

Stellungnahme

Novellierung der Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung (ZPS)

29. Februar 2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

Die Landesmedienanstalten haben in gemeinsamer Abstimmung die Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung gemäß § 53 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) überarbeitet. Bitkom bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Wir möchten hierbei auf die nachfolgenden Aspekte gerne näher eingehen:

I. Allgemeine Anmerkungen

Die Plattformregulierung ist wesentlicher Teil der Bestimmungen zur Übertragung von audiovisuellen, meinungsbildungsrelevanten Inhalten. Ihr Ziel ist die Sicherung von Angebots- und Anbietervielfalt.

Die Plattformregulierung ist auf die Erfüllung konkreter gesellschafts- und wirtschaftspolitisch legitimer Ziele auszurichten. Im Kern geht es um das Gelingen privater und öffentlicher Kommunikation unter sich ändernden Rahmenbedingungen. Zugleich geht es um die Schaffung einer geeigneten Grundlage für eine prosperierende Medien- und Kommunikationswirtschaft, die ihrerseits wiederum in die Lage versetzt werden muss, zum Gelingen gesellschaftlicher Kommunikation beizutragen. Dazu gehören hochleistungsfähige Kommunikationsinfrastrukturen genauso wie attraktive Inhalte. Ein ausgewogenes Verhältnis der Beiträge von Infrastruktur-, Plattform-, Dienste- und Inhalteanbietern zur Erreichung dieser Ziele herzustellen, sollte im Mittelpunkt übergreifender Reformüberlegungen für eine, das Notwendige regelnde, zukunftsorientierte Plattformregulierung stehen.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Marie-Teresa Weber
**Referentin Verbraucherrecht
& Medienpolitik**

T +49 30 27576-221
mt.weber@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 2|13

Der Kunde verfügt heute über eine breite Auswahlmöglichkeit hinsichtlich des Zugangs zu audiovisuellen Inhalten. Neben den klassischen Verbreitungswegen (Kabel, Satellit und Terrestrik) und mittels IPTV, sind Inhalte heute gleichermaßen auch über das Internet zugänglich. Benutzeroberflächen von Smart-TV-Herstellern sowie Angebote von OTT-Anbietern verschaffen eine zusätzliche komfortable Auffindbarkeit der Inhalte für die Nutzer zu den zuvor genannten Verbreitungswegen. Die technischen Entwicklungen eröffnen somit bereits heute eine Vielfalt von Wahlmöglichkeiten für den Nutzer, die von ihm gesuchten Inhalte zu finden, und für den Inhalteanbieter, den Nutzer zu erreichen. Im Ergebnis schwindet damit die Grundlage für den ursprünglich angenommenen Regulierungsbedarf drastisch. Inwiefern der Bedarf für eine Regulierung in diesem Bereich überhaupt fortbesteht, ist für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen und anhand hinreichend konkreter Gefährdungen zu begründen.

Die Digitalisierung und die weiter fortschreitende Konvergenz führen zu einer zunehmenden Öffnung und Diversifizierung der Medien- und Internetwertschöpfungskette. Der Entwurf der zu novellierenden ZPS lässt erkennen, dass dieser Ausgangsbefund von den Landesmedienanstalten dem Grunde nach geteilt wird. Bitkom begrüßt daher den Ansatz einer umfassenden Betrachtungsweise im Entwurf der novellierten ZPS. Aus unserer Sicht sind jedoch auf Grundlage dieser prinzipiell zu begrüßenden Gesamtbetrachtung an verschiedenen Stellen des Entwurfs nicht die richtigen Schlüsse gezogen worden. Dazu später im Detail mehr bei der Kommentierung der konkreten Änderungsvorschläge.

Es ist bereits fraglich, ob die aus einer solchermaßen umfassenden Gesamtbetrachtung abzuleitenden Änderungsnotwendigkeiten, die sich in einzelnen der im Entwurf niedergelegten Vorschläge zur Änderung der Satzung widerspiegeln, allein mittels Änderung umgesetzt werden können. In mehreren Fällen – dazu unten bei den einzelnen zu kommentierenden Änderungsvorschlägen mehr im Detail – überschreiten die Regulierungsvorschläge aus unserer Sicht klar den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des § 53 Rundfunkstaatsvertrag. Die zum Teil starken Eingriffe bedürfen zudem einer gesetzlichen Grundlage. Die Rechtsform der Satzung reicht für Regelungen von solch starker Eingriffsintensität nicht aus.

