

Blick nach Brüssel

EuGH-Urteil zur Kabelvollbelegung nach dem Nds. Landesmedieng

I. Vorgeschichte

Zum zweiten Mal innerhalb von einem Jahr hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) über Must-Carry-Verpflichtungen in einem Mitgliedstaat zu befinden. Am 13.12.2007 entschied er, dass Must-Carry-Verpflichtungen im Einklang mit Art. 49 EG-V stehen, wenn sie ein Ziel des allgemeinen Interesses wie die Aufrechterhaltung des pluralistischen Charakters des Fernsehprogramms verfolgen und nicht unverhältnismäßig sind. Die Durchführung der Regelung muss zudem einem transparenten Verfahren unterliegen, das auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht¹. Der 2007 entschiedene Fall *UPC* war in Belgien verortet und erging unter dem Gesichtspunkt von Art. 49 EG-V (Dienstleistungsfreiheit). Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der belgischen Must-Carry-Regelungen und der Entscheidung des dortigen Ausgangsrechtsstreits war die Universaldienstrichtlinie (UDRL)², die in Art. 31 die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Must-Carry-Verpflichtungen sekundärrechtlich regelt, noch nicht in Kraft. Wie damals prognostiziert³, war die belgische Entscheidung von großer Relevanz für das neuerliche Verfahren, über das hier zu berichten ist: Der EuGH hat am 22.12.2008 auch die Voraussetzungen und Reichweite von Must-Carry-Verpflichtungen in mitgliedstaatlichen Mediengesetzen am Maßstab des Art. 31 Abs. 1 UDRL abgesteckt⁴.

II. Verfahren C-336/07

1. Ausgangsrechtsstreit

Vorausgegangen war eine Kabelbelegungsentscheidung der niedersächsischen Landesmedienanstalt (NLM) aus dem Jahr 2005, die die Kabel Deutschland Vertrieb & Service GmbH (KDG) vor dem VG Hannover angefochten hatte. Die KDG – Betreiberin des ehemals von der Deutsche Telekom AG aufgebauten und veräußerten landesweiten Kabelnetzes – störte sich an den Regelungen von § 37 Abs. 1, 2 des Niedersächsischen Mediengesetzes (NMedienG). Danach sind von der NLM zum einen die in Niedersachsen per digitaler Terrestrik (DVB-T) verbreiteten Rundfunkprogramme automatisch bei der Kabelbelegungsentscheidung für das analoge Kabelnetz zu berücksichtigen und wird deren Einspeisung vorgeschrieben. Zum anderen ist nach § 37 Abs. 2 NMedienG bei einem über die analoge Kabelkapazität des Kabelnetzes hinausgehenden Interesse durch Programmveranstalter an einer Verbreitung in just diesem analogen Netzspektrum eine Vollbelegung der Kapazitäten durch die NLM vorzunehmen. Das VG Hannover hielt die Entscheidung der NLM für im Einklang mit niedersächsischem Recht stehend, hatte jedoch Zweifel an einer Europarechtskonformität von § 37 Abs. 1, 2 NMedienG, insbesondere an der Vereinbarkeit mit Art. 31 Abs. 1 UDRL. Daher legte

es dem EuGH insgesamt vier Fragen vor, von denen sich drei mit der generellen Kabelbelegungsentscheidung befassen; eine weitere Frage ging dahin, ob auch Telemedien, insbesondere Teleshopping, von Übertragungsverpflichtungen nach Art. 31 UDRL erfasst sein könnten.

2. Einschlägiges sekundäres TK-Gemeinschaftsrecht

Kabelbestimmungen der Mitgliedstaaten sind seit zwei Jahrzehnten streitige und oft vom EuGH zu entscheidende Fälle von nationalen Beschränkungen des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs⁵. Die primärrechtlichen Ergebnisse werden von den Telekommunikationsunternehmen als zu regelungsfreundlich angesehen und die Liberalisierungstendenzen der Kommissionsinitiative des TK-Richtlinienpakets, insbesondere der Rahmenrichtlinie⁶, weisen zugunsten der (privaten) Netzeigner in Richtung einer größeren unternehmerischen Verfügungsfreiheit über Netzinfrastrukturen. Wer in Netze investiert, sollte auch frei sein, „sein“ Geschäftsmodell durchzusetzen, ohne dass der Staat, der kein Netzmonopol mehr hat, den Privaten zu viele Vorgaben auferlegen können soll. Dagegen steht – abgesehen vom stets geltenden Wettbewerbsrecht – das Interesse des Mediengesetzgebers, Vielfalt in den Kabelnetzen zugunsten des Rezipienten zu sichern, der durch Mietrecht und andere Determinanten wenig Ausweichmöglichkeiten hat. Davon unterscheidet sich das Kabel vom Satellitenempfang.

