

Stellungnahme von ARD und ZDF im Rahmen der öffentlichen Konsultation über die Zukunft des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation und zum Entwurf einer neuen Empfehlung über relevante Märkte

1. Die Infrastrukturregulierung hat für den Rundfunk einen hohen Stellenwert

Aus den von der EU-Kommission vorgelegten Dokumenten wird nach Auffassung von ARD und ZDF nicht deutlich, ob bei der Revision des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation die bewährte Verbindung zwischen Infrastruktur- und Inhalteregulierung beibehalten werden soll. Das aber wäre im hohem Maße notwendig, denn die Ziele, die auf europäischer Ebene mit der Inhalteregulierung verfolgt werden, bedürfen auch einer entsprechenden Absicherung auf der Ebene der Infrastrukturregulierung. Bei einem rein marktorientierten Ansatz, insbesondere im Bereich der Frequenzpolitik, ist dies aber nicht gewährleistet. ARD und ZDF halten insoweit an der Auffassung fest, dass Funkfrequenzen nach wie vor primär als öffentliches und nicht als kommerzielles Gut begriffen werden müssen. Aus diesem Grunde muss die Regulierung der Nutzung des Frequenzspektrums in angemessenem Maß auf Dienste von allgemeinem öffentlichen Interesse Rücksicht nehmen. Hierzu gehört auch der terrestrische „Free-to-Air“-Rundfunk als einer der Hauptpfeiler der audiovisuellen Politik in Europa. Er stellt den freien Zugang aller Bürger zu einer großen Bandbreite von qualitativ hochwertigen audiovisuellen Diensten sowie Inhalten von regionaler Prägung sicher und trägt zum sozialen Zusammenhalt der Gesellschaft bei. Die Schaffung einer solchen „single European information space“ ist Zielsetzung der Initiative i2010 der Europäischen Kommission „A European Information Society for Growth and Employment“ als Teil des erneuerten Lissabon-Prozesses. Diesen Zielsetzungen muss auch die Infrastrukturregulierung Rechnung tragen, denn gerade die Verbreitungsinfrastrukturen sind entscheidend für die Aufrechterhaltung und Sicherung des europäischen audiovisuellen Modells. Dieses wird vor allem bestimmt durch das Interesse der Allgemeinheit an der Schaffung und dem Erhalt von Medienpluralismus, kultureller Vielfalt, sozialer Kohärenz sowie dem Schutz der Konsumenten. Die Nutzung des terrestrischen Rundfunkspektrums trägt dazu bei. Sie hilft die „digitale Spaltung“ der Gesellschaft zu verhindern, in dem der freie Zugang für alle Bürger zu qualitativen, vielfaltsorientierten Rundfunkdiensten, die in diesem Spektrum verbreitet werden, sichergestellt wird.

Gerade der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten, der auf der Grundlage der Amsterdamer Protokollerklärung zum EGV seine Ausprägung erfahren hat, ist den vorstehend genannten Zielen aufgrund seines Public Service-Auftrags verpflichtet.

Mithin gibt es zwingende Gründe, die anerkannten Verbindungen und Interdependenzen zwischen Inhalte- und Infrastrukturregulierung beizubehalten, wie sie de lege lata u. a. in Erwägungsgrund 5 und Art. 8 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie zum Ausdruck kommen. Nur so lässt sich eine entsprechende Regulierungskonsistenz in beiden Bereichen herstellen.

Dieser wichtigen Vorgabe entsprechen die von der Kommission vorgelegten Vorschläge, insbesondere im Bereich des Frequenzmanagements, nach Auffassung von ARD und ZDF jedoch weitgehend nicht.

2. Ein rein marktorientierter Ansatz der Frequenzverwaltung ist mit dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unvereinbar

Nach Auffassung der Kommission sollen die gewählten Ansätze einer Marktorientierung für den Bereich der Frequenzverwaltung ein Mehr an Flexibilität, Kohärenz und Koordination auf EU-Ebene bringen, damit neue Marktteilnehmer Zugang zum Frequenzspektrum haben und die Entwicklung neuer innovativer und paneuropäischer Dienste, wie z. B. mobiles Fernsehen, befördert wird. Eine solche reine Marktorientierung wird von ARD und ZDF jedoch aus den nachstehenden Gründen kritisch und mit Sorge gesehen.

