

In Kooperation mit:

BITKOM - Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.

davit im DAV - Arbeitsgemeinschaft Informationstechnologie
im Deutschen Anwaltverein

eco - Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V.

VPRT - Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.

MMMR

MultiMedia und Recht

3/2013

HERAUSGEBER

Dietrich Beese, Rechtsanwalt, Hamburg – **Dorothee Belz**, Director Legal & Corporate Affairs, Microsoft Deutschland GmbH, Unterschleißheim – **Dr. Michael Bertrams**, Präsident VerfGH und OVG für das Land Nordrhein-Westfalen a.D., Münster – **Prof. Dr. Herbert Burkert**, Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen – RA **Prof. Dr. Oliver Castendyk**, MSc. (LSE), Direktor Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V., Berlin – **Jürgen Doetz**, Präsident der Fernsehakademie Mitteldeutschland, Leipzig – **Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle**, Justitiar ZDF a.D., Mainz – **Prof. Dr. Reto M. Hilty**, Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München/Ordinarium an der Universität Zürich – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin Öffentlichkeitsarbeit, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin – **Prof. Dr. Günter Knieps**, Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik, Universität Freiburg – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter des Zentralbereichs Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Christopher Kuner J.D.**, LL.M., Senior of Counsel, Wilson Sonsini Goodrich & Rosati, LLP, Brüssel – **Matthias Kurth**, Präsident der BNetzA a.D., Bonn – **Prof. Dr. Wernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMW/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Université Namur, Belgien – RA **Prof. Dr. Peter Raue**, Raue L.L.P., Berlin – RA **Dr. Wolfgang von Reinersdorff**, Justitiar Deutsche Netzmarketing GmbH, Köln/Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsrechtliche Technikgestaltung (provet) – RA **Prof. Dr. Joachim Scherer**, Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Direktor und Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg / Honorarprofessor und Leiter des Rechtsinformatikzentrums an der Ludwig-Maximilians-Universität, München – RA **Dr. Axel Spies**, Bingham McCutchen, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH a.D., Karlsruhe

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin –
RAin **Ruth Schrödl**, Redakteurin –
Marianne Gerstmeyr, Redaktionsassistentin
Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL Zugang von Inhalteanbietern zu Smartphone-Oberflächen!

Smartphone-Hersteller offerieren dem Nutzer über ihre Online-Portale an die jeweilige Herstellerplattform angepasste Apps zum Herunterladen auf ihre bequem zu bedienenden Oberflächen. Diese Anwendungsprogramme stellen auch den Nutzerzugang zu Inhalteprogrammen oder Funktionsprogrammen als Benutzerschnittstellen für Webanwendungen her. Während der Nutzer vor einer weit geöffneten Tür in die bunte Welt der Medien-, Rundfunk- und Webdienste steht, kann die Zugangsperspektive der Inhalteanbieter angesichts der Gate-Keeper-Stellung der Smartphone-Hersteller über ihre Portale und Oberflächen eine viel restriktivere sein. Die Inhalteanbieter können nämlich in ihrem Zugang zur Plattform der Smartphone-Apps und Oberflächen einer tatsächlichen bzw. verdeckten Behinderung oder sogar einer Diskriminierung ausgesetzt sein.

1. Monopolistische Gate-Keeper der Smartphone-Oberflächen
Das analoge Problem des diskriminierungsfreien Zugangs zu Portalen auf TV-Endgeräten haben *Kristina Schreiber* und *Raimund Schütz* untersucht (MMR 2012, 659 ff.). Die Autoren legen für TV-Endgeräteportale – ohne Smartphone-Apps miteinzubeziehen – überzeugend dar, dass der für die Nachfrageseite der Inhalteanbieter wettbewerbsrechtlich relevante Markt das jeweilige Herstellerportal ist, über das der TV-Endgerätehersteller als Gate-Keeper in Bezug auf die Abrufbarkeit und Erreichbarkeit der Inhalteangebote monopolistisch herrscht. Nach dem wettbewerbsrechtlichen Bedarfsmarktkonzept umfasst der relevante Zugangsmarkt alle tatsächlich substituierbaren Alternativangebote aus Sicht der Nachfrageseite. Die sehr einfache, nutzerfreundliche Abrufbarkeit und damit für die Inhalteanbieter attraktive Bouquet-Plattformpräsentation über Apps auf der jeweiligen Smartphone-Oberfläche ist als Zugangsprodukt aus der Nachfrageperspektive der Inhalteanbieter auf Grund der Pfadabhängigkeit der Nutzer (Endkunden) von ihren jeweils präferierten Endgeräteplattformen, besonders beim iPhone, weder über die Präsentation auf anderen Endgeräteplattformen noch über den allgemeinen Webpfad substituierbar. Die relevante Marktabgrenzung ist bei Smartphone-Portalen und bequem durch die Nutzer zu bedienenden Oberflächen also selbst dann nicht anders zu sehen, wenn der Inhaltezugang durch den Nutzer mühelos über den allgemeinen Webpfad des Smartphones hergestellt werden kann. Denn aus Sicht der Nachfrageseite der Inhalteanbieter geht es gerade angesichts der Pfadabhängigkeit der Nutzer um