Art. 31 UDRL versucht den Spagat, zwischen beiden Interessen auszugleichen, indem er vorsieht:

„(1) Die Mitgliedstaaten können zur Übertragung bestimmter Hör- und Fernschrundfunkkanäle und -dienste den unter ihre Gerichtsbarkeit fallenden Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hör- und Fernschrundfunkdiensten genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, zumutbare Übertragungspflichten auferlegen, wenn eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Netze als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und Fernsehsendungen nutzen. Solche Verpflichtungen dürfen jedoch nur auferlegt werden, soweit sie zur Erreichung klar umrissener Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sind; sie müssen verhältnismäßig und transparent sein. Sie werden regelmäßig überprüft.“

(2) Weder Abs. 1 dieses Artikels noch Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) beeinträchtigt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, in Bezug auf die nach diesem Artikel auferlegten Verpflichtungen ggf. ein angemessenes Entgelt festzulegen; dabei ist zu gewährleisten, dass bei vergleichbaren Gegebenheiten keine Diskriminierung hinsichtlich der Behandlung der Unternehmen erfolgt, die elektronische Kommunikationsnetze betreiben. Sofern ein Entgelt vorgesehen ist, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Erhebung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und in transparenter Weise erfolgt.“

3. Grundsatzfrage des deutschen Medienrechts

Das Verfahren ist besonders interessant für die deutsche Medienrechtslandschaft, weil § 37 Abs. 2 NMedienG die letzte landesrechtliche Norm ist, die noch zu einer Vollbelegung des analogen Kabels durch die zuständige Landesmedienanstalt führen kann. In den Jahren zuvor waren unter dem Einfluss des TK-Richtlinienpakets aus den Jahren 2001/2002, zu dem auch die

1. EuGH, Rs. C-250/06, Slg. 2007 S. I-11135 – United Pan-Europe Communications Belgium u.a.; vgl. dazu ausführlich *Schmittmann*, Blick nach Brüssel, AfP 1/2008 S. 46 ff.

2. Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 51-77.

3. *Schmittmann*, Blick nach Brüssel, AfP 1/2008 S. 46 ff.

4. EuGH, Urteil vom 22.12.2008, Rs. C-336/07 – Kabel Deutschland Vertrieb & Service, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht; Abdruck in diesem Heft auf S. 42 ff.

5. Erinnert sei nur an EuGH Slg. 1992 S. I-6757 – Kommission / J. Belgien und EuGH Slg. 1988 S. 2085 – Kabelregelung.

6. ABl. L 108 S. 33 vom 07.03.2002.

UDLR gehört, die Belegungsregimes in den meisten Ländern neu gestaltet worden. Dabei gingen viele Länderparlamente von einer Europarechtswidrigkeit einer Vollbelegung des analogen Kabels durch die Landesmedienanstalten aus⁷.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens KDG, die abgesehen von den drei Bundesländern NRW, Hessen und Baden-Württemberg in allen deutschen Bundesländern Netze hält und damit 11 verschiedenen Landesmediengesetzen unterliegt, führte den Rechtsstreit als Musterfall mit erheblichem Aufwand. In der mündlichen Verhandlung ließ sie ihre Verfahrensbevollmächtigte auf Befragen der Vierten Kammer des EuGH zu ihrer Klagemotivation ausführen, dass eine Vollbelegung durch die NLM bürokratischer als eine in anderen Bundesländern übliche Teilbelegung sei; der Vorrang für DVB-T-Nutzer in der Rangfolge stärke eine ungewünschte Technik, die dem Kabel Wettbewerb mache und schließlich störe sie wirtschaftlich, dass ein Shopping-Channel Begünstigter einer Must-Carry-Bestimmung sein könne.

