

Diskriminierungsfreier Zugang zu digitalen Zugangskontrolldiensten

1. Einleitung

Zugang – zu Übertragungswegen, Inhalten, neuen Märkten, Informationen – ist die notwendige Voraussetzung für die Teilnahme am Rundfunkwettbewerb. Zugangsfragen sind damit von entscheidender ökonomischer und juristischer Bedeutung für den europäischen Rundfunkmarkt. Der folgende Beitrag widmet sich einem speziellen Aspekt – dem Zugang von Veranstaltern digitaler Rundfunkprogramme zu elektronischen Zugangsberechtigungssystemen. Der Zugang zu digitalen Kontrollsystemen ist eines der entscheidenden Schlüsselemente in der Kette der Erbringung von digitalen Rundfunkdiensten (Inhalt – Vermarktung von Inhalten/Bundeling – Übertragungsinfrastruktur – Empfangsgeräte – Zugangskontrolle). Denn dessen Ausgestaltungsbedingungen entscheiden letztlich über den Zugang zum Kunden und damit zum Markt.

Elektronische Zugangsberechtigungssysteme wurden von der Europäischen Kommission definiert als „technische Maßnahmen oder Vorrichtungen, die den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form von einer vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig machen.“¹ Im Bereich des digitalen Fernsehens sind darunter in erste Linie die Ver- und Entschlüsselung von Programmsignalen mit der Hilfe von sog. Set-Top-Boxen zu verstehen. Weitere Elemente von elektronischen Zugangskontrollsystemen sind das sog. *Subscriber Management System* (SMS)² und das *Subscriber Authorisation System* (SAS).³ Mit dem Einsatz elektronischer Zugangskontrolle soll u.a. gewährleistet werden, dass eine Ausstrahlung nur für diejenigen Zuschauer freigeschaltet wird, die zuvor das entsprechende Entgelt bezahlt haben (Pay-TV).

Das bedeutet gleichzeitig, dass derjenige, der ein Zugangsberechtigungssystem kontrolliert, letztlich darüber entscheidet, welche Rundfunkveranstalter im Bereich des Pay-TV Zugang zum Zuschauer haben. Wie Erfahrungen im Pay-TV-Bereich gezeigt haben, kann der Betreiber eines Zugangssystems damit erheblichen Einfluss auf Marktstruktur und Wettbewerb ausüben. Gelingt es einem Anbieter, einen beherrschenden Standard zu etablieren, ist er faktisch in der Lage, den Pay-TV-Markt zu dominieren und den Marktzutritt von Rundfunkveranstaltern, konkurrierenden Anbietern von Zugangsberechtigungssystemen sowie Herstellern von Endgeräten zu behindern und schlimmstenfalls unmöglich zu machen. Elektronische Zugangsberechtigungssysteme stellen damit gleichzeitig eine der bedeutendsten sog. *bottleneck facilities*⁴ im digitalen Bezahl-Fernsehen dar. Die Gestaltungspotentiale liegen auf der Hand.

Der folgende Beitrag will einen Überblick geben über das zur Verfügung stehende europäische rechtliche Instrumentarium, mit dem einem Missbrauch des *bottlenecks* der elektronischen Zugangskontrolle begegnet und so der Zugang zu Systemen für alle Marktteilnehmer offengehalten werden kann. Dabei konzentriert sich der Beitrag gezielt auf die Frage des Zugangs zu elektronischen Zugangssystemen und die existierenden Initiativen und Entscheidungen in diesem Zusammenhang.

¹ Richtlinie 98/84/EG vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. vom 28. November 1998 Nr. L 320, S. 54-57, Artikel 2b.

² Das SMS verwaltet die Abonentendaten, die für den Autorisierungsprozess und die Personalisierung von Smartcards notwendig sind.

³ Das SAS steuert den Verschlüsselungsprozess und verwaltet den Entschlüsselungscode.

⁴ Anmerkung: „Flaschenhals“ oder Einrichtungsengpässe.

Es werden zum einen die existierenden spezifischen Europäischen Harmonisierungsmaßnahmen nach der Richtlinie 95/47/EG,⁵ und die Empfehlung Nr R(99)1 des Europarates dargestellt. Zum anderen wird in diesem Zusammenhang die Praxis der Entscheidungen der Europäischen Kommission in ihrer Funktion als Wettbewerbsbehörde zum Pay-TV Markt diskutiert.⁶

2. Richtlinie 95/47/EG

2.1 Allgemein

Auch die Europäische Kommission hat die möglichen Auswirkungen des Einsatzes von Zugangsberechtigungssystemen auf den europäischen Markt gesehen. Dies führte zu dem Erlass einer spezialgesetzlichen Regelung, die den Wettbewerb im digitalen Rundfunkmarkt schützen soll – die Richtlinie 95/47/EG über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen. Dabei versteht die Kommission in diesem Zusammenhang unter digitalem Rundfunkmarkt in erster Linie den Markt für digitale Fernsehdienste.

Die Richtlinie 95/47/EG befasst sich mit verschiedenen Aspekten des Zugangs zu digitalem Fernsehen und Zugangsberechtigungssystemen im weitesten Sinne, wie der Interoperabilität von Zugangskontrollsystemen mit Verbraucherhardware (z.B. Empfangsgeräte), der Übertragbarkeit verschlüsselter Signale via Kabel und schließlich dem Zugang von Rundfunkveranstaltern zu Zugangsberechtigungssystemen. Zusammen sollen die Regelungen dazu beitragen, den beteiligten Marktteilnehmern den Zugang zum digitalen Fernsehmarkt offenzuhalten.

2.2 Anspruch auf Zugang von Rundfunkveranstaltern zu Zugangsberechtigungssystemen

Artikel 4c der Richtlinie 95/47/EG ist das Herzstück der Regelungen für den von Veranstaltern zu gewährleistenden Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen. Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet sicherzustellen, dass Anbieter von Diensten mit Zugangsberechtigung, die Zugangsdienste zu digitalen Fernsehdiensten herstellen und vermarkten, unabhängig vom Übertragungsweg, allen Rundfunkveranstaltern zu chancengleichen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen technische Dienste anbieten, die es gestatten, dass deren digitale Fernsehdienste von zugangsberechtigten Zuschauern mit Hilfe von Decodern, die von den Anbietern von Diensten verwaltet werden, empfangen werden.⁷ Das können zum einen unabhängige Anbieter von Zugangskontrolldiensten und zum anderen Anbieter von Pay-TV-Diensten sein, die ihr eigenes System betreiben und vermarkten. Dagegen regelt die Richtlinie weder einen

⁵ Richtlinie 95/47/EG vom 24. Oktober 1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen, ABl. vom 23. November 1995 Nr. L 281, S.51-54.

⁶ Die Darstellung von weiteren regionalen Initiativen zur elektronischen Zugangskontrolle, wie die Richtlinie 98/84/EG (Siehe Fussnote 1.) oder die entsprechende Konvention des Europarates (*European Convention on the Legal Protection of Services based on, or constituting of, Conditional Access*, Straßburg, 24. Januar 2001.), Artikel 3a der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ (Richtlinie 89/552/EWG vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. vom 17. Oktober 1989 Nr. L 298, S. 23 ff., in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG vom 30. Juni 1997, ABl. vom 30. Juli 1997 Nr. L 202, S. 60 ff.) etc. ginge über den Rahmen dieses Artikels hinaus. Das Gleiche gilt für eine Darstellung der übrigen Regelungen der Richtlinie 95/47/EG sowie deren Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, die (zumindest mittelbar relevanten) europäischen Initiativen zur Medienkonzentration, Konsumentenschutz sowie die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zu gleichgelagerten Zugangsfragen in anderen Bereichen oder eventuell vergleichbare Überlegungen im Telekommunikationsbereich (Siehe z.B. Richtlinie 90/387/EWG vom 28. Juni 1990 über die Einrichtung eines gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste durch die Umsetzung der ONP-Regelungen, ABl. 1990, Nr. L 192, S. 1, geändert durch Richtlinie 97/51/EG vom 6. Oktober 1997, ABl. 1997 Nr. L 295, S. 23).

⁷ Dies gilt allerdings nur soweit, wie diese digitalen Fernsehdienste mit den geltenden europäischen Rechtsvorschriften übereinstimmen.

etwaigen Anspruch konkurrierender Produzenten darauf, dass ein System mit dem ihren interoperabel ist, noch dass den Betreiber eines Zugangskontrollsystems eine Verpflichtung trifft, die Interoperabilität mit anderen Systemen zu gewährleisten (siehe dazu unten).⁸

Mit anderen Worten, nach der Richtlinie besteht ein Anspruch darauf, dass Dienste angeboten werden, die es anderen Pay-TV-Anbietern ermöglichen, auf fremden Decodern ihr Programm anzubieten. Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob deren Betreiber eine dominante Stellung auf dem Markt hat oder nicht. Die Anbieter von Decodern, die ihr eigenes System entwickelt haben, dürfen einzelne Fernsehveranstalter nicht willkürlich vom Zugang zu ihrem System – und damit vom Zugang zum Kunden – ausschließen, benachteiligen (etwa gegenüber eigenen Programmen) oder ihnen überforderte Preisforderungen stellen.

Dagegen bleibt es Sache der Mitgliedstaaten, den Zugangsanspruch so auszugestalten, dass berechnigte wirtschaftliche Interessen der Betreiber, die Zugang gewähren müssen, gewahrt bleiben.

Die Richtlinie verzichtet dagegen darauf, einen bestimmten Standard für Zugangskontrollsysteme vorzugeben oder verbindliche Regelungen zur Interoperabilität von Systemen zu treffen.⁹ Die Ausarbeitung von Standards und Lösungen, die Interoperabilität von Systemen zu gewährleisten, überlässt die Richtlinie der Selbstregulierung durch die Beteiligten und den Kräften des Marktes, wie der Nachfrage durch die Konsumenten. Die Ausarbeitung von Standards geschieht daher in erster Linie durch die international anerkannten Normierungsorganisationen wie ETSI, CEN/CENELEC, ITU, ISO oder IEC. Die DVB Group hat Vorschläge zur Interoperabilität von Systemen erarbeitet (sog. Simulcrypt¹⁰ und Multicryptlösung¹¹).