Prof. Dr. Christian Koenig

den diskriminierungsfreien und ungehinderten Präsentationszugang auf der jeweiligen Smartphone-Oberfläche, der als nutzerfreundliche Bouquet-Plattform der Apps ein viel attraktiveres – und damit von dem allgemeinen Webpfad abzugrenztes – Zugangsprodukt für die Inhabitanbieter darstellt.

Zur Gewährleistung der Inhaltevielfalt und des Medienpluralismus im Rahmen des Anbieterzugangs zu TV-Endgeräteportalen plädieren *Schreiber* und *Schütz* (MMR 2012, 661 f.) de lege lata überzeugend für eine analoge Anwendung der medienrechtlichen Vorschriften zur Plattform-Regulierung nach §§ 52 ff. des Rundfunkstaatsvertrags (RStV), bzw. für eine direkte Anwendung der sog. Plattformsatzung NRW, bevor sie de lege ferenda für eine Erweiterung des Verpflichtetenkreises nach §§ 52 ff. RStV um TV-Endgeräteportalanbieter eintreten.

2. Smartphone-Oberflächen als „essential facilities“?

Der wettbewerbsrechtliche, ex post orientierte Lösungsansatz über das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB sichert in den Rechtsfolgen die medienregulatorisch proaktiv zu gewährleistenden Schutzgüter, insbesondere das nach Art. 5 Abs. 1 GG verfassungsbewehrte Vielfaltspostulat, nicht ab. Der Missbrauchstatbestand in Form des Behinderungsmissbrauchs (Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV) stellt im Rahmen der Prüfung der hierzu ergangenen „essential facilities“-Rechtsprechung eine kaum überwindbare Voraussetzungshürde dar. Insbesondere die Urteile *Microsoft* (EuG, Rs. T-201/04 und T-167/08), *Bronner* (EuGH MMR 1999, 348) und *IMS Health* (EuGH MMR 2004, 456 m. Anm. *Hoeren*) unterstreichen, dass es auch Marktbeherrschern freisteht, ihr (geistiges) Eigentum grundsätzlich uneingeschränkt zu nutzen und ihre Vertrags- und Medienpartner frei zu wählen. Dies hat auch die *Kommission* in ihren Erläuterungen zum Behinderungsmissbrauch bestätigt (ABl. EU 2009 Nr. C 45, S. 7, Rdnr. 75). Eine Zugangsverweigerung begründet danach nur unter außergewöhnlichen Umständen einen Machtmissbrauch, wenn kumulativ (1) der begehrte Zugang unerlässlich für Tätigkeiten bzw. den Eintritt in einem nachgelagerten Markt ist, (2) die Zugangsverweigerung jeden wirksamen Wettbewerb ausschließen würde und wenn sie (3) das Erscheinen oder die Nachfrage nach einem neuen Produkt auf diesem Markt verhindern würde. Liegen solche außergewöhnlichen Umstände vor, ist die Zugangsverweigerung missbräuchlich, wenn sie (4) nicht ausnahmsweise objektiv gerechtfertigt werden kann. Dass die Hürde eines Marktmachtmissbrauchs i. S. v. Art. 102 AEUV durch Smartphone-Hersteller selbst im Fall der vorsätzlichen Zugangsbehinderung von Inhabitanbietern zu nutzerfreundlichen Smartphone-Oberflächen kaum überschritten werden dürfte, macht auch der Vergleich mit dem Fall *Microsoft* deutlich. Dort haben *Kommission* und *EuG* die Missbrauchsstrategie von *Microsoft* für entscheidend erachtet, da diese gerade darauf ausgerichtet war, unter Ausnutzung der überragenden Marktmacht auf dem Markt für PC-Betriebssysteme, Wettbewerber von den Märkten für Serverprogramme zu verdrängen. Ein entsprechend qualifizierter Nachweis der Verdrängung von Inhabitanbietern wird gegen Smartphone-Hersteller regelmäßig kaum zu erbringen sein.

3. Nähe der Smartphone-Hersteller zu Plattformbetreibern

Die Argumente für eine medien- und rundfunkrechtliche Plattform-Regulierung des diskriminierungsfreien Zugangs von Inhabitanbietern zu Smartphone-Portalen greifen umso mehr, wenn diese Portale auf Grund von IPTV oder von gebündelten Quadruple Play-Diensten, nämlich von über den Mobilfunk vielfältig angebotenen Fernseh-, Video-on-Demand-, (IP-)Telefonie- und Internetdiensten, zu audiovisuellen Unterhaltungs-, Medieninhalte- und IP-Nutzeraggregatoren der integrierten

elektronischen Kommunikation mutieren. Smartphone-Hersteller bieten dann in ihren Portalen elektronische Navigationshilfen an, die tatsächliche (auch unbeabsichtigte) Selektionswirkungen für Inhalte entfalten können. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV beschreibt razione personae den Anwendungszweck der rundfunkrechtlichen Regulierungsregeln für Anbieter von Plattformen, die „auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk und vergleichbare Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) auch von Dritten mit dem Ziel zusammenfassen, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet“.

Smartphone-Hersteller operieren auf Grund ihrer engen Geschäftsbeziehungen zu den Betreibern digitaler (Mobilfunk-) Übertragungsnetze razione personae viel näher als TV-Endgerätehersteller am Telos für eine analoge Anwendung der Plattform-Regulierungsregeln nach §§ 52 ff. RStV. Der Plattform-Regulierungsbedarf für einen diskriminierungsfreien Zugang von Inhabitanbietern zu Smartphone-Portalen und Oberflächen wird noch verstärkt, wenn Smartphone-Hersteller als marktvergelagerte Endgeräteehersteller an die TK-Endkundensparten von Mobilfunknetzbetreibern (von Letzteren dann quersubventionierte Smartphones zum Endkundenpreis von € 1,- im Dienstvertragsbündel) liefern und zwar in Bezug auf Dienstvertragsbündel (inklusive IPTV) auf nachgelagerten Endkundenmärkten, auf denen Quadruple Play-Dienste aus einer Hand angeboten werden. Die gegenseitigen Interessen und faktischen Abhängigkeiten zwischen Smartphone-/Tablet-Herstellern und vertikal integrierten Betreibern konvergierender Übertragungsinfrastrukturen, Diensten und Plattformen für IPTV sowie Video-on-Demand sind inhärenter Bestandteil des Quadruple Play und künftiger innovativer elektronischer Kommunikations- und Medienbündelprodukte. In dieser „brave new world“ wird die regulatorische Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs von Inhabitanbietern auf allen elektronischen Plattformen und Portalen immer wichtiger.

4. De lege ferenda: elektronische Portalanbieter als regulatorisch Verpflichtete

Deshalb sollte der Kreis der Verpflichteten nach §§ 52 ff. RStV erweitert werden, um die rundfunk- und medienregulatorischen Schutzgüter, insbesondere das Vielfaltspostulat, auch auf den neuen Wertschöpfungsplattformen von Endgeräten abzusichern. Hierzu könnte die Legaldefinition nach § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV razione personae um den „elektronischen Portalanbieter in marktbeherrschender Stellung“ erweitert oder um eine Nr. 13a ergänzt werden, wobei ausdrücklich auch qualifizierte Endgerätehersteller einbezogen werden sollten, „deren elektronische Portale, Plattformen oder Navigationshilfen tatsächlich erhebliche Selektionswirkungen für die von diesem Staatsvertrag erfassten Inhalte entfalten können“. Entsprechend wäre dann § 52 Abs. 1 Satz 1 RStV zu erweitern: „(1) Die nachstehenden Regelungen gelten für Plattformen auf allen technischen Übertragungskapazitäten sowie für elektronische Portalanbieter in marktbeherrschender Stellung i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 13 [und Nr. 13a]“.

Bonn, im März 2013



Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE)

ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.