Problematisch ist daneben bei einer umfassenden Regulierung, dass die entsprechenden Diskussionen auf nationaler Ebene - zum Beispiel im Rahmen der Bund-Länder-Kommission Medienkonvergenz sowie der Rundfunkkommission der Länder – sowie auf EU-Ebene bei weitem nicht abgeschlossen sind. Die Bund-Länder-Kommission Medienkonvergenz hat Ende 2015 einen ersten Zwischenbericht vorgelegt. Die EU sucht im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (DSM Strategy) aktuell nach Antworten auf die drängenden Fragen der Medienpolitik im digitalen Zeitalter. Weder der Prozess der Evaluierung der Audiovisuelle Mediendienste-Richtlinie (AVMD-RL) noch die gerade durch eine öffentliche Konsultation intensivierte Debatte um eine europäische Plattformregulierung haben bisher zu

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 3|13

konkreten Entscheidungen in Richtung einer neuen Regulierung geführt. Angesichts der noch laufenden politischen Standort- und Zielbestimmungen, ist aus Sicht des Bitkom Zurückhaltung geboten. Eine vorzeitige, einseitige und isolierte Formulierung von Antworten, insbesondere in Form einer zur Gesetzeskonkretisierung bestimmten Satzung, ist weder ausreichend zukunftsfest noch ratsam.

Besonders problematisch wäre aus unserer Sicht außerdem die Einführung zusätzlicher oder die Überführung bestehender, hochgradig unbestimmter Rechtsbegriffe aus dem RStV in die Satzung. Im zu kommentierenden Entwurf werden durch die vagen, verstärkt auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe durch die Satzung eher noch mehr Fragen aufgeworfen als geklärt. Dies widerspricht dem gesetzlichen Leitbild und dem Ziel einer normkonkretisierenden Satzung. Auch hierzu folgen später noch konkrete Ausführungen zu den einzelnen Regelungen.

1. Für Deregulierung der klassischen Plattformregulierung

Die der traditionellen Plattformregulierung zugrundeliegende Knappheitssituation der Übertragungswege für die Verbreitung von audiovisuellen Inhalten liegt inzwischen faktisch nicht mehr vor. Der enorme Zuwachs an neuen Angeboten, insbesondere im Bereich der Over-the-top content-Anbieter (OTTs) schafft einen nie dagewesenen Wettbewerb zwischen den verschiedenen Plattformbetreibern. Dies führt zu einer starken Minimierung des Missbrauchspotentials einzelner Marktteilnehmer. Die Digitalisierung führt zu einem enormen Anstieg der Angebotsvielfalt und zu einem Souveränitätsgewinn für den einzelnen Zuschauer.

Dieser ist heute in der Lage, im Rahmen seines medialen Zeitbudgets Medien selbstbestimmter als zu Zeiten der analogen TV-Welt zu nutzen. Die neue Marktsituation schafft beachtliche Deregulierungspotentiale. Die Plattformregulierung sollte daher nur noch in den Fällen eingreifen, in denen überhaupt (noch) Gefährdungen der Angebots- und Anbietervielfalt nachgewiesen sind. Auch die Art und Weise der Regulierung sollte angepasst werden. Sollten in bestimmten Bereichen solche Gefährdungen festgestellt werden, so sollte eine im Vergleich zur umfassenden ex-ante Regulierung weniger eingriffsintensive ex-post Missbrauchskontrolle gewählt werden. Der Entwurf der novellierten ZPS zeigt jedoch, dass Deregulierungspotentiale offenbar gar nicht Gegenstand der Überprüfung waren. An einigen Stellen im Entwurf ist entgegen der bisherigen Praxis, wonach die Landesmedienanstalten (LMA) auf Beschwerden hin tätig wurden, nun sogar eine ex-ante Regulierung vorgesehen. Eine solche Verschärfung der Regulierung verkennt die Grundprämisse, dass der inzwischen so starke Wettbewerb im Mediensektor und das Wegfallen der Knappheitssituation der Übertragungswege in vielen Fällen zu einem Wegfall der ursprünglichen Regulie-

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 4|13

rungsgründe geführt haben, was in der Konsequenz dazu führt, dass hier dereguliert werden sollte.

Die bloße Ausdehnung der Regulierung auf neue Anbieter, wie die OTTs, ohne die gleichzeitige Ausschöpfung von Deregulierungspotentialen, ist aus Sicht des Bitkom der falsche Weg.

2. Für eine faire Balance zwischen den Rechten und Pflichten von Infrastrukturanbietern und Inhaltenbietern

Wenn und soweit ein demokratisch notwendiger und damit (verfassungs-) rechtlich begründeter Regulierungsbedarf neu entsteht oder fortbesteht, ist ein Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Infrastruktur- und Plattformanbieter und der Inhaltenbieter herzustellen. Eingriffe in die Rechte der Infrastruktur- und Plattformanbieter wie die must-carry-Pflichten bedürfen zwingend einer angemessenen Kompensation. Denn ohne ausreichende Refinanzierungsmöglichkeiten für die Infrastruktur- und Plattformanbieter sind die gesellschaftlich wichtigen Ziele der Medienvielfalt sowie der Breitbandversorgung nicht zu erreichen. Die Plattformanbieter als solche werden allein nicht umfassend in der Lage sein, den geforderten Beitrag zur Vielfaltsicherung zu leisten beziehungsweise alle im Entwurf vorgesehenen Pflichten zu erfüllen. Sie sind in vielen Fällen auf die Kooperation der Inhaltenanbieter angewiesen. Die starke Verhandlungsposition einiger Inhaltenanbieter – bis hin zu einer inzwischen höchststrichlerlich festgestellten Marktbeherrschung einzelner Veranstalter – gegenüber manchen Plattformanbietern ist u. a. durch die rasante Zunahme von Plattformen längst gestiegen. Den damit einhergehenden Einflusspotentialen sollte durch eine ausgewogene Regulierung Rechnung getragen werden. Eine dringend notwendige Voraussetzung hierfür ist prozeduraler Natur: Um im Einzelfall ein ausgewogeneres Verhältnis herzustellen, muss ein Beschwerderecht für Plattformanbieter eingeführt werden.

3. Plattformregulierung darf Innovation und Wachstum nicht hemmen

Die Innovationskraft in einem sich so schnell wandelnden Markt wie dem des Medien- und Kommunikationssektors darf durch die Plattformregulierung nicht ausgebremst werden. Die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle muss gefördert und darf nicht verlangsamt werden. Um eine Verzerrung der Verhandlungspositionen der Marktbeteiligten zu verhindern, müssen gleiche Maßstäbe an beide Verhandlungspartner angelegt werden. Zwischen den Infrastruktur- und Plattformanbietern und den Inhaltenbietern sollte weitestgehend der Grundsatz der Vertragsfreiheit herrschen. Es sollte der Grundsatz gelten, dass alle gegenseitig erbrachten Leistungen auch in der Praxis in Ansatz gebracht werden können. Insbesondere einseitige Vermarktungsverbote stehen dem entgegen.

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 5|13

II. Kommentierung der einzelnen vorgeschlagenen Änderungen

1. Zu §§ 1 und 2 ZPS-E: Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

Zunächst ist wie bereits angesprochen festzustellen, dass der generalisierende Zugang zur Plattformregulierung über den weiten Anwendungsbereich in § 1 ZPS-E und die weite Definition in § 2 ZPS-E sowohl vor dem Hintergrund der §§ 52 Abs. 1 Satz 3, 53 Satz 2 RStV als auch demjenigen des Art. 31 UD-RL nicht von der Prüfung der Relevanz der einzelnen Plattform zur Erreichung der Regelungsziele und damit von der Prüfung des Regulierungsbedarfs im Einzelfall entbinden. Sowohl in § 1 als auch in § 2 ZPS-E werden hochgradig unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. So macht die Ergänzung „Angebots- und Anbietervielfalt“ den Begriff „Meinungsvielfalt“ in § 1 Abs. 1 S. 2 ZPS-E nicht weniger auslegungsbedürftig. Bei dem Versuch der Definition der marktbeherrschenden Stellung in § 1 Abs. 2 Zf. 1 S. 2 ZPS-E werden ohne weitere Erklärung die beiden an sich schon unbestimmten Rechtsbegriffe „Meinungsmacht“ und „marktbeherrschende Stellung“ vermischt. Zunächst muss zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung geklärt werden, von welchem Markt die Rede ist. Hier ist ein enger, intendierter Konnex zu Medien unerlässlich. Zur Bestimmung der Meinungsmacht ist ein großer Einfluss auf die öffentliche und individuelle Meinungsbildung notwendig. Denn nicht jedes Handeln eines Infrastruktur- und Plattformanbieters ist für die Meinungsbildung und daher für die Medienregulierung relevant und daher medienrechtlich zu bewerten. Es besteht die Gefahr, dass die vorgeschlagene Regelung in der Praxis aufgrund ihrer Unbestimmtheit zu weit ausgelegt wird. Ein derart unkonkreter Anwendungsbereich widerspricht dem Leitbild einer normkonkretisierenden Satzung. Außerdem ist äußerst fraglich, ob die Frage der Marktbeherrschung und der Meinungsmacht in einer Satzung geregelt werden können. Eine solch weitreichende Regelung steht nicht mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts im Einklang.

Im Vergleich zu den von den Medienanstalten geplanten Satzungsänderungen beschränkt sich die bislang geltende Fassung der ZPS darauf, auf Plattformen mit marktbeherrschender Stellung „in entsprechender Anwendung von § 19 GWB“ (a.F., heute § 18 GWB) zu verweisen, d.h. ohne weitere Bezugnahmen auf vorherrschende Meinungsmacht oder medienrelevante verwandte Märkte. Die zugrundeliegende Satzungsermächtigung in § 52 Abs. 1 Satz 3 RStV wiederum bezieht sich – über den Verweis auf Satz 1 Nr. 1 und ohne jede weitere Konkretisierung - auf Plattformen mit „marktbeherrschender Stellung“. Sollte § 1 Abs. 2 Nr. 1 ZPS in der jetzigen Entwurfsfassung in Kraft treten, droht damit eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Plattformregulierung.

Die Rundfunkstaatsvertragsparteien haben – wie aus der amtlichen Begründung zum 10. RÄStV ersichtlich – den Begriff der „marktbeherrschenden Stellung“ bei § 52 RStV ersichtlich als feststehenden Rechtsbegriff verwendet, ohne dass in irgendeiner Form

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 6|13

erkennbar wäre, dass damit etwas anderes gemeint sein sollte als ein rein kartellrechtliches Begriffsverständnis. Wenn die Landesmedienanstalten den Begriff nun dahingehend „konkretisieren“ wollen, dass auch kartellrechtsfremde Faktoren zu berücksichtigen sein sollen, so überschreiten sie ihre Befugnis als Satzungsgeber. Der Satzungsgeber ist dazu ermächtigt, den Rundfunkstaatsvertrag zu konkretisieren. Er ist nicht dazu ermächtigt, den Anwendungsbereich des Rundfunkstaatsvertrags zu erweitern. Die geplante Änderung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 ZPS-E überschreitet die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage.

Die geplante Neuregelung dürfte außerdem gegen das Gebot der Normenklarheit verstoßen. Denn es bleibt unklar, in welchem Verhältnis die unterschiedlichen Maßstäbe zur Bestimmung von Marktbeherrschung zueinander stehen sollen. Insgesamt führt der Vorschlag damit zu mehr Rechtsunsicherheit und weniger Vorhersehbarkeit von Regulierungsmaßnahmen bei den potenziell betroffenen Adressaten.

Grundsätzlich begrüßenswert ist, dass die Satzung anerkennt, wie sehr sich das Spektrum an relevanten Plattformanbietern ausgedehnt hat. Die Neujustierung des Anwendungsbereichs in § 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZPS-E durch die Einbeziehung von OTTs ohne die gleichzeitige Suche nach Deregulierungspotentialen, ist aus Sicht des Bitkom jedoch der falsche Weg. Um ein level-playing-field herzustellen, sollte vielmehr aufgrund des oben beschriebenen Wegfalls des ursprünglichen Regulierungsgrundes konsequent das bisherige Regulierungsniveau für die aktuell regulierten Anbieter heruntergefahren werden.

Begrüßenswert ist ferner, dass der Satzungsgeber den langjährigen Forderungen nach einer Übernahme der Kriterien des Rundfunkstaatsvertrags nachkommt und in § 2 Abs. 1 lit. a) die digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströme mit einbezieht. Problematisch ist jedoch, dass gleichzeitig der Zusatz in § 2 Abs. 1 lit. a) am Ende eingefügt wird, wonach es keiner Kontrolle des Anbieters über die Übertragungskapazität bedarf, um den Plattformbegriff zu erfüllen. Die Vorschriften zu den Plattformen verfolgen wesentlich das Ziel, Bottleneck-Situationen zu regulieren, die durch knappe Übertragungswege entstehen können. Wenn nun genau dieses Kriterium der Kontrolle über Übertragungskapazitäten wegfällt, ist dies nicht im Sinne der dem § 53 Rundfunkstaatsvertrag zugrundeliegenden Grundannahme zur Begründung des Regulierungsbedarfs. Die Ermächtigungsgrundlage dürfte hier klar überschritten sein.

Neben den grundsätzlichen oben bereits geäußerten Bedenken an einer bloßen Erweiterung des Anwendungsbereichs ohne die gleichzeitige Ausschöpfung der bestehenden Deregulierungspotentiale ist außerdem die in § 2 Abs. 2 ZPS-E vorgeschlagene Definition der „vergleichbaren Telemedien“ wenig hilfreich. Der Begriff „vergleichbare Telemedien“ bleibt auch unter Berücksichtigung des im Entwurf enthaltenen Ansatzes zur Erläuterung hochgradig auslegungsbedürftig. Der Begriff wird

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 7|13

durch die Definition letztlich nicht konturiert oder gar in rechtssicher bestimmbarer Form konkretisiert. Was genau solche vergleichbare Telemedien sind – insbesondere audiovisuelle Mediendienste auf Abruf i.S.d. § 58 Abs. 3 RStV - „die sich an die Allgemeinheit richten“, nicht jedoch solche, „die nicht der allgemeinen Meinungsbildung dienen“, wird beim Lesen der Vorschrift nicht deutlich. Das bekannte Abgrenzungsproblem zum Beispiel beim Teleshopping wird dadurch nicht gelöst. Eventuell sollte ergänzt werden, „solche, die nicht *in besonderem Maße*“ der allgemeinen Meinungsbildung dienen.

Statt der im Entwurf vorgenommenen bloßen Ausweitung bestehender Regulierung auf den OTT-Bereich sollten Notwendigkeit und eventuell verbleibender Anwendungsbereich der Plattformregulierung differenzierend überprüft werden. Die Frage der Plattformbelegung sollte von sonstigen Fragen des technischen Zugangs, der Navigation sowie der Vermarktung getrennt betrachtet werden. Bei der Regulierung der Plattformbelegung ist Raum für Deregulierung. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot, wie in § 52 RStV angelegt, sollte im Wege der ex post-Missbrauchsaufsicht durchgesetzt werden. Soweit im Bereich der sonstigen Fragen des Zugangs, der Navigation sowie der Vermarktung nach Ausschöpfung der Deregulierungspotentiale überhaupt noch Regulierungsbedarf besteht, sollten vergleichbare Regelungen für vergleichbare Dienste unabhängig von der zugrundeliegenden Technologie gelten.

2. Zu den Allgemeinen Anforderungen in § 4 ZPS-E

§ 4 Abs. 1 und 2 ZPS enthielt bereits in der bisher geltenden Fassung Anforderungen an die Chancengleichheit der Bedingungen, zu denen die Verpflichteten den Berechtigten den Zugang zu der Plattform anbieten. Problematisch ist an der Regelung, dass das Kriterium „unbillig behindert“ auch im GWB definiert und mit Beispielen versehen ist. Selbst bei Wahl einer (ergänzend) eigenen medienrechtlichen Betrachtung ist „unbillig behindert“ jedoch nicht gleichzusetzen mit „chancengleich“ (siehe dazu auch § 52 lit. d) Sätze 1 – 3 im Abgleich mit S. 4 RStV). Auch in § 4 Abs. 3 hinsichtlich der nichtdiskriminierenden Bedingungen beim Zugangsdienst stimmen die Maßstäbe nicht und werden weder der Regelung im RStV noch den gewandelten und differenzierten Marktrealitäten gerecht.

3. Zum Verhältnis Verpflichtete – Berechtigte in § 3 und § 8

Die in § 3 ZPS-E vorgenommene Einstufung der Plattformanbieter als Verpflichtete und der Anbieter von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien einschließlich elektronischer Programmführer als Berechtigte spiegelt sich in den Vorschriften zur Feststellung der Anforderungen nach §§ 51 b, 52, 52 a bis d RStV in § 7 ZPS-E sowie in der Möglichkeit zur Erhebung einer Beschwerde nach § 8 ZPS-E wieder. Bereits durch die Bezeichnung der Plattformanbieter als Verpflichtete gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 ZPS und der Anbieter von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien als Berechtigte wird in

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 8|13

nicht sachgerechter Form unterstrichen, dass die ZPS keine explizite Möglichkeit eröffnet, auch auf Antrag eines Plattformanbieters zu einer Verfahrensleitung eröffnet, auch auf Antrag eines Plattformanbieters zu einer Verfahrenseinleitung zu kommen, die der Herstellung einer ausgewogenen und fairen Balance zwischen den Interessen der Plattformanbieter und der Inhalteanbieter dient. Dies begegnet zunächst Bedenken einer rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden Ausgestaltung. Die starke Verhandlungsposition einiger Inhalteanbieter – bis hin zu einer inzwischen höchststrichlerlich festgestellten Marktbeherrschung einzelner Veranstalter – gegenüber einzelnen Plattformanbietern ist ferner durch die rasante Zunahme von Plattformen längst gestiegen. Der Inhalteanbieter ist für die Verbreitung seiner Inhalte nicht mehr auf einzelne Plattformanbieter angewiesen ist, was zu einer Verschiebung der Machtverhältnisse führt. Die in § 3 ZPS-E vorgenommene Einstufung der Plattformanbieter allein als Verpflichtete und der Rundfunkanbieter ausschließlich als Berechtigte wird der Anforderung nicht gerecht, etwaigen Gefährdungen für die Vielfalt umfassend und veranlassungsgerecht nachgehen zu können.

Konsequent in der Logik der in § 3 ZPS angelegten Stellung als Berechtigte beziehungsweise als Verpflichtete prüft die zuständige Landesmedienanstalt nach § 7 Abs. 1 lit. a) cc) i.V.m. § 8 Abs. 1 ZPS-E die Einhaltung der Regelungen der Plattformsatzung beziehungsweise des Rundfunkstaatsvertrags auch nur auf Beschwerde der „Berechtigten“. Die als „Verpflichtete“ eingestuften Plattformanbieter haben keine Möglichkeit zur Beschwerde nach § 8 ZPS-E und demnach keinen Anspruch auf Einleitung eines Verfahrens bei der Landesmedienanstalt. Aus Sicht des Bitkom ist dringend die Möglichkeit der Beschwerde auch für die Plattformbetreiber zu fordern. Diese sollten nicht gezwungen sein, bei Feststellen von Beschwerdegründen auf die gerichtliche Klärung des Streits zurückgreifen zu müssen. Die Chancengleichheit in dieser Frage würde auch verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Prinzipien entsprechen. Die strukturelle Ungleichbehandlung in diesem Bereich ist nicht akzeptabel.

4. Zu den in §§ 5 – 9 ZPS-E enthaltenen Verfahrensgrundsätzen

Für die vorgeschlagene Anzeige- und Offenlegungspflicht in § 5 Abs. 1 Zf. 4 ZPS-E hinsichtlich der Übersicht über Entgelte und Tarife für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen und/ oder vergleichbaren Telemedien (§ 52 RStV) besteht aus unserer Sicht kein Regulationsbedürfnis. Die Schaffung der mit der Regelung avisierten Transparenz bei der Anzeige neuer Plattformen funktioniert bereits heute durch entsprechende Kommunikation zwischen den Anbietern und den Landesmedienanstalten und zwar ohne explizite Regelung in der Satzung. Wir plädieren daher mangels eines Bedürfnisses einer Vorabregulierung im Gesetz für die Streichung der vorgeschlagenen Ergänzung.

Bitkom spricht sich außerdem für eine Streichung des in § 5 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZPS-E eingefügten Prüfauftrags der Landesmedienanstalten hinsichtlich der Anforderungen

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 9|13

zur technischen Gleichwertigkeit i.S.d. § 52b Abs. 1 S. 1 Zf. 1 lit. d) RStV aus. Die Einführung der Möglichkeit der Überprüfung von Angaben über die Gleichwertigkeit der technischen Kapazitäten durch die Landesmedienanstalten erhöht die Bürokratie und dreht den in der Praxis bereits erreichten Stand der Anzeigepflicht wieder zurück. Wir plädieren daher für eine Streichung. Die Gleichwertigkeit kann ohnehin lediglich i.S. der jeweiligen technischen Kategorie (etwa innerhalb von SD oder jeweils bei HD und UHD) verstanden werden.

Bitkom plädiert darüber hinaus dafür, den Verweis auf § 3 RStV in § 5 Abs. 4 ZPS-E einzuschränken beziehungsweise zu präzisieren, beispielsweise im Hinblick auf die Einhaltung der Programmgrundsätze und die Barrierefreiheit.

In § 7 Abs. 2 ZPS-E sollen die Prüfungskompetenz sowie die Handlungsmöglichkeiten der Landesmedienanstalten nach einem Verstoß der Plattformanbieter gegen die ihm auferlegten Regeln erheblich erweitert werden. „Verstößt der Plattformanbieter in sonstiger Weise gegen die Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags oder dieser Satzung“, so kann danach die zuständige Landesmedienanstalt Maßnahmen ergreifen, die ausdrücklich von nun an auch einstweiliger Natur sein dürfen. Diese geplante Erweiterung führt zu einer nahezu uferlosen Kompetenz und wird den Anforderungen des § 52 i.V.m. § 38 Abs. 2 RStV nicht gerecht. § 38 Abs. 2 RStV zählt die möglichen durch die Landesmedienanstalt zu ergreifenden Maßnahmen auf. Die Einführung der Möglichkeit des Erlasses einstweiliger Maßnahmen wird im Entwurf vorgesehen, ohne dass konkretisiert wird, wann ein Grund für eine solche einstweilige Maßnahme vorliegt. Dass nun ohne weitere Konkretisierung jeder Verstoß gegen den RStV nach dem Verfahren des § 7 ZPS-E geprüft werden soll, überschreitet die Grenzen der gesetzlichen Grundlage. Nach § 7 Abs. 2 S. 1 letzter Halbsatz ZPS-E kann die Landesmedienanstalt dem Plattformanbieter Gelegenheit zur Nachbesserung geben, wenn dieser gegen die Bestimmungen des RStV verstößt. Das Verb „kann“ in § 7 Abs. 2 ZPS-E steht im klaren Widerspruch zum Verb „ist“ in § 52 b Abs. 4 S. 5 RStV. Danach „ist dem Anbieter einer Plattform eine angemessene Frist zur Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen zu setzen“. Dieses Recht zur Nachbesserung kann nicht im Wege des Satzungserlasses zu einem lediglich fakultativ seitens der Landesmedienanstalten einzuräumenden, mit geringen Anforderungen an die Ermessensausübung versehenen Verfahrensschritt „degradiert“ werden.

Weiterhin ungeklärt bleibt außerdem das Verhältnis von § 7 Abs. 4 ZPS-E zu den nun in § 11 a lit. b) angesprochenen „Maßnahmen“ nach § 7. Sind hier die Maßnahmen nach § 7 Abs. 1 und 2 ZPS-E gemeint?

Es ist fraglich, ob die Streichung des Kriteriums des Scheiterns der Einigungsbemühungen in § 8 Abs. 2 ZPS-E zur Effektivität des Verfahrens beitragen wird. Die Frage des Verschuldens am Scheitern der Gespräche wird ohnehin im Rahmen der Frage der Kostentragung (§ 8 Abs. 4 ZPS-E) geklärt werden müssen. Außerdem ist fraglich,

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 10|13

warum in § 8 Abs. 4 ZPS-E eine eigene Kostentragungsregel eingeführt werden soll. Ist Grundlage für die Kostentragungsregel in den Kostensatzung der Landesmedienanstalten zu finden?

Nach § 9 Abs. 3 ZPS-E soll die zuständige Landesmedienanstalt bei der Überprüfung der Einhaltung der allgemeinen Gesetze im Benehmen mit der für Datenschutz zuständigen Behörde die Aspekte des Datenschutzes mit einbeziehen. Dass die Gesetze des Datenschutzes zu den „allgemeinen Gesetzen“ gehören, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Jedoch würde die Auslegung der Begriff „im Benehmen mit“ nach allgemeinem Verständnis nicht bedeuten, dass die Sicht der für die Kontrolle über die Einhaltung der Datenschutzgesetze zuständigen Datenschutzbeauftragten am Ende Vorrang hätte vor einer eventuell davon abweichenden Einschätzung durch die Landesmedienanstalten. Wenn nur ein Benehmen hergestellt werden soll, besteht aus Sicht des Bitkom die Gefahr von divergierenden Einschätzungen. Eine Einführung einer neben den Datenschutzbehörden zuständigen Kontrollinstanz für das Datenschutzrecht in Gestalt der Landesmedienanstalten lehnen wir ab. Ein solcher Vorgang könnte ohnehin nicht auf Grundlage einer Satzung erfolgen. Die betroffenen Unternehmen brauchen Rechtssicherheit. Die Einschätzung der Datenschutzbehörden muss gelten.

5. Zu §§ 10, 11 ZPS-E: Zuständigkeitsfragen und zu § 11 a ZPSE: Transparenz

Es verbleiben Unklarheiten hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit nach § 10 Abs. 1 ZPS-E. Ferner ist die Abgrenzung der Zuständigkeit der ZAK von derjenigen der GVK nach § 11 Abs. 3 ZPS-E nicht als ausreichend klar anzusehen. Zudem ist das in der Praxis teilweise relevant werdende Verhältnis zwischen der für den Plattformanbieter zuständigen Landesmedienanstalt und derjenigen, die für den Veranstalter zuständig ist, weiterhin nicht vollständig klar.

In der Erklärung zu § 11 a ZPS-E wird klargestellt, dass unter die Transparenzpflichten auch die Veröffentlichung der LCNs zu subsumieren ist. Wir kritisieren, dass das Bestehen eines solchen Rechts zur Veröffentlichung weiterhin unterstellt wird und sprechen uns gegen eine Verfestigung einer dahingehenden Ansicht aus. Im Übrigen schafft die entsprechende bisherige Praxis keinen Mehrwert und sorgt erfahrungsgemäß sowohl bei den Marktteilnehmern als auch bei den Verbrauchern für Verwirrung.

6. Zum Vierten Abschnitt: Besondere Plattform- und Zugangsregelungen

§ 15 Abs. 1 ZPS-E legt fest, dass eine chancengleiche und diskriminierungsfreie Auffindbarkeit der Rundfunk- und vergleichbaren Telemedienangebote gewährt werden muss. Nach § 15 Abs. 2 S. 2 liegt eine Diskriminierung insbesondere dann vor, wenn der Plattformanbieter von seinen eigenen Sortierkriterien abweicht. Es sollte klarge-

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 11|13

stellt sein, dass mit „Abweichung“ hier nicht gemeint sein kann, dass ein Plattformanbieter seine Kriterien zur Anzeige und Sortierung von Inhalten nicht jederzeit nach eigenem Ermessen anpassen und weiterentwickeln darf.

Darüber hinaus würden wir in § 15 Abs. 2 Zf. 1 und 3 eine sprachliche Änderung vorschlagen. Anstatt „angeboten werden“ würden wir vorschlagen „für den Nutzer verfügbar“ einzufügen. Denn das Angebot soll ja gerade für die Nutzer verfügbar sein.

Die nach § 15 Abs. 6 ZPS-E bestehende Pflicht zur Erstellung der Service-Informationen im Datenstrom in der Art und Weise, dass sie von jedermann verwendet werden können, ist ein Beispiel für die in den allgemeinen Anmerkungen festgestellte Problematik, dass bestimmte Ziele nicht eine bestimmte, allein vom Plattformanbieter verlangte Handlung erreicht werden können. Ohne Mitwirkung des Rundfunkveranstalters ist die hier festgelegte Pflicht nicht zu erfüllen. Auch dieses Beispiel unterstreicht die grundsätzliche Notwendigkeit, der (bisherigen) Einstufung der Plattformanbieter rein als „Verpflichtete“ und der Rundfunkanbieter als stets nur „Berechtigte“ eine den heutigen gerade technischen Anforderungen gerecht werdende Differenzierung hinzuzufügen und dies auch verfahrensmäßig abzubilden.

Durch die Einführung des Verbots in § 17 Abs. 1 a.E. ZPS-E, einzelne Veranstalter oder Veranstaltergruppen durch die Ausgestaltung der Entgelte und Tarife strukturell zu benachteiligen, entsteht im Umkehrschluss eine Gleichbehandlungspflicht. Bitkom gibt zu bedenken, dass eine Gleichbehandlungspflicht von „Veranstaltergruppen“ kollusives Verhalten befördern könnte und Medienkonzerne mit mehreren Programmen zusätzliche Verhandlungsmacht erhalten würden.

Zu § 17 a ZPS-E ist zunächst anzumerken, dass eine Übernahme wortgleicher Regelungen aus dem RStV keinen Mehrwert schafft. Bitkom kritisiert jedoch zudem grundsätzlich die Regelung des § 52 a Abs. 3 RStV. Das Verbot, Inhalte von Rundfunkveranstaltern ohne deren Zustimmung zu vermarkten, stellt eine Belastung für die Plattformanbieter dar. Die Plattformregulierung muss offen dafür sein, einen wirtschaftlich fairen Interessenausgleich zwischen den Plattformbetreibern einerseits und den Anbietern von linearen und nicht-linearen Diensten andererseits zu erreichen und ihren Beitrag dazu leisten. Diesen Kompensationsgedanken hat auch Art. 31 der Universaldienstrichtlinie im Sinn, soweit er den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gibt, für verpflichtend einzuspeisende Programme/Telemedien eine angemessene Vergütungspflicht vorzusehen. Aus Sicht des Bitkom müssen Infrastrukturbetreiber angemessene Möglichkeiten zur Refinanzierung der mit dem Transport von Programmen bzw. Telemedien verbundenen Kosten des Netzbetriebes zur Verfügung stehen. Dies kann beispielsweise durch eine Entgeltregelung sichergestellt werden und/oder durch die Möglichkeit, Inhalte selbst zu vermarkten. Generell sollte der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelten.

Stellungnahme zur Novellierung der ZPS

Seite 12|13

Zum Verbot, ohne Zustimmung des Inhabers inhaltliche und technische Veränderungen vorzunehmen, vertritt Bitkom die Auffassung, dass die Entscheidung über die Darstellung auf dem Bildschirm letztlich in der Hoheit des Nutzers steht. Es sollte für den Nutzer möglich sein, Darstellungen wie beispielsweise Bild im Bild oder Skalierung oder eine Teilung des Bildschirms einzustellen. Solange der Plattformanbieter die Nutzersteuerung für diese Einstellungen ermöglicht, sehen wir keinen Regelungsbedarf. Nach unserer Sicht hat kein Dritter einen Anspruch auf einen entgegenstehenden Schutz.

7. Zu § 18: Bericht über die Entwicklung des digitalen Zugangs und zur Evaluierung

Zudem sollte zur Frage der Auffindbarkeit von Rundfunkprogrammen und vergleichbaren Telemedienangeboten zunächst die Überarbeitung der Audiovisuelle Mediendienste-Richtlinie durch den europäischen Gesetzgeber abgewartet werden.

Hinsichtlich der Netzneutralität ist es aus Sicht des Bitkom höchst fraglich, auf welcher gesetzlichen Grundlage die Landesmedienanstalten zur Überprüfung von Fragen der Netzneutralität zuständig sein sollen.

Die Ende Oktober 2015 vom EU Parlament angenommene TSM-Verordnung enthält umfassende Maßgaben zur Gewährleistung des offenen Internets und zur Ermöglichung von Spezialdiensten. Die Verordnung beinhaltet eine Harmonisierung der Bestimmungen in den EU-Mitgliedstaaten, die das Thema Netzneutralität abschließend regelt. Weiterhin gelten die Bestimmungen der Universaldienste-Richtlinie, die weitere (verbraucherschützende) Regelungen vorsehen und in Deutschland bereits mit dem TKG 2012 umgesetzt wurden, fort.

Weitergehende oder detailliertere Vorgaben auf Basis eines Bundesgesetzes oder im Landesrecht oder gar in Form einer Satzung – wie durch die avisierte Änderung vorgesehen – dürften daher wegen Verstoßes gegen das Recht der Europäischen Union unzulässig sein.

In Anbetracht der avisierten Änderungen im ZPS-E bestehen jedoch auch verfassungsrechtliche Bedenken. So dürfte es in kompetenz-, aber auch in organisationsrechtlicher Hinsicht an einer Zuständigkeit der Landesmedienanstalten fehlen.

Aspekte der „Netzneutralität“ als originäre Themen des Telekommunikationswesens dürfen nicht entgegen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG durch die Länder geregelt werden. Fragen der „Netzneutralität“ betreffen die technischen Vorgänge der Übermittlung im Rahmen der Telekommunikation.

Fragen der Datenübertragung im Internet gehören zum Recht der Telekommunikation und unterfallen in Deutschland, sofern sie einer gesetzlichen Normierung zugänglich sind, der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Deren Regulierung auf Landesebene verstieße daher gegen die kompetenziellen Vorgaben der Verfassung.

Im Übrigen ist hinsichtlich eines etwaigen Verwaltungshandelns in diesem Bereich darauf hinzuweisen, dass das Grundgesetz in Art. 87f Abs. 2 Satz 2 folgende Maßgabe trifft: „Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt.“ Dies bitten wir bei den nachstehenden Ausführungen mit zu bedenken, da sich hieraus offensichtlich Begrenzungen hinsichtlich der Zielsetzung möglicher künftiger Handlungsfelder aufseiten der Landesmedienanstalten ableiten.

Vor diesem Hintergrund plädiert Bitkom für eine Streichung der Regelungen in § 18 Abs. 2 lit. c) und d) ZPS-E.