3. Die Verbreitung von Rundfunkinhalten sollte weiterhin durch Einzelgenehmigungen sichergestellt werden

Als ein wesentliches Mittel zur Flexibilisierung des Frequenzmanagements soll eine Allgemeingenehmigung eingeführt werden. Ausnahmen hiervon sollen auf spezielle Bereiche begrenzt werden, in denen schädliche Interferenzen anderweitig nicht verhindert werden können.

ARD und ZDF erkennen zwar an, dass es für bestimmte paneuropäische Dienste (z. B. für den Satellitenrundfunk) ein Bedürfnis geben kann, auf der Grundlage einer Allgemeingenehmigung im Rahmen eines europaweit koordinierten Frequenzspektrums tätig werden zu können. Dies gilt jedoch nicht für die Vielzahl der Dienste, bei denen die bestehende Rechtslage sich als ausreichend erwiesen hat. In diesem Zusammenhang muss auch in Erinnerung gerufen werden, dass damit die bislang durch Erwägungsgrund 12 und Art. 5 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie den Mitgliedstaaten eröffnete Möglichkeit entfiel, spezifische Kriterien und Verfahren bei der Zuweisung von Funkfrequenzen an Anbieter von Radio- und Fernsehdiensten im Hinblick auf die von diesen verfolgten Ziele von allgemeinem öffentlichen Interesse festzulegen. Art. 6 Abs. 1 der Genehmigungsrichtlinie verweist hierzu auf den Anhang Teil B Ziff. 1, wonach die Nutzung bestimmter Frequenzen an die Bedingung zur ausschließlichen Übertragung von spezifischen Inhalten oder audiovisuellen Diensten geknüpft werden kann. Eine solche Möglichkeit der Verknüpfung, die Bestandteil der mit der Inhalteregulierung verfolgten Zielsetzungen ist, muss aber erhalten bleiben, da diese sonst bei der generellen Einführung einer Allgemeingenehmigung von den Mitgliedstaaten nicht mehr effektiv verfolgt werden können. Jedenfalls ist die einzige vorgesehene Ausnahme einer Abweichung vom Grundsatz der Allgemeingenehmigung – nämlich nicht anderweitig beherrschbare Gefahren durch Interferenzen – deutlich zu eng. Insoweit müssten zumindest Frequenzbereiche festgelegt werden, bei denen nach wie vor das Prinzip der Einzelgenehmigung und der damit verbundenen individualisierten Frequenzzuteilung greift, nicht zuletzt um die Vorgaben aus der Inhalteregulierung sicherstellen zu können. Daran könnte die ohnehin bereits im jetzigen Regelungsrahmen vorgesehene Vorgabe geknüpft werden, dass die Festlegung durch die Mitgliedstaaten in einem offenen, transparenten sowie nicht diskriminierenden Verfahren erfolgen muss.

4. Die Frequenzregulierung sollte Sache der Mitgliedstaaten bleiben

ARD und ZDF stehen auch dem Vorschlag kritisch gegenüber, auf europäischer Ebene mittels des Komitologieverfahrens festzulegen, zu welchen Frequenzbereichen der Zugang und die Nutzung auf der Grundlage einer Allgemeingenehmigung erfolgen soll. Hiergegen spricht vor allem die Tatsache, dass eine „Committee Procedure“ nicht die hinreichende Transparenz aufweist, weil die betroffenen Marktteilnehmer hierzu keinen Zugang und damit auf die Entscheidungsfindung keinen Einfluss haben. Zudem würde damit in sehr weitgehender Weise die Entscheidungsprärogative der Mitgliedstaaten im Bereich der Frequenzregulierung unterlaufen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Förderung und Sicherung einer öffentlichen Sphäre der Kommunikation mit freiem Zugang zu einer großen Bandbreite von frei verfügbaren qualitativ hochwertigen Diensten. Die Entscheidungsprärogative liegt hier nach der Amsterdamer Protokollerklärung in der mitgliedstaatlichen Kompetenz, denn den Mitgliedstaaten steht