Auf der anderen Seite ist der Zugangsanspruch, wie ihn die Richtlinie formuliert, von vornherein deutlich eingeschränkt. Die Vorschrift gilt ausschließlich für digitale Fernsehdienste. Dagegen wird Konsumenten bereits heute auf digitalen Plattformen gleichzeitig mit den (verschlüsselten) Fernsehdiensten der Zugang zu Online- und anderen interaktiven Diensten verkauft, die von der Richtlinie nicht erfasst werden.

Dass die Richtlinie weder Radio- noch analoge Fernsehdienste berücksichtigt, mag mit der besonderen ökonomischen Bedeutung von digitalem Fernsehen zu erklären sein. Die Richtlinie lässt hingegen noch andere Punkte unberücksichtigt, die sich als ernst zu nehmende *bottlenecks* des digitalen Fernsehens erweisen können, wie den Zugang zu sog. *Electronic Programme Guides*¹² und dem *Application Programme Interface*.¹³ Auch diese

⁸ Zu der Bedeutung des Zugangs und der Interoperabilität als Ziele der Gemeinschaft siehe auch Mitteilung der Kommission „Die Entwicklung des Marktes für digitales Fernsehen in der Europäischen Union“ – Bericht im Zusammenhang mit der Richtlinie 95/47/EG, KOM (1999) 540 vom 9. November 1999, S. 34. Deutlicher postuliert das Europäische Parlament in seiner Entschliessung zu der vorgenannten Mitteilung, dass der freie Zugang zum Digitalfernsehen als Grundsatz anerkannt werden sollte (siehe IRIS 2000-7: 4).

⁹ Unter Interoperabilität ist in diesem Zusammenhang die Vereinbarkeit konkurrierender Zugangskontrollsysteme zu verstehen. Interoperabilitätkonflikte können in dem Moment entstehen, da es zwei konkurrierende Anbieter von Pay-TV Programmen gibt, die sich unterschiedlicher Zugangskontrollsysteme bedienen. Sind die Systeme nicht interoperabel, wären Abonnenten beider Angebote im Zweifelsfalle gezwungen, sich zwei unterschiedliche Settop Boxen anzuschaffen.

¹⁰ Siehe *Technical Specification of DVB Simulcrypt, Part 1, Digital Video Broadcasting (DVB)*, 1. April 1997, siehe auch <http://www.dvb.org/standards/index.html> (aufgerufen am 5. Februar 2001).

¹¹ Siehe *Common Interface Specification for Conditional Access and other Digital Video Broadcasting Applications*, PREN 50221, Juni 1996; *Guidelines for Implementation and use of Common Interface for DVB Decoder Applications*, TM 1782. RV.1, draft E, 4/12/96, DVB; siehe auch <http://www.dvb.org/standards/index.html> (aufgerufen am 5. Februar 2001).

¹² *Der Electronic Programme Guide (EPG)* ist eine Navigationssoftware für digitales Fernsehen und entspricht in seiner Funktion etwa einem Webbrowser. Der Zuschauer wird elektronisch durch das - ständig wachsende - Programmangebot geleitet und in seiner Auswahl unterstützt.

beiden Komponenten eines Decodersystems versetzen den jeweiligen Betreiber in die Lage zu kontrollieren, wie und ob digitales Fernsehen den Zuschauer erreicht.¹⁴ Dagegen haben einige Mitgliedstaaten, wie Italien, Deutschland und Irland, bei der Umsetzung der Richtlinie 95/47/EG zum Teil bereits weitreichende zusätzliche Regelungen zu EPGs und APIs, mit speziellem Augenmerk auf den Konsumentenschutz, erlassen.

Ein weiteres Merkmal der Richtlinie ist die strikte Trennung zwischen Infrastruktur und Inhalt. Die Richtlinie konzentriert sich ausschließlich auf technische Zugangsfragen und befasst sich dementsprechend nicht mit Fragen des inhaltlichen Zugangs. Solche werden in der Praxis etwa im Rahmen des Bündelns digitaler Rundfunkkanäle relevant. Vertikal integrierte Anbieter digitaler Programmbouquets, die ihre Programme über ein eigenes proprietäres Zugangssystem verkaufen, sind nach der Richtlinie nicht verpflichtet, konkurrierenden Inhalteanbietern (ob verschlüsselt oder free-to-air) auch Zugang zu ihrem digitalen Programmbouquet zu verschaffen. Das kann in Fällen zu Problemen führen, in denen Zuschauer ein bestimmtes Programm in der Absicht abonnieren, damit den täglichen Fernsehbedarf insgesamt abzudecken. Beobachtet man den Trend zu vertikaler Integration von Inhalte- und Infrastrukturanbietern auch auf dem Fernsehmarkt, dann wird fraglich, ob die von der Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen Inhalt und Übertragungstechnik den herrschenden Wettbewerbsverhältnissen noch gerecht werden kann.

Zu allen Punkten, zu denen die Richtlinie keine Stellung nimmt, wird man ergänzend auf das allgemeine Wettbewerbsrecht, insbesondere das europäische Kartellrecht und das Missbrauchsverbot marktbeherrschender Stellungen zurückgreifen müssen. Diese Auffassung wird bestätigt durch Artikel 4c der Richtlinie, der die Mitgliedstaaten ausdrücklich verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, damit die Betreiber von Zugangsdiensten das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft beachten, dies insbesondere in Fällen einer marktbeherrschenden Wettbewerbsposition (siehe hierzu ausführlich Teil 5 dieses Beitrages).

2.3 Umsetzung der Richtlinie 95/47/EG durch die Mitgliedstaaten

Wie eingangs bereits erwähnt worden ist, würde eine Darstellung der Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten über den Rahmen dieser Darstellung hinausgehen. Auch kann davon ausgegangen werden, dass sich die nationalen Regelungen im Grundsatz zumindest ähneln und die wesentlichen Aussagen der Richtlinie widerspiegeln werden. Bemerkt werden soll in diesem Zusammenhang daher nur Folgendes: Die Fassung der Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung noch erheblichen Ermessens- und Regelungsspielraum. Insoweit verwundert es nicht, dass sich die Umsetzungsmaßnahmen, soweit solche bereits durchgeführt worden sind, zwar in den Grundzügen ähneln, dennoch in Einzelfragen beträchtliche Unterschiede aufweisen können. Dies klang bereits bei dem Hinweis auf die nationalen Regelungen zu EPGs und APIs an. So zeigen sich zwischen den Mitgliedstaaten durchaus Unterschiede in der Intensität und Vorgehensweise, mit der an eine Umsetzung der Regelungen und deren tatsächliche Durchsetzung herangegangen worden ist. In diesem Zusammenhang ist z.B. das Vereinigte Königreich zu nennen und die ausführlichen und tiefgehenden Überlegungen und Initiativen von OFTEL und DTI zur Regulierung des Einsatzes elektronischer Zugangskontrolle. In anderen Mitgliedstaaten, z.B. Spanien, ist anfangs versucht worden, auch die Interoperabilität von Systemen verbindlich festzuschreiben, ein Vorschlag, der auf den Widerstand der Europäischen Kommission gestoßen und letztlich aufgegeben worden ist.

¹³ Das *Applications Programme Interfaces* (API) kontrolliert die Funktionen der Set-Top Box und koordiniert die Softwareapplikationen, die von digitalen Programmen benötigt werden, um ausgeführt zu werden. Damit sorgt das API für die Anwendbarkeit und Vereinbarkeit verschiedener Softwareprogramme, die von unterschiedlichen Dienstangeboten benötigt werden, innerhalb derselben Set-Top Box.

¹⁴ Hingegen weitergehend die Umsetzung im deutschen Rundfunkstaatsvertrag, der in § 53 Abs. 2 auch diese unter das Diskriminierungsverbot fasst.

3. Zukünftige Initiativen

3.1 Allgemein

Die Richtlinie 95/47/EG soll aufgehoben werden. Die Europäische Kommission bereitet zur Zeit ein Paket von fünf Richtlinien vor, mit denen ein neuer Rechtsrahmen zur Regulierung der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste geschaffen werden soll. Nach Aussage der Kommission war der bisherige Rechtsrahmen in erster Linie darauf ausgerichtet, den Übergang von staatlichen Monopolen zum Wettbewerbsmodell zu realisieren. In der Zwischenzeit habe sich aber die Situation geändert, da auf diesen Märkten Wettbewerb bestehe. Das vorherrschende Regelungsziel müsse nun die Konvergenz von Rundfunk, Telekommunikation und Informationstechnologie (IT) und die schrittweise Deregulierung sektorspezifischer Vorschriften zu Gunsten des allgemeinen Wettbewerbsrechts sein.¹⁵ Dementsprechend soll der Kommunikationssektor, und dazu wird auch die Zugangsfrage gerechnet, neu und nun in einem einheitlichen Rahmen geregelt werden.

3.2 Vorschlag für eine Zugangsrichtlinie

Was wird sich ändern? Für die Frage des Zugangs zu digitalen Zugangsberechtigungssystemen mag die einschneidendste Veränderung zunächst sein, dass Zugangsfragen in Zukunft allgemein im Rahmen von Fragen des Zugangs zu elektronischen Kommunikationsnetzen und den zugehörigen Einrichtungen behandelt werden sollen.¹⁶ Die vorgeschlagene Richtlinie regelt den Zugang¹⁷ zu Kontrollsystemen nun im Zusammenhang mit dem Zugang zu Übertragungswegen und den dazugehörigen Einrichtungen auch für Telekommunikation.

Dabei sollen die entsprechenden Regelungen der Richtlinie 95/47/EG übernommen werden. Die nahezu wortgetreue Übernahme bedeutet einerseits, dass die Kommission die Zeit noch nicht für reif hält, bestimmte Zugangsfragen im Bereich des digitalen Fernsehens einer Regelung durch den Markt zu überlassen. Es bedeutet andererseits auch, dass der Vorschlag inhaltlich wenige Veränderungen gegenüber der Richtlinie 95/47/EG enthält.

