische Gesellschaft Abertis beschuldigt, missbräuchliche Bedingungen für kommerzielle Fernsehveranstalter festgelegt zu haben. Der Swiss Cablecom AG wurde vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung als Kabelnetzbetreiberin

zum Nachteil eines digitalen Pay-TV-Dienstes genutzt zu haben. Auch in Polen gab es viele Gründe, auf das Wettbewerbsrecht zurückzugreifen, um gegen missbräuchliche Praktiken von Plattformbetreibern gegenüber Fernsehveranstaltern und anderen Betreibern sowie Fusionen zwischen Betreibern vorzugehen.

5. Voneinander getrennt, gegenseitig abhängig, miteinander vereinbar?

In den meisten Ländern, die in dieser Studie untersucht wurden, besitzen medienspezifische Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration für den Rundfunksektor nach wie vor ihre Bedeutung. Eingesetzt werden sie vor allem behalten als ein *ex ante*-Regulierungsinstrument, um Pluralismus und Vielfalt im Mediensektor zu gewährleisten. Zum Beispiel hat Deutschland die Bedeutung, die es spezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration beimisst, dadurch unterstrichen, dass es sogar eine eigene Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) schuf, eine bisher einmalige Einrichtung in Europa.¹⁷ Einzige Aufgabe dieser Kommission ist es, die Einhaltung der Bestimmungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen zu überprüfen und die entsprechenden Entscheidungen zu treffen. Von der Rechtsdogmatik her stellt das zweite Bündel von Vorschriften gegen zu viel Marktmacht, also die Wettbewerbsvorschriften, einen getrennten Rechtsbereich dar. Aus wirtschaftlicher Sicht bezieht es sich auf denselben Markt, aber es geht um eine unterschiedliche Zeitlinie, nämlich eine *ex post*-Regulierung. Darüber hinaus bedeutet die Anwendung von Wettbewerbsrecht eine Fall-zu-Fall-Überprüfung. Diese Fälle konzentrieren sich häufig auf den Wettbewerb um finanzielle Mittel wie Werbeeinnahmen oder Einnahmen aus Urheberrechten.

Wie die Studie zeigt, verspüren manche Länder die Notwendigkeit, auch im Wettbewerbsrecht Regelungen vorzusehen, mit deren Hilfe Überlegungen zu Pluralismus und Vielfalt im Medienbereich in die Betrachtungen einfließen können. Dieses Bedürfnis spiegelt sich im EU-Recht wider, wird aber noch nicht als Ziel in EU-Fusionsfällen anerkannt (wohl aber als willkommener Nebeneffekt).¹⁸ Auch wenn Pluralismus und Vielfalt im Wettbewerbsrecht erst an zweiter Stelle kommen (nach den Marktgesichtspunkten), so verbindet die Möglichkeit, beide Ziele zu berücksichtigen, das Wettbewerbsrecht mit Konzepten, Schwellenwerten und Zielen, die von medienspezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration verfolgt werden. Außerdem eröffnet die Einbeziehung medienspezifischer Fragen in die Anwendung von Wettbewerbsrecht völlig neue Möglichkeiten für die Zusammenarbeit zwischen Regulierungsbehörden und für integrative Verfahren. Bei entsprechender Koordinierung kann dies den Ländern mehr Flexibilität in der Frage bieten, wie und wann sie sich mit dem Problem der Medienkonzentration befassen. So kann das Wettbewerbsrecht zum Beispiel dort, wo spezifische Vorschriften nur horizontal gelten, die vertikale und diagonale Dimension von Medieneigentum einbringen und die Besonderheiten jedes einzelnen Falls berücksichtigen. Dort, wo medienspezifische Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration auf traditionelle Medien zugeschnitten sind, kann das allgemeine Wettbewerbsrecht alle audiovisuellen Mediendienste einbeziehen. Es ist daher auf Abrufdienste ebenso anwendbar wie auf Empfangsgeräte oder unterstützende Dienste. Dies wird immer wichtiger werden, weil diese nicht-traditionellen Mediendienste in Zukunft stärker in das Zentrum der Aufmerksamkeit rücken werden, beispielsweise weil sie größere Bedeutung als Einnahmequelle gewinnen werden. Auf diese Weise kann Wettbewerbsrecht dazu dienen, einen ersten Blick auf medienspezifische Aspekte zu werfen, die nicht durch spezifische Vorschriften reguliert sind.