die Definition des Auftrags, der Organisation und der Finanzierung ihres nationalen öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu. Diese aus der Protokollerklärung folgende kompetenzielle Ermächtigung schließt auch das Recht ein, festzulegen, wie, in welchem Umfang und auf welche Weise der öffentlich-rechtliche Rundfunk Frequenzen nutzen darf. Bei der bei einer Umsetzung zu befürchtenden grundsätzlichen verfahrensmäßigen Verlagerung dieser Entscheidungsgegenstände stellt sich vor allem im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip die Frage, auf welche Kompetenz die Kommission eine solche Regelung stützen will, denn Anknüpfungspunkte für die von der Kommission angeführte Binnenmarktkompetenz sind nur in einem untergeordneten Umfang gegeben.

Aber selbst wenn man von der Binnenmarktfreiheit und der damit verbundenen Kompetenz der Kommission ausgeht, ist zu berücksichtigen, dass diese nicht unbegrenzt besteht, sondern ihre Grenzen in anderweitigen Festlegungen des EGV sowie der damit verbundenen Protokollerklärungen findet. Hierzu gehört insbesondere auch Art. 151 Abs. 4 EGV, wonach die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen des Vertrages den kulturellen Aspekten insbesondere zur Wahrung und Förderung der Kulturen Rechnung zu tragen hat. Zwar entbindet die Vorschrift die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung der Dienstleistungsfreiheit im kulturellen Bereich. Sie führt aber zu einer „Kulturverträglichkeitsprüfung“ für darauf gestützte gemeinschaftliche Maßnahmen. Eine solche ist aber nicht ersichtlich.

5. Das Prinzip der Technologie- und Diensteneutralität darf nicht zu Beeinträchtigungen der Rundfunkversorgung (z. B. durch Interferenzen) führen

Soweit die Regulierung des Frequenzspektrums nach den Vorstellungen der Kommission in Zukunft durch Technologie- und Diensteneutralität bestimmt werden soll, ist dies im Grundsatz begrüßenswert. Allerdings sind die vorgesehenen Ausnahmen insbesondere von dem Grundsatz der Technologieneutralität zu eng gefasst. Genannt wird wiederum nur der Gesichtspunkt der Vermeidung von Interferenzen. Zudem sollen die Ausnahmen in dem bereits vorstehend wegen mangelnder Transparenz kritisierten Komitologieverfahren festgelegt werden.

Insoweit bedarf es auch hier nach Auffassung von ARD und ZDF einer materiell-rechtlichen Verankerung von Kriterien in der Richtlinie, bei denen Ausnahmen greifen sollen. Hierzu müssten weitere Zielsetzungen gehören, die im öffentlichen Interesse liegen. So etwa die Sicherung der audiovisuellen Politik auf der Ebene der Gemeinschaft als auch der Mitgliedstaaten, die Förderung von kultureller und sprachlicher Vielfalt sowie des Medienpluralismus. Darüber hinaus teilen ARD und ZDF auch nicht die Auffassung der Kommission, dass mit zunehmendem technischen Fortschritt das Problem der Interferenz abnimmt. Wie am Beispiel der Digitalisierung des Fernsehens gezeigt werden kann, werden heute auch vom Rundfunk die modernsten technischen Möglichkeiten in der Frequenzplanung angewandt. So wurden bei der dafür von der ITU abgehaltenen Planungskonferenz RRC06 modernste rechnergestützte Planungsverfahren eingesetzt, die maßgeblich vom Rundfunk (EBU) mit entwickelt worden sind. Neben dem mit einem weltweiten Computernetzwerk der CERN erstellten Frequenzplan wurden in sog. Administrativen Deklarationen Frequenznutzungen (DVB-T-Allotments und -Assignments) für verträglich erklärt, obwohl die o. g. Planungssoftware diese wegen der zu erwartenden Interferenzen als unverträglich ansah. Durch detaillierte Untersuchungen mit Hilfe von digitalen Geländemodellen der europäischen Rundfunkanstalten und Frequenzverwaltungsorganisationen konnte dadurch die Spektrumseffizienz gesteigert werden, weil zusätzliche Frequenznutzungen eingeplant werden konnten. Die Möglichkeiten, die sich durch die Digitalisierung ergeben, wurden also auch hinsichtlich der Interferenzen ausgeschöpft. Eine weitere „Verdichtung“ durch zusätzliche Nutzungen des Rundfunkspektrums würde die Qualität der Versorgung durch zusätzliche Interferenzen in nicht hinnehmbarer Weise verschlechtern. Dies gilt insbesondere für digitale Übertragungssysteme, bei denen der Übergang von guter Empfangsqualität hin zu gar keinem Empfang im Gegensatz zum analogen System sich in engen Grenzen bewegt.

Soweit das Prinzip der Diensteneutralität nunmehr durch die Revision des Regulierungsrahmens eine

rechtliche Absicherung erfahren soll, ist darauf hinzuweisen, dass dies durch andere Instrumentarien der Frequenzkoordinierung ebenfalls erreicht werden kann. So wurde etwa auf der RRC06 zur Flexibilisierung der künftigen Spektrumsnutzung das sog. Maskenkonzept vereinbart. Es beschreibt die Möglichkeit, anstelle des DVB-T-Planeintrags einen anderen Funkdienst oder ein anderes System zu nutzen, wenn dies keine höheren Störungen verursacht und keinen höheren Schutz beansprucht als der ursprüngliche Planeintrag.

Im VHF-Frequenzband III erlaubt beispielsweise diese neue Regelung, dass Planzuweisungen für DVB-T beispielsweise auch für vier T-DAB/T-DMB-Multiplexe genutzt werden können. Das Maskenkonzept gilt nach den Final Acts nur für solche Dienste, die in der Frequenzzuweisungstabelle der Radio Regulations der ITU enthalten sind. Dies ist z.B. in vielen Ländern Europas für den festen Funkdienst und den Mobilfunkdienst im Bereich 790 MHz bis 862 MHz der Fall. Durch eine zusätzliche Vereinbarung, die von 52 Ländern, zu denen auch alle Mitgliedsländer der CEPT gehören, unterzeichnet wurde, können aber auch solche Dienste alternativ nach dem Maskenkonzept genutzt werden, wenn sie in dem betreffenden Land nicht in der Zuweisungstabelle der ITU enthalten sind. Damit ist bereits ein relativ hohes Maß an Flexibilisierung gegeben. Eine weitere Behandlung des Themas ist auf den kommenden WRCs im Jahr 2007 und 2010 zu erwarten.

6. Die Einführung des Frequenzhandels für Rundfunkfrequenzen würde den Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beeinträchtigen

Soweit sich die Kommission in ihren Vorschlägen für die Einführung von Frequenzhandel nach entsprechender Entscheidung im Komitologieverfahren auf der Grundlage ebenfalls dort festzulegender Bedingungen auch für den vom Rundfunk genutzten Spektralbereich ausspricht, bestehen bei ARD und ZDF hiergegen gravierende Bedenken. Dies gilt insbesondere für die Feststellung, dass das administrative Modell der Frequenzallokation nur noch auf wenige Ausnahmefälle beschränkt sein soll. Diese sollen zudem zeitlich und sachlich eng begrenzt sowie durch spezifische Ziele, die im „öffentlichen Interesse“ liegen, gedeckt sein. Die Bedenken von ARD und ZDF gegen ein solches „unlicensed bands“-Modell wurden bereits unter 2. dargelegt. Sie bestehen jedoch auch im Hinblick auf eine weitreichende Einführung eines marktorientierten Modells in Form einer Einführung des Frequenzhandels als Regelfall auch für den Rundfunk.

Es ist – und diese Zielsetzung wird auch von ARD sowie ZDF unterstützt – unbestritten, dass Flexibilität im Spektrummanagement benötigt wird, um die Entwicklung und Einführung neuer Dienste zu befördern. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass die bestehenden Regeln sowie die internationale Frequenzkoordinierung bereits heute ein großes Maß an Flexibilität ermöglichen. Den Mitgliedstaaten ist de lege lata die Option eröffnet, die Möglichkeit des Frequenzhandels gesetzlich zu verankern. Hiervon hat die überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht. Dies hat jedoch nicht zu einer wesentlichen Zunahme des Frequenzhandels geführt, so dass sich die Frage stellt, ob überhaupt die Notwendigkeit für einen solchen weitreichenden rein marktorientierten Ansatz besteht. So weist etwa der am 10.8.2006 erschienene Bericht „The Communications Market 2006“ des Office of Communications (OFCOM) nach, dass in den Jahren 2005/2006 in Großbritannien trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit des Frequenzhandels Transaktionen in einer Größenordnung von weniger als 2 Prozent der Lizenzen, für die ein Frequenzhandel möglich gewesen wäre, stattgefunden haben.

Aber auch unter volkswirtschaftlichen Aspekten ist zweifelhaft, ob ein solcher Ansatz vorteilhaft ist und wirklich dazu beiträgt, die Einführung neuer Dienste und Technologien zu erleichtern. Dass dies nicht zwangsläufig der Fall sein muss, zeigen etwa die Erfahrungen mit der Versteigerung der UMTS-Lizenzen in Deutschland, die zwar Erlöse von rund 50 Mrd. Euro erbracht, aber nicht dazu geführt hat, dem UMTS-Standard zu einer schnellen Markteinführung zu verhelfen. Bereits nach kurzer Zeit haben zwei der Erwerber ihre Lizenzen zurückgegeben mit der Konsequenz, dass die insoweit entstandenen Verluste steuerlich abgeschrieben werden konnten und von der Allgemeinheit zu tragen waren.

Auch für den Rundfunkbereich ist ein solches Modell nicht zielführend, dies zeigen etwa die Erfahrungen in Dänemark und Schweden. Dort sind private Rundfunkanstalten, die UKW-Frequenzen ersteigern mussten, schon nach wenigen Jahren in Konkurs geraten. Das jüngste Beispiel in Italien im Zusammenhang mit der Vergabe von lokalen Frequenzen für DVB-H oder DVB-T zeigt, dass vor allem kleine und lokale Rundfunkanbieter gegenüber großen, finanzkräftigen Konsortien keine Chance bei der Ersteigerung von Frequenzen haben.

Diese Feststellung gilt auch für den Fall, dass Opportunitätskosten für die Nutzung von Frequenzen für Public Service-Rundfunkdienste gleichsam als Verdrängungskosten erhoben würden und damit de facto ein „Spectrum Pricing“ erfolgte. Der Rundfunk nutzt die ihm zugewiesenen Frequenzen zur Erfüllung seines öffentlich-rechtlichen Auftrags gegenüber der Allgemeinheit. Durch die Einführung des „Spectrum Pricing“ für Frequenzen des Rundfunks würden aller Voraussicht nach die Übertragungsmöglichkeiten für den Rundfunk beschränkt. Deshalb sollte die Einführung eines solchen Systems der Entscheidung der Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben.

Des Weiteren darf auch nicht aus dem Blick geraten, dass die Rundfunkveranstalter in Europa nach wie vor Frequenzen benötigen, die für die Übertragung von Rundfunkdiensten und damit verbundener weiterer digitaler Programmangebote geeignet sind. Insbesondere ist in den kommenden Jahren aufgrund der Festlegungen auf der RRC06 mit einem höheren Spektrumsbedarf zu rechnen, da sowohl das analoge als auch das digitale Fernsehen den Frequenzbereich während der Umstellung nutzen müssen. Hinzu kommt noch, dass eine Reihe von Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Entscheidungsprerogative hinsichtlich der Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks diesen auch zur Nutzung neuer mobiler Rundfunkdienste auf der Grundlage des T-DMB- und DVB-H-Standards ermächtigt hat. Entsprechende Nutzungskonzepte wurden und werden auf mitgliedstaatlicher Ebene bereits auf der Grundlage der Erfahrung von Pilotprojekten und Versuchsausstrahlungen erarbeitet. Auch hierfür wird ein Teil der digitalen Dividende benötigt und kann damit für andere Dienste nicht mehr zur Verfügung stehen. Der erkennbare Trend, viele bisher nur zu Hause empfangene Dienste nun auch im Auto oder sonst portabel außer Haus zu empfangen, zeichnet sich auch für die digitalen terrestrischen Rundfunkdienste ab. Der Rundfunk darf von dieser Entwicklung nicht abgekoppelt werden, da er sonst einen Teil seiner Teilnehmer verliert. Sollte sich dieser Trend bestätigen, so sind für diese „Mobile Broadcast“ Dienste entsprechende Spektrumsanteile vorzuhalten, die aus der Dividende generiert werden können. Die Handelbarkeit von Rundfunkfrequenzen würde jedenfalls die Versorgung mit stationären und mobilen Rundfunkdiensten, die im öffentlichen Interesse liegen, gefährden.