Die Vorschriften betreffend Zugangsberechtigungssysteme sollen stets noch auf digitales Fernsehen beschränkt bleiben. Das wohl augenfälligste Zugeständnis an technische Weiterentwicklungen auf diesem Gebiet ist eine Öffnungsklausel, die vorsieht, dass nach einem genau bestimmten Verfahren zusätzliche spezifische Zugangsregelungen für EPGs und APIs getroffen werden können, sollte der Bedarf hierfür festgestellt werden.

Zusätzlich zu den bekannten speziellen Regelungen sieht der Richtlinienvorschlag dem Anschein nach vor, dass in Zukunft die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer allgemeinen Aufsicht über die elektronischen Infrastrukturmärkte auch den Zugang zu und die Interoperabilität von Zugangsberechtigungssystemen überwachen sollen. Dazu stellt die Richtlinie eine Reihe von Interventionsmöglichkeiten zur Verfügung, mit denen die Regulierungsbehörden in konkreten Fällen wettbewerbshindernden Verhaltens eingreifen

¹⁵ Siehe Artikel 1, 7 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (im Folgenden „Rahmenrichtlinie“), KOM(2000)393 – C5-0428/2000 – 2000/0184. Die Kommission thematisiert ebenfalls das Problem möglicher weiterer Engpässe neben dem Decoder, siehe Mitteilung der Kommission KOM (1999) 540, a.a.O., S. 34.“

¹⁶ Vorschlag für eine Richtlinie über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (im Folgenden „Zugangsrichtlinie“), KOM(2000)348 – C5 – 0433/2000 – 2000/0186.

¹⁷ Artikel 2a Zugangsrichtlinie definiert dabei auch erstmals den Begriff Zugang als „die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen, zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste. Darunter fallen unter anderem: [...] Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen für Digitalfernsehdienste.“

können. Unter anderem kann sie die verbindliche Verpflichtung, Zugang zu gewähren, auferlegen. Die Richtlinie stellt außerdem auch eine Reihe von Kriterien auf, die von den nationalen Aufsichtsbehörden berücksichtigt werden müssen und die die wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von Zugangsberechtigungssystemen wahren sollen.¹⁸

Der vorgeschlagene neue Regelungsrahmen setzt die Grundgedanken der Richtlinie 95/47/EG fort: Im Interesse der Konsumenten soll der Zugang zu Zugangskontrollsystemen offengehalten und die Interoperabilität der Systeme gefördert werden. Darüber hinaus verfolgen die vorgeschlagenen Richtlinien im Allgemeinen das Ziel der vollständigen (Selbst-)Regulierung durch einen in der Zukunft funktionierenden Markt und des Abbaus sektorspezifischer Regelungen während der Übergangsphase. Demgemäß wird auch für den Zugang das Prinzip der Vertragsfreiheit und der Selbstregulierung favorisiert: Zugang und Zugangsbedingungen sollen möglichst zwischen den Parteien und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgehandelt werden. Dem allgemeinen Wettbewerbsrecht soll es dann überlassen bleiben, dafür zu sorgen, dass das Ergebnis einem fairen Wettbewerb entspricht und keine der Parteien ihre Marktmacht zu Lasten der anderen missbraucht. Dazu wird eigens das Konzept der beträchtlichen Marktmacht für die elektronischen Kommunikationsmärkte neu definiert.¹⁹

Für den Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen bedeuten diese strukturellen Änderungen, dass im Idealfall auch hier die bereichsspezifischen Vorschriften in Zukunft einer einzelfallorientierten Handhabung nach den Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts weichen sollen. Damit kann davon ausgegangen werden, dass das Wettbewerbsrecht im Bereich von Zugangsfragen eine immer größere Rolle spielen wird.

4. Empfehlung Nr. R(99)1 des Europarates

Ein diskriminierungsfreier, fairer und transparenter Zugang zu Einrichtungen und Diensten, elektronische Zugangskontrolle eingeschlossen, ist auch Gegenstand einer Initiative des Europarates, namentlich der Empfehlung Nr. R(99)1 zu Maßnahmen zur Förderung des Pluralismus in den Medien.²⁰

Darin fordert auch der Europarat seine Mitgliedstaaten auf, entsprechende spezifische Regelungen zu erlassen. Der Europarat betont die Bedeutung fairen Zugangs und eines vielfältigen politischen und kulturellen Angebotes für die Pluralität in den Medien und hier insbesondere beim Rundfunk wegen dessen herausragender Bedeutung für politische und kulturelle Pluralität und Meinungsbildung. Elektronische Zugangskontrollsysteme werden in diesem Zusammenhang als „bottlenecks“ im digitalen Fernsehen besonders hervorgehoben. Der Europarat betont auch die Bedeutung des individuellen Zugangs zu Informationen und stellt damit den Aspekt in den Vordergrund, das Informationsinteresse des Einzelnen zu schützen.

¹⁸ Vgl. Artikel 12 Abs. 2: Bei der Auferlegung von Verpflichtungen ... tragen die nationalen Regierungsbehörden insbesondere folgenden Faktoren Rechnung:

- a) technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung und Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung;
- b) Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität;
- c) Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken;
- d) Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs;
- e) gegebenenfalls gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum.

¹⁹ Vgl. Artikel 13 der Rahmenrichtlinie.

²⁰ *Recommendation No. R(99)1 of the Committee of Ministers to Member States on measures to promote pluralism*, Straßburg, 19. Januar 1999.

Anders als die Richtlinie 95/47/EG empfiehlt der Europarat den Mitgliedstaaten ausdrücklich, die Einführung gemeinsamer technischer Standards sowie Maßnahmen zur Gewährleistung der Interoperabilität von Zugangskontrollsystemen zu erwägen.

Die Empfehlung setzt sich darüber hinaus, *inter alia*, mit der Entstehung von pluralitätsschädlichen Konzentrationen im Rundfunkbereich generell auseinander und empfiehlt entsprechende Maßnahmen, z.B. die Bildung spezieller Medienaufsichtsorgane mit Befugnissen, gegen solches Marktverhalten nötigenfalls vorzugehen. Außerdem wird die Ergreifung spezifischer Initiativen gegen vertikale Konzentrationen, die den medienpolitischen Zielen zuwiderlaufen können, vorgeschlagen.

5. Wettbewerbsrechtliche Ansätze

Neben den vorstehend ausgeführten Ansätzen der Richtlinie 95/47/EG besteht²¹ ein weiterer, an Bedeutung zunehmender Anknüpfungspunkt für eine gemeinschaftliche Tätigkeit zur Sicherung eines chancengleichen Zugangs zu digitalen Zugangskontrolldiensten (*Conditional Access – CA*) in der Anwendung der Instrumente des Wettbewerbsrechts.

Das EG Wettbewerbsrecht ist zwar in erster Linie auf die Verwirklichung der Binnenmarktziele und nicht auf eine Durchsetzung medienpolitischer Vorgaben gerichtet. Es kann jedoch von einer Wechselbeziehung zwischen einem funktionierenden Wettbewerb und der Erreichung medienpolitischer Ziele wie der Sicherung des Pluralismus ausgegangen werden, die sich insbesondere als mittelbare Folge bei der Verhinderung von Kartellen und des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen sowie der Beurteilung von Fusionen ergibt.²²

Das Wettbewerbsrecht wurde dementsprechend sowohl von der Kommission als auch von der Rechtsprechung zur Beantwortung medienrechtlicher Problemfälle herangezogen.²³

Für die Frage des Zugangs kann es deshalb von entscheidender Bedeutung sein, weil es für Unternehmen wirtschaftlich erstrebenswert ist oder sein kann, den gesamten Herstellungsweg von digitalen Diensten wie Fernsehen vom Angebot und Herstellung von Inhalten, über die Kontrolle des Zugangs zu den Übertragungs- und Verschlüsselungsmöglichkeiten bis hin zu den Übertragungswegen und der Entschlüsselung bei den Kunden unter ihre Kontrolle zu bringen (vertikale Konzentration). Dies würde sie in die Lage versetzen, andere Anbieter von Inhalten (Fernsehprogramme), die ihre Programme ebenfalls über die digitalen Übertragungswege anbieten wollen, und andere Anbieter der im Rahmen der digitalen Übertragung erforderlichen Dienstleistungen zu diskriminieren oder gar von den Übertragungswegen und Dienstleistungsmärkten auszuschließen. Die Regelungen des Wettbewerbsrechts richten sich prinzipiell gegen derartige wettbewerbsschädigenden oder –gefährdenden Strukturen oder Entwicklungen.

5.1 Rechtsnormen

Bei den entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Grundlagen handelt es sich primärrechtlich um die Art. 81 ff. EGV (Kartellverbot, Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, öffentliche und monopolartige Unternehmen) und sekundärrechtlich um die Kartellverordnung Nr. 17/62²⁴ sowie die Verordnung 4064/89/EWG²⁵ („Fusionskontrollverordnung“).

Bezogen auf das vorliegende Problem bedeutet dies, dass auf der Grundlage von Artikel 82 EGV ein Missbrauchsverbot beispielsweise bei der Verweigerung des Zugangs gegenüber bestimmten Inhalteanbietern durch den Inhaber der Zugangsinfrastruktur und –technologie ausgesprochen werden könnte.

Dagegen soll die Fusionskontrolle die Entstehung marktbeherrschender Stellungen im Vorfeld des Zusammenschlusses von Unternehmen verhindern.

²¹ S. [siehe](#) auch den entsprechenden Verweis in Art. 4 c der Richtlinie 95/47/EG.

²² Zu diesem Punkt und [auch](#) den weiteren Ausführungen s. [siehe](#) auch *Ukrow*, Jörg „Chancengleicher Zugang zu den Übertragungswegen“, in: –Schriftenreihe des Institutes für Europäisches Medienrecht (EMR) (Hrsg.), Fernsehen und Neue Medien in Europa, Regulierung – Liberalisierung – Selbstkontrolle, Band 22, S. 115 ff., München/Berlin 2001.