4. Vollbelegung mit Europarecht vereinbar

Dieser Auffassung hat der EuGH nun im Detail und im Gesamten eine Absage erteilt. Er stellte klar, dass eine Belegung von mehr als der Hälfte der Kabelkapazität als europarechtsgemäß angesehen werden kann, wie das die deutsche Rechtsprechung und Literatur schon im Vorfeld tat⁸. Teile der Literatur waren der Auffassung, ein Kabelvollbelegungsregime sei europarechtswidrig, da Art. 31 UDRL von „bestimmten“ Fernsehkanälen spreche, für die Übertragungspflichten auferlegt werden können. Dies könne keinesfalls zu einer Vollbelegung führen, das Wort „bestimmt“ schließe eine Vollbelegung aus⁹. Schon 2002 war jedoch die EU-Kommission der Auffassung, dass das Kriterium der bestimmten Fernsehkanäle kein quantitatives Kriterium ist. Vielmehr bedeutet es, dass die Fernsehkanäle im Voraus bezeichnet werden müssten¹⁰. Die zutreffende Auffassung der EU-Kommission hat der EuGH nunmehr bestätigt. Nach seinem jüngsten Urteil verlangt Art. 31 UDRL nur, dass die von den Übertragungsverpflichtungen profitierenden Inhalteangebote nur spezifisch bezeichnet werden müssten, Art. 31 UDRL enthalte jedoch kein quantitatives Kriterium¹¹.

Aber auch im Übrigen hielt der EuGH ein Vollbelegungsregime wie in § 37 Abs. 2 NMedienG niedergelegt für vereinbar mit Art. 31 UDRL, solange es verhältnismäßig und transparent ist und der Erreichung klar umrissener Ziele diene. Das Ziel von Must-Carry-Verpflichtungen wie in § 37 Abs. 1, 2 NMedienG war und ist der Pluralismus des Fernsehangebots. Ein solches Ziel war schon immer als klar umrissenes Ziel i.S. von Art. 31 UDRL anerkannt¹² worden. Auch der EuGH hatte dies in seiner Entscheidung *UPC* ausgeführt¹³ und bestätigte es in der jetzigen Entscheidung einmal¹⁴ mehr.

In der *UPC*-Entscheidung verlangte der EuGH, dass Übertragungsverpflichtungen keinen Automatismus dahingehend enthalten dürften, dass von den Must-Carry-Verpflichtungen automatisch alle Fernsehsender eines privaten Rundfunkveranstalters profitieren dürften¹⁵, sondern sie seien streng auf diejenigen Programme zu beschränken, deren gesamter Programminhalt geeignet ist, ein Ziel allgemeinen Interesse zu erreichen. Die KDG argumentierte im nun entschiedenen Verfahren, dass die Berücksichtigung der per DVB-T in Niedersach-

sen verbreiteten Programmangebote bei der Kabelbelegungsentscheidung gem. § 37 Abs. 1 NMedienG ein solcher Automatismus sei. Dieser Ansicht ist der EuGH nicht gefolgt. Er sah in der Regelung des § 37 Abs. 1 NMedienG vielmehr die Sicherstellung, dass die so von der Belegungsentscheidung berücksichtigten Programme bereits eine Auswahl i.S. des Pluralismus erfahren hätten¹⁶ und dementsprechend der Beitrag dieser Programme zur Meinungsvielfalt gesichert sei¹⁷. Auch beanstandete der EuGH das Verfahren, mit dem die einzuspeisenden Programme nach § 37 Abs. 1, 2 NMedienG ausgewählt werden, nicht hinsichtlich seiner Transparenz.

Im Weiteren ist der EuGH der Auffassung, dass eine Vollbelegung des analogen Kabelspektrums durch die Landesmedienanstalt geeignet¹⁸ und erforderlich¹⁹ sein kann, um das Ziel der Sicherung der Meinungsvielfalt zu erreichen. Eine grundsätzliche Unverhältnismäßigkeit einer solchen Regelung lehnt er ab²⁰. Er traf damit eine Entscheidung zugunsten des Pluralismus als eines im Allgemeininteresse stehenden Rechtsguts und erteilte den Wunsch der KDG, die einzuspeisenden Programmangebote selbst auswählen zu dürfen und diese Entscheidung nur einer ex-post-Kontrolle durch die Behörde zu unterwerfen, eine Absage.