Inzwischen zeichnet sich jedoch eine weitere Möglichkeit für die Behandlung von Fragen im Zusammenhang mit Medienmacht ab, die bereits von EU-Wettbewerbsbehörden und Regulierungsbehörden genutzt wird. So wurde ein sehr spezifisches Bündel von Vorschriften für das öffentlich-rechtliche Fernsehen entwickelt. Es besteht aus Fallrecht zu staatlichen Beihilfen und Must-Carry-Vorschriften, Vorschriften für Zugang und Interoperabilität. Vor allem Regelungen zu Zugang und Interoperabilität lassen sich auf die unterstützenden Dienste anwenden, die nicht von traditionellen medienspezifischen Vorschriften zur Begrenzung der Konzentration erfasst werden. Insgesamt tragen diese Vorschriften dazu bei, wichtige öffentliche Interessen zu fördern und zu schützen. Zu diesen zählen zum Beispiel das Interesse, die Verfügbarkeit einer bestimmten Art von Inhalten für die Verbraucher sicherzustellen, und das Interesse an einem innovativen und offenen Mediensektor, der den Verbrauchern eine

17) www.kek-online.de

18) Ausführlicher dazu siehe den Beitrag zu EU-Recht (Punkt III.2.) in dieser Veröffentlichung.

Vielzahl von Wahlmöglichkeiten bietet. Eine ähnliche Entwicklung könnte sich bei den Vorschriften zur Netzneutralität abzeichnen, wo die Rechte der Verbraucher eine wichtige Rolle spielen. Diese Entwicklungen zusammengenommen könnten zukunftsweisende Instrumente hervorbringen, mit deren Hilfe die medienspezifischen und allgemeinen Vorschriften zur Regulierung von Marktmacht ergänzt und diese vielleicht eines Tages in einem einzigen Rahmen für die Regulierung von Medienmacht zusammengefasst werden könnten.



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

20 Jahre Informationen für den audiovisuellen Sektor

Der Auftrag der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle ist die Schaffung von mehr Transparenz im europäischen audiovisuellen Sektor. Die Umsetzung dieses Auftrags erfordert die Sammlung, Bearbeitung und Verbreitung von aktuellen und relevanten Informationen über die verschiedenen audiovisuellen Industrien.

Die Audiovisuelle Informationsstelle hat sich für eine pragmatische Definition des Begriffs des audiovisuellen Sektors entschieden. Die wichtigsten Arbeitsbereiche sind: Film, Fernsehen, Video/DVD, audiovisuelle Abrufdienste, staatliche Maßnahmen für Film und Fernsehen. Auf diesen fünf Tätigkeitsfeldern bietet die Audiovisuelle Informationsstelle Informationen im juristischen Bereich sowie Informationen über die Märkte und die Finanzierungsmöglichkeiten an. Die Audiovisuelle Informationsstelle erfasst und analysiert Entwicklungen in ihren Mitgliedstaaten und auf europäischer Ebene. Wenn es angebracht erscheint, werden darüber hinaus auch außereuropäische Länder, die für Europa relevant sind, in die Beobachtung einbezogen. Die verschiedenen Phasen bis zur Informationsbereitstellung umfassen die systematische Sammlung, Analyse und Aufbereitung von Informationen und Daten. Die Weitergabe an die Nutzer erfolgt in Form von Publikationen, Online-Informationen, Datenbanken und Verzeichnissen von Internet-Links sowie Konferenzvorträgen. Die Arbeit der Informationsstelle stützt sich in hohem Maße auf internationale und nationale Quellen, die relevante Informationen bereitstellen. Zu diesem Zweck hat die Informationsstelle ein Netzwerk aus Partnerorganisationen und -institutionen, Informationsdienstleistern und ausgewählten Korrespondenten aufgebaut. Die primären Zielgruppen der Informationsstelle sind Fachleute im audiovisuellen Sektor: Produzenten, Verleiher, Kinobetreiber, Rundfunkveranstalter und Anbieter anderer Mediendienste, Mitarbeiter internationaler Organisationen im audiovisuellen Bereich, Entscheidungsträger innerhalb der verschiedenen Medienbehörden, nationale und europäische Gesetzgeber, Journalisten, Wissenschaftler, Juristen, Investoren und Berater.

Die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle wurde im Dezember 1992 gegründet und ist dem Europarat über ein „Erweitertes Teilabkommen“ angegliedert. Ihr Sitz befindet sich in Straßburg, Frankreich. Die Mitglieder der Informationsstelle sind zurzeit 39 europäische Staaten sowie die Europäische Union, vertreten durch die Europäische Kommission. Jedes Mitglied entsendet einen Vertreter in den Exekutivrat. Das internationale Team der Informationsstelle wird von einem Geschäftsführenden Direktor geleitet.

Die Produkte und Dienstleistungen der Informationsstelle lassen sich in vier Gruppen unterteilen:

- Publikationen
- Online-Informationen
- Datenbanken und Verzeichnisse
- Konferenzen und Workshops

Europäische Audiovisuelle Informationsstelle

76 Allée de la Robertsau – F-67000 Strasbourg – France
Tel.: +33 (0) 3 90 21 60 00 – Fax: +33 (0) 3 90 21 60 19
www.obs.coe.int – E-mail: obs@obs.coe.int

20 ANS
YEARS
JAHRE

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



Konvergierte Märkte - konvergierte Macht? Regulierung und Fallrecht

Das Thema **Marktmacht** stellt sich für europäische und nationale Gesetzgeber immer dann, wenn die Stärke einzelner Marktteilnehmer ein Ausmaß erreicht, welches das Markgleichgewicht ernsthaft stört. In diesem Sinne ist der audiovisuelle Sektor keine Ausnahme. Er unterscheidet sich aber von anderen Sektoren dadurch, dass zuviel Marktmacht nicht nur zu einer **Gefährdung seiner Wettbewerbsparameter** führen, sondern auch zu einer **Bedrohung für die Informationsfreiheit** werden kann. Aufgrund dieses zweiten Aspekts ist die Marktmacht für den audiovisuellen Sektor ein besonders sensibles Thema. Nationale Gesetzgeber und Regulierer suchen, auch mit Unterstützung der nationalen Gerichte, nach Lösungen für dieses Problem.

Diese IRIS *Spezial* untersucht die Regulierung der Marktmacht im audiovisuellen Sektor in Europa.

Der erste Teil dieser IRIS *Spezial* beschreibt den Ansatz der **Europäischen Union** zur Begrenzung der Medienmacht, der noch von der Anwendung des Wettbewerbsrecht geprägt ist. Hierbei wird die grundsätzliche Funktionsweise des Wettbewerbsrechts und anderer Regulierungsinstrumente erläutert. Insbesondere wird konkret gezeigt, wie die verschiedenen Dienste im audiovisuellen Sektor reguliert werden und welche Märkte zu unterscheiden sind.

Der zweite Teil enthält eine Beschreibung des rechtlichen Rahmens von **elf europäischen Ländern** für den Umgang mit Medienmacht. Zu jedem dieser Länder finden Sie vor allem Informationen über die Regulierung von audiovi-

suellen Mediendiensten und Hilfsdiensten, Plattformen und konvergierten Diensten sowie Verbreitungsdiensten.

Die elf Länder wurden für diese Studie ausgewählt, weil sie entweder große Märkte für audiovisuelle Mediendienste in Europa darstellen, sie sich außerhalb der Schranken des Binnenmarkts entwickelt haben, oder sie interessante Besonderheit aufweisen, wie die Fähigkeit, bedeutende Marktteilnehmer anzulocken, obwohl ein Markt von entsprechender Größe fehlt.

Der dritte Teil präsentiert den **wirtschaftlichen Hintergrund** in Form verschiedener Überblicke über die Zuschauermarktanteile für Fernsehen und Online-Video. Diese Daten stellen die rechtlichen Informationen in einen Alltagszusammenhang.

Der vierte und letzte Teil versucht, die **Gemeinsamkeiten** bei der **staatlichen Regulierung der Medienmacht** zusammenzufassen, die **wichtigsten Unterschiede** herauszustellen und einige **ungewöhnliche Lösungen** aufzuzeigen. Hier und dort wird auf Aspekte des EU-Rechts hingewiesen, die die einzelstaatlichen Rechtsrahmen beeinflusst haben.

Diese IRIS *Spezial* ist ein Meilenstein auf dem Weg zu **mehr Transparenz** bei der Regulierung der Marktmacht im audiovisuellen Sektor. Zudem beleuchtet sie die Herausforderungen, die sich bei der Regulierung konvergierender Märkte und der dort herrschenden Machtverhältnisse stellen.

Diese umfassende und zeitnahe Analyse bringt Licht in das komplexe Thema der Regulierung der Marktmacht in Europa.

Die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle hat andere Titel veröffentlicht, die für die Regulierung der Marktmacht und andere wichtige Themen von Bedeutung sind:

IRIS Spezial:
Die Regulierung audiovisueller Abrufdienste: Chaos oder Kohärenz?

108 Seiten - Dezember 2011 - EUR 98,50
ISBN 978-92-871-7302-7

IRIS plus:
Must-Carry: Renaissance oder Reformation?

48 Seiten - September 2012 - EUR 24,50
ISBN 978-92-871-7551-9

IRIS plus:
Warum über Netzneutralität diskutieren?

40 Seiten - September 2011 - EUR 24,50
ISBN 978-92-871-7247-1

Ihre permanente Berichterstattung zu allen Themen des Medienrechts:

IRIS, Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle

Der Bezug ist kostenlos unter <http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>