²³ So z.B. in der Entscheidung Kinderkanal/Phoenix vom 24. Februar 1999, NN 70/98; EuGH, T-70/89, Magill, Urteil vom 10. Juli 1991, [Slg. 1991, II - 535](#); EuGH, verb. Rs. C- 241/91 und 242/91 P, RTE u. ITP, Urteil vom 6. April 1995, [Slg. 1995 I - 743](#); EuGH, C-7/97, Bronner, Urteil vom 26. November 1998, [Slg 1998, I - 7791](#).

²⁴ Verordnung Nr. 17 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages vom 6. [2-Februar](#) 1962, ABl. [1962](#) S. 204.

²⁵ Verordnung (VO) (EWG) Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 21. [12- Dezember](#) 1989 in ihrer durch VO (EG) Nr. 1310/97 vom 30. [6-Juni](#) 1997 geänderten Fassung; ABl. [Eg vom 30. Dezember](#) 1989 Nr. L [395, S. 1](#) und vom 9. Juli 1997 Nr. L [180, S. 17/46](#) und Nr. [40/17](#).

Auch die aus dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S. des Art. 82 EGV abgeleitete *Essential-Facility-Doktrin*,²⁶ nach der eine solche Position auch dann besteht, wenn Unternehmen über die grundlegenden Voraussetzungen und Einrichtungen für die Erbringung einer Dienstleistung verfügen oder solche kontrollieren, auf die Wettbewerber bei der Erbringung ihrer Dienstleistung zwingend angewiesen sind, soll in diesem Zusammenhang erwähnt werden.

Die Ausführung dieser Rechtsnormen in der Praxis obliegt der Europäischen Kommission. Wie diese *bottlenecks* aus dem Bereich des Pay-TV behandelt, wird im Weiteren anhand ausgewählter wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen vorgestellt. Die Untersuchung thematisiert, ob bereits eine spezifische Entscheidungspraxis hinsichtlich der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Problematik des Zugangs zu Zugangskontrollsystemen zu verzeichnen ist bzw. inwieweit in damit zusammenhängenden Fällen diese Frage eine Rolle gespielt hat und was daraus abgeleitet werden kann.

5.2 Kommissionsentscheidungen

Es ist keine Entscheidung ersichtlich, die schwerpunktmäßig wettbewerbsrechtliche Aspekte der Beherrschung von Zugangskontrollsystemen thematisieren würde. Die einschlägigen Entscheidungen der Kommission sind vielmehr allgemeiner im Bereich des diskriminierungsfreien Zugangs zu digitalem Fernsehen anzusiedeln.

Die Kommission scheint in diesen Entscheidungen in erster Linie bestrebt, die von ihr ausdifferenzierten Märkte offen zu halten. Damit soll der Herbeiführung wettbewerbsgefährdender Situationen, in denen es zu einem Missbrauch der Kontrolle von Zugangsmodalitäten kommen könnte, vorgebeugt werden.

5.2.1 MSG-Entscheidung²⁷

Diese Entscheidung ist relevant, weil die Kommission darin den Markt der das Pay-TV begleitenden Dienste, wie die Ausübung der Zugangskontrolle, als wettbewerbsrechtlich gesondert zu beurteilenden Markt – neben dem für Pay-TV – festgelegt hat.²⁸

Gegenstand dieses Verfahrens war das Vorhaben der Bertelsmann AG (Bertelsmann), der Deutschen Bundespost Telekom (Telekom) und der Taurus Beteiligungs-Holding der Kirch-Gruppe (Kirch) ein Gemeinschaftsunternehmen „MSG Media Service Gesellschaft zur Abwicklung von Pay-TV und damit verbundenen Diensten mbH“ (MSG) zu gründen. Das Unternehmen sollte die technische, betriebliche und administrative Abwicklung von entgeltfinanziertem Fernsehen und anderen Kommunikationsdiensten einschließlich der Zugangskontrolle und des Kundenmanagements vornehmen sowie die erforderliche Infrastruktur für die Erbringung des digitalen Fernsehens und der zugehörigen Dienste bereitstellen. Das Unternehmen, das somit im Sinne einer vertikalen Konzentration im gesamten Bereich der Herstellung digitalen Bezahl-Fernsehens – Inhalte-Anbieter, Zugangskontrolle und Übertragungswege – tätig werden sollte, hätte sich mit anderen Programmanbietern, die ihre Produkte über diese Infrastruktur senden wollten, bei der Frage des Zugangs zu seinen Diensten in Beziehung setzen müssen. Es bestand somit ein Ansatzpunkt für eine Einflussnahme der MSG auf die Auswahl der Anbieter, die ebenfalls digital gesendet werden wollen. Aufgrund der eigenen Interessen der die MSG tragenden Unternehmen wäre eine diskriminierungsfreie Auswahl gefährdet gewesen, die Unternehmen

²⁶ Vgl. auch EuGH, C-7/97, Bronner, a.a.O., Rn. 23 ff.

²⁷ Fall IV/M. 469 – MSG Media Service, vom 9. November 1994, ABl. vom 31. Dezember 1994 Nr. L 364 vom 31.12.1994, S. 1.

²⁸ Siehe zu der Definition der Märkte und der Kommissionspolitik ausführlich van Loon, Ad: *EU involvement in national television ownership and control policies and practices* in: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.), *IRIS Spezial: Fernsehen und Medienkonzentration – Regulierungsmodelle auf nationaler und internationaler Ebene*, Straßburg 2001, —. Der Gedanke, die Definition der Märkte an den technologischen Wandel anzupassen, findet sich deutlich in der Mitteilung der Kommission KOM (1999) 540, a.a.O., S. 17.

der MSG hätten eine Vorherrschaft auf dem Markt für Pay-TV erlangen oder ausbauen können.

Die Kommission unterschied bei der Festlegung der relevanten Märkte neben dem Markt für TV-Kabelnetze erstmals zwischen dem Markt für Pay-TV einerseits und dem vorgelagerten Markt für die administrativen und technologischen Dienstleistungen (insbesondere elektronischen Zugangsdienstleistungen) für den Bereich des Pay-TV andererseits. Begründet wurde diese Trennung mit den besonderen technischen Anforderungen des Pay-TV.²⁹ Auf letzterem Markt wäre die MSG in Deutschland die einzige Anbieterin geworden.

Eine solche Alleinstellung sei auf einem sich entwickelnden Zukunftsmarkt nicht grundsätzlich als eine den Wettbewerb gefährdende marktbeherrschende Stellung anzusehen, sofern der Zukunftsmarkt offen für künftigen Wettbewerb bleibe, so dass eine nur vorübergehende Monopolsituation bestünde.³⁰

Die entsprechende Prognose beurteilte die Kommission vorliegend negativ, da eine dauerhafte Alleinstellung und damit eine Abschottung des Marktes für die von der MSG im Umfeld von Pay-TV angebotenen Dienstleistungen bereits in dieser Entstehungsphase zu befürchten sei.

Hierfür war maßgebend, dass sich in der MSG gerade die Unternehmen zusammenschließen wollten, die jedes für sich prädestiniert gewesen seien, neben und auf Grund der schon vorhandenen Position auf Teilmärkten zumindest (weitere) Teile der Infrastruktur für digitales Pay-TV zu installieren und die entsprechenden Dienstleistungen zu erbringen. Die spezifische Stärke der Telekom bestand in dem Besitz eines Breitbandkabelnetzes und des Monopols für das ortsfeste Telefonnetz, wodurch sie die wichtigsten Übertragungswege, die den für interaktives digitales Fernsehen erforderlichen Rückkanal bereitstellen können, und die Kundenbasis kontrollierte.

Mit Premiere als einzigem Anbieter von Pay-TV verfügten Bertelsmann/Kirch dazu – neben eigenen Programmen und Rechten an weiteren Programmen sowie ferner einem bevorzugten Zugang zu Inhalten anderer (Free-TV-)Anbieter – über einen Abonnentenstamm nebst zugehörigem Verwaltungssystem sowie Vertriebskanäle .

Ein Zusammengehen schließe potentiellen Wettbewerb zwischen den MSG-Gesellschaftern aus. Potentiell konkurrierende Anbieter auf dem Markt technischer und administrativer Dienstleistungen für Pay-TV würden gegenüber den kombinierten Wettbewerbsvorteilen und spezifischen Stärken von Telekom/Kirch/Bertelsmann auch kaum Fuß fassen können, sollte sich die MSG bereits auf dem Markt etabliert haben.³¹

Die Verschlüsselungstechnologie in der für die Erbringung des einzig angebotenen Pay-TV-Dienstes Premiere eingesetzten d-box basierte auf der Verwendung eines proprietären Systems. Jeder andere Anbieter entgeltpflichtiger Dienste wäre dann darauf angewiesen, dieses System zu lizenzieren, sofern er mittels des d-box-Decoders die Zuschauer erreichen wollte.³²

Selbst bei Verwendung eines *common interfaces* in der d-box, also der Möglichkeit, die Verschlüsselungstechnologie so auszugestalten, dass jeder andere Pay-TV- oder

²⁹ Punkt 20 der MSG-Entscheidung.

³⁰ Punkt 55 der MSG-Entscheidung.

³¹ Punkt 60 der MSG-Entscheidung.

³² Die Verwendung eines solchen geschlossenen Systems bedeute für alle Sender, die diese Verschlüsselung einsetzen wollen, dass sie einen Vertrag mit dem Systemeigner abschließen müssen, der in der Regel vorsieht, dass ein bestimmter – von ihm kontrollierter – Betreiber das Abbonnentensystem verwaltet. Die Relevanz einer solchen Praxis hat die Kommission im Rahmen der Entscheidung Bertelsmann/Kirch/Premiere (s. dazu nachfolgend ausführlich 5.2.3) ~~explizit~~ verdeutlicht. Der Einsatz eines solchen geschlossenen Zugangskontrollsystems verlange, dass ein diskriminierungsfreier Zugang gewährleistet sei. Dies setzte voraus, dass der Lizenzgeber für die Decodertechnologie seine Geschäftsentscheidungen unabhängig vom Einfluss eines Programmveranstalters treffen kann (Siehe Punkt 111 der Bertelsmann/Kirch/Premiere-Entscheidung). Die Unabhängigkeit werde nicht gewährleistet, da der Lizenzgeber Beta Research überwiegend von Unternehmen kontrolliert werde, die eigene Interessen als Programmveranstalter hätten (A.a.O., Punkte 111 und 112).

Dienstleistungsanbieter technisch eine eigene Zugangskontrolle und eigenes Kundenmanagement unter Nutzung der vorhandenen (MSG-)Decoderbasis betreiben kann, sah die Kommission die Gefahr eines Missbrauchs über die Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen.³³

Denn auch auf einem Markt für Zugangskontrolle und Kundenmanagement hätte die MSG als Anbieter eines umfassenden Servicepaketes für die technische Abwicklung einen Wettbewerbsvorteil.³⁴

Die Begründung lässt den Gedanken der interdependenten Märkte erkennen. Marktmacht auf einem Teilmarkt bedeute Auswirkungen auf alle anderen Märkte, insbesondere im Pay-TV. Dies ergebe sich aus der Besonderheit der digitalen Übertragung, bei der alle Schritte der Übertragung aufeinander aufbauten (Inhalt, Zugang, Verschlüsselung, Entschlüsselung, EPGs). Eine herausgehobene Wettbewerbssituation bei einem Schritt bedeute daher Einflussmöglichkeiten auf alle anderen Schritte. Ansatz der Kommission ist es, alle Märkte offen zu halten. Bezogen auf das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium versucht sie, diese Zielvorstellung durch eine separate Beurteilung der Märkte unter Beachtung der Gesamtentwicklung (vertikale Konzentration) zu vollziehen. Da zunächst auch auf anderen Märkten (Pay-TV an sich, Kabelnetze) kein Missbrauch von Marktmacht entstehen darf (Separierung der Märkte), ist auch eine Einflussnahme auf die Zugangskontrolle durch Teilnehmer aus diesen Segmenten wettbewerbsrechtlich wenn nicht zu verhindern, dann doch zumindest einzudämmen.³⁵ Andererseits sind aber die o.g. Interdependenzen und insbesondere der Einfluss des CA-Systems auf den Pay-TV-Markt zu beachten, so dass auch dieser Gedanke der Gesamtbetrachtung der Märkte sich in der Beurteilung des Einzelmarktes der Pay-TV-Dienstleistungen (insbesondere bei Fragen des Zugangs zu CA-Diensten) wiederfinden muss. Eine Beurteilung der Frage, ob die Märkte offen sind, hängt bei Beurteilung von Marktmacht auf einem Einzelmarkt davon ab, ob auch auf anderen vor- oder nachgelagerten Märkten eine Marktmacht – der zu beurteilenden Unternehmen – besteht.

Wesentlicher Bestandteil dieser Entscheidung ist, dass die Kommission auf dem Gebiet des Pay-TV und des Zugangs zu diesem erstmalig einen vertikalen Zusammenschluss über mehrere relevante Märkte beurteilte, da im Hintergrund die Gefahr einer sich auf den Markt des Pay-TV reflexhaft auswirkenden Marktmacht auf dem Gebiet der Zugangskontrolle (Interdependenz der Märkte) deutlich wurde.

5.2.2 Entscheidung in der Sache *Nordic*³⁶

Die Entscheidung, durch die dem Gemeinschaftsunternehmen Nordic Satellite Distribution (Nordic) der Norsk Telekom AS, der TeleDanmark A/S und der Industriforvaltnings AB Kinnevik die Genehmigung für die Bereitstellung von Satellitenübertragungsdiensten und Dienstleistungen zur Verteilung von Fernsehprogrammen über Kabelnetze oder durch Direktausstrahlung in der nordischen Region verweigert wurde, verstärkt die mit der MSG-Entscheidung eingeleitete Kommissionspraxis über die Definition der Märkte und der Beachtung der vertikalen Konzentration.

Bei dieser Definition sei aufgrund der technischen Voraussetzungen und der Fragen der Finanzierung vertiefend zwischen den verschiedenen Übertragungswegen für Rundfunk zu unterscheiden,³⁷ so dass sich eine weitere Aufspaltung der wettbewerbsrechtlich relevanten Märkte ergibt. Die Annahme eines eigenständigen Produktmarktes für die Erbringung von Pay-TV-begleitenden Dienstleistungen an Zuschauer und Zugang begehrende TV-Anbieter wird weiter verfestigt.³⁸ Eine weitere Unterteilung nach der jeweiligen Übertragungstechnik (analog oder digital) erfolgt indes nicht, da in Zukunft nur noch die digitale

³³ Punkt 97 der MSG-Entscheidung.

³⁴ Punkte 69 ff. der MSG-Entscheidung.

³⁵ Siehe zu diesem Gedanken auch die Punkte 87 ff. MSG-Entscheidung.

³⁶ Fall IV/M. 490 – Nordic Satellite Distribution vom 19. Juli 1995, ABl. vom 2. März 1996 EG Nr. L 53 vom 2.3.1996, S. 20.

³⁷ Punkt 57 der Nordic-Entscheidung

³⁸ Punkt 58 der Nordic-Entscheidung.

Übertragungstechnik Anwendung finden werde und heute noch die Anbieter dieses Marktes beide Systeme bearbeiteten.³⁹

5.2.3 Entscheidungen Bertelsmann/Kirch/Premiere⁴⁰ und Deutsche Telekom/Beta Research⁴¹

Die Grundstrukturen in diesen Entscheidungen entsprechen denen der Sache MSG Media Service, da die dort beteiligten Unternehmen wiederum – in ihrer Eigenschaft als Anbieter von Inhalten, Infrastruktur und Zugangstechnologie – die beteiligten Fusionspartner waren.

Die Kommission entschied, dass marktbeherrschende Stellungen in den relevanten Märkten des digitalen Bezahl-Fernsehens, hinsichtlich der damit zusammenhängenden Dienste bzw. (in der Sache Deutsche Telekom/Beta Research) im Kabelnetz-Markt als weiterer Ebene in der Vertriebskette von Pay-TV begründet und verstärkt würden, was einen diskriminierungsfreien Zugang zu digitalen Zugangssystemen verhindern könnte.

Durch den Zusammenschluss würde die d-box-Technologie, der von den Beteiligten verwendete Decoder zur Entschlüsselung der übersendeten Signale, als proprietäres Zugangskontrollsystem mit den oben skizzierten Problempunkten⁴² faktisch der digitale Standard im deutschsprachigen Raum. Dies gelte dann auch für die Kabelübertragung, da sich die Beteiligten darauf verständigt hätten, dass die Telekom bei der Erbringung technischer Dienste für die Übertragung digitaler TV-Programme in ihren Breitbandnetzen ausschließlich die Beta-Zugangstechnologie auf der Basis des d-box-Decoders, verwenden würde. Die Telekom kontrolliere über ihre Regionalgesellschaften als Breitbandkabel-Betreiber noch die für die Verbreitung des Kabelfernsehens entscheidende Ebene 3 von der Kabelkopfstation, an der das digitale Signal empfangen und in die Kabelnetze eingespeist wird, bis zur Grundstücksgrenze des jeweiligen Hauses. Jeder potentielle Pay-TV-Anbieter und jeder potentielle andere Anbieter von Zugangskontrolldienstleistungen im Bereich der Telekomkabelnetze werde gezwungen, über Telekom auch die Beta-Zugangs- und Verschlüsselungstechnologie und den d-box-Decoder von Kirch zu verwenden.⁴³ Gleiches gelte für den Bereich des durch Satelliten übertragenen Pay-TV, da dort Premiere die Zugangskontrolle handhaben und BetaDigital, ein Gemeinschaftsunternehmen von Kirch und Bertelsmann, ein Sendezentrum betreiben und die mit der Aufbereitung und Ausstrahlung verbundenen Dienstleistungen⁴⁴ erbringen solle.

Die von den Unternehmen u.a. hinsichtlich der Pay-TV-Dienstleistungen gemachten Zusagen⁴⁵ (Beteiligung anderer Unternehmen an BetaResearch, Offenlegung der d-box-Schnittstelle, Zusage des diskriminierungsfreien Zugangs, keine Zwangsabnahme des Premiere-Bouquets durch andere Anbieter) waren nach Ansicht der Kommission unzureichend, um Dritten einen ungehinderten Marktzugang sicherzustellen.

Die Zugangsfrage an sich stand nicht im Mittelpunkt der diesbezüglichen Ausführungen der Kommission. Die Bewertung bezog sich hauptsächlich auf den Bereich des Pay-TV-Marktes. So sollten nach Vorstellung der Unternehmen andere Kabelbetreiber (als die Telekom) Rechte an Premiere-Programmen erwerben und diese dann – vermischt mit Programmen anderer Anbieter – im Wege einer Vertriebskooperation in eigenen Bouquets anbieten können. Auch sollte die durch die Trennung der Kabelnetze in den Ebenen 3 und 4

³⁹ S. [siehe](#) bereits Punkte 29 und 30 der MSG-Entscheidung.

⁴⁰ Fall IV/M. 993 – Bertelsmann/Kirch/Premiere vom 27. Mai 1998, ABl. vom 27. Februar 1999 Nr. L 53, S. 1.

⁴¹ Fall IV/M. 1027 – Deutsche Telekom/Beta Research vom 27. Mai 1998, ABl. [vom 27. Februar 1999](#) Nr. L 53 [vom 27.2.1999](#), S. 31.

⁴² Vgl. vorstehende Ausführungen zur MSG-Entscheidung [und Fussnote 32](#).

⁴³ Punkte 106 und 109 der Bertelsmann/Kirch/Premiere-Entscheidung.

⁴⁴ Umfasst sein sollten Dienstleistungen wie Verschlüsselungen (für die dann wieder die Beta-Research Inhaberin ausschließlicher und unbefristeter Lizenzen für die Beta-Verschlüsselungstechnologie auf der Basis der d-box ist), Videokompression, Multiplexing und Uplink zum Satelliten.

⁴⁵ Punkte 123 ff. [der](#) Bertelsmann/Kirch/Premiere-Entscheidung.

hervorgerufene Abhängigkeit der Wettbewerber von den technischen Vorleistungen überwunden werden. Dadurch könnten andere Anbieter als potentielle Konkurrenten einer weiteren Pay-TV Programm- und Vermarktungsplattform angesehen werden. Diese auf eine Offenhaltung des Marktes Pay-TV zielenden Zusagen waren indes rechtlich unverbindlich und wurden deshalb von der Kommission negativ beurteilt.⁴⁶

Interessant für die vorliegende Problematik sind aber die Zusagen der beteiligten Unternehmen im Hinblick auf die d-box-Technik. So bieten die Unternehmen an, die API-Schnittstelle an der d-box offenzulegen⁴⁷ und diese um eine – zu entwickelnde – standardisierte Schnittstelle zu ergänzen sowie die zukünftigen DVB-Standards einzuhalten.⁴⁸ Auch sollte Beta-Research, das als Unternehmen die technische Grundlage des d-box-Systems betreut und von den drei beteiligten Unternehmen kontrolliert wird, über eine Zwischenholding Dritten geöffnet werden, die dann die gleichen Rechte wie die anderen drei Unternehmen hätte. In der bedeutsamen Frage der technischen Entwicklung der d-box und vor allem ihrer Betriebssoftware wären die Informationen also Dritten zugänglich gemacht worden. Letztere Zusage könnte nach Auffassung der Kommission grundsätzlich geeignet sein, das Problem der unternehmerischen Kontrolle der Technologie durch Programmveranstalter (Bertelsmann und Kirch) unter Ausschluss weiterer Pay-TV-Anbieter zu lösen.⁴⁹ Die Zusage beinhaltet aber nur, als weiteren vierten Gesellschafter eine Zwischenholding vorzusehen, so dass die drei bisherigen Gesellschafter von Beta-Research, die Unternehmen Kirch, Bertelsmann und Telekom, immer eine Abstimmungsmehrheit besäßen und Kirch und Bertelsmann mit ihren beiden Stimmen eine – ihren Interessen als Programmanbieter zuwiderlaufende – Entscheidung verhindern könnten. Die Zusagen änderten mithin im Ergebnis nichts daran, dass die Technologie des Zugangskontrollsystems letztlich von Bertelsmann, Kirch und Telekom kontrolliert werden würde.⁵⁰

Als grundsätzlich mögliche Lösung zeigt die Kommission anhand der diskutierten Zusagen eine Abkehr von der strukturellen Kontrolle der technischen Grundlagen für das digitale Pay-TV (und ihrer Fortentwicklung), also eine Öffnung insbesondere des Marktes der Zugangskontrolldienstleistungen, auf.

Es ist aber auch zu beachten, dass die Kommission erneut die anderen relevanten Märkte, hier insbesondere den Markt der Pay-TV-Programmveranstaltung, in ihre Beurteilung mit einbezieht. In der zusammenfassenden Würdigung der Zusagen setzt sie die Märkte Dienstleistung (Zugangskontrollsystem) und Pay-TV inhaltlich in einen direkten Zusammenhang, da auch bei einer Aufgabe der Kontrolle über die Technologie die Chance zu einer alternativen Programm-Plattform im Pay-TV-Markt in Deutschland eröffnet sein müsse, was bei der von den Unternehmen angestrebten Konstellation nicht gegeben wäre.⁵¹

5.2.4 Entscheidung *British Interactive Broadcasting/Open*⁵²

In einem Verfahren nach Art. 81 Abs. 3 EGV hat die Kommission die Gründung der Gesellschaft British Interactive Broadcasting (BiB) durch British Broadcasting Group plc (im Folgenden B Sky B) und British Telecom (BT) genehmigt.

In dieser Entscheidung zeichnet sich zum ersten Mal ab, dass die Kommission ihre für das Pay-TV und diesem zuarbeitende Dienste entwickelten Entscheidungsmuster auch für andere Bereiche elektronischer Dienstleistungen außerhalb der bisher behandelten Bereiche anwenden wird.

⁴⁶ Punkte 133-136, 148-153 der [Bertelsmann/Kirch/Premiere-vorstehenden](#) Entscheidung.

⁴⁷ Punkt 130 der [vorstehendenBertelsmann/Kirch/Premiere-](#) Entscheidung. Inzwischen hat BetaResearch die Programmierschnittstelle (API) der d-box veröffentlicht, siehe auch IRIS 1999-2: 16.

⁴⁸ Ein solches standardisiertes API ist die Schnittstelle zwischen der Betriebssoftware und den Multimedia-Anwendungen und soll ermöglichen, dass ein Decoder (wie die d-box) die Anwendungen der anderen Diensteanbieter dem Kunden zur Verfügung stellen kann.

⁴⁹ Punkt 154 der Bertelsmann/Kirch/Premiere-Entscheidung.

⁵⁰ Punkte 131-141 und 148-155 [der vorstehendenBertelsmann/Kirch/Premiere-](#) Entscheidung.

⁵¹ Punkt 155 der [vorstehendenBertelsmann/Kirch/Premiere-](#) Entscheidung.

⁵² Fall IV/36.539 – British Interactive Broadcasting/Open vom 15. September 1999, ABl. [vom 6. Dezember 1999](#) Nr. L 312 [vom 6.12.1999](#), S. 1, bekanntgegeben unter Aktenzeichen K (1999) 2935.

Die BiB sollte über die Kabel der BT und die Set-Top-Boxen neben dem Pay-TV von BSkyB auch sog. digitale interaktive Fernsehdienste übermitteln. Dabei handelt es sich um neue Anwendungen neben klassischem Pay- oder Free-TV und deren Zusatzfeatures wie Electronic-Commerce, E-mail, Schulung, Ausbildung und Online-Spiele. Besondere Schwerpunkte sind Abrufprogramme und –dienste (sog. *on-demand*-Anwendungen) wie Video-, Kommunikations- und Transaktionsdienste. Diese Dienste sind eine zukünftige Vermarktungs- und Verkaufsform direkt zwischen Anbieter und Kunde. Da sie über dieselben Übertragungswege wie Pay-TV verbreitet und über dieselben CA-Systeme kontrolliert werden, stellt sich für diesen *bottleneck* ebenfalls das Problem eines diskriminierungsfreien Zugangs.

Auf dem Markt für digitale interaktive Fernsehdienste läge bei der Kooperation der Unternehmen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 Abs. 1 EGV vor.⁵³ Durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens werde der potentielle Wettbewerb auf diesem Sektor zwischen den beteiligten Unternehmen beseitigt, da beide eigentlich in der Lage gewesen wären, die technischen und finanziellen Risiken eines Alleingangs zu tragen. Auch hier, bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung, trägt die Kommission dem Gedanken der Gesamtbetrachtung der Märkte Rechnung, da sie die Wettbewerbseinschränkung auch mit der Marktposition der Beteiligten auf mit den Dienstleistungen in Zusammenhang stehenden Märkten (Telekommunikation, Pay-TV und insbesondere Kunden-Zugangsinfrastruktur) begründet.⁵⁴ Die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts sei zudem eröffnet, da eine Beeinträchtigung des Handels auch zwischen den EU Mitgliedsstaaten gegeben sei.⁵⁵ Insbesondere erschwere die Vereinbarung potentiellen Wettbewerbern den Zutritt zum entsprechenden Markt im Vereinigten Königreich. Zudem bestehe technisch die Möglichkeit, die angebotenen Dienste auch außerhalb des Vereinigten Königreichs in Anspruch zu nehmen.

Eine solche Wettbewerbsbeschränkung ist nach Auffassung der Kommission aber hinzunehmen, da die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV, wonach Ausnahmen vom Kartellverbot erlaubt werden können, erfüllt seien. So trage das Gemeinschaftsunternehmen aufgrund der vorzunehmenden Umstellung des Kabelnetzes auf Breitbandtechnik zum technischen und durch die erweiterten Kommunikations- und Absatzmöglichkeiten für Waren- und Dienstleistungsanbieter zum wirtschaftlichen Fortschritt bei. Auch sei die Konkurrenz bzgl. eines wesentlichen Teils der in Frage kommenden Produkte nicht ausgeschaltet. Auf dem Markt der Kabelnetzbetreiber bestünde neben der BT die Konkurrenz einer Reihe weiterer potentieller Anbieter und Träger von digitalen interaktiven Dienstleistungen.⁵⁶

Für diesen Beitrag sind die von der Kommission festgesetzten Maßnahmen relevant, die Dritten den Zugang zu den von BiB gehaltenen und sowohl für den Betrieb von Pay-TV durch BSkyB als auch für die interaktiven Dienste von BiB genutzten Set-Top-Boxen ermöglichen sollen. So müsse nicht nur die Kostenbeteiligung der Anbieter für die Nutzung der Infrastruktur transparent und nichtdiskriminierend sein, sondern die technischen Dienste (wie Verschlüsselungen etc.) müssten auch anderen Anbietern eröffnet werden.⁵⁷ Diese zugangserhaltenden Massnahmen seien erforderlich, weil die konkurrierenden Anbieter digitaler interaktiver Dienste sich aus wirtschaftlichen Gründen⁵⁸ um Zugang zur vorhandenen Set-Top-Box-Infrastruktur von BiB/BSkyB bemühten. Würde ihnen der Zugang zu diesen Boxen über die CA-Systeme verweigert, so führte dies dazu, dass der Wettbewerb bei den nachgelagerten Diensten weitgehend ausgeschaltet würde.⁵⁹ Die Kommission

⁵³ Punkte 140 ff. der [vorstehenden](#) Entscheidung.

⁵⁴ Punkte 141, 142 und 170 der [vorstehenden](#) Entscheidung.

⁵⁵ Punkte 153-157 der [vorstehenden](#) Entscheidung.

⁵⁶ Punkte 159 – 172 der [vorstehenden](#) Entscheidung.

⁵⁷ Punkte 173 ff. der [vorstehenden](#) Entscheidung.

⁵⁸ Die für den Aufbau einer eigenen Infrastruktur erforderlichen Investitionen und das Widerstreben der Verbraucher, mehr als eine Set-Top-Box anzuschaffen, lassen diese Erwägungen als wahrscheinlich erscheinen. Siehe auch Punkt 173 der [vorstehenden](#) Entscheidung.

⁵⁹ Punkt 175 der [vorstehenden](#) Entscheidung.

verlangte daher, dass BSKyB unter angemessenen Bedingungen mit interessierten Unternehmen gemeinsame Verschlüsselungssysteme nach dem Simulcrypt-Konzept⁶⁰ entwickle und betreibe. Außerdem haben die Beteiligten interessierten Unternehmen Informationen über die technischen Spezifikationen der Set-Top-Box und etwaige Veränderungen mitzuteilen.⁶¹

Die Entscheidung geht im Ergebnis insofern weiter als die Richtlinie 95/47/EG, die die Problematik des Zugangs hinsichtlich interaktiver digitaler Dienste neben Pay-TV nicht aufgegriffen hat. Daran wird die Bedeutung des Wettbewerbsrechts deutlich, das mit seinem allgemeinen Ansatzpunkt der Verhinderung von wettbewerbsgefährdender Marktmacht auch konkrete Fälle aufgreifen und sich neu entwickelnde Tendenzen wie technische Innovationen erfassen kann.

5.2.5 Entscheidung Kirch/BSkyB⁶²

Der skizzierte „Konvergenzgedanke“, nämlich die Absicht der Kommission, die von ihr definierten Märkte auch über den eigentlichen Rundfunkbereich hinaus offen zu halten, und die Beachtung der Gefahren vertikaler Konzentration finden sich hier wieder. Im Ergebnis hat die Kommission den Zusammenschluss der Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co KG (im Folgenden Kirch) und der BSKyB genehmigt. Dadurch wird die Kirch Pay-TV GmbH & Co KG (im Folgenden Kirch Pay-TV) der gemeinsamen Kontrolle beider Beteiligten unterstellt.

BSkyB ist neben der Beteiligung an der BiB⁶³ auch Anbieter von analogem und digitalem Kabel- und Satellitenfernsehen unter Einschluss von Pay-TV, von Zugangsdienstleistungen und Kundenverwaltung. Die Kirch-Gruppe ist ein ebenso strukturiertes Unternehmen, das insbesondere auch die für diesen Beitrag relevanten Sparten Pay-TV und Zugangssysteme (über seine Tochter BetaResearch) umfasst.

Die Kommission befürchtete bei diesem Zusammenschluss keine Begründung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Pay-TV-Markt. Es sei unwahrscheinlich, dass BSKyB in unmittelbarer oder näherer Zukunft in den räumlich relevanten Markt, den deutschen Pay-TV-Markt, einsteige. Damit ergebe sich auch keine Verschärfung des Problems des Zugangs in diesem Bereich.

Bedenken bestanden jedoch hinsichtlich der Begründung einer beherrschenden Stellung auf dem neu definierten Markt für digitale interaktive Bildschirmdienste, da BSKyB im Vereinigten Königreich über ihre Beteiligung an der BiB Anbieter dieser Vertriebsform für Waren und Dienstleistungen ist. Der Zusammenschluss hätte Kirch Pay-TV in die Lage versetzt, vom technologischen Vorsprung des Partners und dessen Mitfinanzierung des Aufbaues der technischen Infrastruktur in Deutschland⁶⁴ zu profitieren und sich als erster auf diesem Markt zu positionieren. Zu beachten ist auch die Rolle, die das Pay-TV für diese Vermarktungsform spielt. Pay-TV wird als ein geeignetes „Vertriebs-Medium“ für digitale interaktive Bildschirmdienste angesehen, da Pay-TV und andere interaktive Bildschirmsignale

⁶⁰ Es bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten für die Realisierung eines offenen CA-Systems: Multicrypt, bei dem jeder Anbieter seinem Programm bouquet die Kennung seines CA-Systems hinzufügt. Das Empfangsgerät muss dann, je nachdem, welches Programm bouquet der Teilnehmer empfangen will, mit je einem CA-Modul und einer Smart Card für jeden gewünschten Pay-Anbieter ausgestattet sein. Beim Simulcrypt-Verfahren werden dem Programmsignal die Kennungen aller verwendeter CA-Systeme hinzugefügt, so dass im Markt alle Decoder, in denen irgendeines dieser CA-Systeme implementiert ist, betrieben werden können.

⁶¹ Punkte 180 und 181 der [vorstehenden](#) Entscheidung.

⁶² Fall IV/M. 0037 – BSKyB/Kirch Pay TV vom 21. März 2000, ABl. [C-110](#) vom 15. [4. April](#) 2000 [C 110](#), S. 45.

⁶³ Siehe vorstehende Entscheidung.

⁶⁴ Erforderlich wäre die Umrüstung des d-box-Decoders, um auch die Signale der digitalen interaktiven Dienste verarbeiten zu können und eine Weiterentwicklung der BetaResearch-Software. Siehe hierzu Punkt 77 der [BSkyB/Kirch Pay TV](#)-Entscheidung.

zusammen übertragen werden können und über diese Infrastruktur bereits eine größere Kundenzahl angesprochen werden kann. Dies bedeutet, dass je erfolgreicher ein Pay-TV-Angebot ist (Kundenzahl), desto attraktiver ist dieses Programm für die Bereitstellung digitaler interaktiver Dienstleistungen. Da die Kirch-Gruppe auf dem Pay-TV-Markt gerade wegen der Premium-Angebote⁶⁵ führend ist, wäre das Unternehmen auf absehbare Zeit das Einzige gewesen, das Pay-TV in Verbindung mit digitalen interaktiven Bildschirmdiensten hätte anbieten können. Da Kirch ferner über die Beta-Research-Technologie auch den Zugang zu Pay-TV kontrollieren kann, läge auch die Zugangsmöglichkeit von Anbietern digitaler interaktiver Dienstleistungen zu dieser Technologie und damit zum Markt in seiner Hand. Neben der Vormachtstellung auf dem Pay-TV-Markt, auf dem die d-box von Kirch zwar nicht der einzige Decoder ist, der Pay- oder digitales TV empfangen,⁶⁶ aber der einzige der Kirchs Pay-TV-Programme verarbeiten und entschlüsseln kann, wäre die d-box als Set-Top-Box zusammen mit der entsprechenden Beta-Software auch für interaktive Dienste zu einem *de facto* „Standard“ geworden. Andere Wettbewerber, die ebenfalls als Ersteller einer Infrastruktur für digitale interaktive Dienste in Frage kämen, arbeiten – wie die Telekom – ebenfalls mit der BetaResearch-Technologie oder scheuen wegen des Vorsprungs von KirchPayTV auf diesem Markt weitergehende Investitionen.

Wiederum ergibt sich die Problematik des geschlossenen Systems, dass nämlich ein anderer Betreiber derartiger interaktiver Dienste, der seine Dienste über die d-box abwickeln wollte, hinsichtlich des Zugangs zu der Übermittlung der Dienste von einem (Haupt-)Wettbewerber abhängig wäre.

Das Problem der Verwaltung der Kundendaten, die auch von der BetaResearch vorgenommen wird, komme hierbei verstärkt zur Geltung. Zur Optimierung des Angebots der interaktiven Dienstleistungen sei die Analyse des Kaufverhaltens wichtig. Es läge aber hier die schwierige Lage vor, dass ein Wettbewerber (Kirch) über sein Unternehmen die Möglichkeit der Analyse der Kundendaten anderer Anbieter besitzen könnte.

Die Kommission befand, dass die von den beteiligten Unternehmen gemachten Zusagen die festgestellte Herausbildung einer marktbeherrschenden Position auf dem Markt der digitalen interaktiven Fernsehdienste kompensierten und bejahte deshalb die Genehmigungsfähigkeit.⁶⁷

Kirch müsse sicherstellen, dass allen Interessierten diskriminierungsfrei die Möglichkeit zur Nutzung technischer Dienste über seine Plattform gewährt werde. Auch der Zugang der Anwendungen Dritter zu Kirchs d-box-System wird festgelegt, da in den d-box-Decoder das durch die Digital Video Broadcasting Group (DVB) standardisierte, auf der Java-Technologie aufbauende und damit allgemein zugängliche API implementiert wird, so dass auch andere Betriebssysteme als das der d-box durch sie gelesen werden können.

Um Anbieter anderer technischer Verschlüsselungs-Plattformen den Zugang zu der d-box zu ermöglichen, soll die Aushandlung von Simulcrypt-Vereinbarungen erleichtert werden.

Trotz der Befürchtung einer zukünftigen beträchtlichen Stellung von Kirch auch auf dem Markt digitaler interaktiver Fernsehdienste hat die Kommission diesen Zusammenschluss genehmigt. Von Bedeutung hierfür war die Zielsetzung, die technische Innovation durch die Einführung neuer Vertriebsstechniken voranzutreiben. Der hierbei entscheidende „Markt“ der gesamten bestehenden Pay-TV-Dienstleistungen muss aber als Gegengewicht in einem

⁶⁵ Premium-Angebote sind die vom Zuschauer besonders (in Relation zu den „Basis-Paketen“) zu vergütenden Programme. Vgl. zu ihrer Bedeutung auch Punkt 134 der Bertelsmann/Kirch/Premiere-Entscheidung.

⁶⁶ So sind z.B. auch die sog. Universaldecoder des Vereins *Free Universal Network* (F.U.N.), deren Kernelemente das *DVB-Common-Interface* und das API der amerikanischen Firma OpenTV sind, und Set-Top-Boxen ohne API und ohne integriertes CA-System, mit denen zwar alle unverschlüsselten digitalen Programme empfangen werden können, nicht aber die multimedialen Zusatzdienste- bzw. Applikationen wie z.B. die jeweiligen EPGs der verschiedenen Programmanbieter, auf dem Markt.

⁶⁷ Punkt 93 der *BSkyB/Kirch Pay TV*-Entscheidung.

fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerb funktionieren, wie die Beurteilung der von den Unternehmen gemachten Zusagen durch die Kommission ergibt.

6. Zusammenfassung und Ausblick

Mit der Richtlinie 95/47/EG hat die Europäische Kommission eine Verhaltensregel für die Anbieter von Diensten mit Zugangsberechtigung aufgestellt, um tatsächlichen und potentiellen Konkurrenten den Marktzutritt zu ermöglichen. Alle Anbieter von digitalen Fernsehdiensten sollen verpflichtet werden, fairen und diskriminierungsfreien Zugang zu elektronischen Zugangskontrollsystemen zu gewähren – unabhängig davon, ob der Betreiber des Systems eine dominante Stellung auf den entsprechenden Märkten innehat oder nicht. Damit sollen nicht nur der Markteintritt ermöglicht und eine sicherere Rechtslage für Investitionen geschaffen, sondern auch die Interessen der Zuschauer an einem pluralen Angebot und freiem Zugang zu Informationen geschützt werden. Der zu Grunde liegende Gedanke ist klar: Über die Beherrschung eines elektronischen Zugangskontrollsystems können Betreiber andere Mitbewerber vom Markt ausschließen sowie Zuschauer vom Zugang zu deren Inhalten. Solch ein Verhalten kann zu unerwünschten Auswirkungen auf Marktstruktur und Wettbewerb führen. Die Richtlinie will einem Missbrauch daher zuvorkommen. Dagegen werden weitere wichtige Gesichtspunkte in diesem Zusammenhang, Standardisierung oder Interoperabilität von Systemen, der Selbstregulierung durch die Beteiligten überlassen.

Dort gelten die Vorschriften des allgemeinen europäischen Wettbewerbsrechts, insbesondere die Artikel 81 und 82 EGV. Die Kommission hat klargestellt, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht neben der Richtlinie 95/47/EG bzw. ihrer Nachfolgerin, der vorgeschlagenen Zugangsrichtlinie, anwendbar ist bzw. bleiben wird. Dabei wird das allgemeine Wettbewerbsrecht besonders in den Situationen eine Rolle spielen, in denen die Richtlinie 95/47/EG nicht eingreift, z.B. Zugang zu EPGs und APIs oder zu digitalen interaktiven Diensten; ferner bei wettbewerbschädigendem Verhalten, das sich spezifisch aus dem Vorliegen und Missbrauch dominanter Marktmacht ergibt, sowie bei Fragen im Vorfeld des Zugangs, also der Vermeidung wettbewerbsgefährdender konzentrativer Strukturen. Sollte in Zukunft tatsächlich ausreichender Wettbewerb auf den Rundfunk- und verwandten Märkten bestehen, dann könnte das allgemeine Wettbewerbsrecht, nach Vorstellung der Kommission, sogar zum ausschließlich bestimmenden Rechtsrahmen werden.

Weder der EuGH noch die Europäische Kommission in ihrer Funktion als Wettbewerbsbehörde mussten sich *bis dato* speziell mit Situationen der missbräuchlichen Verweigerung des Zugangs zu elektronischen Zugangskontrollsystemen befassen. Eine Untersuchung der Entscheidungspraxis der Kommission sowie der Rechtsprechung zu ähnlich gelagerten Fällen, in denen der Zugang zu Schlüsselpositionen behindert wurde, könnte Aufschluss darüber geben, wie in Verfahren, ausgelöst durch Missbrauchsbeschwerden, die entsprechende Problematik behandelt würde.

Aus jüngerer Zeit liegen jedoch eine Reihe von Kommissionsentscheidungen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren vor, die sich mit dem Pay-TV-Markt und hier, *inter alia*, mit der Bedeutung des Einsatzes von Zugangskontrolle befassen. Dabei hat der Beitrag aufgezeigt, dass die einschlägigen Kommissionsentscheidungen sich in erster Linie mit der Entstehung von marktgefährdenden Strukturen befassen. Dahinter steht die Erkenntnis, dass es bestimmte Marktconstellations gibt, bei denen die Kontrolle über Zugangssysteme die Gefahr ernsthafter Störungen des Wettbewerbs, bis hin zu einer völligen Abriegelung der Märkte, birgt. Zu denken ist an vertikale Konzentrationen und den mit ihr einhergehenden Vormachtstellungen auf vor- und/oder nachgelagerten Märkten, die für die Erbringung von Pay-TV-Diensten wesentlich sind (z.B. Märkte für Inhalt, Infrastruktur und Zugangskontrolleinrichtungen). Insbesondere können sich dort Interessenkonflikte ergeben,

die allgemeinen Wettbewerbsinteressen zuwiderlaufen. Trifft die Beherrschung von Zugangskontrollsystemen mit der Vermarktung eigener Inhalte zusammen, dann kann ein Anreiz bestehen, diese Stellung zu missbrauchen, um potentielle Konkurrenten wettbewerbswidrig vom Markt auszuschließen.

Im Hinblick auf diese Gefahren hat die Kommission seit der MSG-Entscheidung versucht, zunächst durch Gestaltung der Fusionsbedingungen und letztlich durch ein Verbot des Zusammenschlusses den Pay-TV-Markt sowie verwandte Märkte offen zu halten. Dies erschien vor allem in der Marktaufbauphase notwendig, in der sich oft Unternehmen, die bereits eine starke Stellung im analogen Fernseh- (oder anderen im Zusammenhang stehenden) Märkten innehaben, auf den digitalen Märkten positionieren.

Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Entscheidungen British Interactive Broadcasting/Open und Kirch/BSkyB. Diese zeigen die Weiterentwicklung der Entscheidungspraxis der Kommission als Reaktion auf technischen Fortschritt. Dabei erwoh die Kommission erstmalig, dass elektronische Zugangskontrollsysteme nicht nur im Rahmen von Pay-TV-, sondern auch bei interaktiven digitalen Fernsehdiensten eine Rolle spielen können – ein Aspekt, der beispielsweise von der Richtlinie 95/47/EG noch außer Acht gelassen worden ist.

Wie deutlich wurde, ist nicht jede vertikale Konzentrationsstruktur *per se* schädlich. Konzentrationen können vielmehr Ergebnis internen Wachstums und wirtschaftlicher Vorwärtsbewegung sein mit dem Ziel, Kosten zu senken, Abläufe zu optimieren und speziell die oft beträchtlichen Anfangsinvestitionen zu amortisieren. Allerdings sind ernsthafte Beeinträchtigungen des Wettbewerbs dann zu befürchten, wenn sich abzeichnet, dass die an dem Zusammenschluss Beteiligten dauerhaft den Zutritt potentieller Konkurrenten verhindern können.⁶⁸ Wo hingegen Unternehmen der Kommission glaubhaft machen können, dass eine solche Abriegelung des Marktes nicht zu befürchten ist, besteht die Möglichkeit, dass die Kommission den Zusammenschluss zulässt. So akzeptierte die Kommission beispielsweise die im Verfahren Kirch/BSkyB gemachten Zusagen, dritten Anbietern von digitalem Bezahl-Fernsehen und interaktiven Fernsehdiensten den Zugang zum eigenen System zu ermöglichen und für Interoperabilität zu sorgen.

Hieraus kann für bestimmte Fälle die Tendenz abgeleitet werden, Zugangsfragen im Pay-TV-Markt vorrangig der Selbstregulierung des Wettbewerb zu überlassen. Ein solcher Ansatz findet sich auch in Vorschlägen zu einem neuen Regulierungsrahmen für Kommunikationsdienste und -einrichtungen. Danach würden idealerweise auf einem wettbewerbsorientierten Markt die Bedingungen für den Zugang zu Netzen und Einrichtungen, wie elektronischer Zugangskontrolle, grundsätzlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zwischen den betroffenen Unternehmen ausgehandelt. Funktioniert der Wettbewerb nicht hinreichend, so können in der Übergangszeit zusätzliche spezifische Regelungen, wie die Richtlinie 95/47/EG, Missbräuche verhindern helfen. In dieser Phase greift zusätzlich, und im Anschluss daran hilfsweise, das allgemeine Wettbewerbsrecht als Korrektiv.

Die dargestellten Prinzipien spiegeln sich auch in den Initiativen des Europarates wider. In seiner Empfehlung Nr. R(99)1 zur Förderung des Pluralismus in den Medien macht der Europarat seine Mitgliedsstaaten auf die Gefahr des Missbrauchs der Kontrolle über digitale Zugangskontrollsysteme ausdrücklich aufmerksam und empfiehlt das Ergreifen spezifischer Maßnahmen. Die Erfahrungen der Europäischen Gemeinschaft können damit auch für die weiteren Länder des Europarates hilfreich und anstoßgebend sein.

In der Empfehlung des Europarates wird zudem noch einmal ausdrücklich der Zusammenhang zwischen freiem Zugang und funktionierendem Wettbewerb einerseits und

⁶⁸ Siehe hierzu die MSG-Entscheidung [der Kommission](#).

der Bewahrung von Pluralität, politischer und kultureller Diversität von Angeboten und Inhalten sowie dem geschützten Interessen des Einzelnen am ungehinderten Zugang zu Informationen andererseits hergestellt.

Mithin verfolgen beide Institutionen den Ansatz, in Anbetracht des durch Entwicklungsoffenheit geprägten (technischen und wirtschaftlichen) Prozesses den rechtlichen Rahmen dergestalt zu formulieren, dass in angemessener Weise verschiedene Optionen kumulativ oder sukzessive zur Anwendung gelangen.⁶⁹ Demgemäß haben die technischen und Marktbedingungen Einfluss darauf, ob und für welchen Zeitraum mit einerseits sektorspezifischen Regelungen oder andererseits dem wettbewerbsrechtlichen Instrumentarium die Ziele der Öffnung und Beibehaltung eines fairen Wettbewerbs verfolgt werden. Wendet sich im allgemeinen Wettbewerbsrecht auch die Prüfung von Marktkonzentration durch Fusion dem Prinzip der ex-post-Kontrolle zu, so kann der Bedarf nach sektorspezifischer Regulierung der (teilliberalisierten) Märkte für einen längeren Zeitraum bestehen bleiben. Dies gilt insbesondere in Situationen, in denen auf entstehenden Märkten (wenige oder) nur ein Anbieter *de facto*-Standards setzen kann.

Natali Helberger, Institut für Informationsrecht (IViR)

Alexander Scheuer & Peter Strothmann, Institut für Europäisches Medienrecht (EMR)

⁶⁹ Bereichsspezifische ex-ante-Regulierung und Wettbewerbsrecht als komplementäre Instrumente werden auch von der Kommission hervorgehoben, Mitteilung KOM (1999) 540, a.a.O., S. 18 und S. 33.