ARD und ZDF bekräftigen ihre Forderung, dass Frequenzen, die für die Rundfunknutzung vorgesehen sind, vom Frequenzhandel ausgenommen bleiben müssen. Eine Ausnahme davon könnte nur dann in Betracht kommen, wenn abweichend von den Radio Regulations tatsächlich eine Nutzung für andere Dienste als Rundfunkdienste stattfindet. Ein solcher Ausschluss von Rundfunkfrequenzen vom Frequenzhandel entspricht auch der Position in Erwägungsgrund 3 der Entscheidung Nr. 676/2002/EC von Parlament und Rat als auch dem Vorschlag der Radio Spectrum Policy Group in der „Opinion on secondary trading rights to use radio spectrum“.² Dort wird ebenfalls gefordert, dass der Frequenzhandel für den Bereich der Rundfunkdienste ausgeschlossen sein soll.

¹ Decision No. 676/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 07 march 2002 on a regulatory framework for Radio Spectrum Policy in the European Community

² RSPG-54 REV. (final) of 19.11.2004

Schließlich weisen ARD und ZDF noch einmal darauf hin, dass die Einführung von Frequenzhandel in Frequenzbereichen, die für Rundfunkdienste genutzt werden, auch deswegen sorgfältiger Prüfung bedarf, weil durch die hohen Strahlungsleistungen der Rundfunksender weitreichende Interferenzprobleme auftreten könnten.

7. Ein Bedarf an einer Frequenzregulierung durch eine Behörde auf EU-Ebene ist nicht ersichtlich

ARD und ZDF sprechen sich nachhaltig gegen die Gründung einer eigenständigen europäischen Frequenzregulierungsbehörde aus. Auch bedarf es insoweit keiner Verlagerung von Kompetenzen der Mitgliedstaaten auf die europäische Ebene. Denn auch für paneuropäische Dienste kann durch entsprechende Vorgaben für die Mitgliedstaaten sichergestellt werden, dass diese überall im Wesentlichen gleich geartete Regulierungsbedingungen vorfinden. Mit den bestehenden Organisationen CEPT und ITU sind ausreichende Steuerungsmöglichkeiten gegeben.

8. Must Carry-Regelungen sind auch in der digitalen Welt von besonderer Bedeutung

ARD und ZDF stimmen nachdrücklich dem Befund im Commission Staff Working Document zu, dass auch die Zunahme an Verbreitungsmöglichkeiten und –kapazitäten durch die Digitalisierung die ‚ratio‘ von Must Carry-Regelungen nicht entfallen lässt. Diese dienen der Sicherung der Vorgaben aus der Inhalteregulierung und damit auch der Gewährleistung des Public Service-Auftrags des öffentlichen Rundfunks.

Die Bedeutung des Erhalts von Must Carry-Regelungen in der digitalen Welt hat unter Hinweis auf deren Bedeutung zur Erhaltung von Medienpluralismus auch das Europäische Parlament in seinem am 27.4.2006 verabschiedeten Bericht zum digitalen Switch Over noch einmal unterstrichen.

Must Carry-Regelungen sind aber auch angesichts der Tatsache notwendig, dass Netzbetreiber zunehmend zugleich als Inhaltenanbieter auftreten und Interesse an der Verbreitung eigener Inhalte und der Verfolgung eigener Geschäftsmodelle haben.

Insoweit erfüllen Must Carry-Verpflichtungen eine wichtige wettbewerbsrechtliche Funktion, in dem sie Vorsorge treffen, dass marktbeherrschende Unternehmen bzw. Monopolisten Dritten nicht den Zugang zu den von ihnen betriebenen wesentlichen Einrichtungen verwehren.

Nach europäischem Recht verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, wenn es über ein eigenes Netz verfügt, dessen Nutzung Dritten den Zugang zu einem dem Netz vor- oder nachgelagerten Markt eröffnet und den Zugang verweigert oder unzulässig erschwert. Im Bereich der Märkte, in denen Rundfunkübertragungsdienstleistungen angeboten werden, agieren typischerweise Monopolisten. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Übertragung von Rundfunk über Satellit oder für die Weitersendung von Rundfunk in Kabelnetzen. Die in diesen Bereichen üblichen monopolistischen Strukturen stellen die stärkste Form der Marktbeherrschung dar. Aus diesem Grunde befürworten ARD und ZDF den Erhalt sektorspezifischer Vorgaben auch für den Bereich der Rundfunkübertragungsdienste zur Sicherstellung des Netzzugangs. Dies schließt auch Must Carry-Regelungen ein, die eine geeignete und verhältnismäßige Vorkehrung gegen den Missbrauch der monopolistischen Struktur darstellen. Sie verhindern wirkungsvoll auch Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund marktbeherrschender Stellung im Bereich des Netzbetriebes. Nach Auffassung von ARD und ZDF sind sie daher im Hinblick auf Art. 82 und Art. 3 Abs. 1 lit. c) und g) EGV nicht nur hinsichtlich der Vorgaben der Inhalteregulierung, sondern nach wie vor auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht erforderlich.

Auf dieser Grundlage sprechen sich ARD und ZDF für die Beibehaltung der bestehenden Regelung in Art. 31 der Universaldienst-Richtlinie aus. Diese ist als Option für die Mitgliedstaaten ausgestaltet, entsprechende Must Carry-Verpflichtungen festzulegen. Geknüpft ist dies aber schon jetzt an die Kriterien,

dass diese u. a. angemessen sein müssen und in regelmäßigen Abständen einer Überprüfung bedürfen. Daher ist auf der Basis der Analyse der Kommission eher von einem Umsetzungsdefizit auszugehen. Mithin bedarf es nicht einer derart weitgehenden Vorgabe des Erlöschens aller mitgliedstaatlichen Must Carry-Regelungen und deren Neubegründung nach einer entsprechenden Überprüfung. Aus Sicht von ARD und ZDF erscheint vielmehr die Implementierung materiell-rechtlicher Kriterien in der Richtlinie zur Sicherung einer gemeinschaftsweiten Harmonisierung als ausreichend. Eine nicht hinreichende Umsetzung oder Anpassung könnte dann immer noch von der Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens überprüft werden.

Daher sehen wir allenfalls die Notwendigkeit einer Anpassung unter folgenden Gesichtspunkten:

- Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, dass auch in Zukunft Public Service-Rundfunkdienste unverändert und mit der gesicherten Option der unverschlüsselten Verbreitung angeboten werden.
- Must Carry-Verpflichtungen sollten bei der digitalen Verbreitung auch sicherstellen, dass das gesamte Programmsignal unter Einschluss von „value added-services“ zu verbreiten ist.
- Überdies sollte – gegebenenfalls durch eine definitorische Erweiterung oder Konkretisierung der Legaldefinition von „öffentlichem Kommunikationsnetz“ – klargestellt werden, dass Must Carry-Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten auch für neue Verbreitungsplattformen festgelegt werden können, sofern diese Plattformen – wie mittlerweile IP-TV über DSL – zwar nicht als Hauptmittel, zumindest aber in einem relevanten Umfang zur Verbreitung von Rundfunkdiensten genutzt werden.

Die Festlegung dieser Relevanzschwelle und entsprechender materiell-rechtlicher Kriterien sollte aufgrund der unterschiedlichen Marktentwicklungen in den Mitgliedstaaten diesen überlassen bleiben.

9. Ex ante-Regulierung des Marktes für Rundfunkübertragungsdienste ist weiterhin erforderlich

Nach Auffassung von ARD und ZDF sollte grundsätzlich an der Durchführung von Marktanalyseverfahren sowie der damit verbundenen Möglichkeit der ex ante-Regulierung festgehalten werden. Dies gilt in Sonderheit für den Markt Nr. 18 der Empfehlung 2003/311/EG und mit Blick auf die bei den Ausführungen zum Erhalt von Must Carry-Regelungen beschriebenen Monopolstrukturen auf den verschiedenen Verbreitungswegen für Rundfunkdienste. Nach wie vor ist es hier geboten, für die einzelnen Übertragungswege jeweils sachliche und örtliche Märkte zu definieren; eine strukturelle Separierung ist insoweit weder zielführend noch hinreichend effektiv. Darüber hinaus sollte ein Markt für technische Dienstleistungen in die Liste der ex ante-Regulierung zugänglichen Märkte aufgenommen werden.

10. Die einzelnen Märkte für Rundfunkübertragungsdienste sind nicht substituierbar

Für den Erhalt einer ex ante-Regulierung sowie die Festlegung sektorspezifischer Vorgaben spricht zudem, dass aus Sicht der Rundfunkveranstalter, deren Signale transportiert werden, die verschiedenen Übertragungswege nicht untereinander substituierbar sind. Von einer solchen Notwendigkeit geht auch die bisherige Regulierungspraxis der nationalen Regulierungsbehörden in Deutschland aus. Sämtliche nationalen Regulierungsbehörden haben, worauf die Kommission ausdrücklich hinweist, im Rahmen der Marktanalyse den vorgelagerten Markt für Rundfunkübertragungsdienste getrennt für einzelne Übertragungsdienste definiert (siehe Arbeitspapier der Kommission vom 28. Juni 2006, S. 13). Dieser Ansatz entspricht auch durchgängig der kartellrechtlichen Spruchpraxis in den verschiedenen Ländern. Die verschiedenen Übertragungswege sind komplementär und bilden eigenständige sachliche und örtliche Märkte.

11. Verwandte Märkte, z.B. für technische Dienstleistungen, sollten ebenfalls der Möglichkeit der Ex ante-Regulierung unterliegen

Darüber hinaus erscheint es vor dem Hintergrund aktueller Marktentwicklungen erforderlich, nicht nur von einem Markt für Rundfunkübertragungsdienste auszugehen, sondern weitere Differenzierungen hinsichtlich einzelner technischer Dienstleistungen vorzunehmen. Dies gilt vor allem für den Satellitenbereich, in dem die Abgrenzung der länderübergreifenden Märkte allein der Europäischen Kommission vorbehalten ist (vgl. Art. 15 Abs. 4 Rahmenrichtlinie). Insoweit können mangels Zuständigkeit die mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden nicht tätig werden. ARD und ZDF regen daher an, auf europäischer Ebene eine wirksame Regulierung der Märkte für die Rundfunkübertragung über Satellit zu prüfen.

Zudem zeigt sich in vielen Fällen, in denen Netzbetreiber gleichzeitig auch technische Dienstleistungen anbieten, respektive technische Plattformen betreiben bzw. Netzbetreiber mit solchen Unternehmen fusionieren oder in sonstiger Weise zusammenarbeiten, dass versucht wird, proprietäre Zugangssysteme zu etablieren, um eigene Marktmodelle durchzusetzen. Dies ist grundsätzlich sicherlich legitim und für den Wettbewerb förderlich. Allerdings sollten die nationalen Regulierungsbehörden in der Lage sein, regulierend einzugreifen, um Fehlentwicklungen rechtzeitig gegenzusteuern. Diese können sich insbesondere dadurch ergeben, dass der Konsument mit einer fehlenden Kompatibilität von Produkten und Dienstleistungen konfrontiert wird, die seine Investitionsbereitschaft hemmen und damit den raschen analog-digitalen Umstieg ernsthaft behindern. Es bedarf daher der Aufnahme eines Marktes für technische Dienstleistungen in die Liste der regulierungsbedürftigen Märkte, die es nationalen Regulierungsbehörden erlaubt, ggf. eigenständige Submärkte je nach Übertragungsplattform und Dienstleistung zu definieren.

ARD und ZDF würden es begrüßen, wenn die vorstehenden Darlegungen über die Zukunft des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation und zum Entwurf einer neuen Empfehlung über relevante Märkte Berücksichtigung finden.