Eine Vollbelegung durch die zuständige Landesmedienanstalt sei nur dann unverhältnismäßig, wenn sie dem jeweiligen Plattformbetreiber, der von der Entscheidung betroffen ist, wirtschaftlich unzumutbar sei²¹. Allerdings könne der Gerichtshof im vorliegenden Fall dazu keine Entscheidung treffen, da der ihm mitgeteilte Sachverhalt für eine Entscheidung nicht ausreiche und dies im Übrigen die Sache des Ausgangsgerichts sei. Zur Annahme einer solchen Unzumutbarkeit wird das VG Hannover voraussichtlich auch nicht gelangen können, da von der KDG auch Must-Carry-Programme mit einem auskömmlichen Einspeiseentgelt belegt werden.

5. Telemedien auch privilegierungsfähig

Darüber hinaus entschied der EuGH, dass auch Telemedien bei Übertragungsverpflichtungen berücksichtigt werden können und dies ebenfalls in Einklang mit Art. 31 UDRL stehe. Die Richtlinie sei insoweit inhaltneutral zu verstehen²² und Telemedien seien Fernsehdienste i.S. von Art. 31 UDRL. Hierzu verweist der EuGH auf seine *Mediakabel*-Rechtsprechung, nach der Fernsehdienste alle solchen Dienste sind, die zum zeitgleichen Empfang durch die Allgemeinheit vorgehalten werden²³. Die Regelung zur Einspeisung der Telemedien müsste aber den übrigen Voraussetzungen von Art. 31 UDRL entsprechen, insoweit seien dieselben Maßstäbe anzulegen wie zuvor beschrieben.

6. DVB-T-übertragene Programme privilegierungsfähig

Der Must-Carry-Status von Programmen, die in Teilen des Bundeslandes Niedersachsen über DVB-T verbreitet werden, war eine durchaus offene Frage. Über die bereits unter 4. dargelegten Antworten hinaus hatte sich der Gerichtshof mit dem weiteren Argument der Klägerin auseinanderzusetzen, jemand verbreite sein Programm über DVB-T nur, damit er im Kabel „sicher sei“, was nicht von der Hand zu weisen war. Hierzu lässt sich der EuGH zwar im Ergebnis klar zugunsten der Must-Carry-Bestimmungen aus, seine Begründung ist indessen recht schwer verständlich:

„In diesem Zusammenhang stellt sich das vorliegende Gericht erstens die Frage, ob die in § 37 NMedienG vorgesehene, Kabel Deutschland auf-

7. Vgl. zur Europarechtswidrigkeit der Vollbelegung nur: *Dörr/Volkman*, Die Kabelbelegungsregelungen, 2005, S. 51 ff.

8. Vgl. OVG Koblenz, ZUM 2003 S. 704 (706); Charissé, ZUM 2003 S. 706; *Schütz*, Kommunikationsrecht, 1. Aufl. 2004, Rdn. 443.

9. Vgl. *Dörr/Volkman*, a.a.O. (Fn. 7), S. 57.

10. Arbeitspapier der EU-Kommission vom 14.07.2002, S. 11.

11. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 24, 26.

12. Vgl. *Dörr/Volkman*, a.a.O. (Fn. 7), S. 54 ff. m.w.N.

13. EuGH, Rs. C-250/06, Rdn. 42.

14. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 38.

15. EuGH, Rs. C-250/06, Rdn. 47.

16. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 44.

17. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 45.

18. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 51.

19. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 53.

20. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 54.

21. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 55.

22. EuGH, Rs. C-336/07, Rdn. 60.

23. EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-89/04 – *Mediakabel*, Slg. 2005 S. I-4891.

erlegte Verpflichtung, die bereits über DVB-T ausgestrahlten Kanäle einzuspeisen, die zur Belegung von mehr als der Hälfte ihres analogen Kabelnetzes führt, i.S. von Art. 31 Abs. 1 Satz 2 der Universaldienstrichtlinie verhältnismäßig ist. So fragt sich das Gericht, ob eine solche Bestimmung zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das dafür Erforderliche hinausgeht.

Das Ziel selbst, den Endnutzern ein identisches Angebot anzubieten, das über verschiedene Übertragungswege ausgestrahlt wird, steht der Annahme entgegen, dass die Pflicht zur Übertragung der Kanäle im Hinblick darauf zu beschränken wäre, dass in einigen Gebieten des Landes Niedersachsen die Endnutzer die betreffenden Fernsehkanäle auch terrestrisch empfangen können. Zudem gebietet es dieses Ziel, dass die Zahl der Kanäle des analogen Kabelnetzes, für die die Übertragungspflicht gilt, der Zahl der Kanäle entspricht, die terrestrisch ausgestrahlt werden. Deshalb kann sich im Ausgangsverfahren die streitige Verpflichtung angesichts der Zahl der terrestrisch ausgestrahlten Kanäle und der zur Verfügung stehenden Kanäle des analogen Kabelnetzes, die zur Belegung von mehr als der Hälfte der verfügbaren Kanäle führt, mangels anderer Mittel, mit denen das angestrebte Ziel ebenso wirksam erreicht werden kann, als verhältnismäßig erweisen²⁴.

Umgangssprachlich übersetzt sagt der EuGH damit, dass der Gesetzgeber ein zulässiges Ziel verfolgt, wenn er die Identität von terrestrischem und kabelgebundenem Programmangebot anstrebt. Wenn DVB-T nur deshalb genutzt wird, um auch im Kabel vertreten zu sein, so kann dem kein Umgehungsverwurf geltenden Rechts entgegengehalten werden.

III. Schlussbemerkung

Die sich aus diesem Urteil ergebenden Konsequenzen sind weit reichend. Den großen Regionalgesellschaften unter den Kabelnetzbetrei-

bern in Deutschland wie der KDG ist bei ihrem Kampf für eine größere Verfügungsgewalt über ihre analogen Kabelnetze kein Sieg gelungen. Der EuGH hat klargestellt, dass auch weit reichende Übertragungspflichten im analogen Kabel im Einklang mit Europarecht stehen, und zwar sowohl nach Primärrecht (siehe den Fall UPC) als auch nach Art. 31 UDRL. Der Gerichtshof interpretiert das Sekundärrecht in Konkordanz zu Art. 49 EG-V. Die telekommunikationssektorspezifische Richtlinie taugt nicht, auf medieninhalterrelevante Belange des Staates Einfluss zu nehmen, es ist eher ein moderater Verfahrensrahmen. Solange die Kabelnetzbetreiber also analoge Kabelnetze betreiben, werden sie mit der eingeschränkten Verfügungsgewalt über ihre Netze leben müssen. Ihr Ausweg ist die Beschleunigung der Digitalisierung der Kabelnetze. Keines der Must-Carry-Regimes in Deutschland sieht nämlich zwingend analoge Programmverbreitung vor. Wenn die Kabelnetzbetreiber also die Digitalisierung ihrer Netze vorantreiben und die analogen Kapazitäten auf Null zurückführen, müssen sie nur noch die rudimentären Übertragungspflichten nach § 52b Rundfunkstaatsvertrag beachten. Ihre Handlungsfreiheit ist in einem solchen Fall deutlich ausgeweitet. Das Urteil eröffnet damit eine Chance für einen Fortschritt der Digitalisierung. Die hier verfestigte Rechtsprechung hat also nur eine gewisse Halbwertszeit, wiewohl etwaigen späteren strengeren Belegungsregelungen zugunsten der Pluralität im digitalen Spektrum schon heute eine große Chance gemeinschaftsrechtlicher Kompatibilität prognostiziert werden kann.

Rechtsanwalt Michael Schmittmann, Düsseldorf
Rechtsanwalt Philip Kempermann, LL.M., Düsseldorf²⁵

24. A.a.O., Rdn. 40, 41.

25. Rechtsanwalt Michael Schmittmann ist Partner, Philip Kempermann, LL.M., Rechtsanwalt in der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf.