

Kapitel IV

Wettbewerb audiovisueller Medien im Zeitalter der Konvergenz

Kurz gefasst

Summary

- 1 Einleitung
 - 2 Marktstruktur und Wettbewerbsentwicklung im Bereich audiovisueller Medien
 - 2.1 Der traditionelle Fernsehmarkt
 - 2.2 Audiovisuelle Online-Medien
 - 2.3 Nutzung von Fernsehen und Online-Videos im Vergleich
 - 2.4 Wettbewerb zwischen Rundfunk und Presse mit Online-Angeboten
 - 2.5 Die Entwicklung des Online-Werbemarktes
 - 3 Der regulatorische Rahmen für audiovisuelle Medien
 - 3.1 Verfassungsgerichtliche und unionsrechtliche Vorgaben zur Rundfunkregulierung
 - 3.2 Umsetzung der Vorgaben höherrangigen Rechts durch das Rundfunkrecht
 - 4 Überarbeitung des regulatorischen Rahmens geboten
 - 4.1 Beschreibung: Auftrag der Rundfunkanstalten und zulässige Online -Angebote
 - 4.2 Überarbeitung und Präzisierung des Auftrags der Rundfunkanstalten geboten
 - 4.3 Rundfunkregulierung in anderen Bereichen überarbeitungsbedürftig
 - 4.4 Weitere wettbewerbsrelevante Aspekte
 - 5 Fazit mit Handlungsempfehlungen
-

Kurz gefasst

Die Monopolkommission untersucht in dem vorliegenden Kapitel die Markt- und Wettbewerbsentwicklung im Bereich audiovisueller Medien. Die Schwerpunkte der Analyse liegen auf den Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sowie dem bestehenden regulatorischen Rahmen für audiovisuelle Mediendienste.

Der deutsche Staat und die Rundfunkanstalten müssen bei Online-Angeboten verfassungs- und unionsrechtliche Grenzen beachten. Die Rundfunkanstalten erfüllen zwar einen Grundversorgungsauftrag, der eine Bestands- und Entwicklungsgarantie umfasst. Allerdings sind die Rundfunkanstalten nicht nur verfassungsrechtlich berechtigt, sondern grundsätzlich auch unionsrechtlich verpflichtet, den Grundversorgungsauftrag so zu konkretisieren, dass private Wettbewerber ihre Tätigkeiten planen können und dass eine Kontrolle möglich ist. Den Staat trifft diesbezüglich eine Gewährleistungsverantwortung.

Nach dem Beihilfekompromiss zwischen der EU und Deutschland (2007) handelt es sich bei der Finanzierung der Rundfunkanstalten um bestehende Beihilfen, die laufend auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt zu überprüfen sind. Die Parameter für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Online-Angebots lassen Bewertungsspielräume bestehen. Dadurch wird eine Finanzierung von Aktivitäten, mit denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Wettbewerber durch Ausübung von Marktmacht verdrängen können, nicht ausgeschlossen. Der Drei-Stufen-Test, durch den die Einhaltung des Beihilfekompromisses auf nationaler Ebene sichergestellt wird, weist Mängel auf, die seine praktische Wirksamkeit nicht unerheblich beeinträchtigen.

Abgesehen von den beihilferechtlichen Anforderungen sind bei der Ausweitung öffentlich-rechtlicher Online-Angebote weitere Grenzen zum Wettbewerbsschutz zu beachten. Die Rundfunkanstalten dürfen namentlich andere Medienunternehmen nicht unter missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht aus dem wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb verdrängen. Eine solche Verdrängung ist möglich, soweit die Rundfunkanstalten ihr Angebot nicht auf gesellschaftlich-kulturell relevante Inhalte beschränken, die einen Mehrwert gegenüber den privat angebotenen Inhalten aufweisen (sog. „Public-Value“-Inhalte). Solche Aktivitäten könnten private Medienunternehmen mit eigenen Online-Angeboten wirtschaftlich behindern und gegebenenfalls auch die Rundfunk- bzw. Pressefreiheit solcher Medienunternehmen verletzen. Auch die sich jüngst abzeichnenden Anpassungen des Rundfunkstaatsvertrags beachten das nicht hinreichend.

Die Medienkonvergenz und die Markteintritte neuer Anbieter audiovisueller Medien, vor allem im Online-Medienbereich, haben zu einer Steigerung der Wettbewerbsintensität geführt. Hiermit geht tendenziell eine Erhöhung der Meinungsvielfalt einher, deren Sicherstellung ein wichtiges Ziel der Medienregulierung ist. Die Regulierung hat mit der Marktentwicklung sowie dem veränderten Nutzungsverhalten der Konsumenten jedoch nicht Schritt gehalten. Sie sollte daraufhin überprüft werden, ob sie den damit verfolgten Zielen (insb. dem Schutz der Meinungs- und Willensbildung) noch zugutekommt, ohne die Wettbewerbsbedingungen unverhältnismäßig zu verzerren. Insgesamt ergeben sich Spielräume zur Modifikation und Reduzierung der Medienregulierung.

Auf nationaler Ebene ist vor allem die Ausgestaltung der Medienkonzentrationskontrolle zu überprüfen. In der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung erscheinen die diskutierten Regelungen zur privilegierten Auffindbarkeit und die bestehenden Belegungsvorgaben bzw. Must-Carry-Regelungen für infrastrukturegebundene Plattformen (z. B. Kabelnetzbetreiber) verzichtbar. Nicht erforderlich ist derzeit auch eine medienrechtliche Regulierung von Intermediären (z. B. Suchmaschinen, soziale Netzwerke) zur Sicherung der Meinungsvielfalt.

Auf europäischer Ebene wird die Novellierung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) zu einer Annäherung der Wettbewerbsbedingungen für lineare und nicht-lineare Mediendienste führen. Mit Blick auf die Vorgaben zur Werberegulierung wäre es indes vorzugswürdig, die quantitativen Werbebeschränkungen für Fernsehveranstalter abzuschaffen. Die Mindestquote für europäische Werke für VoD-Dienste ist zumindest in ihrer derzeitigen Ausgestaltung fragwürdig. Die Ausweitung des Ursprungslandsprinzips und der kollektiven Rechtswahrnehmung in der geplanten SatCab-Verordnung ist bisher nicht wettbewerbsneutral ausgestaltet. In den geplanten Datenschutzregelungen (v. a. ePrivacy-Verordnung) ist ein fairer Ausgleich zwischen den personenbezogenen Interessen der Nutzer und den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen anzustreben.

Summary

In this chapter, the Monopolies Commission examines the developments concerning the market and competition in the sector for audiovisual media. The analysis focuses on the online activities of public broadcasters and the existing regulatory framework for audiovisual media services.

The German State and the public broadcasters must observe constitutional and EU law limits when offering journalistic content via online media. Public broadcasters fulfil a universal service mission that includes a guarantee for their existence and development. However, public broadcasters are not only constitutionally entitled, but in principle also obliged under EU law to specify the universal service mission in such a way that private competitors can plan their activities and that supervision is possible. The State has the duty to secure the fulfilment of this obligation.

According to the State aid compromise between the EU and Germany (2007), the financing of the public broadcasters is existing aid, which must be continuously reviewed for compatibility with the EU internal market. The parameters for financing of the public broadcasters' online services leave room for interpretation. It cannot be excluded that activities are financed through which public broadcasters can drive competitors out of the market by exercising market power. The three-step test, which is to ensure compliance with the aid compromise at national level, has shortcomings which have an appreciable impact on its practical effectiveness.

Apart from the requirements of EU State aid provisions, further limits for the protection of competition must be observed in the expansion of the public broadcasters' online services. Public broadcasters are not allowed to force other media companies out of economic and journalistic competition by abusing their market power. Such exclusionary practices are possible insofar as the broadcasters do not limit their offer to socially and culturally relevant content with an added value compared with privately offered content (so-called "public value" content). Such activities could commercially impede private media companies in providing their own online services and might also violate the freedom of broadcasting and the freedom of the press of such media companies. Adjustments to the Inter-State Broadcasting Treaty (Rundfunkstaatsvertrag) that have emerged recently do not take account of this sufficiently, either.

Media convergence and the market entries of new providers of audiovisual media, especially in the field of online media, have led to an increase in the intensity of competition. This tends to increase the diversity of opinions, the safeguarding of which is an important goal of media regulation. However, regulation has not kept pace with market developments and changes in consumer behaviour. It should be examined particularly whether the regulation still serves the objectives pursued (in particular, the protection of opinion-forming and decision-making) without disproportionately distorting the conditions of competition. Overall, there is scope for modifying and reducing media regulation.

At the national level, particularly the design of media concentration control should be revised. In the regulation of broadcasting platforms, the regulations discussed on privileged prominence and the existing regulations on allocation of platform capacities and must-carry regulations for infrastructure-based platforms (e.g., cable network operators) appear to be unnecessary. At present, media law regulation of intermediaries (e.g., search engines, social networks) is not necessary either to ensure the diversity of opinions.

At the EU level, the amendment of the Audiovisual Media Services Directive (AVMS Directive) will lead to an overall convergence of the conditions of competition between linear and non-linear media services. However, in view of the regulatory requirements for advertising, the abolition of quantitative advertising restrictions would have been preferable for television broadcasters. The minimum quota for European works for video-on-demand services is questionable, at least in its current form. The extension of the country of origin principle and the collective management of rights in the planned SatCab Regulation has not yet been made competition-neutral. In the currently planned data protection regulations (in particular, the ePrivacy Regulation), a fair balance between the personal data interests of users and the economic interests of companies must be sought.

1 Einleitung

964. Die im Medienbereich tätigen Unternehmen stehen einerseits in einem wirtschaftlichen Wettbewerb untereinander und erfüllen andererseits wichtige kultur- und gesellschaftspolitische Aufgaben. Zu diesen Aufgaben gehört insbesondere die Gewährleistung publizistischer Vielfalt. Dies gilt sowohl allgemein als auch speziell im Bereich audiovisueller Medien, welcher in diesem Sonderkapitel im Vordergrund steht. Als audiovisuelle Medien werden hier solche Medien bezeichnet, deren Hauptzweck die Bereitstellung fortlaufender (= linearer) oder abrufbarer (= nicht-linearer) Sendungen über elektronische Kommunikationsnetze ist.¹

965. In Deutschland nimmt unter den Anbietern audiovisueller Mediendienste herkömmlich der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine Sonderstellung ein. Dieser hat eine besondere Funktion für die demokratische Ordnung, indem er mittels der von ihm bereitgestellten Inhalte zur Meinungs- und Willensbildung in besonderem Maße beiträgt. Bei dem Angebot solcher Inhalte steht er zugleich in unterschiedlichem Umfang im wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb mit anderen, privaten Anbietern medialer Inhalte.

966. Im wirtschaftlichen Wettbewerb hatte der öffentlich-rechtliche Rundfunk insbesondere mit seinem Fernsehangebot lange eine eindeutig dominierende Stellung.² Eine erste Veränderung ergab sich mit der Zulassung privater Rundfunkanbieter und der Entwicklung des sog. dualen Rundfunksystems. Die Marktstruktur hat sich mit der Durchsetzung des Internets fortentwickelt und weiter erheblich verändert. In den letzten Jahren haben reine Online-Dienstleister sowohl für die Zuschauer als auch z. B. für werbetreibende Unternehmen an Bedeutung gewonnen. Die wettbewerblichen Konfliktlinien beim Angebot über audiovisuelle Medien verlaufen heute grob gesagt zwischen den folgenden Gruppen von Marktteilnehmern:

- a. öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten – private Rundfunkanbieter;
- b. lineare Dienste (auch: Livestreaming-Dienste) – nicht-lineare Dienste (Abrufdienste);
- c. Rundfunk – Presse;
- d. Inhalteanbieter – Online-Intermediäre.

Der Schwerpunkt des Interesses in diesem Kapitel liegt auf dem Verhältnis von linearen und nicht-linearen Diensten sowie auf den Auswirkungen der erweiterten Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf private Anbieter audiovisueller Medien sowie die Presse. Die sonstigen Konfliktlinien werden nur betrachtet, soweit sie für die genannten Untersuchungsgegenstände relevant sind. Nicht im Fokus steht damit insbesondere das Wettbewerbsverhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkveranstaltern im traditionellen linearen Fernsehen. Dementsprechend wird auch die zusätzliche Nutzung des offenen Internets als Verbreitungsweg für die Übertragung des traditionellen linearen Rundfunkprogramms nicht vertieft betrachtet.

967. Ein wesentliches Merkmal des wirtschaftlichen Wettbewerbs bei Angeboten über audiovisuelle Medien ist, dass die Grenzen zwischen einzelnen relevanten Märkten unscharf sind, da auch ein Wettbewerbsdruck von Angeboten auf jeweils anderen Märkten ausgehen kann (Substitutionswettbewerb) und weil die Digitalisierung dazu beiträgt, dass sich mediale Angebote bei einer marktübergreifenden Betrachtung aufeinanderzuentwickeln (Medienkonvergenz). In diesem Sonderkapitel soll deshalb zunächst ein Überblick über die Marktstruktur und die Marktentwicklung im Bereich audiovisueller Medien gegeben werden (Abschn. 2).

968. Die Herausforderung für die Regulierung besteht darin, in diesem vielschichtigen und sich verändernden Marktumfeld zu gewährleisten, dass wesentliche Regulierungsziele erreicht bzw. nicht beeinträchtigt werden. Im

¹ Definition angelehnt an Art. 1 Abs. 1 lit. a und Erwägungsgrund 11 der Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste; AVMD-Richtlinie/AVMD-RL), ABl. L 95 vom 15. April 2010, S. 1. Zu beachten ist, dass der Anbieter audiovisueller Mediendienste im Sinne der Richtlinie zwingend redaktionelle Verantwortung trägt, was bei einzelnen hier betrachteten Diensten nicht der Fall sein muss (z. B. YouTube).

² Dabei ist davon auszugehen, dass das Fernsehangebot – ungeachtet seiner Beitragsfinanzierung – eine Markttätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln darstellt; vgl. § 18 Abs. 2a GWB.

Vordergrund stehen hierbei aus verfassungsrechtlicher Sicht der Schutz der publizistischen Vielfalt und aus unionsrechtlicher Sicht der Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs. Hinzu treten sonstige rechtlich anerkannte Regulierungsziele, z. B. der Schutz geistigen Eigentums (Urheberrechte u. Ä.), Datenschutz, Jugendschutz usw. Aus ökonomischer Sicht ist die Regulierung so auszugestalten, dass die betreffenden Ziele möglichst effizient verfolgt werden. In den weiteren Abschnitten dieses Sondergutachtens wird der bestehende regulatorische Rahmen für das Angebot audiovisueller Medien herausgearbeitet (Abschn. 3), bevor einzelne Bereiche untersucht werden, in denen die Marktentwicklung eine Überarbeitung dieses Regulierungsrahmens erforderlich macht (Abschn. 4).

969. Die Monopolkommission fasst in einem abschließenden Abschnitt die wesentlichen Erkenntnisse und ihre Handlungsempfehlungen zusammen (Abschn. 5).

2 Marktstruktur und Wettbewerbsentwicklung im Bereich audiovisueller Medien

970. Im Folgenden wird ein Überblick über die Märkte für audiovisuelle Medien gegeben. Hierzu wird zunächst die Marktstruktur im Bereich des traditionellen Fernsehens dargelegt. Anschließend wird auf die Marktentwicklung im Bereich von Videostreaming-Diensten skizziert. Zudem wird kurz auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen Rundfunk und Presse im Internet sowie die Entwicklung des für die Refinanzierung werbefinanzierter Inhalteanbieter wichtigen Online-Werbemarktes eingegangen.

2.1 Der traditionelle Fernsehmarkt

971. In Deutschland existiert – wie in vielen anderen Staaten auch – ein sog. duales Rundfunksystem, in dem ein „geordnetes Nebeneinander“ öffentlich-rechtlicher und privatwirtschaftlicher Sender besteht. Das öffentlich-rechtliche Fernsehangebot umfasst derzeit 13 Voll- und 8 Spartenprogramme.³ Neben den beiden Hauptprogrammen Das Erste und ZDF existieren zahlreiche Regionalprogramme der ARD sowie Sender wie 3sat, arte oder KiKA. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erfolgt seit dem Jahr 2013 vor allem über den sog. Rundfunkbeitrag, der im Gegensatz zur früheren Rundfunkgebühr als Haushaltspauschale ausgestaltet ist. Der Gesamtertrag aus dem Rundfunkbeitrag, aus dem neben dem Fernsehen auch der öffentlich-rechtliche Hörfunk sowie die Online-Angebote finanziert werden, belief sich im Jahr 2016 auf ca. 7,98 Mrd. Euro.⁴ Darüber hinaus erzielen die öffentlich-rechtlichen Sender in einem vergleichsweise geringen Umfang auch Werbeeinnahmen.

972. Neben den öffentlich-rechtlichen Sendern sind in Deutschland seit dem Jahr 1984 private Fernsehveranstalter tätig, die sich durch den Verkauf von Werbezeiten oder Abogebühren finanzieren. Im Jahr 2017 gab es in Deutschland 183 private Fernsehprogramme mit einer bundesweiten Zulassung, von denen insgesamt 160 Programme auf Sendung waren.⁵ Hierzu gehörten 11 Vollprogramme, 63 Free-TV- und 86 Pay-TV-Spartenprogramme. Daneben existieren weitere Programme mit Lizenzen ausländischer Regulierungsbehörden sowie Teleshopping-sender. Die Anzahl der bundesweit empfangbaren privaten Fernsehprogramme ist in den vergangenen Jahren weiter angestiegen, wobei vor allem zusätzliche Spartenprogramme, sowohl im Free- als auch im Pay-TV, entstanden sind, während die Anzahl der Vollprogramme zurückgegangen ist. Neben den bundesweit empfangbaren Fernsehangeboten gab es in Deutschland im Januar 2017 zudem 214 regionale bzw. lokale Fernsehprogramme. Diese Programme entfallen mit etwa 80 Prozent überwiegend auf die sog. neuen Bundesländer, während in den alten Bundesländern – aufgrund gesetzlicher Vorgaben – vor allem landesweite Fensterprogramme in den Hauptprogrammen von RTL und Sat.1 bestehen.

³ Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 19. Jahresbericht 2016/2017, S. 65 ff. Die Begriffe „Voll-“ und „Spartenprogramm“ sind im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) definiert. Ein Vollprogramm ist „ein Rundfunkprogramm mit vielfältigen Inhalten, in welchem Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung einen wesentlichen Teil des Gesamtprogramms bilden“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 RStV). Ein Spartenprogramm ist „ein Rundfunkprogramm mit im Wesentlichen gleichartigen Inhalten“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 RStV).

⁴ ARD ZDF Deutschlandradio Beitragsservice, Jahresbericht 2016, Juni 2017, S. 33.

⁵ KEK, 19. Jahresbericht 2016/2017, S. 64 f.

973. Die Zusammensetzung des Programmangebots der öffentlich-rechtlichen sowie der privaten Sender unterscheidet sich im Hinblick auf die jeweiligen Programmsparten deutlich. Eine entsprechende Gegenüberstellung für den Zeitraum 2014 bis 2016 zeigt, dass das Programm der öffentlich-rechtlichen Sender, letztlich ihrem Funktionsauftrag entsprechend, einen höheren Anteil an Informationen beinhaltet als das der privaten Sender.⁶ Im Jahr 2016 lag der „Informationsanteil“ im Programm Das Erste demnach bei 37 Prozent und im ZDF bei 43 Prozent, RTL kam auf einen Informationsanteil von 22 Prozent, Sat.1 auf 15 Prozent und ProSieben auf 9 Prozent. Der Sparte Information werden dabei Nachrichten, Magazine, Dokumentationen/Berichte/Reportagen, Ereignisübertragungen sowie bestimmte Talkshows, Diskussionen, Ansprachen usw. zugerechnet. In den privaten Programmen finden sich im Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Sendern mehr unterhaltende Angebote. Bei RTL und Sat.1 ist der Anteil nonfiktionaler Unterhaltung mit 38 bzw. 42 Prozent besonders stark ausgeprägt, bei ProSieben dominieren mit 67 Prozent fiktionale Inhalte.⁷

974. Betrachtet man die Zuschaueranteile, so haben in den letzten Jahren die öffentlich-rechtlichen Sender Zuschaueranteile gewonnen, während die privaten Sender insgesamt an Anteilen verloren haben (Abbildung IV.1). Der Zuschaueranteil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks an der Gesamtbevölkerung (ab drei Jahren) ist von ca. 43,1 Prozent im Jahr 2010 auf ca. 46,7 Prozent im Jahr 2017 gestiegen.⁸ 11,3 Prozent der Zuschaueranteile entfallen auf Das Erste, 13 Prozent auf das ZDF und 12,8 Prozent auf die ARD-Drittprogramme. Der Zuschaueranteil des privaten Rundfunks ist von 2010 bis 2017 dementsprechend von ca. 56,9 Prozent auf ca. 53,3 Prozent gesunken. Die Zuschaueranteile im privaten Rundfunk entfallen vor allem auf die zwei großen Sendergruppen, die Mediengruppe RTL Deutschland sowie die ProSiebenSat.1 Media SE. Die RTL-Gruppe erreichte 2017 einen Zuschaueranteil von ca. 23,2 Prozent, ProSiebenSat.1 erzielte einen Anteil von ca. 17,8 Prozent. Gleichzeitig zeigt sich, dass der Zuschaueranteil der beiden großen Sendergruppen in den letzten Jahren deutlich gesunken ist. So erreichten die RTL-Gruppe sowie ProSiebenSat.1 im Jahr 2010 noch Anteile von ca. 26,1 bzw. ca. 20,3 Prozent. Demgegenüber ist der Zuschaueranteil der von Sendergruppen unabhängigen privaten Programmveranstalter von 2010 bis 2017 von 10,5 auf 12,3 Prozent gestiegen.

975. Die Verschiebung der Zuschaueranteile zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanbietern dürfte unter anderem darauf zurückzuführen sein, dass insbesondere die für die privaten Anbieter wichtigen jüngeren Altersgruppen sich zunehmend vom linearen Fernsehen abwenden und stattdessen etwa Streaming-Dienste (z. B. Amazon Video, Maxdome, Netflix) nutzen. So zeigt eine Differenzierung der Zuschaueranteile nach dem Alter der Zuschauer, dass die öffentlich-rechtlichen Sender gerade bei der Gruppe der älteren Zuschauer hohe Anteile erreichen, während die privaten Sender vor allem bei den – häufig als werberelevante Zielgruppe bezeichneten – 14- bis 49-Jährigen vergleichsweise hohe Anteile erzielen. Bei Letzteren erreichten Das Erste und das ZDF im Jahr 2017 nur einen Zuschaueranteil von jeweils 6,1 Prozent.⁹ RTL erzielte in dieser Altersgruppe hingegen einen Anteil von 12,2 Prozent statt 9,2 Prozent an der Gesamtbevölkerung, ProSieben von 9,5 Prozent statt 4,5 Prozent und Sat.1 von 8,4 Prozent statt 6,7 Prozent. Davon abgesehen verlieren die großen Sender auch in dieser werberelevanten Altersgruppe kontinuierlich Zuschaueranteile. So lag etwa im Jahr 2013 der Anteil von RTL noch bei 14,5,

⁶ Krüger, U. D., Profile deutscher Fernsehprogramme – Angebotsentwicklung zur Gesamt- und Hauptsendezeit, Media Perspektiven 4/2017, S. 186–205.

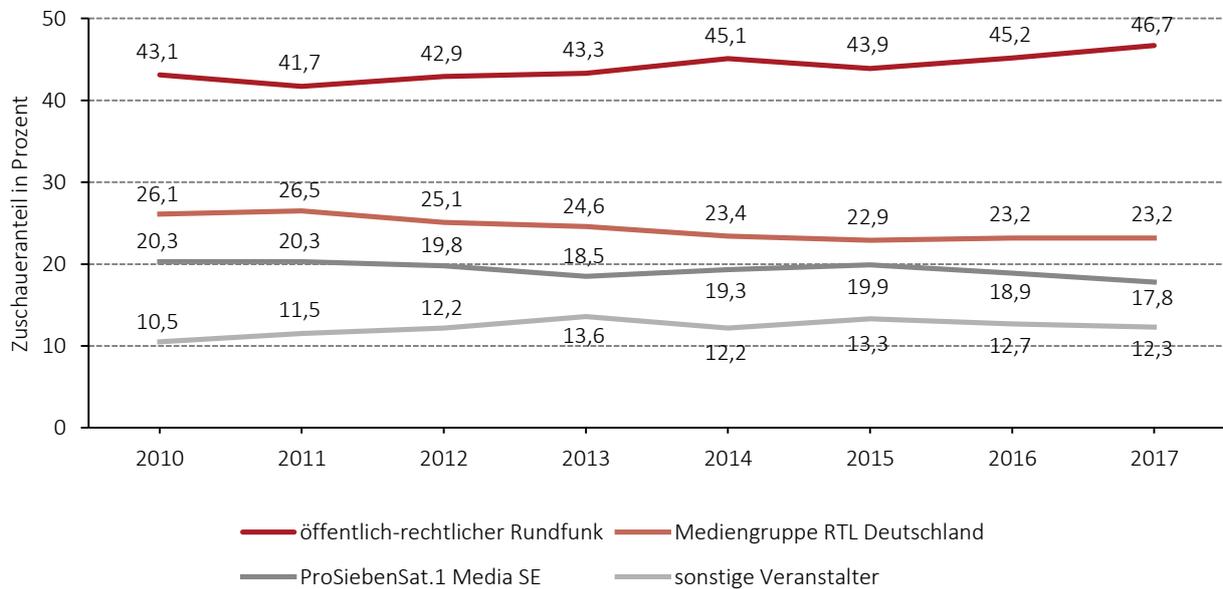
⁷ Nonfiktionale Inhalte umfassen journalistische Unterhaltungsformen (z. B. Magazine, bestimmte Talkshows), Factual Entertainment/Reality-Formate (z. B. (Scripted) Doku-Soaps) und konventionelle Unterhaltungsformen (z. B. Quizshows). Bei fiktionalen Inhalten handelt es sich vor allem um Spielfilme, Fernsehfilme und Fernsehserien mit Ausnahme spezifischer Kinderprogramme.

⁸ KEK, 19. Jahresbericht 2016/2017, S. 90 ff.; KEK, Zuschaueranteile 2017 in Prozent, https://www.kek-online.de/fileadmin/user_upload/KEK/Medienkonzentration/Mediennutzung/Fernsehnutzung/Zuschaueranteile_2017.pdf, Abruf am 14. Juni 2018. Die Angaben basieren auf Daten der AGF in Zusammenarbeit mit GfK (TV Scope) und beziehen sich auf die Zuschaueranteile (Gesamt) im Tagesdurchschnitt der jeweils betrachteten Jahre.

⁹ DWDL, Die Jahresmarktanteile 2017. ProSieben 2017 größter Verlierer, Vox einziger Gewinner, https://www.dwdl.de/zahlenzentrale/64907/prosieben_2017_grter_verlierer_vox_einziger_gewinner/page_3.html, Abruf am 14. Juni 2018.

der von ProSieben bei 11,4 und der von Sat.1 bei 9,4 Prozent.¹⁰ Diese Entwicklung dürfte unter anderem auf die zunehmende Anzahl von Spartensendern zurückzuführen sein.

Abbildung IV.1: Entwicklung der Zuschaueranteile in Deutschland von 2010 bis 2017



Quelle: AGF in Zusammenarbeit mit GfK; eigene Darstellung

976. Bei einer Betrachtung der Marktsituation im Bereich des linearen Fernsehens ist zu berücksichtigen, dass die Rundfunkveranstalter zwar beim Angebot für die Zuschauer sowie in Bezug auf die Beschaffung, Herstellung und Verwertung von Fernseh- und Filmproduktionen auf denselben Märkten tätig sein können, dass sie sich allerdings unterschiedlich finanzieren. Das Geschäftsmodell der privaten Free-TV-Anbieter ist als zweiseitige Plattform strukturiert, da sie ihre zuvor beschriebenen Marktaktivitäten über das Angebot von Fernsehwerbeplätzen finanzieren. Die Finanzierung des Pay-TV erfolgt hingegen weitestgehend auf demselben Markt (Pay-TV-Erlöse), die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Wesentlichen außerhalb des Marktes, nämlich über Rundfunkbeiträge. Mit Blick auf die Finanzierung der privaten Fernsehveranstalter ist insofern auch die Entwicklung des Fernsehwerbemarktes sowie der Pay-TV-Erlöse von Bedeutung.

977. Der TV-Werbemarkt ist in den letzten Jahren insgesamt gewachsen, wobei zwischen den ausgewiesenen Brutto- und Nettowerbeumsätzen zu unterscheiden ist.¹¹ Besonders deutlich ist der Anstieg der Bruttowerbeumsätze, die von 2010 bis 2017 von 10,9 Mrd. Euro auf 15,3 Mrd. Euro zugenommen haben.¹² Die Nettowerbeumsätze sind im gleichen Zeitraum von 3,95 Mrd. Euro auf 4,59 Mrd. Euro angestiegen (Abbildung IV.2).¹³ Das Gros der Nettowerbeumsätze entfiel im Jahr 2017 mit 4,25 Mrd. Euro auf private TV-Veranstalter¹⁴, vor allem – den Zu-

¹⁰ Statista, Zuschauermarktanteile ausgewählter TV-Sender bei den 14- bis 49-Jährigen in Deutschland in ausgewählten Jahren von 2013 bis 2016, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/377736/umfrage/marktanteile-ausgewaehelter-tv-sender-14-bis-49-jahre>, Abruf am 14. Juni 2018. Die Angaben basieren auf Daten von AGF, GfK und Media Control.

¹¹ Die Bruttowerbeeinnahmen basieren auf den Listenpreisen für Werbespots. Die Nettowerbeeinnahmen ergeben sich nach Abzug von Rabatten und Provisionen.

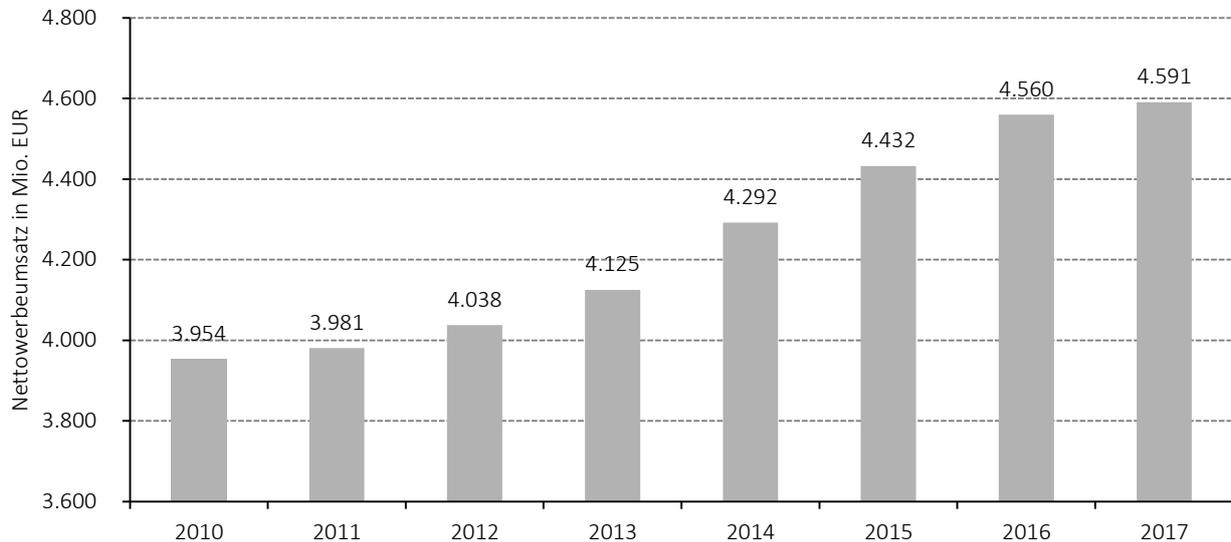
¹² die medienanstalten, Jahrbuch 2016/2017, S. 90; Möbus, P./Heffler, M., Werbemarkt 2017 (Teil 1): Stabiles Wachstum, Media Perspektiven 3/2018, S. 129. Die Angaben basieren auf den Bruttodaten von Nielsen Media Research.

¹³ VPRT, VPRT-Werbemarktanalyse 2017/2018, Audio- und audiovisuelle Werbung in Deutschland, S. 17. Damit lagen die Nettowerbeumsätze im Jahr 2017 leicht unter dem Niveau des Jahres 2000 (ca. 4,71 Mrd. Euro). Im Jahr 2002 lagen die Nettowerbeumsätze mit 3,96 Mrd. Euro auf dem Niveau des Jahres 2010.

¹⁴ Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW), ZAW-Jahrbuch Werbung 2018, Berlin 2018, S. 112.

schaueranteilen entsprechend – auf die beiden großen privaten Sendergruppen.¹⁵ Demgegenüber waren die Nettowerbeumsätze von ARD und ZDF mit ca. 184 bzw. ca. 157 Mio. Euro vergleichsweise gering. Das Bundeskartellamt sieht insofern ein marktbeherrschendes Duopol der beiden führenden privaten Sendergruppen auf dem Fernsehwerbemarkt.¹⁶

Abbildung IV.2: Entwicklung der Nettoumsätze mit TV-Werbung in Deutschland von 2010 bis 2017



Quelle: VPRT/ZAW; eigene Darstellung auf Basis von VPRT, VPRT-Werbemarktanalyse 2017/2018, S. 17

978. Der Pay-TV-Markt hat seine Umsätze in den letzten Jahren ebenfalls gesteigert. Ein deutliches Wachstum ist insbesondere seit dem Jahr 2010 festzustellen. Von 2010 bis 2016 sind die Umsätze mit Pay-TV und Pay-TV-on-Demand in Deutschland von ca. 1,3 Mrd. Euro auf 2,2 Mrd. Euro angestiegen.¹⁷ Im gleichen Zeitraum ist auch die Anzahl der Pay-TV-Abonnenten von 4,8 Millionen auf 7,6 Millionen gewachsen. Für 2017 wurde ein Umsatz von 2,3 Mrd. Euro sowie eine Abonnentenzahl von 7,9 Millionen prognostiziert.

979. Betrachtet man abschließend noch die für die Distribution von Fernsehprogrammen relevanten TV-Übertragungswege, so waren in Deutschland im Jahr 2017 das Fernsehkabel (45,9 Prozent) sowie der Satellitenempfang (45,7 Prozent) weiterhin die wichtigsten Verbreitungswege, deutlich vor der klassischen terrestrischen Übertragung (Antennenempfang) (7,4 Prozent) sowie dem IPTV¹⁸ (6,9 Prozent).¹⁹ In den letzten Jahren hat insbesondere das IPTV an Relevanz gewonnen. Im Jahr 2011 entfielen auf diese Verbreitungsart noch lediglich 3 Prozent. Anteile eingebüßt haben im gleichen Zeitraum das Fernsehkabel (2011: 50,2 Prozent) sowie die terrestrische Übertragung (2011: 11,8 Prozent), während die Verbreitung über Satellit seit Jahren weitgehend stabil ist (2011: 44,7 Prozent). Neben diese „geschlossenen“ Verbreitungswege tritt mit der besseren Verfügbarkeit leistungsfähiger breitbandiger Internetanschlüsse zunehmend das offene Internet als zusätzlicher Verbreitungs- bzw. Emp-

¹⁵ Im Jahr 2016 erzielte ProSiebenSat.1 einen Bruttowerbeumsatz von ca. 6,36 Mrd. Euro und die Mediengruppe RTL einen Bruttowerbeumsatz von ca. 6,09 Mrd. Euro. Siehe hierzu KEK, Brutto-Werbeumsätze der Fernsehveranstalter (in Mio. Euro), https://www.kek-online.de/fileadmin/user_upload/KEK/Medienkonzentration/Medienrelevante_verwandte_Maerkte/Fernsehwerbung/2_Brutto-Werbeumsaetze_der_Fernsehveranstalter_Diagramm.jpg, Abruf am 14. Juni 2018.

¹⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 13. März 2011, B6-94/10 – „Amazonas“.

¹⁷ VPRT, Pay-TV in Deutschland 2017. Aktualisierter Marktüberblick zum Pressegespräch des VPRT-Arbeitskreises Pay-TV am 25. Juli 2017, <https://www.vprt.de/system/files/documents/Pay-TV-in-Deutschland-2017.pdf>, Abruf am 14. Juni 2018.

¹⁸ Internet Protocol Television (IPTV) bezeichnet die Übertragung von Fernsehprogrammen mit Hilfe des Internet-Protokolls (IP).

¹⁹ die medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2017. Aufgedrängte Bereicherung: Braucht Vielfalt Privilegierung?, August 2017, S. 31. Aufgrund von Mehrfachnennungen übersteigt die Summe 100 Prozent.

fangsweg. Ein Zugriff auf das lineare Fernsehprogramm ist hier vor allem über direkt bereitgestellte Livestreams der Sender auf ihren Websites sowie im Rahmen entsprechender Mediatheken-Apps oder über sog. Over-the-Top-(OTT-)Plattformen (z. B. Zattoo), die Fernsehprogramme ähnlich wie Kabelnetzbetreiber bündeln und über das offene Internet verbreiten, möglich. Da auf diese Angebote häufig auch direkt über die für den Fernsehkonsum besonders relevanten Endgeräte (z. B. Smart-TVs) oder über an diese angeschlossene Peripheriegeräte (z. B. Amazon-FireTV-Stick, Google Chromecast) zugegriffen werden kann, tritt das offene Internet zunehmend in Konkurrenz zu den anderen Übertragungswegen oder ergänzt diese (Connected-TV). Hiervon profitieren neben den Zuschauern bzw. Nutzern auch die Programmveranstalter, die aufgrund dieser Entwicklung weniger auf die Verbreitung ihrer Inhalte über die traditionellen TV-Empfangswege angewiesen sind.

980. Eine bereits in der Vergangenheit von der Monopolkommission kritisierte Wettbewerbsbeschränkung auf der Distributionsebene ist das in der Betriebskostenverordnung verankerte „Nebenkostenprivileg“, das es Vermietern erlaubt, die Kosten für einen Kabelanschluss im Rahmen der Nebenkostenabrechnung unabhängig von der tatsächlichen Nutzung auf die Mieter umzulegen.²⁰ Hierdurch wird letztlich der Markteintritt für Anbieter alternativer Übertragungsmöglichkeiten, wie etwa IPTV-Anbieter, erschwert, da Mieter, die für den Kabelanschluss bereits im Rahmen ihrer Nebenkostenabrechnung zahlen, kaum einen Anreiz haben, stattdessen einen anderen Anbieter zu nutzen.²¹ Die Monopolkommission spricht sich insofern für eine Abschaffung des Nebenkostenprivilegs aus.

2.2 Audiovisuelle Online-Medien

2.2.1 Formen von Videostreaming-Diensten

981. In den vergangenen Jahren hat die Nutzung audiovisueller Online-Medien stark zugenommen. Im Gegensatz zu audiovisuellen Angeboten, die über traditionelle Wege verbreitet werden, kann auf Online-Video-Angebote bei Bestehen einer Internetverbindung prinzipiell ortsunabhängig zugegriffen werden. Eine Nutzung entsprechender Angebote erfolgt daher nicht nur über den Fernseher bzw. Smart-TV, sondern auch – und vor allem – über Computer, Tablets oder Smartphones. Der Zugriff erfolgt dabei entweder direkt über den Browser oder über Apps, die auf den Endgeräten installiert sind.

982. Audiovisuelle Online-Medien werden von zahlreichen Anbietern in unterschiedlicher Form angeboten. Zu unterscheiden sind dabei insbesondere lineare bzw. Livestreaming-Angebote sowie nicht-lineare Abrufdienste bzw. Video-on-Demand-(VoD)-Angebote. Eine besondere Stellung im Online-Video-Bereich nehmen zudem Videoportale bzw. Video-Sharing-Plattformen ein, über die sowohl Livestreams als auch VoD-Inhalte verbreitet werden können.

Livestreaming-Angebote

983. Bei Livestreaming-Angeboten erfolgt eine lineare Übertragung in Echtzeit über das Internet. Ein Beispiel hierfür sind zunächst die bereits angesprochenen, von traditionellen Fernsehveranstaltern zeitgleich zu ihrem linearen Fernsehprogramm über ihre Homepage oder eine App verbreiteten Livestreams sowie die Angebote von OTT-Plattformen, die traditionelle Fernsehprogramme bündeln und wie Kabelnetzbetreiber ihren Kunden anbieten. Solche Livestreaming-Angebote stellen neben dem Kabel-, Satelliten- und terrestrischen Fernsehen sowie dem IPTV einen weiteren Verbreitungsweg für das aktuelle lineare Fernsehprogramm dar.

984. Neben diesen Angeboten für das lineare Programm traditioneller Rundfunkveranstalter existieren zahlreiche Anbieter, die ihr Programm ausschließlich über das Internet und nicht über den klassischen Empfangsweg linear

²⁰ Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 834.

²¹ Siehe auch Körber, T., Ein Relikt aus analogen Zeiten – Das analoge Nebenkostenprivileg in der digitalen Medienwelt, pro media 04/2017, abrufbar unter: <http://www.medienpolitik.net/2017/04/rundfunk-ein-relikt-aus-analogen-zeiten/>, Abruf am 14. Juni 2018.

verbreiten. Hierzu gehören etwa Livestreams auf Videoportalen wie YouTube. Ein weiteres Beispiel ist der Streaming-Dienst DAZN, welcher unter anderem Live-Übertragungen von Sportereignissen sendet.

Abruf-/Video-on-Demand-Dienste

985. Begrifflich abzugrenzen von Livestreaming-Diensten sind Abruf- bzw. Video-on-Demand-Dienste, die Inhalte zum zeitlich unabhängigen Abruf bereitstellen. Der Begriff umfasst je nach Definition zahlreiche unterschiedliche Anbieter und Geschäftsmodelle, insbesondere klassische Video-on-Demand-Dienste (z. B. Netflix), Mediatheken der traditionellen Fernsehveranstalter sowie gegebenenfalls auch Videoportale bzw. Video-Sharing-Plattformen (z. B. YouTube). Eine Untergliederung der einzelnen Dienste ist anhand ihres Finanzierungsmodells möglich. Unterscheiden lassen sich vor allem – wie auch im traditionellen TV-Markt – nutzerfinanzierte bzw. kostenpflichtige sowie werbefinanzierte VoD-Dienste. Daneben gibt es noch die werbefreien, beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Online-Angebote.

986. Bei kostenpflichtigen VoD-Diensten erfolgt die Finanzierung durch direkte Zahlungen der Rezipienten. Eine Untergliederung ist anhand der Abrechnungsform möglich. Zu unterscheiden sind Dienste, bei denen ein – häufig monatlich kündbares – Abonnement abgeschlossen wird (Subscription-Video-on-Demand – SVoD), und Dienste, bei denen die Nutzer für den Einzelabruf von Videos bezahlen (Transactional-Video-on-Demand – TVoD). Beim SVoD-Modell erhalten die Nutzer im Rahmen ihres Abonnements pauschal Zugriff auf einen mehr oder weniger umfangreichen Programm katalog des Dienstes. Beim TVoD-Modell zahlen die Nutzer hingegen gemäß ihrer tatsächlichen Nutzung für den Einzelabruf der betrachteten Videos. Einige Anbieter, wie etwa Amazon Video, kombinieren auch beide Abrechnungsverfahren, sodass der Nutzer im Rahmen eines Abonnements Zugriff auf einen limitierten Programm katalog erhält, während einige „Premiuminhalte“ nur gegen zusätzliche Bezahlung im Einzelabruf verfügbar sind.

987. Da die Nutzer bei den genannten Angeboten – ähnlich wie bei einer Videothek – lediglich ein temporäres Nutzungsrecht an den Videoinhalten erwerben, werden diese Modelle auch als Download-to-Rent (DTR) bezeichnet. Hiervon abzugrenzen sind Angebote, bei denen ein unbegrenztes Nutzungsrecht erworben und der relevante Videoinhalt heruntergeladen und beliebig oft wiedergegeben werden kann. Diese Modelle werden auch als Download-to-Own (DtO) bzw. Electronic-Sell-Through (EST) bezeichnet.

988. In Abgrenzung von den kostenpflichtigen VoD-Diensten werden werbefinanzierte Abrufdienste auch als Advertising-Video-on-Demand (AVoD) bezeichnet. Bei werbefinanzierten Angeboten erfolgt die Finanzierung vor allem durch Werbeanzeigen vor und während der betrachteten Videoinhalte. Beispiele hierfür sind etwa die Mediatheken der werbefinanzierten privaten Fernsehveranstalter. Ökonomisch betrachtet handelt es sich bei werbefinanzierten VoD-Diensten wie auch bei werbefinanzierten Fernsehsendern um Plattformen bzw. zweiseitige Märkte, auf denen Werbetreibende und Rezipienten zusammengeführt werden. Letztere zahlen dabei für die Videoinhalte indirekt mit ihrer Aufmerksamkeit für Werbeanzeigen.

Videoportale/Video-Sharing-Plattformen

989. Bei Videoportalen handelt es sich um Intermediäre, die eine technische Plattform für das Bereitstellen und Anschauen von Videos zur Verfügung stellen, die aber in der Regel selbst keine eigenen Videoinhalte anbieten. Das mit Abstand größte Videoportal in Deutschland ist derzeit YouTube. Videoportale werden sowohl von professionellen Medienunternehmen zur Verbreitung oder zur Bewerbung ihrer eigenen Inhalte genutzt als auch von kleineren Inhaltenanbietern. Die Vielzahl unterschiedlicher Anbieter auf Videoportalen spiegelt sich in der Heterogenität der angebotenen Videoinhalte, die von professionellen Produktionen, wie etwa Filmen und Serien, bis hin zu nutzer-generierten Videos, wie etwa privaten Urlaubsvideos, reichen.

990. Videoportale sowie die dort tätigen Inhaltenanbieter finanzieren sich vor allem durch Werbung, die in die Videos der Inhaltenanbieter eingebunden wird. Eine solche Einbindung von Werbung erfolgt allerdings nur, wenn (1) die Inhaltenanbieter der Schaltung von Werbung zugestimmt haben, woran diese zwecks Monetarisierung ihrer Inhalte in der Regel ein Eigeninteresse haben, und (2) die Videoinhalte bestimmte Mindestvoraussetzungen erfül-

len. Sind beide Bedingungen erfüllt, platzieren die Videoportale die Werbeanzeigen ihrer Werbekunden möglichst zielgerichtet in den Videos ihrer Inhaltenanbieter, sodass diese durch die Zuschauer wahrgenommen werden. Die durch das Anschauen (Views) oder durch das Anklicken (Klicks) von Werbeanzeigen generierten Werbeeinnahmen werden zwischen dem Videoportal sowie dem Inhaltenanbieter nach zuvor festgelegten Konditionen aufgeteilt.

991. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei werbefinanzierten Videoportalen um eine mehr- bzw. in diesem Fall dreiseitige Plattform, auf der Inhaltenanbieter, Werbetreibende und Rezipienten zusammengebracht werden. Zwischen den einzelnen Kundengruppen bestehen dabei indirekte Netzwerkeffekte, d. h., die Anzahl der Nutzer einer Kundengruppe hat Einfluss auf die Attraktivität der Plattform für die anderen Kundengruppen. Die von den einzelnen Nutzergruppen ausgehenden indirekten Netzwerkeffekte wirken allerdings unterschiedlich. Eine größere Anzahl von Videoanbietern dürfte die Plattform sowohl für die Zuschauer als auch für die Werbetreibenden attraktiver machen, sodass von diesen positive indirekte Netzwerkeffekte ausgehen. Gleiches gilt für die Gruppe der Zuschauer. Sind mehr Zuschauer auf der Plattform aktiv, steigt die Attraktivität der Plattform für Werbetreibende und Inhaltenanbieter. Während zwischen den Anbietern von Videoinhalten und den Zuschauern somit wechselseitig positive indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ist die von den Werbetreibenden ausgehende Wirkung auf die Attraktivität der Plattform weniger eindeutig. Tendenziell dürften von einer höheren Anzahl Werbetreibender, sofern sich diese in einem Mehr an Werbung und nicht nur in einer größeren Heterogenität der Werbung bei gleicher Werbeanzahl widerspiegelt, vor allem auf die Zuschauer eher negative Netzwerkeffekte ausgehen, da die Plattform bei zu viel Werbung aus Sicht der Zuschauer weniger attraktiv werden dürfte.

992. Die Entwicklung von Videoportalen hat eine neue Gruppe von Video-Inhaltenanbietern hervorgebracht, die in Anlehnung an das führende Videoportal auch als YouTube-Stars oder „YouTuber“ bezeichnet werden und über ihre Videokanäle teilweise ein Millionenpublikum erreichen. Um die Videoportale und diese neuen Inhaltenanbieter herum ist wiederum mit den sog. Multi-Channel-Networks (MCN), die „YouTuber“ unter Vertrag nehmen und bei der Entwicklung und Vermarktung ihrer Produkte unterstützen, ein eigener Wirtschaftszweig entstanden. Diese Multi-Channel-Networks finanzieren sich in der Regel über eine Beteiligung an den Werbeeinnahmen ihrer Klienten.

993. Für traditionelle Medienunternehmen, wie etwa Fernsehveranstalter, stellt sich die Frage nach einem angemessenen Umgang mit der neuen Konkurrenz der Videoportale. Einerseits können sie die Portale selbst nutzen, um ihre Videoinhalte einem größeren Publikum zugänglich zu machen. Andererseits besteht die Gefahr, dass sie durch das Ausspielen ihrer Videoinhalte über diese Drittanbieter ihre Konkurrenz stärken und ihre eigenen Online-Angebote, wie etwa Mediatheken, kannibalisieren. Viele traditionelle Medienunternehmen nutzen Videoportale daher auch, um etwa durch kurze Teaser bzw. Videoclips auf Inhalte in ihren eigenen Mediatheken aufmerksam zu machen.

2.2.2 Marktentwicklung im Bereich Online-Videos

994. Die Nutzung von Online-Videoangeboten ist in Deutschland speziell auf der Nutzerseite in den letzten Jahren stark angestiegen. Wie die ARD/ZDF-Onlinestudie 2017 zeigt, stagnierte die Online-Videonutzung zwar im Jahr 2017, insgesamt ist aber seit dem Jahr 2011 ein deutlicher Anstieg der Nutzung festzustellen.²² Der Anteil der Befragten, die Online-Videoanwendungen mindestens selten genutzt haben, ist demnach von 2011 bis 2017 von 50 Prozent auf 72 Prozent angestiegen. Im Jahr 2017 nutzen 57 Prozent der Befragten zumindest selten Videoportale, 52 Prozent schauten live oder zeitversetzt Fernsehsendungen über das Internet, und 43 Prozent nutzten die Mediatheken der Fernsehsender. Ein besonders deutlicher Anstieg gegenüber den Vorjahren ist bei der Nutzung kostenpflichtiger Videostreaming-Dienste festzustellen. Während im Jahr 2013 lediglich 9 Prozent der Befragten diese Dienste zumindest selten nutzten, waren dies im Jahr 2016 bereits 18 und im Jahr 2017 sogar 38 Prozent. Der Anteil der Befragten, die Videostreaming-Dienste wöchentlich nutzten, hat sich von 2016 auf 2017 von

²² Kupferschmitt, T., Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2017. Onlinevideo: Gesamtreichweite stagniert, aber Streamingdiensten punkten mit Fiction bei Jüngeren, Media Perspektiven 9/2017.

12 Prozent auf 23 Prozent nahezu verdoppelt. Bezogen auf die wöchentliche Nutzung sind Videostreaming-Dienste damit hinter Videoportalen (31 Prozent) die meistgenutzte Form von Online-Videoanwendungen.²³

995. Betrachtet man das Alter der Nutzer, so zeigt sich zunächst wenig überraschend, dass die Nutzung von Online-Videoanwendungen in den jüngeren Altersgruppen deutlich intensiver ist.²⁴ Insgesamt nutzen 96 Prozent der 14- bis 29-Jährigen und 91 Prozent der 30- bis 49-Jährigen mindestens selten Online-Videoanwendungen, unter den 50- bis 69-Jährigen sind dies 63 Prozent, bei den ab 70-Jährigen noch 29 Prozent. Hiervon abgesehen verteilt sich auch die Nutzung auf die einzelnen Online-Videoanwendungen unterschiedlich. Während in den jüngeren beiden Altersgruppe neben Videoportalen und Fernsehsendungen (live oder zeitversetzt) auch Videostreaming-Dienste, Videos auf Facebook sowie die Mediatheken von relativ vielen Befragten genannt werden, konzentriert sich die Nutzung in den beiden älteren Altersgruppen – wenngleich auf einem deutlich niedrigeren Niveau – auf Fernsehsendungen (live oder zeitversetzt), die Mediatheken der Fernsehsender sowie Videoportale.

996. Die insgesamt gestiegene Nutzung von Videostreaming-Diensten spiegelt sich auch in der Umsatzentwicklung wider, wenngleich die Angaben je nach Quelle sowie betrachteten Markt Bereichen teilweise erheblich variieren. Eine Studie des Bundesverbands Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (Bitkom) und von IHS Markit betrachtet etwa die Umsatzentwicklung in den Bereichen AVoD, SVoD und TVoD (Abbildung IV.3). In diesen Marktsegmenten ist der Umsatz in Deutschland von ca. EUR 114 Mio. im Jahr 2010 auf ca. EUR 800 Mio. im Jahr 2016 angestiegen.²⁵ Für das Jahr 2017 wurde ein Umsatz von voraussichtlich EUR 945 Mio. bzw. ein Wachstum um ca. 18 Prozent gegenüber dem Vorjahr prognostiziert. Von diesem prognostizierten Umsatz entfallen EUR 511 Mio. auf kostenpflichtige VoD-Dienste, davon EUR 275 Mio. auf SVoD- und EUR 236 Mio. auf TVoD-Angebote sowie EUR 434 Mio. auf werbefinanzierte Angebote (AVoD). Einer Studie von Statista DMO zufolge wurden demgegenüber im Jahr 2016 ca. EUR 439 Mio. mit SVoD und ca. EUR 104 Mio. mit TVoD umgesetzt.²⁶ Ein weiteres Wachstum wird vor allem für den SVoD-Bereich erwartet. Bis zum Jahr 2022 soll der Umsatz in diesem Bereich auf ca. EUR 690 Mio. ansteigen, während für den TVoD-Bereich für den gleichen Zeitraum nur ein Anstieg auf knapp EUR 120 Mio. erwartet wird. Eine aktuelle Studie von Goldmedia beziffert die Brutto-Umsätze im deutschen Pay-VoD-Bereich im Jahr 2017 auf ca. EUR 1,1 Mrd. und prognostiziert einen Anstieg auf EUR 2,5 Mrd. bis zum Jahr 2023.²⁷ Hiervon entfallen drei Viertel auf den Bereich SVoD.

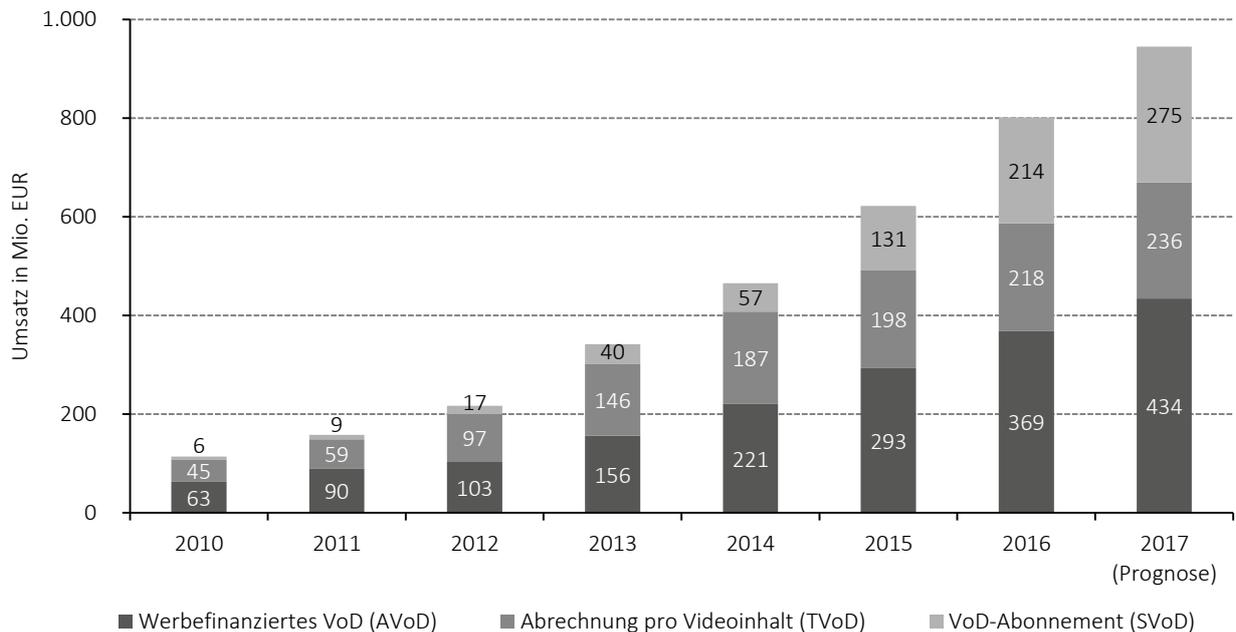
²³ ARD/ZDF Onlinestudie 2017, Multimedienutzung. Videonutzung im Internet 2016 und 2017, mindestens wöchentlich, Gesamtbevölkerung, in Prozent, <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/multimedienutzung/video/>, Abruf am 14. Juni 2018.

²⁴ Kupferschmitt, T., a. a. O.

²⁵ Bitkom, Presseinformation vom 16. Januar 2017, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Umsatz-mit-Video-Streaming-knapp-an-der-Milliardengrenze.html>, Abruf am 14. Juni 2018. Grundlage der Angaben sind Daten des Marktforschungsinstituts IHS Markit.

²⁶ Statista DMO, Umsätze im Markt für Digitale Videos in Deutschland im Jahr 2016 sowie eine Prognose bis 2022 (in Millionen Euro), <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/455498/umfrage/umsaetze-im-markt-fuer-digitale-videos-in-deutschland>, Abruf am 14. Juni 2018.

²⁷ Goldmedia, Pressemitteilung vom 11. Juni 2018, https://www.goldmedia.com/fileadmin/goldmedia/2015/Studien/2018/VoD_Forecast/180611_Pressemeldung_VoD-Forecast_2018-2023_Goldmedia.pdf, Abruf am 14. Juni 2018. Die Angaben basieren auf Goldmedia, Pay-VoD in Germany – Forecast 2018-2023, Juni 2018.

Abbildung IV.3: Entwicklung der Video-on-Demand-Umsätze in Deutschland von 2010 bis 2017

Quelle: IHS Markit; eigene Darstellung auf Basis von Bitkom, Presseinformation vom 16. Januar 2017

997. Der Umsatz mit kostenpflichtigen Film-Downloads (EST) ist in den letzten Jahren ebenfalls deutlich gestiegen. Während er nach Angaben des Bundesverbands Audiovisuelle Medien (BVV) im Jahr 2011 noch bei EUR 33 Mio. lag, wurden im Jahr 2016 bereits EUR 118 Mio. umgesetzt.²⁸ Statista DMO weist für dieses Marktsegment im Jahr 2016 einen Umsatz von ca. EUR 125 Mio. aus und prognostiziert bis zum Jahr 2022 ein Wachstum auf ca. EUR 159 Mio.²⁹

998. Betrachtet man schließlich noch die Anteile einzelner Unternehmen im Bereich audiovisueller Online-Angebote, so zeigt sich, dass vor allem die Angebote US-amerikanischer Unternehmen führend sind. Unter den Videoportalen bzw. Video-Sharing-Plattformen ist YouTube deutlicher Marktführer. Im ersten Halbjahr 2016 erzielte YouTube in Deutschland einen Marktanteil von ca. 81 Prozent, auf den Plätzen folgten das französische Videoportal Dailymotion mit ca. 4,5 Prozent, das Videoportal Clipfish der RTL Mediengruppe (heute: Watchbox) mit 3,8 Prozent sowie das auf die Übertragung von Videospielen spezialisierte Videoportal Twitch TV mit ca. 3,4 Prozent.³⁰ Die früheren deutschen Videoportale MyVideo und Sevenload sind demgegenüber inzwischen aus dem Markt ausgeschieden.³¹

²⁸ BVV, Der Home Video Markt im Jahr 2016, https://www.bvv-medien.org/fileadmin/user_upload/businessreports/JWB2016.pdf, Abruf am 14. Juni 2018. Die Angaben basieren auf Daten der GfK im Auftrag der FFA.

²⁹ Statista DMO, Umsätze im Markt für Digitale Videos in Deutschland im Jahr 2016 sowie eine Prognose bis 2022 (in Millionen Euro), a. a. O.

³⁰ die medienanstalten, MedienVielfaltsMonitor. Ergebnisse 1. Halbjahr 2016, S. 37, https://www.blm.de/files/pdf1/alm_vielfaltsmonitor_1-halbjahr-2016-1.pdf, Abruf am 14. Juni 2018. Die Angaben basieren auf Daten von Nielsen Digital Content Measurement. Basis sind die Top-15-Video-Sharing-Plattformen. Die Marktanteile beziehen sich auf Unique User, also auf einzelne Nutzer. Dabei wird erfasst, wie viele unterschiedliche Personen in einem bestimmten Zeitraum auf eine Website zugegriffen bzw. Kontakt mit einem Werbeträger haben. Mehrere Zugriffe eines Nutzers werden nur einmal berücksichtigt.

³¹ Das Videoportal Sevenload wurde bereits im Jahr 2014 eingestellt. Das zu ProSiebenSat1 gehörende Videoportal MyVideo hatte in den letzten Jahren mehrere Umstrukturierungen durchlaufen, bevor es im September 2017 eingestellt wurde.

999. Bei den kostenpflichtigen VoD-Diensten sind ebenfalls US-amerikanische Anbieter marktführend.³² Unter Einbeziehung von SVoD, TVoD und EST weist Goldmedia für das dritte Quartal 2017 für Amazon Prime Video einen Nutzeranteil von 30,4 Prozent und für Netflix einen Nutzeranteil von 21,4 Prozent aus.³³ Dahinter rangieren Sky mit seinen Diensten Sky Go und Sky Ticket mit einem Anteil von insgesamt 15,3 Prozent sowie Maxdome und Google Play mit jeweils 8,6 Prozent. Betrachtet man lediglich den SVoD-Bereich, so entfallen auf Amazon Prime Video 38,7 Prozent, auf Netflix 34,1 Prozent, auf Sky Go und Sky Ticket zusammen 15,8 Prozent und auf Maxdome 6,5 Prozent. Daneben gibt es im VoD-Bereich mehrere Nischenanbieter, die sich beispielsweise auf bestimmte Filmgenres spezialisiert haben. Berichten zufolge beträgt der Marktanteil dieser spezialisierten Anbieter inzwischen rund 14 Prozent.³⁴ Die Marktführerschaft von Amazon Prime Video dürfte unter anderem auch darauf zurückzuführen sein, dass der Videodienst Bestandteil von Amazons Premium-Lieferservice-Angebot Amazon Prime ist.³⁵

1000. Der Wettbewerb zwischen den einzelnen VoD-Anbietern erfolgt – abgesehen vom Preis – vor allem über die angebotenen Videoinhalte. Neben angekauften Inhalten sind für die Anbieter selbst produzierte bzw. in Auftrag gegebene exklusive Videoinhalte (Original Content) ein wichtiges Alleinstellungsmerkmal, um sich von der Konkurrenz abzuheben. Daneben spielen auch Aspekte wie die Aktualisierungsrate des Angebots, Empfehlungssysteme sowie eine möglichst unkomplizierte, geräteübergreifende Nutzbarkeit des Angebots für die Entscheidung der Nutzer eine Rolle. Aufgrund der Exklusivität vieler Videoinhalte müssen Zuschauer gegebenenfalls mehrere Dienste parallel nutzen bzw. mehrere Abonnements abschließen.

2.3 Nutzung von Fernsehen und Online-Videos im Vergleich

1001. Obige Ausführungen zeigen, dass die Nutzung und damit auch der Umsatz von Videostreaming-Diensten in den letzten Jahren in Deutschland erheblich zugenommen haben. Für die nächsten Jahre sind ein weiteres Wachstum – bei allerdings geringeren Wachstumsraten – sowie voraussichtlich auch neue Markteintritte zu erwarten. So hat etwa das US-amerikanische Unternehmen Walt Disney bereits angekündigt, seine Inhalte zukünftig über einen eigenen, kostenpflichtigen VoD-Dienst exklusiv anbieten zu wollen. Zudem wird im Bereich des werbefinanzierten Videostreamings ein Markteintritt des Dienstes „Watch“ von Facebook, der in den USA seit August 2017 aktiv ist und vor allem ein Konkurrenzangebot zu YouTube darstellt, auch für Deutschland erwartet.

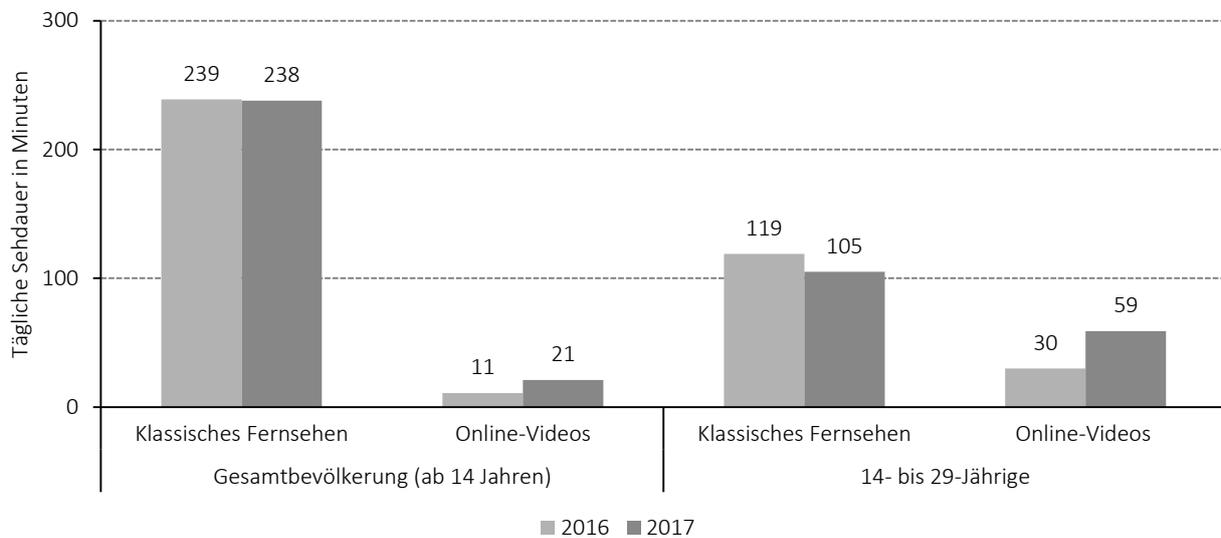
1002. Trotz dieses Wachstums werden Online-Videos im Vergleich zum klassischen linearen Fernsehen insgesamt weiterhin weniger genutzt. Dabei zeigen sich allerdings deutliche Unterschiede zwischen den Altersgruppen. Betrachtet man die tägliche Nutzungs- bzw. Sehdauer, so lag diese in der Gesamtbevölkerung (ab 14 Jahren) beim klassischen linearen Fernsehen in den Jahren 2016 und 2017 bei 239 bzw. 238 Minuten, während auf Online-Videos lediglich 11 bzw. 21 Minuten entfielen (Abbildung IV.4). Demgegenüber entfielen in der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen nur 119 bzw. 105 Minuten auf das klassische lineare Fernsehen und 30 bzw. 59 Minuten auf Online-Videos. Gerade in der jüngeren Altersgruppe ist die tägliche Nutzungsdauer von Online-Videos somit innerhalb des letzten Jahres deutlich angestiegen.

³² Der gerade in der Entstehungsphase kostenpflichtiger VoD-Dienste in Deutschland weit verbreitete Anbieter Watchever, ein Angebot des französischen Medienkonzerns Vivendi SA, ist Ende 2016 aus dem Markt ausgeschieden.

³³ Goldmedia, Pay-VoD in Deutschland weiter auf Wachstumskurs, Meldung vom 30. November 2017, <https://www.goldmedia.com/aktuelles/info/article/pay-vod-in-deutschland-weiter-auf-wachstumskurs>, Abruf am 14. Juni 2018. Die „Marktanteile“ beziehen sich auf Personen in Deutschland, die Zugriff auf die genannten Videoplattformen haben (weitester Nutzerkreis). Die Erhebung fußt auf einer rollierenden Online-Befragung mit bis zu 65.000 Befragten pro Jahr.

³⁴ Reichert, M., Der Konkurrenzkampf spitzt sich zu: VoD-Plattformen zwischen Preiserhöhung, Überlebenskampf und Spezialisierung, 4. Dezember 2017, <http://www.goldmedia.com/blog/2017/12/trendmonitor-2018-vod-plattformen-zwischen-preiserhoehung-ueberlebenskampf-und-spezialisierung>, Abruf am 14. Juni 2018.

³⁵ Daten dazu, wie viele der regulären Amazon-Prime-Kunden das im Abonnement enthaltene Videopakete tatsächlich nutzen, werden von Amazon nicht veröffentlicht.

Abbildung IV.4: Nutzung des klassischen linearen Fernsehens und von Online-Videos in Deutschland 2016/17

Quelle: AGF in Zusammenarbeit mit GfK, ARD/ZDF-Onlinestudien; eigene Darstellung auf Basis von KEK, <https://www.kek-online.de/medienkonzentration/mediennutzung/internetnutzung/>

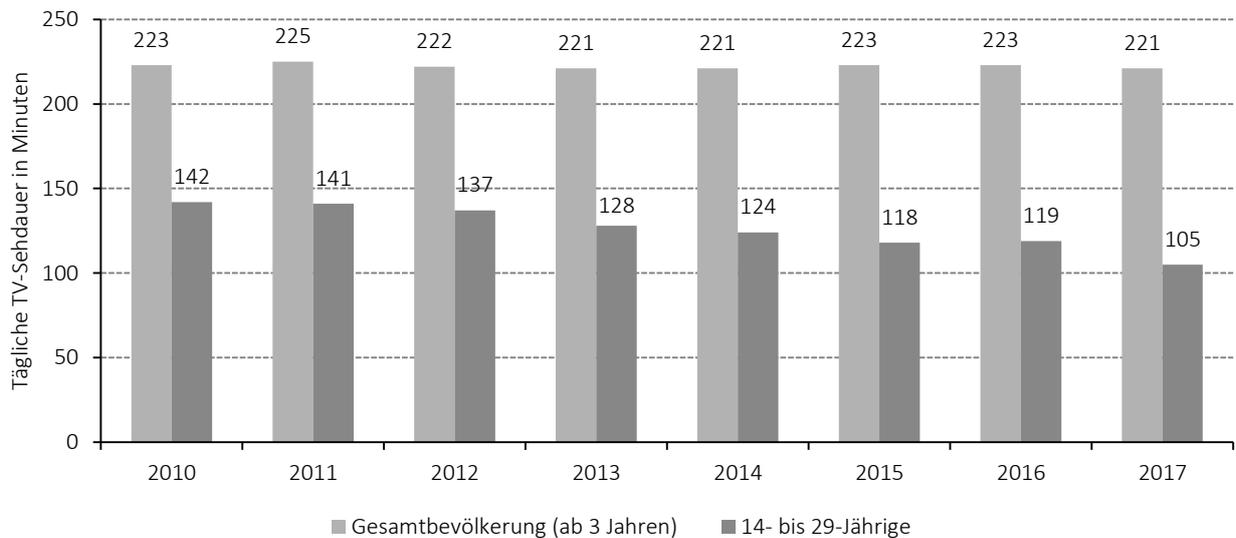
1003. Die zunehmende Bedeutung nicht-linearer Angebote verdeutlicht auch eine Betrachtung der durchschnittlichen Nutzungsanteile linearer und nicht-linearer Bewegtbildinhalte.³⁶ Im Jahr 2017 entfiel in der Gesamtbevölkerung ein Nutzungsanteil von 69,1 Prozent auf das klassische lineare Fernsehen, 17,9 Prozent auf VoD-Angebote, 6,6 Prozent auf selbst aufgezeichnete Sendungen und 4,6 Prozent auf Livestreams. Im Vergleich zum Vorjahr ist damit der durchschnittliche Nutzungsanteil des linearen Fernsehens leicht gesunken, während die Nutzung von VoD-Angeboten um 13,3 Prozent gestiegen ist. Besonders deutlich ist die Tendenz zur nicht-linearen Bewegtbildnutzung hingegen in der Gruppe der 14- bis 29-Jährigen: Hier überstieg die durchschnittliche Nutzung von VoD-Angeboten mit 44 Prozent sogar die Nutzung des linearen Fernsehens mit 38,3 Prozent. Im Vergleich zum Vorjahr ist die VoD-Nutzung um 21,5 Prozent angestiegen, während die lineare Fernsehnutzung um 17,8 Prozent gesunken ist. Der Nutzungsanteil von Livestreams lag im Jahr 2017 bei 9,2 Prozent. Dies entspricht einer Steigerung um 19,5 Prozent gegenüber dem Vorjahr.

1004. Die unterschiedliche Bedeutung des linearen Fernsehens für die einzelnen Altersgruppen verdeutlicht auch ein weiterer Blick auf die Entwicklung der Nutzungszeiten im Zeitverlauf (Abbildung IV.5). Demnach stagniert die durchschnittliche tägliche Sehdauer des klassischen linearen Fernsehens in der Gesamtbevölkerung (ab drei Jahren) seit dem Jahr 2010 auf einem gleichbleibend hohen Niveau, nachdem diese in den Jahren zuvor kontinuierlich angestiegen war.³⁷ Im Jahr 2017 betrug die tägliche Sehdauer 221 Minuten.³⁸ Die Möglichkeit der Nutzung von Online-Videos hat somit zumindest in der Gesamtbevölkerung bislang nicht zu einem Rückgang der Nutzung des linearen Fernsehens geführt. Deutlich gesunken ist die tägliche Sehdauer des linearen Fernsehens hingegen in den jüngeren Altersgruppen. In der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen ist diese von 2010 bis 2017 von 142 Minuten auf 105 Minuten zurückgegangen.

³⁶ die medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2017. Aufgedrängte Bereicherung: Braucht Vielfalt Privilegierung?, a. a. O., S. 38 f.

³⁷ Im Jahr 2000 lag die tägliche Sehdauer in der Gesamtbevölkerung (ab drei Jahren) bei 190 Minuten.

³⁸ AGF in Zusammenarbeit mit GfK, TV Scope, Entwicklung der durchschnittlichen Sehdauer pro Tag/Person in Minuten, <https://www.agf.de/daten/tvdaten/sehdauer>, Abruf am 14. Juni 2018. Die Sehdauer gibt an, wie lange im Durchschnitt eine Person im Panel innerhalb eines bestimmten Zeitintervalls ferngesehen hat. In diesen Durchschnittswert gehen alle Panelmitglieder ein, gleichgültig, ob sie tatsächlich ferngesehen haben oder nicht.

Abbildung IV.5: Entwicklung der täglichen TV-Sehdauer in Deutschland von 2010 bis 2017

Quelle: AGF in Zusammenarbeit mit GfK; eigene Darstellung

1005. Insgesamt zeigt sich, dass trotz der zweifelsohne vorhandenen und insbesondere in den jüngeren Altersgruppen sehr deutlichen Tendenz zur stärkeren Nutzung nicht-linearer Online-Videos zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt das lineare Fernsehen – gemessen an der Nutzungsdauer – weiterhin das mit Abstand meistgenutzte Medium zum Konsum von Bewegtbildinhalten ist. Dessen ungeachtet hat der Markteintritt zahlreicher unterschiedlicher Online-Video-Angebote allerdings zu einer Erhöhung der Angebotsvielfalt und einer Verschärfung des Wettbewerbs im Bereich audiovisueller Medien geführt. Dabei sind die Wettbewerbsverhältnisse, wie gesagt, vielschichtig. So sind etwa kostenpflichtige VoD-Dienste einerseits ein neuer Konkurrent für die Veranstalter linearer Fernsehprogramme, insbesondere für Pay-TV-Anbieter. Andererseits dürften sie aber auch maßgeblich zu den Umsatzrückgängen im traditionellen Videoverleih sowie beim Verkauf physischer Datenträger beigetragen haben.³⁹

2.4 Wettbewerb zwischen Rundfunk und Presse mit Online-Angeboten

1006. Abgesehen von dem zunehmenden Wettbewerb zwischen Anbietern audiovisueller Medieninhalte führt die Verbreitung von Medieninhalten über das Internet auch zu einer Annäherung vormals getrennter bzw. unterschiedlicher Mediengattungen. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis zwischen Rundfunk und Presse. So beschränken sich etwa die Rundfunkveranstalter nicht darauf, das Internet als zusätzlichen Verbreitungsweg für ihre audiovisuellen Inhalte in Form von Livestreams oder im Rahmen von Mediatheken zu nutzen. Vielmehr werden die audiovisuellen Inhalte in vielen Fällen internetspezifisch aufbereitet und mit Texten und Bildern angereichert. Zudem bieten viele Rundfunkveranstalter auch reine Text- und Bildinhalte ohne jeglichen Bezug zu Videoinhalten an.⁴⁰ Die gleiche Entwicklung findet sich umgekehrt auch bei den digitalen Angeboten der traditionellen Presseunternehmen. Während diese ihren Fokus weiterhin auf der Textberichterstattung haben, umfassen die Internetauftritte der Unternehmen in zunehmendem Maße auch Videoinhalte. Faktisch führt die spezifische Gestaltung der Online-Angebote somit zu einer Annäherung der vormals getrennten Mediengattungen.

³⁹ Zu Marktdaten siehe z. B. BVV, Der Home Video Markt im Jahr 2016, https://www.bvv-medien.org/fileadmin/user_upload/businessreports/JWB2016.pdf, Abruf am 14. Juni 2018.

⁴⁰ Daneben bieten die privaten Medienkonzerne zahlreiche weitere Telemedien an, wie etwa Preisvergleichsportale, Partnerbörsen oder Portale für Online-Spiele, die nicht der klassischen Veranstaltung von Rundfunk zuzuordnen sind. Wesentliches Ziel dieser zusätzlichen Digitalangebote ist letztlich, nicht zuletzt in Anbetracht des nur noch geringen Wachstumspotenzials im Bereich der klassischen Fernsehwerbung, die Erschließung neuer Erlösquellen. Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind viele dieser Telemedienangebote gemäß der Negativliste des RStV (Anlage 4) untersagt.

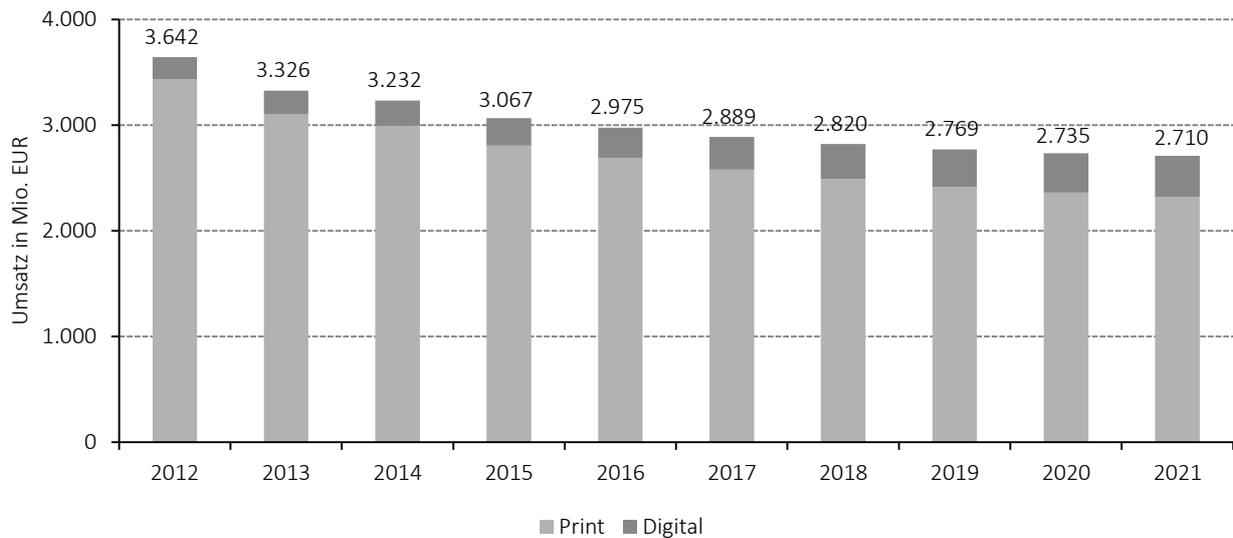
1007. Von besonderer Relevanz ist die im Zuge der Medienkonvergenz entstehende Wettbewerbssituation zwischen Rundfunk und Presse im Internet mit Blick auf die Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote. Denn während es privaten Rundfunkveranstaltern im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit grundsätzlich offensteht, auch in andere Medienbereiche zu expandieren, sind den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufgrund ihrer Beitragsfinanzierung presseähnliche Online-Angebote zum Schutz der privaten Presse untersagt. Aus Wettbewerbssicht ist insofern von Bedeutung, wann ein öffentlich-rechtliches Online-Angebot als presseähnlich einzustufen ist bzw. wann der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit seinen beitragsfinanzierten Online-Angeboten die Grenze zur Presse überschreitet. Dabei geht es im Wesentlichen um die Frage, in welchem Umfang dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk Texte und Bilder in seinem Online-Angebot gestattet sind. Diese Frage war bereits wiederholt Gegenstand von Gerichtsverfahren. Das OLG Köln hat zuletzt im Jahr 2016 in einem Rechtsstreit um die Klage mehrerer Zeitungsverlage die Verbreitung der Tagesschau-App in ihrer Form vom 15. Juni 2011 aufgrund ihrer Presseähnlichkeit verboten, da ein Verstoß gegen § 11d des Rundfunkstaatsvertrags vorliege.⁴¹ Hauptsächlich aus Textinhalten bestehende Beiträge ohne direkten Bezug zu Audio- und Bewegtbild-Inhalten seien demnach unzulässig. Nachdem der BGH die von NDR und ARD eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde abgewiesen hat,⁴² hat der NDR im Januar 2018 Beschwerde beim BVerfG eingereicht. Das Verbot der Presseähnlichkeit ist daneben ein wichtiger Aspekt der derzeitigen Überarbeitung des sog. Telemedienauftrags (§§ 11d ff. des Rundfunkstaatsvertrags), der die zulässigen Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Grundzügen beschreibt.⁴³

1008. Der Frage der Presseähnlichkeit öffentlich-rechtlicher Online-Angebote kommt – abgesehen von der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit – gerade in Anbetracht der schwierigen Refinanzierung von Presseinhalten im Internet eine hohe Bedeutung zu. Betrachtet man etwa die für die Refinanzierung von Presseangeboten wichtigen Werbeeinnahmen, so zeigt sich, dass die aufgrund der geringeren Auflage rückläufigen Werbeeinnahmen bei gedruckten Tages- und Wochenzeitungen nicht durch entsprechende Werbeeinnahmen im Online-Bereich ausgeglichen werden, sodass über die letzten Jahre ein deutlicher Rückgang der Werbeeinnahmen zu konstatieren ist (Abbildung IV.6). Gleichzeitig gestaltet sich eine alternative Refinanzierung der Online-Inhalte über Bezahlangebote aufgrund der offenbar geringen Zahlungsbereitschaft der Nutzer, die nicht zuletzt auf die zahlreichen unentgeltlichen Online-Angebote zurückzuführen sein dürfte, schwierig. Ein umfangreiches, dem Angebot der Presseunternehmen ähnliches, aber aufgrund der Beitragsfinanzierung ohne zusätzliches Entgelt verfügbares, werbefreies Online-Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird insofern als (zusätzliche) Bedrohung für die Online-Angebote der Presse gesehen. Insbesondere wird erwartet, dass ein ohne zusätzliches Entgelt verfügbares, presseähnliches Online-Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Möglichkeit zur Etablierung von Bezahlangeboten für die Presseunternehmen weiter einschränkt. Gerade seitens der Presseunternehmen wird insofern eine Fokussierung des öffentlich-rechtlichen Online-Angebots auf audiovisuelle Inhalte gefordert.

⁴¹ OLG Köln, Urteil vom 30. September 2016, 6 U 188/12.

⁴² BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2017, 1 ZR 216/16.

⁴³ Siehe unten Tz. 1074, 1105 f.

Abbildung IV.6: Entwicklung der Werbeumsätze von Zeitungen in Deutschland von 2012 bis 2021

Anm.: Die Werte für 2017 bis 2021 basieren auf einer Prognose von PwC.

Quelle: PwC, Ovum, ZAW, BDZV; eigene Darstellung auf Basis von PwC – German Entertainment and Media Outlook 2017

2.5 Die Entwicklung des Online-Werbemarktes

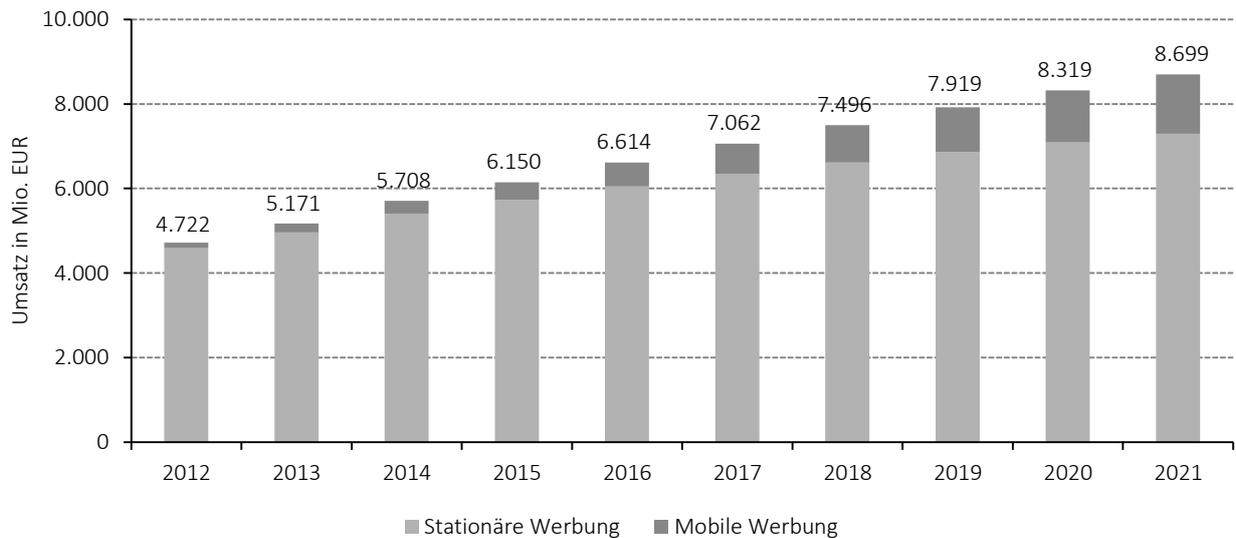
1009. Werbung ist für viele Online-Medienangebote, nicht zuletzt in Anbetracht der dem Vernehmen nach geringen Zahlungsbereitschaft vieler Internetnutzer, die zentrale Finanzierungsform. Dementsprechend konkurrieren zahlreiche unterschiedliche Anbieter um Werbegelder, neben den unterschiedlichen Inhaltenanbietern, wie etwa Anbietern von Presse- oder audiovisuellen Inhalten, insbesondere auch Online-Plattformen bzw. Intermediäre wie z. B. Suchmaschinen und soziale Netzwerke.

1010. Der deutsche Online-Werbemarkt ist in den vergangenen Jahren deutlich gewachsen, wobei die Marktdaten je nach Quelle und erfassten Werbeformen variieren. Einer Analyse von PwC zufolge sind die Umsätze im Online-Werbemarkt von ca. EUR 4,7 Mrd. im Jahr 2012 auf ca. EUR 6,6 Mrd. im Jahr 2016 angestiegen (Abbildung IV.7).⁴⁴ Hiervon entfielen ca. EUR 6 Mrd. auf stationäre und ca. EUR 0,6 Mrd. auf mobile Werbung.⁴⁵ Bis zum Jahr 2021 wird ein Anstieg auf ca. EUR 8,7 Mrd. erwartet. Betrachtet man ferner unterschiedliche Formen von Online-Werbung, so zeigt sich insbesondere die hohe Bedeutung der Suchwortvermarktung, auf die im Jahr 2016 ca. EUR 3,4 Mrd. entfielen. Auf Display-Werbung entfielen ca. EUR 1,6 Mrd., auf Videowerbung ca. EUR 0,5 Mrd. und auf Kleinanzeigen sowie Affiliate-Werbung zusammen ca. EUR 1 Mrd.⁴⁶

⁴⁴ PwC, German Entertainment and Media Outlook 2017, Oktober 2017.

⁴⁵ Als stationäre Online-Werbung wird jegliche Online-Werbung bezeichnet, die über stationäre Geräte wie PCs und Laptops ausgespielt wird. Mobile Werbung umfasst insbesondere Online-Werbung auf mobilen Geräten wie Smartphones und Tablets.

⁴⁶ Display-Werbung umfasst, in Abgrenzung von suchgebundener Werbung, Online-Werbeformen, bei denen vor allem grafische Werbemittel wie Banner, Animationen oder Bilder eingesetzt werden. Affiliate-Werbung bzw. Affiliate-Marketing bezeichnet internetbasierte Provisionssysteme, bei denen die Betreiber einer Website für die Weiterleitung ihrer Nutzer über Verlinkungen auf bestimmte Angebote ihrer Werbepartner eine Provision erhalten, etwa wenn die Nutzer auf der Seite des Werbepartners ein Produkt kaufen.

Abbildung IV.7: Entwicklung der Umsätze mit Online-Werbung in Deutschland von 2012 bis 2021

Anm.: Die Werte für 2017 bis 2021 basieren auf einer Prognose von PwC.

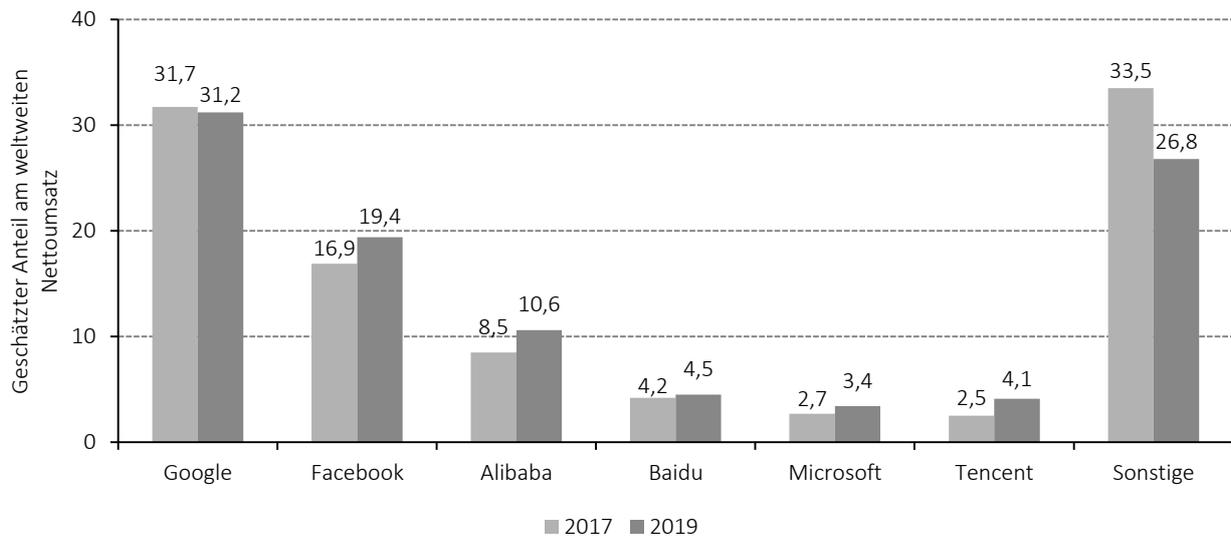
Quelle: PwC, Ovum; eigene Darstellung auf Basis von PwC, German Entertainment and Media Outlook 2017

1011. Die wachsende Bedeutung von Online-Werbung zeigt sich auch mit Blick auf den gesamten Werbemarkt. Nach Angaben des Online-Vermarkterkreises im BVDW (OVK) entfielen im Jahr 2016 in Deutschland 29,9 Prozent der Nettowerbeinvestitionen auf das Internet als Werbemedium (Suchmaschinen- und Display-Werbung).⁴⁷ Damit lagen die Investitionen in digitale Werbung erstmals knapp über denen in Fernsehwerbung (29,7 Prozent). Dahinter rangierten die Mediengattungen Tageszeitungen (16,5 Prozent), Außenwerbung (6,7 Prozent), Publikumszeitschriften (6,6 Prozent), Fachzeitschriften (5,6 Prozent) und Hörfunk (5 Prozent).

1012. Der Online-Werbemarkt ist vor allem durch die großen internationalen Online-Plattformen bzw. Intermediäre geprägt. Entsprechende Analysen für den weltweiten Online-Werbemarkt zeigen vor allem die herausgehobene Marktstellung von Google und Facebook. Im Jahr 2017 hatte Schätzungen zufolge Google einen Anteil von 31,7 Prozent und Facebook einen Anteil von 16,9 Prozent am weltweiten Umsatz mit digitaler Werbung (Abbildung IV.8). Vergleichbare Angaben für den deutschen Markt sind nicht verfügbar, da die Unternehmen ihre Umsätze nicht separat ausweisen. Dessen ungeachtet dürften beide Unternehmen aufgrund ihrer jeweils herausgehobenen Stellung in den Bereichen Suchmaschinen bzw. soziale Netzwerke auch hierzulande einen sehr hohen Anteil am Online-Werbemarkt haben. Die Organisation der Mediaagenturen (OMG) schätzt etwa den Nettoumsatz von Google auf rund EUR 4 Mrd. und den von Facebook auf rund EUR 1 Mrd. in Deutschland.⁴⁸

⁴⁷ Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW), OVK-Report für digitale Werbung 2017/02. Online und Mobile – Zahlen und Trends im Überblick, September 2017, https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/ovk/bvdw_ovk_report_2017-02.pdf, Abruf am 14. Juni 2018.

⁴⁸ Horizont, OMG-Schätzung: So viel setzen Google und Facebook in Deutschland um, <http://www.horizont.net/agenturen/nachrichten/OMG-Schaetzung-So-viel-setzen-Google-und-Facebook-in-Deutschland-um-161058>, Abruf am 14. Juni 2018.

Abbildung IV.8: Anteile ausgewählter Unternehmen am weltweiten Umsatz mit digitaler Werbung 2017/19

Quelle: eMarketer (September 2017), eigene Darstellung

1013. Fraglich ist, inwieweit Online-Werbung und insbesondere Online-Videowerbung einen separaten sachlich relevanten Markt darstellt. Die Wettbewerbsbehörden und -gerichte gehen bislang weitestgehend von sachlich getrennten relevanten Werbemärkten für die einzelnen Werbeträger aus. Sie unterscheiden insofern nicht nur zwischen Online- und Offline-Werbung, sondern grenzen weitergehend unter anderem separate relevante Märkte für Fernseh-, Print- und Radiowerbung ab. Als wesentliche Gründe hierfür werden die unterschiedlichen Reichweiten der Werbeträger sowie deren unterschiedliche Eignung zur Übermittlung bestimmter Werbebotschaften angeführt, sodass diese aus Sicht der Werbetreibenden nicht funktional austauschbar seien. Der Fernsehwerbemarkt umfasst insbesondere das frei empfangbare Fernsehen (Free-TV). Dagegen bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob auch das Bezahlfernsehen (Pay-TV) dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzuordnen ist.⁴⁹

1014. Im Bereich der Online-Werbung wird insbesondere von der Europäischen Kommission eine Unterscheidung zwischen suchgebundener und nicht-suchgebundener Werbung diskutiert.⁵⁰ Die konkrete Marktabgrenzung wurde allerdings offengelassen.⁵¹ Daneben hat die Europäische Kommission auch eine Unterscheidung zwischen mobiler und stationärer Online-Werbung geprüft. Auch in diesem Fall wurde allerdings keine abschließende Marktabgrenzung vorgenommen.⁵² Mit Blick auf die für audiovisuelle Medien besonders relevante Online-Videowerbung hat auf nationaler Ebene das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, dass zwischen In-Stream-Werbung und In-Page-Werbung unterschieden werden könne, wobei letztere auch Online-Videowerbung auf Webseiten umfasst.⁵³ Das OLG Düsseldorf hat eine solche Untergliederung im Bereich der Online-Videowerbung hingegen abgelehnt und unterscheidet eigenständige Teilmärkte für „Onlinewerbung mittels unbewegter (Text-) Bilder“ und „Online-

⁴⁹ BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2012, B7-22/07, S. 23; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2012, VI-Kart 4/11 (V) – Amazonas, S. 18.

⁵⁰ Siehe hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 135 ff.

⁵¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, M.4731 – Google/DoubleClick.

⁵² EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp.

⁵³ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6-94/10 – Amazonas; BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2012, B7-22/07, S. 23. Bei In-Stream-Werbung handelt es sich um Werbespots, die vor, während oder nach dem Betrachten eines Videoinhalts innerhalb eines Videoplayers angezeigt werden. In-Page-Werbung bezeichnet allgemein Werbung auf Webseiten, etwa in Form von Werbeanzeigen. Bei In-Page-Videowerbung handelt es sich um Werbevideos, die beim Aufruf von Webseiten (automatisch) abgespielt werden.

werbung mittels bewegter Bilder (Werbevideos)“.⁵⁴ Begründet wird diese Differenzierung vor allem mit signifikanten Unterschieden in der Werbewirksamkeit sowie beim Preis.

1015. Ungeachtet dieser grundsätzlichen Differenzierung zwischen Fernsehwerbung und Online-Videowerbung gehen sowohl das Bundeskartellamt als auch das OLG Düsseldorf von einer gewissen Substituierbarkeit beider Werbeformen aus. Insbesondere wird ein zunehmender Substitutionswettbewerb zwischen Online-Videowerbung und Fernsehwerbung anerkannt.⁵⁵ Das Bundeskartellamt hat insoweit auch darauf hingewiesen, dass In-Stream-Werbung perspektivisch möglicherweise sogar dem Fernsehwerbemarkt zuzuordnen sei.⁵⁶ Gleichzeitig wurde in der bisherigen Praxis eine vollständige Substituierbarkeit abgelehnt, weil Online-Videowerbung noch nicht die gleichen Reichweiten wie Fernsehwerbung erziele. In diesem Zusammenhang wird die Bedeutung der besseren Targetingmöglichkeiten von Online-Werbung unterschiedlich beurteilt. Während das OLG Düsseldorf diese als Differenzierungsmerkmal sieht und auf die höheren Streuverluste bei Fernsehwerbung hinweist, führt das bessere Targeting von Online-Videowerbung nach Ansicht des Bundeskartellamtes zumindest zu einer teilweisen Kompensation der bestehenden Reichweitenunterschiede und verstärkt dadurch die Substitutionseffekte.

1016. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Marktabgrenzung mit Blick auf den (Online-)Werbemarkt für audiovisuelle Medien bzw. Bewegtbildinhalte in der Vergangenheit zwar uneinheitlich war, die Wettbewerbsbehörden und -gerichte sich der zunehmenden Austauschbarkeit der Werbeträger und der technischen Weiterentwicklungen aber durchaus bewusst waren. Aus heutiger Perspektive ist insofern auf weitere Veränderungen hinzuweisen, durch die sich die Austauschbarkeit von Online-Videowerbung und Fernsehwerbung tendenziell weiter verstärkt. So haben sich in den letzten Jahren die Targeting-Möglichkeiten von Online-Werbung durch das Programmatic Advertising⁵⁷ weiter verbessert.⁵⁸ Gleichzeitig unterliegt auch die traditionelle Fernsehwerbung Veränderungen. Insbesondere die Entwicklung des sog. Addressable TV (ATV)⁵⁹ wird es zukünftig in einem stärkeren Umfang ermöglichen, auch im traditionellen Fernsehen Werbung zielgruppengerecht zu senden. Dies verdeutlicht, dass es sich bei der Marktabgrenzung immer nur um eine Bestandsaufnahme handeln kann und eine kontinuierliche Anpassung an neue Marktgegebenheiten erforderlich ist, wobei die Mehrseitigkeit werbefinanzierter Geschäftsmodelle, die hohe Dynamik der Medien- und Werbemärkte und ihre konvergente Entwicklung in die Marktbetrachtung einfließen müssen. Diese Aspekte sollten weiter in der Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden und in der Rechtsprechung der Gerichte berücksichtigt werden.

3 Der regulatorische Rahmen für audiovisuelle Medien

1017. Die Aufgabe der Regulierung des Angebots audiovisueller Medien besteht darin, in dem sich verändernden Marktumfeld zu gewährleisten, dass wesentliche Regulierungsziele erreicht bzw. nicht beeinträchtigt werden. Im Vordergrund steht hierbei aus verfassungsrechtlicher Sicht der Schutz der publizistischen Vielfalt und aus unionsrechtlicher Sicht der Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs. Hinzu treten sonstige rechtlich anerkannte Regulierungsziele, z. B. der Schutz geistigen Eigentums (Urheberrechte u. Ä.), der Jugendschutz usw. Im Folgenden wird ein Überblick über diesen Regulierungsrahmen gegeben.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2012, VI-Kart 4/11 (V) – Amazonas, S. 20 f.

⁵⁵ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6-94/10 – Amazonas, Tz. 51; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2012, VI-Kart 4/11 (V) – Amazonas, S. 26.

⁵⁶ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6-94/10 – Amazonas, Tz. 51.

⁵⁷ Programmatic Advertising bezeichnet den automatisierten und individualisierten Ein- und Verkauf von Werbeflächen in Echtzeit. Den Nutzern werden hierdurch, auf Basis der vorhandenen Nutzerdaten, zielgerichtete Werbeanzeigen angezeigt.

⁵⁸ Siehe hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 50), Tz. 125 ff.

⁵⁹ Addressable TV bezeichnet die Möglichkeit, auf internetfähigen Fernsehgeräten unabhängig vom ausgestrahlten linearen TV-Programm über eine bestehende Internetverbindung individualisierte Werbung auszuspielen. Hierdurch kann einzelnen Haushalten, in denen dasselbe TV-Programm läuft, anhand spezifischer Kriterien differenzierte und zielgerichtete Werbung angezeigt werden.

3.1 Verfassungsgerichtliche und unionsrechtliche Vorgaben zur Rundfunkregulierung

3.1.1 Einführung

1018. Der deutsche Gesetzgeber ist im Rahmen des höherrangigen Rechts darin frei, wie er die Regulierung auf den Märkten für Mediendienste ausgestaltet. Der Rahmen für diese Regulierung wird vorrangig durch das Grundgesetz gezogen. In bestimmten Bereichen sind daneben unionsrechtliche Vorgaben zu beachten. Diese betreffen vor allem die binnenmarktrelevanten Aspekte der Rundfunkstätigkeit bei der Produktion und dem Vertrieb audiovisueller Mediendienste. Zum einen geht es um die allgemeine Frage, in welchem Umfang die EU-Wettbewerbsregeln anzuwenden sind. Zum anderen geht es um sonstige Aspekte, die für die Marktentwicklung im audiovisuellen Bereich relevant sind.

1019. Dabei soll auch für die Zwecke des vorliegenden Abschnitts unterstellt werden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf Basis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des sog. EU-Beihilfekompromisses (2007) grundsätzlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben des höherrangigen Rechts ausgestaltet worden ist.⁶⁰ Allerdings bleiben diese Vorgaben gerade auch bei der Weiterentwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu beachten. Das gilt sowohl, wenn der Rundfunk sich entscheidet, audiovisuelle Mediendienste wie z. B. Abrufdienste (Video on Demand – VoD) anzubieten, als auch – und hier in besonderem Maße –, wenn der Rundfunk textbasierte (= u. U. presseähnliche) Angebote entwickelt.

1020. Der vorliegende Abschnitt stellt die Vorgaben des höherrangigen Rechts mit Blick auf die Weiterentwicklung des deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunks dar. Dazu wird erst zusammengefasst, in welchem Umfang dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine wirtschaftliche Tätigkeit überhaupt verfassungsrechtlich gestattet ist (Abschn. 3.1.2). Darauf folgend wird herausgearbeitet, dass die verfassungsrechtlich zulässige wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nur eingeschränkt den EU-Wettbewerbsregeln unterliegt (Abschn. 3.1.3). Hinzu treten anderweitige Vorgaben zu verschiedenen Aspekten des EU-Binnenmarktes (Abschn. 3.1.4).

3.1.2 Verfassungsrecht: Wirtschaftliche Tätigkeit ist privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in unterschiedlichem Umfang gestattet

1021. Das BVerfG hat in mehreren Rundfunkurteilen Grundsätze zu der in Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG festgeschriebenen Rundfunkfreiheit sowie zur Rundfunkordnung entwickelt. Die Rundfunkfreiheit dient – wie auch die Pressefreiheit – gemäß der Rechtsprechung des BVerfG der freien individuellen und öffentlichen Meinungs- und Willensbildung. Der Rundfunkbegriff ist dabei verfassungsrechtlich nicht abschließend definiert, sondern bedarf einer einfachgesetzlichen Konkretisierung durch den Gesetzgeber. Das BVerfG hat allerdings herausgestellt, dass der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff entwicklungs offen und dynamisch ist und somit prinzipiell auch neue „rundfunkähnliche“ Dienste erfassen kann.⁶¹

1022. Dem Rundfunk kommt gemäß der Rechtsprechung des BVerfG eine besondere Rolle für die Meinungs- und Willensbildung der Rundfunknutzer und die Meinungsvielfalt zu. Das Gericht weist insoweit auf die Medium- und Faktorfunktion des Rundfunks hin. Der Rundfunk ist demnach einerseits Übermittler von Informationen (Mediumfunktion), wirkt andererseits aber durch die Darstellung und die Auswahl von Informationen auch selbst am Prozess der Meinungs- und Willensbildung mit (Faktorfunktion).⁶² Des Weiteren betont das BVerfG die besondere „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ des Rundfunks.⁶³ Dieser wird insgesamt als Leitmedium für die Meinungs- und Willensbildung betrachtet.

⁶⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 24. April 2007, E3/2005 – Deutschland. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, K(2007) 1761 endg.

⁶¹ BVerfG, Urteil vom 24. März 1987, 1 BvR 147 und 478/86, BVerfGE 74, 297.

⁶² BVerfG, Urteil vom 28. Februar 1961, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205.

⁶³ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 1994, 1 BvL 30/88, BVerfGE 90, 60.

1023. Aufgrund seiner Sonderrolle für die Meinungs- und Willensbildung hat das BVerfG dem Gesetzgeber die Pflicht auferlegt, eine positive Ordnung für den Rundfunk zu gestalten, die sicherstellt, dass die Vielfalt der Meinungen möglichst breit und vollständig im Rundfunk abgebildet wird, sodass dieser seine öffentliche Aufgabe der Meinungs- und Willensbildung erfüllen kann. Insbesondere muss der Gesetzgeber Vorkehrungen gegen das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht treffen.⁶⁴ Weitere Anforderungen des BVerfG betreffen das Programm, den Marktzugang für private Rundfunkveranstalter sowie die Aufsicht und Finanzierung des Rundfunks.

1024. Das heute bestehende duale Rundfunksystem ist durch ein „geordnetes Nebeneinander“ öffentlich-rechtlicher und privater Rundfunkveranstalter gekennzeichnet, wobei die Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG beachtet worden sind. Die öffentlich-rechtliche Organisation des Rundfunks wurde dabei im ersten Rundfunkurteil als eine sachgerechte Lösung zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe des Rundfunks bestätigt.⁶⁵ Die Grundlage für den privaten Rundfunk wurde im dritten Rundfunkurteil gelegt, in dem das Gericht die Verfassungsmäßigkeit des privaten Rundfunks – unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen – grundsätzlich anerkannte.⁶⁶

1025. Die Vorgaben für dieses duale Rundfunksystem wurden im vierten Rundfunkurteil konkretisiert.⁶⁷ Demnach ist es Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, eine Grundversorgung der Bevölkerung mit Rundfunkprogrammen zu gewährleisten, insbesondere weil und soweit der private Rundfunk eine solche Grundversorgung nicht gewährleistet.⁶⁸ Solange diese Grundversorgung im Wesentlichen von den öffentlich-rechtlichen Anstalten erbracht wird, können an den privaten Rundfunk geringere Anforderungen mit Blick auf das Programmangebot sowie die Meinungsvielfalt gestellt werden, wenngleich der Gesetzgeber Vorkehrungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk treffen muss.⁶⁹ Der Begriff der Grundversorgung ist schließlich nicht im Sinne einer Mindestversorgung, sondern als umfassendes Programmangebot für die Gesamtheit der Bevölkerung in der vollen Breite zu verstehen.⁷⁰ Hierzu gehören neben Bildungs- und Informationsangeboten etwa auch Unterhaltungssendungen und Sportübertragungen. Zur Erbringung dieser Grundversorgung hat das BVerfG dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine Bestands- und Entwicklungsgarantie zugesprochen.⁷¹ Der Gesetzgeber muss demnach die praktischen Voraussetzungen schaffen, damit der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen Grundversorgungsauftrag dauerhaft erfüllen kann.

1026. Eine Besonderheit des dualen Rundfunksystems in Deutschland ist, dass die öffentlich-rechtlichen und die privaten Rundfunkveranstalter unterschiedliche verfassungsrechtliche Rechte und Pflichten haben. Im Fall der privaten Rundfunkunternehmen handelt es sich bei der Veranstaltung von Rundfunk um eine wirtschaftliche Betätigung, die als solche grundrechtlich geschützt ist.⁷²

1027. Dagegen handelt es sich bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten um vom Staat eingerichtete Anstalten des öffentlichen Rechts. Diese müssen einen Anstaltszweck verfolgen, der im Fall der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten darin besteht, dass sie als Teil der öffentlichen Verwaltung – neben den privaten Rundfunk-

⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118.

⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 1961, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205.

⁶⁶ BVerfG, Urteil vom 16. Juni 1981, 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295.

⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118.

⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85 und 1/88, BVerfGE 83, 238, Rz. 401; BVerfG, Urteil vom 25. März 2014, 1 BvF 1/11 und 4/11, Rz. 37 (jew. zit. nach Juris).

⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118.

⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 24. März 1987, 1 BvR 147 und 478/86, BVerfGE 74, 297 (325); Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85, 1/88, BVerfGE 83, 238, Rz. 403 (zit. nach Juris).

⁷¹ BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85 und 1/88, BVerfGE 83, 238.

⁷² Art. 12, 14, 2 Abs. 1 und Art. 3 GG. Siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 8. Februar 1972, 1 BvR 170/71, BVerfGE 32, 311 (317); Beschluss vom 12. Oktober 1977, 1 BvR 216/75, BVerfGE 46, 120 (137); BVerwG, Urteil vom 17. Mai 1988, 1 A 42.84, BVerwGE 79, 326 (329); speziell für den Fall staatlicher Tätigkeit auch BVerwG, Urteil vom 18. April 1985, 3 C 34.84, BVerwGE 71, 183 (189 ff.); ferner Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 1281.

unternehmen – Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge übernehmen.⁷³ Die Rundfunkanstalten dürfen also grundsätzlich nur solche Tätigkeiten ausüben, die ihrem Anstaltszweck als Betreiber von Rundfunk zugutekommen. Das umfasst wegen der Entwicklungsoffenheit des Rundfunkbegriffs allerdings auch die Nutzung neuer Übertragungskanäle einschließlich Online-Medien.⁷⁴ Außerdem dürfen die Rundfunkanstalten als unterstützende Randbetätigung Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt anbieten.⁷⁵ Daneben umfasst der Anstaltszweck zulässigerweise wirtschaftliche Tätigkeiten, die mit dem Anstaltszweck im Sachzusammenhang stehen.⁷⁶ Eine wirtschaftliche Tätigkeit, die mit dem Anstaltszweck in keinerlei Zusammenhang steht, wäre hingegen unzulässig.

1028. Eine weitere Besonderheit des dualen Rundfunksystems ist, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Erfüllung ihres Anstaltszwecks grundrechtsfähig sind und dass sie somit – ebenso wie die privaten Rundfunkunternehmen – durch die grundrechtliche Rundfunkfreiheit geschützt sind (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG).⁷⁷ Die Rundfunkfreiheit ist dabei verfassungsrechtlich nicht zweckfrei verbürgt, sondern hat vielmehr eine „dienende“ Funktion.⁷⁸ Denn auch die freie Meinungs- und Willensbildung der Rundfunknutzer, welche die Tätigkeit der Rundfunkanstalten ermöglichen soll, ist grundrechtlich geschützt (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG).

1029. Die Tatsache, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten öffentliche Aufgaben erfüllen und zugleich selbst Grundrechtsträger sind, führt im vorliegenden Kontext zu Unwägbarkeiten. Denn beim Angebot audiovisueller Mediendienste treten die Rundfunkanstalten in einen sowohl wirtschaftlichen als auch publizistischen Wettbewerb mit anderen Medienunternehmen, die ihrerseits grundrechtlich geschützt sind.

1030. Dabei ist der Schutz der anderen Medienunternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb im Grundsatz geklärt. Denn als private Marktteilnehmer können die Medienunternehmen jedenfalls verlangen, dass ihre Wettbewerbsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nicht „in unerträglichem Maße“ eingeschränkt wird.⁷⁹ Das ist bei einer staatlichen Wirtschaftstätigkeit zumindest dann in Betracht zu ziehen, wenn ein Unternehmen in öffentlicher Hand eine Monopolstellung einnimmt oder durch Verdrängungswettbewerb die private Konkurrenz unmöglich macht oder auszehrt.⁸⁰ Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist insoweit dem deutschen Staat zuzurechnen. Die Berufung auf eine darüber hinausgehende wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ist den Rundfunkanstalten hingegen – anders den mit ihnen konkurrierenden privaten Medienunternehmen – nicht gestattet.

1031. Im Einzelnen ist zwar offen, wie weit der verfassungsrechtliche Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der privaten Medienunternehmen reicht. Das kann hier allerdings dahinstehen. Denn hinsichtlich des Umfangs, in dem ein Schutz privater Rechte im Wettbewerb möglich ist, enthalten die EU-Wettbewerbsregeln ohne-

⁷³ BVerfG, Urteil vom 27. Juli 1971, 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68, BVerfGE 31, 314, Rz. 40 (zit. nach Juris).

⁷⁴ §§ 11a ff. RStV.

⁷⁵ § 11a Abs. 1 S. 2 RStV; dazu auch BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85 und 1/88, BVerfGE 83, 238 (313).

⁷⁶ BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. Oktober 1998, 1 BvR 341/93, NJW 1999, 709 (710) unter Verweis auf BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85 und 1/88, BVerfGE 83, 238 (304 f.).

⁷⁷ Dabei handelt es sich um einen zugleich subjektiven und objektiven Schutz (Abwehrrecht bzw. institutionelle Garantie); dazu BVerfG, Urteil vom 16. Juni 1981, 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295, Rz. 101; Urteil vom 28. Februar 1961, 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205, Rz. 179 (jew. zit. nach Juris).

⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85 und 1/88, BVerfGE 83, 238, Rz. 399; Beschluss vom 24. März 1987, 1 BvR 147, 478/86, BVerfGE 74, 297 (323).

⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 30. August 1968, VII C 122.66, BVerwGE 30, 191 (198). Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass – zumindest nach einer früheren Rechtsprechung des BVerfG – der Schutz der Rundfunkfreiheit den Gesetzgeber nicht zur Errichtung eines dualen Rundfunksystems verpflichtet, in dem auch private Rundfunkangebote möglich sind; BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85, 1/88, BVerfGE 83, 238, Rz. 400.

⁸⁰ BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, I C 24.69, BVerwGE 39, 329 (336 f.); Beschluss vom 1. März 1978, VII B 144.76, NJW 1978, 1539; Beschluss vom 21. März 1993, 1 B 211/94, DVBl. 1996, 152 (153).

hin einen abschließenden Regelungsrahmen. Dieser trägt einerseits den Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Rechnung und geht andererseits dem deutschen Verfassungsrecht vor.⁸¹

1032. Der Schutz der privaten Medienunternehmen im publizistischen Wettbewerb ist demgegenüber noch weitgehend ungeklärt. Es steht lediglich fest, dass die Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben durch die Rundfunkanstalten mit den Grundrechten privater Unternehmen kollidieren kann, die sich mit audiovisuellen Medien am publizistischen Wettbewerb beteiligen (insb. Presse- bzw. Rundfunkfreiheit).

1033. Dabei spricht viel dafür, dass die Rundfunkanstalten ein publizistisches Angebot zumindest dann anbieten können müssen, wenn dieses Angebot mit den Angeboten privater Medienanbieter nicht wirklich konkurriert, sondern diese vielmehr ergänzt. Das betrifft namentlich gesellschaftlich-kulturell relevante Inhalte (sog. Mehrwert- bzw. „Public-Value“-Inhalte), die die Medienkonsumenten von sich aus nicht oder nicht in ausreichendem Maße nachfragen und für die sich infolgedessen kein privates Angebot entwickelt.

1034. Zwar gibt es kein fest umrissenes Konzept für „Public-Value“-Inhalte. Nach dem Verständnis der Monopolkommission lässt sich allerdings zumindest eingrenzen, was darunter zu fassen sein dürfte, wobei ein qualitäts- und kein spartenbezogener Ansatz zugrunde zu legen ist. Kein für sich genommen entscheidendes Merkmal sollte sein, ob es sich um massenattraktive Inhalte oder um Inhalte für ein Nischenpublikum handelt, denn es ist grundsätzlich durchaus wünschenswert, wenn „Public-Value“-Inhalte ein breites Publikum erreichen. Maßgeblich sollte vielmehr sein, ob das Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen unterscheidbaren Mehrwert gegenüber den Angeboten privater Medienunternehmen darstellt.⁸² Dies kann angesichts der Programmautonomie der Rundfunkanstalten allerdings nicht allein vom Gesetzgeber vorgegeben werden und mag auch unterschiedlichen Sichtweisen unterliegen.

1035. Problematisch sind dagegen Bereiche, in denen das Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit dem Angebot privater Medienunternehmen publizistisch konkurriert. Diesbezüglich ist eine Grundrechtskollision deshalb möglich, weil die privaten Unternehmen sich ihrerseits als Grundrechtsträger publizistisch betätigen. Soweit es sich um private Rundfunkveranstalter handelt, können sie sich auf die Rundfunkfreiheit berufen.⁸³ Presseunternehmen können sich stattdessen auf die Pressefreiheit berufen.⁸⁴ Bei anderen Unternehmen (z. B. Kabel- und anderen Infrastrukturunternehmen mit eigenem Programmangebot, Betreibern sozialer Netzwerke) ist zwar fraglich, ob sie sich speziell auf die genannten Grundrechte berufen können. Aber auch diese Unternehmen ermöglichen durch ihre Tätigkeit zumindest einen Austausch meinungsrelevanter Informationen und tragen damit zumindest mittelbar zur Meinungs- und Willensbildung bei. Die Tätigkeit der jeweiligen privaten Anbieter leitet sich dabei aus einer Grundrechtsposition ab, die ihnen – anders als den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – nicht nur wegen ihrer „dienenden“ Funktion, sondern vorbehaltlos zusteht.

1036. Die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung im Wettbewerb und die publizistischen Rechtspositionen der privaten Medienunternehmen sind bei einer Ausweitung des Angebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im

⁸¹ Siehe einerseits Protokoll Nr. 29 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 311, andererseits EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, 1269 f., ECLI:EU:C:1964:34. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen dieses Vorrangs siehe BVerfG, Beschluss vom 7. Juni 2000, 2 BvL 1/97 – Bananenmarktordnung, BVerfGE 102, 147, 161, 164; Beschluss vom 13. März 2007, 1 BvF 1/05 – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen, BVerfGE 118, 79, 95 (zu Grundrechten); Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2, 5/08 u. a. – Lissabon, BVerfGE 123, 267; Beschluss vom 6. Juli 2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 304 ff., insb. 313, 315 (zu anderen fundamentalen Rechtsgrundsätzen, z. B. Rechtsstaatlichkeit/gesetzlicher Richter). Zur wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (ohne Problematisierung der Frage des Anwendungsvorrangs) auch Ferreau, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und ökonomischer Wettbewerb, 2017, 3. Kap. B.V, S. 205 ff.

⁸² Vgl. BVerfG, Urteil vom 11. September 2007, 1 BvR 2270/05, 1 BvR 809/06, 1 BvR 830/06, Rz. 120 f. (zit. nach BVerfG-Website): „unterschiedlich[e] Programmorientierungen“; Beschluss vom 24. März 1987, 1 BvR 147, 478/86, BVerfGE 74, 297 (331 f.): Verbesserung durch „höhere Zahl von Programmen“ bzw. eines „Mehr an inhaltlicher Vielfalt“; Beschluss vom 26. Oktober 2005, 1 BvR 396/98, BVerfGE 14, 371 (387 f.): Öffentlich-rechtlicher Rundfunk unterliegt „besonderen Anforderungen der Vielfaltsicherung“.

⁸³ Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 GG.

⁸⁴ Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GG.

Bereich audiovisueller Mediendienste (Online-Medien u. Ä.) zu beachten und gestatten keine beliebige Verdrängung der anderen Medienunternehmen aus dem wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb. Dem steht nicht etwa entgegen, dass der Staat grundsätzlich frei darin ist, wie er die Rundfunkordnung ausgestaltet.⁸⁵ Denn nachdem er einmal ein duales Rundfunksystem mit privaten Rundfunkanbietern zugelassen hat, kann er diese nicht nach Belieben daran hindern, ihre grundrechtlichen Freiheiten zu nutzen und ein privates Rundfunkangebot zu erbringen. Im Pressebereich fehlt es von vornherein an Besonderheiten, die ein freiheitsbegrenzendes Tätigwerden durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erfordern würden. Denn die Presse trägt zur Meinungs- und Willensbildung schon durch die unternehmerische Tätigkeit einer Vielzahl von Presseunternehmen bei.⁸⁶ Diese Wertung spiegelt sich nicht zuletzt im RStV, der den Rundfunkanstalten ein presseähnliches textbasiertes Angebot grundsätzlich verwehrt.⁸⁷ Gegenüber einem öffentlichen Tätigwerden sind in vergleichbarer Weise auch die anderen Unternehmen geschützt, die im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Meinungs- und Willensbildung beitragen, ohne sich möglicherweise auf die Rundfunk- oder Pressefreiheit berufen zu können.

1037. Mit Blick auf den gegenwärtigen Stand der Marktentwicklung lässt sich sogar hinterfragen, weshalb nach der Rechtsprechung des BVerfG zwar bei der Presse anzuerkennen ist, dass auch ein anzeigenbasiert finanziertes Presseangebot zur publizistischen Vielfalt beiträgt, beim Rundfunk aber ein werbefinanziertes Sendungsangebot unzureichend ist, um die Meinungsvielfalt in ausreichendem Umfang sicherzustellen.⁸⁸

1038. Aus der Sicht der Monopolkommission spricht deshalb viel dafür, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten jedenfalls mit solchen Inhalten am publizistischen Wettbewerb teilnehmen dürfen, die in erhöhtem Maße gesellschaftlich-kulturell relevant sind. Dagegen ist wesentlich schwieriger einzuschätzen, ob und in welchem Umfang die Anstalten auch sonstige Inhalte anbieten können müssen, wenn bei diesem Angebot ohnehin schon eine Nachfrage der Medienkonsumenten besteht, die durch ein Angebot privater Medienunternehmen im Rahmen ihrer normalen Marktaktivität gedeckt werden kann.

1039. Diese Rechtsfragen sind im Einzelnen allerdings noch ungeklärt. Zurzeit ist ein Verfahren beim BVerfG anhängig, in dem das BVerfG zu entscheiden hat, inwiefern ein bestimmtes Medienangebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (Tagesschau-App) zumindest teilweise mit den Rechtspositionen von Presseunternehmen vereinbar ist, die sich mit eigenen Angeboten am publizistischen Wettbewerb im Online-Bereich beteiligen. Die Auswirkungen des Verfahrens auf die hier behandelte Thematik sind noch nicht abzusehen.⁸⁹

3.1.3 Zulässige wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unterliegt nur eingeschränkt EU-Wettbewerbsregeln (Art. 106 Abs. 2 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 29)

1040. Zusätzlich zu diesen verfassungsgerichtlichen Grundsätzen sind bei der Ausgestaltung der Rundfunkregulierung einige unionsrechtliche Vorgaben zu beachten. Anders als das BVerfG betrachtet das EU-Recht den Rundfunk primär als Wirtschaftsgut. Dabei gelten die auf die konkrete Wirtschaftstätigkeit anwendbaren Vorgaben für die privaten Rundfunkunternehmen im Wesentlichen ungeachtet der Tatsache, dass sie nach nationalem Recht eine besondere Funktion im dualen Rundfunksystem in Deutschland einnehmen.

1041. Abweichendes gilt hingegen für die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Insbesondere unterliegt diese Tätigkeit nur eingeschränkt den EU-Wettbewerbsregeln. Relevant ist insofern das

⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118 (157).

⁸⁶ Dazu Monopolkommission, Sondergutachten 38, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten, 1. Aufl. 2003, Tz. 100; Sondergutachten 42, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 50.

⁸⁷ §§ 11a Abs. 1 S. 2, 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV; dazu BGH, Urteil vom 26. Januar 2017, I ZR 207/14; Urteil vom 30. April 2015, I ZR 13/14.

⁸⁸ Vgl. einerseits BVerfG, Urteil vom 4. April 1967, 1 BvR 414/64, BVerfGE 21, 271 (278 f.) und Beschluss vom 10. Mai 1983, 1 BvR 385/82, BVerfGE 64, 108 (114); andererseits BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118 (155).

⁸⁹ Siehe schon oben Tz. 1007.

Protokoll Nr. 29 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten.⁹⁰ Nach diesem Protokoll berühren die Bestimmungen der Verträge

„nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist“.

Das Protokoll ist nach Art. 51 EUV Bestandteil der EU-Verträge und ist insbesondere im Rahmen der Auslegung des Art. 106 Abs. 2 AEUV zu beachten, der allgemein bestimmt, in welchem Umfang die Vorschriften der EU-Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten. Angebote, wie sie von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erbracht werden, können solche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse umfassen.⁹¹

1042. Art. 106 Abs. 2 AEUV i. V. m. dem Protokoll Nr. 29 ändert aber nichts an der Zuständigkeit der Europäischen Kommission (unter der letztverbindlichen Kontrolle des EuGH) zum Schutz des Wettbewerbs und damit der wirtschaftlichen Interessen der sonstigen Marktteilnehmer im EU-Binnenmarkt.⁹² Die Europäische Kommission nimmt diese Zuständigkeit im Rahmen ihrer Aufgabe zur Überwachung der Anwendung von Art. 106 AEUV nach Absatz 3 der Vorschrift wahr.⁹³ Sie hat in diesem Zusammenhang insbesondere eine sog. Rundfunkmitteilung veröffentlicht, in der sie ihre Anforderungen an die Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks konkretisiert hat.⁹⁴

1043. Die Europäische Kommission berücksichtigt im Rahmen ihrer Überwachungsaufgaben ansonsten zwar weitere Vorgaben, die aus den EU-Verträgen (Art. 14, 167 AEUV, Protokoll Nr. 26), internationalen Übereinkommen und Verlautbarungen der anderen Unionsorgane folgen.⁹⁵ Diese Vorgaben gehen inhaltlich und in ihrer Verbindlichkeit aber nicht über Art. 106 Abs. 2 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 29 hinaus.

1044. Zuletzt berücksichtigt die Europäische Kommission die Unionsgrundrechte, Menschenrechte und Grundfreiheiten der Marktteilnehmer, insbesondere deren durch Art. 11 der Grundrechte-Charta und Art. 10 EMRK geschützte Meinungsfreiheit. Allerdings ist offen, inwieweit die Europäische Kommission eine Schutzpflicht treffen könnte, durch Ausübung ihrer Kompetenzen neben den EU-Mitgliedstaaten z. B. für den Erhalt eines Rundfunkgebots zu sorgen.⁹⁶ Sie dürfte im Rahmen ihrer Überwachungsaufgaben auch nicht ohne Weiteres Schutzpflichten in Bezug auf andere individuelle Rechtspositionen der Marktteilnehmer haben.

3.1.4 Andere binnenmarktrelevante Regelungen auf der EU-Ebene

1045. Das EU-Recht enthält über die Wettbewerbsregeln in den europäischen Verträgen (Primärrecht) hinaus auf nachgelagerter Ebene (Sekundärrecht) weitere Vorschriften zum Schutz und zur Förderung des europäischen Binnenmarktes. Im vorliegenden Zusammenhang ist als bestehende Regelung insofern vor allem die Europäische

⁹⁰ ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 311.

⁹¹ Dennoch sind die Begriffe „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ und „Daseinsvorsorge“ nicht gleichbedeutend; siehe dazu zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 75, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, Baden-Baden 2017, Tz. 439 ff.

⁹² EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Rundfunkmitteilung), ABl. C 257 vom 27. Oktober 2009, S. 1, Tz. 11, 16, 38.

⁹³ EU-Kommission, Rundfunkmitteilung, Tz. 39; zu dieser Überwachungsfunktion siehe auch EuGH, Urteil vom 20. März 1985, C-41/83 – Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, ECLI:EU:C:1985:120, Rz. 30; EuGH, Urteil vom 14. Juli 1971, 10/71 – Staatsanwaltschaft Luxemburg/Muller u. a., Slg. 1971, S. 723, ECLI:EU:C:1971:85, Rz. 8/12, 13/16.

⁹⁴ EU-Kommission, Rundfunkmitteilung (Fn. 92).

⁹⁵ EU-Kommission, Rundfunkmitteilung, Tz. 12 ff.

⁹⁶ EU-Kommission, Rundfunkmitteilung, Tz. 10; vgl. auch Protokoll 29 zu den EU-Verträgen konsol. Fassung, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 311.

Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) von Bedeutung, die derzeit novelliert wird.⁹⁷ Die AVMD-Richtlinie unterscheidet zwischen linearen audiovisuellen Mediendiensten (= Fernsehprogramme) und nicht-linearen audiovisuellen Mediendiensten (= Abrufdiensten). Sie enthält unter anderem Vorgaben zu Werbung und Sponsoring, zum Jugendschutz sowie zu Quoten für europäische Produktionen. Bei diesen Regelungen handelt es sich um Mindeststandards, die von den Mitgliedstaaten nicht unterschritten werden dürfen. Strengere Anforderungen sind hingegen grundsätzlich zulässig. In Deutschland wurde die Richtlinie im Wesentlichen durch den Rundfunkstaatsvertrag sowie den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag umgesetzt. Im Gegensatz zum (relativ offenen) verfassungsgerichtlichen Rundfunkbegriff stellt die AVMD-Richtlinie vor allem auf das Merkmal der Konsumentensouveränität ab und verzichtet auf das Merkmal der Meinungs- und Willensbildungsrelevanz.

1046. Daneben existieren europäische Vorschriften, die im weiteren Sinne urheberrechtliche Aspekte in Bezug auf audiovisuelle Medien betreffen. Hierzu gehört etwa die im April dieses Jahres in Kraft getretene Portabilitätsverordnung⁹⁸, durch die der grenzüberschreitende Zugang zu audiovisuellen Mediendiensten verbessert werden soll. Daneben werden weitere Maßnahmen zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Zugriffs auf audiovisuelle Medien diskutiert, z. B. die Ersetzung der bestehenden SatCab-Richtlinie durch eine SatCab-Verordnung.⁹⁹

3.2 Umsetzung der Vorgaben höherrangigen Rechts durch das Rundfunkrecht

3.2.1 Regulierung linearer Fernsehangebote

1047. Aufgrund seiner besonderen Rolle für die Meinungs- und Willensbildung ist der Rundfunk in Deutschland ein, im Vergleich etwa zur Presse, stark regulierter Medienbereich. Die Gesetzgebungskompetenz für den Rundfunk liegt aufgrund der Kulturhoheit der Länder bei den Bundesländern. Die konkrete Ausgestaltung der Rundfunkregulierung erfolgt durch zahlreiche Ländergesetze sowie durch Staatsverträge, die zwischen den Ländern geschlossen werden. Von besonderer Bedeutung ist der „Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien“ (Rundfunkstaatsvertrag – RStV), durch den bundeseinheitliche Grundsatzregelungen für den Rundfunk sowie für Telemedien geschaffen werden. Der RStV enthält unter anderem Regelungen zum dualen Rundfunksystem, zum Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, zur Zulässigkeit sowie zum Umfang von Werbung und zur Förderung europäischer Werke. Weitere Staatsverträge sind etwa der Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV), der ARD-, der ZDF- sowie der DeutschlandRadio-Staatsvertrag. Ferner existieren auf Länderebene Landesrundfunk- sowie Landesmediengesetze.

1048. Der Rundfunkbegriff des RStV orientiert sich an der Begrifflichkeit der AVMD-Richtlinie, die – wie erwähnt – zwischen linearen (= Fernsehprogramme) und nicht-linearen audiovisuellen Mediendiensten (= Abrufdienste) unterscheidet. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 RStV zufolge ist Rundfunk

⁹⁷ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. L 95 vom 15. April 2010, S. 1. Als audiovisuelle Mediendienste werden in der Richtlinie Dienstleistungen bezeichnet, für die ein Mediendienstanbieter die redaktionelle Verantwortung trägt und deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze ist (Art. 1 Abs. 1 lit. a). Der Begriff umfasst sowohl Fernsehprogramme als auch audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, außerdem die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation.

⁹⁸ Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt, ABl. L 168 vom 30. Juni 2017, S. 1.

⁹⁹ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. L 248 vom 6. Oktober 1993, S. 15. Zur Kabelweiterverbreitung siehe Art. 8 und 9 der Richtlinie; EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, COM(2016) 594 final vom 14. September 2016.

„ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendepfades unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen. Der Begriff schließt Angebote ein, die verschlüsselt verbreitet werden oder gegen besonderes Entgelt empfangbar sind.“

§ 2 Abs. 3 RStV führt zudem näher aus, wann Angebote keinen Rundfunk im Sinne des RStV darstellen. Kein Rundfunk sind demnach Angebote, die

„1. jedenfalls weniger als 500 potenzielle Nutzer zum zeitgleichen Empfang angeboten werden, 2. zur unmittelbaren Wiedergabe aus Speichern von Empfangsgeräten bestimmt sind, 3. ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen, 4. nicht journalistisch-redaktionell gestaltet sind oder 5. aus Sendungen bestehen, die jeweils gegen Einzelentgelt freigeschaltet werden.“

1049. Sofern es sich bei einem audiovisuellen Mediendienst um Rundfunk handelt, benötigt dieser eine Lizenz bzw. Zulassung zur Rundfunkveranstaltung gemäß § 20 Abs. 1 RStV. Durch die Lizenzierungspflicht soll einerseits die Einhaltung der Vorschriften des RStV gesichert werden. Andererseits soll durch diese die Sicherung der Meinungsvielfalt bereits im Rahmen des Zulassungsverfahrens gewährleistet werden. Private Rundfunkveranstalter müssen die Rundfunkzulassung bei den Landesmedienanstalten beantragen. An das Erfordernis der Rundfunkzulassung sind zahlreiche Rechtsfolgen geknüpft, insbesondere programmbezogene Vorgaben, Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt, vergleichsweise strenge Werberegulungen sowie Quotenregelungen für europäische Inhalte.

1050. Mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk beinhaltet der RStV, neben Vorgaben zur Finanzierung (§ 13 RStV), vor allem eine Festlegung des Programmauftrags. Gemäß § 11 RStV sollen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen geben. Ihre Angebote sollen der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung dienen. Meinungsvielfalt soll im öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch das Modell des Binnenpluralismus gesichert werden. Demnach muss die Meinungsvielfalt im Rahmen des Gesamtprogrammes der einzelnen Rundfunkanstalt sichergestellt werden. Gesichert werden soll dieser Binnenpluralismus durch den Rundfunkrat (ARD) bzw. Fernsehrat (ZDF). Beide Gremien setzen sich aus Vertretern aller gesellschaftlich relevanten Gruppen zusammen. Ihre Funktion besteht in der Beaufsichtigung der Rundfunkanstalten.

1051. Anders als im öffentlich-rechtlichen Rundfunk soll ein Mindestmaß an Meinungsvielfalt im privaten Fernsehen durch das Modell des Außenpluralismus sichergestellt werden. Demnach muss Meinungsvielfalt nicht innerhalb des Programms eines Rundfunkveranstalters, sondern kann auch durch die Vielzahl der Rundfunkveranstalter insgesamt gewährleistet werden. Neben Vorgaben zur Mindestanzahl empfangbarer privater Vollprogramme erfolgt die Sicherung der Meinungsvielfalt vor allem in Form der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle, für welche die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) zuständig ist. Ziel der Medienkonzentrationskontrolle ist die Verhinderung der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht eines Unternehmens. Sofern ein Unternehmen mit den ihm zurechenbaren Programmen vorherrschende Meinungsmacht hat, darf gemäß § 26 Abs. 3 RStV für weitere Programme keine Zulassung erteilt oder der Erwerb weiterer zurechenbarer Beteiligungen an Veranstaltern nicht als unbedenklich bestätigt werden. Zudem können gemäß § 26 Abs. 4 RStV Auflagen zur Begrenzung der Meinungsmacht des Unternehmens erteilt werden.

1052. Die Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht erfolgt mittels des sog. Zuschaueranteilmodells. Gemäß § 26 Abs. 2 RStV wird vorherrschende Meinungsmacht vermutet, sobald der Zuschaueranteil eines Unternehmens 30 Prozent erreicht. Vorherrschende Meinungsmacht wird zudem bei einem Zuschaueranteil von 25 Prozent vermutet, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen gleichzusetzen ist. Praktisch werden als Zuschaueranteile die Sehdaueranteile herangezogen, die von der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) gemessen werden. Entscheidend für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht sind somit der Zuschauerkontakt sowie die Dauer des Zuschauerkontakts.

1053. Zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk bestehen neben der Medienkonzentrationskontrolle für einige Programmveranstalter sog. Fensterprogrammverpflichtungen, die zur inhaltlichen Vielfalt des privaten Fernsehprogramms beitragen sollen. Zu unterscheiden sind Dritt- und Regionalfenster. Gemäß § 26 Abs. 5 RStV gilt die Drittfenster-Verpflichtung für Veranstalter eines Voll- oder Spartenprogramms mit dem Schwerpunkt Information, der im Jahresdurchschnitt einen Zuschaueranteil von 10 Prozent oder mit ihm zurechenbaren Programmen einen Zuschaueranteil von 20 Prozent erreicht. Die Sendezeit für Drittfenster muss gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 RStV mindestens 260 Minuten pro Woche, davon mindestens 75 Minuten im Zeitraum von 19 Uhr bis 23.30 Uhr, umfassen. Neben Drittfensterprogrammen besteht gemäß § 25 Abs. 4 Satz 1 RStV für die beiden bundesweit reichweitenstärksten Fernsehvollprogramme die Verpflichtung zur Einrichtung von Regionalfensterprogrammen.

1054. Der RStV enthält daneben vor allem Werbe- sowie Quotenregelungen. In beiden Bereichen entsprechen die Vorschriften des RStV – mit Ausnahme der quantitativen Werbebeschränkungen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk – im Wesentlichen den Vorgaben der AVMD-Richtlinie. Mit Blick auf die Zulässigkeit von Fernsehwerbung existieren sowohl qualitative als auch quantitative Vorgaben. Qualitativ definiert § 7 RStV Werbegrundsätze sowie Kennzeichnungspflichten. Hierzu gehören unter anderem Vorschriften zur inhaltlichen Gestaltung und Platzierung von Werbung innerhalb des Programms, das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellen Inhalten sowie Sonderregelungen zu Sponsoring und Produktplatzierungen. Die qualitativen Werberegulungen werden in den Werberichtlinien der Landesmedienanstalten bzw. der ARD und des ZDF weiter konkretisiert. Quantitativ bestehen unterschiedliche Werberegulungen für öffentlich-rechtliche sowie private Rundfunkveranstalter. Während der Anteil von Werbung und Teleshopping im privaten Rundfunk gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 RStV bis zu 20 Prozent bzw. 12 Minuten innerhalb einer Stunde umfassen darf, dürfen von den öffentlich-rechtlichen Sendern nur ARD und ZDF Fernsehwerbung senden, die zudem auf maximal 20 Minuten pro Werktag begrenzt ist und vor 20 Uhr ausgestrahlt werden muss. Durch die strengere Regelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk soll die Konkurrenz zu den privaten Rundfunkveranstaltern auf dem Werbemarkt begrenzt werden. Daneben ist gemäß § 7 Abs. 11 RStV regionale Werbung in bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen seit dem Jahr 2016 nur noch dann zulässig, wenn diese in den jeweiligen Landesmediengesetzen explizit gestattet wird. Hierdurch soll die private Presse geschützt werden.

1055. Neben den Werbebestimmungen gelten für Fernsehveranstalter auch Vorgaben zur Einbindung europäischer Werke in ihr Programm. Hierbei handelt es sich ebenfalls im Wesentlichen um eine Umsetzung der Vorgaben der AVMD-Richtlinie. Gemäß § 6 Abs. 2 RStV sollen die Fernsehsender den Hauptteil ihrer insgesamt für Spielfilme, Fernsehspiele, Serien, Dokumentarsendungen und vergleichbare Produktionen vorgesehenen Sendezeit europäischen Werken vorbehalten. Hierdurch soll die Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum dargestellt sowie ein Beitrag zur Förderung europäischer Film- und Fernsehproduktionen geleistet werden. Gemäß § 6 Abs. 3 RStV sollen Fernsehprogramme zudem einen wesentlichen Anteil an Eigenproduktionen sowie Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen aus dem deutschsprachigen und europäischen Raum enthalten.

1056. Schließlich haben Fernsehveranstalter sowohl bei ihrer Programmzusammenstellung als auch bei der Sendung von Werbung Jugendschutzbestimmungen zu beachten. Die relevanten Bestimmungen finden sich vor allem im JMStV. Zweck des JMStV ist der einheitliche Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Angeboten, die deren Entwicklung oder Erziehung beeinträchtigen oder gefährden, sowie der Schutz vor Angeboten, die die Menschenwürde oder sonstige durch das Strafgesetzbuch geschützte Rechtsgüter verletzen (§ 1 JMStV). Der JMStV enthält unter anderem Bestimmungen zu unzulässigen (§ 4 JMStV) und entwicklungsbeeinträchtigenden Angeboten (§ 5 JMStV), zum Jugendschutz in Werbung und Teleshopping (§ 6 JMStV) sowie zur Bestellung eines Jugendschutzbeauftragten (§ 7 JMStV). So haben Anbieter etwa dafür Sorge zu tragen, dass Kinder oder Jugendliche Inhalte, die für ihre Altersstufe ungeeignet sind, üblicherweise nicht wahrnehmen können (§ 5 Abs. 1 JMStV). Speziell für den Rundfunk gibt es zudem Bestimmungen zur Festlegung der Sendezeit, zu Programmankündigungen sowie zur Kenntlichmachung von Sendungen (§§ 8 ff. JMStV). So können zum Beispiel die ARD, das ZDF, die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) oder von dieser anerkannte Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle jeweils in Richtlinien zeitliche Beschränkungen für die Ausstrahlung bestimmter Sendungen vorsehen (§ 8 JMStV). Gemäß

der Freiwilligen Selbstkontrolle Fernsehen (FSF) dürfen etwa Sendungen ab 16 Jahren nur zwischen 22 und 6 Uhr und Sendungen ohne Jugendfreigabe nur zwischen 23 und 6 Uhr gesendet werden.¹⁰⁰

3.2.2 Regulierung nicht-linearer Abrufdienste (Telemedien)

1057. Bei Onlinevideo-Angeboten kann es sich nach deutschem Recht je nach Ausgestaltung entweder um Rundfunk oder um sog. Telemedien handeln. Ein entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen beiden Kategorien ist die Linearität bzw. Nicht-Linearität des Angebotes. Lineare Onlinevideo-Angebote, also Livestreams, fallen prinzipiell unter den Rundfunkbegriff des RStV, sofern sie nicht aufgrund der in § 2 Abs. 3 RStV genannten Merkmale keinen Rundfunk darstellen. Anbieter von Livestreams, die unter den Rundfunkbegriff fallen, unterliegen daher grundsätzlich denselben regulatorischen Anforderungen wie traditionelle Fernsehveranstalter.

1058. Nicht-lineare Online-Videoangebote fallen demgegenüber unter den Begriff der Telemedien. Telemedien sind gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV

„alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach Satz 1 und 2 sind“.

Die wortgleiche Definition findet sich auch in § 1 Abs. 1 Satz 1 Telemediengesetz (TMG). Dementsprechend handelt es sich bei Telemedien um einen Oberbegriff, der neben Online-Videos beispielsweise auch Online-Verkaufsplattformen, Online-Spiele oder Suchmaschinen erfasst.

1059. Der RStV unterscheidet weitergehend drei Arten von Telemedien. Hierzu gehören (mit dem Rundfunk) vergleichbare bzw. an die Allgemeinheit gerichtete Telemedien (§ 50 RStV), Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten (§ 54 Abs. 2 RStV) sowie Telemedien mit fernsehähnlichen Inhalten bzw. audiovisuelle Mediendienste auf Abruf (§ 58 Abs. 3 RStV).¹⁰¹ Im Gegensatz zu linearen Rundfunkangeboten unterliegen Telemedien einer weniger strengen Regulierung. Insbesondere bestehen aufgrund ihrer annahmegemäß geringen Relevanz für die Meinungs- und Willensbildung keine Vorgaben zur Sicherung der Meinungsvielfalt. Telemedien sind gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 RStV grundsätzlich zulassungs- und anmeldefrei.

1060. Einzelne inhaltliche Anforderungen sind in den §§ 54 ff. RStV definiert und betreffen neben reinen Informationspflichten vor allem Werbe- und Sponsoringvorschriften. Für Telemedien gilt gemäß § 58 Abs. 1 RStV grundsätzlich ein Trennungsgebot, wonach Werbung klar erkennbar und von sonstigen Inhalten eindeutig zu trennen ist. Für fernsehähnliche Telemedien bzw. audiovisuelle Mediendienste auf Abruf gelten darüber hinaus gemäß § 58 Abs. 3 RStV die gleichen qualitativen Werbegrundsätze und Sponsoring-Bestimmungen wie für lineare Rundfunkangebote (§§ 7, 8 RStV). Gegen Einzelentgelt freigeschaltete Sendungen unterliegen ferner den gleichen quantitativen Werbebeschränkungen wie private Rundfunkveranstalter (§ 45 RStV). Für diese Angebote gelten zudem die Regelungen zu europäischen sowie Eigen-, Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen (§ 6 RStV). Schließlich bestehen auch für alle Telemedien inhaltliche Vorgaben zum Jugendschutz. Diese sind – wie für alle elektronischen Medien – im JMStV geregelt. Abgesehen von den bereits genannten Regelungen enthält der JMStV speziell für Telemedien Bestimmungen zu Jugendschutzprogrammen (§ 11 JMStV), durch die ein nach Altersstufen differenzierter Zugang zu Telemedien ermöglicht werden soll. Zudem besteht eine Kennzeichnungspflicht (§ 12 JMStV), wonach Anbieter von Telemedien insbesondere bei Filmen und Spielen auf eine Kennzeichnung nach dem Jugendschutzgesetz deutlich hinweisen müssen. In der Praxis bewerten die Anbieter ihr Programm selbst oder arbeiten

¹⁰⁰ § 31 Abs. 2 Prüfordnung der Freiwilligen Selbstkontrolle Fernsehen (FSF-Prüfordnung) in der Fassung vom 1. Januar 2018.

¹⁰¹ Audiovisuelle Mediendienste auf Abruf sind „fernsehähnlich“, wenn sie „auf das gleiche Publikum wie Fernsehsendungen ausgerichtet sind und der Nutzer aufgrund der Art und Weise des Zugangs zu diesen Diensten vernünftigerweise einen vergleichbaren Regelungsschutz erwarten kann“; Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (1. Telemedienänderungsgesetz), BT-Drs. 17/718, S. 8. Beispiele sind Online-Videotheken, zumindest wenn eine redaktionelle Auswahl von Inhalten erfolgt (z. B. Netflix, Maxdome; offen: YouTube).

mit der FSK zusammen bzw. übernehmen deren Bewertungen. Der Zugang zu altersbeschränkten Inhalten lässt sich in der Regel durch Jugendschutzfilter mit PIN-Abfragen einschränken.

3.2.3 Regulierung von Plattformen

1061. Neben regulatorischen Anforderungen an die Inhabitanten enthält der RStV auch Regelungen für Anbieter von sog. Plattformen (§§ 52 ff. RStV). Hierbei handelt es sich etwa um Anbieter wie Kabelnetzbetreiber, die zwischen den Programmveranstaltern und den Zuschauer stehen. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV ist

„Anbieter einer Plattform, wer auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk und vergleichbare Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) auch von Dritten mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet; Plattformanbieter ist nicht, wer Rundfunk oder vergleichbare Telemedien ausschließlich vermarktet“.

Die Regelung ist weitgehend technologie-neutral ausgestaltet und erfasst grundsätzlich alle digitalen Übertragungswege, also neben den klassischen Kabelnetzen auch Satellitenübertragungen, IPTV sowie terrestrische Übertragungen. Nicht erfasst sind hingegen analoge Angebote, zu denen die jeweiligen Landesmediengesetze Regelungen enthalten.

1062. Die Plattformregulierung wurde im Zuge des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrags (RÄStV) vor dem Hintergrund der zunehmenden Programmanzahl infolge der digitalen Technik und der damit einhergehenden Aggregation von Rundfunkprogrammen zu Programmpaketen durch Plattformanbieter eingeführt.¹⁰² Da diese darüber entscheiden, welche Inhalte beim Endkunden ankommen, sah der Gesetzgeber aus Gründen der Vielfaltssicherung eine regulierungsbedürftige „Gatekeeper“-Stellung. Die Plattformregulierung zielt im Wesentlichen darauf, einen diskriminierungsfreien Zugang der Programmveranstalter zu gewährleisten und damit die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu sichern.

1063. Die Plattformregulierung betrifft insbesondere Plattformen in geschlossenen Netzen bzw. infrastrukturgebundene Plattformen. Erfasst werden damit gegenwärtig vor allem die Angebote von Infrastrukturanbietern wie z. B. Kabelnetzbetreibern. Hiervon zu unterscheiden sind sog. privilegierte Plattformen sowie Programmplattformen, die von einzelnen Regulierungsvorschriften freigestellt sind. Zu den privilegierten Plattformen gehören gemäß § 52 Abs. 1 Satz 2 RStV neben Plattformen mit nur wenigen angeschlossenen Wohneinheiten oder nur wenigen Nutzern sowie solchen, die ein Gesamtangebot nur unverändert weiterleiten, vor allem Plattformen in offenen Netzen, soweit sie dort keine marktbeherrschende Stellung innehaben (z. B. Zattoo, Magine). Privilegierte Plattformen unterliegen lediglich gewissen Mindestanforderungen (§§ 52a und 52f RStV), da von ihnen annahmegermäß keine Gefahr für die Medienvielfalt ausgeht. Daneben existieren sog. Programmplattformen (z. B. Sky), die gemäß § 52b Abs. 3 RStV von den Belegungsregeln bzw. Must-Carry-Vorgaben (§ 52b Abs. 1 RStV) befreit sind.

1064. Plattformanbieter müssen gemäß § 52 Abs. 3 RStV den Betrieb ihrer Plattform mindestens einen Monat vor Inbetriebnahme der zuständigen Landesmedienanstalt anzeigen. Sie benötigen damit, anders als private Rundfunkveranstalter, keine Zulassung und unterliegen auch keiner Prüfung durch die KEK. § 52a RStV enthält einige allgemeine Bestimmungen für Plattformen. Neben der Bindung an die verfassungsgemäße Ordnung (§ 52a Abs. 1 RStV) ist insbesondere die sog. Signalintegrität bzw. das Veränderungsverbot (§ 52a Abs. 3 RStV) von Bedeutung, wonach Plattformanbieter ohne Zustimmung des jeweiligen Rundfunkveranstalters dessen Programme und vergleichbare Telemedien inhaltlich und technisch nicht verändern dürfen.

1065. § 52b RStV enthält zudem Belegungsregeln für Plattformen. Zu unterscheiden sind sog. „Must-Carry“- und „Can-Carry“-Pflichten. Gemäß § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a–c RStV müssen Plattformanbieter Kapazitäten im Umfang von höchstens einem Drittel der technisch zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität für die Verbreitung der bundesweiten öffentlich-rechtlichen Sender sowie der für das jeweilige Sendegebiet vorgesehenen öffentlich-

¹⁰² Zehnter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (10. RÄStV), in Kraft getreten am 1. September 2008.

rechtlichen Drittprogramme, privaten Fernsehprogramme mit Regionalfenstern sowie regionalen und lokalen Fernsehprogramme und offenen Kanäle vorsehen (Must-Carry). § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RStV definiert darüber hinaus einen Kapazitätsbereich – ebenfalls im Umfang von höchstens einem Drittel der Gesamtkapazität – mit gesetzlichen Vielfaltsvorgaben (Can-Carry). Bei der Belegung dieses Kapazitätsbereichs muss der Plattformanbieter eine Vielzahl von Programmveranstaltern und ein vielfältiges Programmangebot mit Vollprogrammen, nicht entgeltfinanzierten Programmen, Spartenprogrammen und Fremdsprachenprogrammen sowie vergleichbaren Telemedien und Teleshoppingkanälen „angemessen berücksichtig[en]“. Eine Vorgabe zur Verbreitung spezifischer Sender besteht hier allerdings nicht. Die Belegung der verbleibenden Kapazitäten darf der Plattformanbieter gemäß § 52b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 RStV nach eigenem Ermessen vornehmen.

1066. Neben den Belegungsregeln enthält der RStV Vorgaben zum technischen Zugang zu Plattformen (§ 52c RStV) sowie zu Entgelten und Tarifen (§ 52d RStV). § 52c Abs. 1 Satz 2 RStV stellt insofern klar, dass Rundfunkveranstalter und Anbieter von Telemedien zur Sicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt weder unmittelbar noch mittelbar durch technische Maßnahmen bei der Verbreitung ihrer Angebote unbillig behindert oder ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden dürfen. Hiervon erfasst sind auch Benutzeroberflächen, allerdings nur sog. Basisnavigatoren, die einfache Funktionen zur Anzeige und zum Einschalten von Programmen bieten. Ziel ist es, die Auffindbarkeit von Rundfunkangeboten zu gewährleisten und eine „Einstiegs-Diskriminierung“ zu verhindern.¹⁰³ § 52d Satz 1 RStV verbietet den Plattformbetreibern zudem eine unbillige Behinderung und eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Programmveranstaltern durch die Ausgestaltung ihrer Entgelte und Tarife. Praktisch relevant ist diese Regelung vor allem für die Kabelnetze, da derzeit nur hier Entgelte für die Einspeisung und Weiterleitung von Programmen erhoben werden.¹⁰⁴ Die Entgelte und Tarife sind gemäß § 52d Satz 3 RStV gegenüber den Landesmedienanstalten auf Nachfrage offenzulegen. Eine telekommunikationsrechtliche Regulierung der Einspeiseentgelte der Kabelnetzbetreiber erfolgt seit 2010 nicht mehr.¹⁰⁵ Im Ergebnis ist die Erhebung von Einspeiseentgelten somit zwar Gegenstand von Verhandlungen zwischen Programmveranstaltern und Plattformbetreibern. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird durch die Medienanstalten bzw. die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) allerdings eng ausgelegt, sodass den Netzbetreibern Entgeltdifferenzierungen nur begrenzt möglich sind.¹⁰⁶ Strittig ist zudem, inwieweit aus den Must-Carry-Regelungen eine Pflicht zur kostenlosen Einspeisung dieser Programme folgt. Diese Frage war zuletzt Gegenstand langjähriger Rechtsstreitigkeiten zwischen ARD und ZDF sowie den Kabelnetzbetreibern Unitymedia und Vodafone Kabel Deutschland.¹⁰⁷

¹⁰³ Schulz/Wagner, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage, München 2018, § 52c RStV Tz. 47.

¹⁰⁴ Wagner, in: Binder/Vesting, a. a. O., § 52d RStV Tz. 3. Bei den Entgelten der Satellitenbetreiber für Satellitentransponderkapazitäten sowie der Netzbetreiber für terrestrische Ausstrahlung handelt es sich nicht um Entgelte für Plattformdienstleistungen, weil diese Anbieter nicht über die Zusammenstellung eines Gesamtangebots entscheiden und damit keine Plattformanbieter im Sinne des RStV sind. Ihre Entgelte für die Verbreitung von Rundfunksignalen unterliegen damit nicht den Regelungen des RStV.

¹⁰⁵ BNetzA, Beschluss vom 12. Oktober 2010, BK3b-10/085.

¹⁰⁶ So wurde es etwa dem Kabelnetzbetreiber NetCologne untersagt, im Rahmen von Vertragsumstellungen einige private Sender nur noch gegen Entgelt zu verbreiten, während andere Sender noch unentgeltlich eingespeist werden. Siehe ZAK, Pressemitteilung vom 23. Februar 2017.

¹⁰⁷ ARD und ZDF hatten ihre Einspeiseverträge mit den Kabelnetzbetreibern Unitymedia sowie Kabel Deutschland zum Ende des Jahres 2012 gekündigt und eine unentgeltliche Einspeisung ihrer Programme gefordert. In der Folge verklagten die Kabelnetzbetreiber die Rundfunkanstalten und forderten eine Fortsetzung der Einspeiseverträge bzw. einen Neuabschluss zu unveränderten Konditionen. Der BGH hat festgestellt, dass die Kabelnetzbetreiber zur Einspeisung der Programme aufgrund der gesetzlichen Must-Carry-Regelungen verpflichtet sind, gleichzeitig aber eine Verpflichtung zur Entrichtung eines bestimmten Entgelts als Gegenleistung verneint (BGH, Urteile vom 16. Juni 2015, KZR 83/13 und KZR 3/14). Die gemeinsame Kündigung der Einspeiseverträge durch ARD und ZDF wurde gleichwohl – insoweit nach Rückverweisung durch den BGH – vom OLG Düsseldorf aus kartellrechtlichen Gründen für unwirksam erklärt, weil die Kündigung auf der Grundlage einer unzulässigen Absprache zwischen den Rundfunkanstalten erfolgt sei (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Juli 2017, VI-U (Kart) 16/13)). Inzwischen haben sich die ARD mit Vodafone und Unitymedia sowie das ZDF mit Vodafone auf neue, entgeltliche Einspeiseverträge geeinigt.

4 Überarbeitung des regulatorischen Rahmens geboten

4.1 Beschreibung: Auftrag der Rundfunkanstalten und zulässige Online -Angebote

4.1.1 Derzeitige Regelung des Telemedienangebots in §§ 11 ff. des RStV

1067. Die zulässigen Online-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender ergeben sich aus den Vorgaben der §§ 11 ff. RStV. Dabei wurden die Vorgaben zu Telemedienangeboten im Zuge des am 1. Juni 2009 in Kraft getretenen 12. RÄStV geschaffen. Die betreffenden Regelungen der §§ 11 ff. RStV gehen insgesamt auf den sog. Beihilfekompromiss zwischen der Europäischen Kommission und Deutschland im Jahr 2007 zurück, in dem sich Deutschland dazu verpflichtet hatte, den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbesondere mit Blick auf die Online-Angebote genauer zu definieren.¹⁰⁸

1068. Die §§ 11 ff. RStV haben die folgende Struktur: § 11 RStV weist den Rundfunkanstalten als Aufgabe die Erfüllung des Grundversorgungsauftrags im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zu. Die §§ 11a ff. RStV definieren sodann die zulässigen Medienangebote der Rundfunkanstalten und damit die zulässigen Tätigkeiten, mit denen die Rundfunkanstalten den Grundversorgungsauftrag erfüllen können. Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem die §§ 11d ff. RStV von Interesse, die sich speziell auf Online-Dienste beziehen (sog. Telemedienangebote).

1069. Nach § 11d Abs. 2 RStV sind die Rundfunkanstalten grundsätzlich zum Angebot von (1) Sendungen ihrer Programme auf Abruf, (2) sendungsbegleitenden bzw. sendungsbezogenen Telemedien, (3) nicht-sendungsbezogenen Telemedien sowie (4) Archiven mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten berechtigt, wobei die jeweiligen Angebote Beschränkungen unterliegen. Nicht zulässig sind gemäß § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV nicht-sendungsbezogene presseähnliche Angebote. Zudem dürfen gemäß § 11d Abs. 5 RStV keine angekauften Spielfilme sowie angekaufte Serienfolgen, die keine Auftragsproduktionen sind, zum Abruf bereitgestellt werden. Nicht zulässig sind ferner eine flächendeckende lokale Berichterstattung in Telemedien sowie bestimmte, in einer Negativliste genannte Angebotsformen (Anlage 4 zum RStV). Hierzu gehören etwa Anzeigen- und Preisvergleichsportale sowie weitere Telemedienangebote, die bereits offensichtlich nicht vom Funktionsauftrag eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks erfasst sein können. Schließlich dürfen öffentlich-rechtliche Online-Angebote keine Werbung und kein Sponsoring enthalten.

1070. Für Sendungen und sendungsbezogene Telemedien, die länger als sieben Tage online abrufbar sein sollen, nicht-sendungsbezogene Telemedien sowie für Archive sind gemäß § 11f RStV sog. Telemedienkonzepte zu erstellen, in denen unter anderem die inhaltliche Ausrichtung der Angebote konkretisiert wird. Diese Telemedienkonzepte müssen durch die Gremien der Rundfunkanstalten genehmigt werden. In diesem Rahmen wird ein sog. Drei-Stufen-Test durchgeführt, durch den überprüft werden soll, inwieweit ein neues oder verändertes Online-Angebot durch den öffentlich-rechtlichen Auftrag gedeckt ist. Gemäß § 11f Abs. 4 RStV ist darzulegen, (1) inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht, (2) in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und (3) welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist. Zu berücksichtigen sind zudem die Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote. Im Rahmen des Verfahrens ist Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

1071. Mit Ausnahme von Archiven mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten dürfen öffentlich-rechtliche Online-Angebote nur für einen begrenzten Zeitraum abrufbar sein. Für die genannten Angebotsformen gelten dabei unterschiedliche zeitliche Begrenzungen bzw. maximale Verweildauern. Sendungen der Programme auf Abruf sowie sendungsbegleitende Telemedien dürfen bis zu sieben Tage nach ihrer Ausstrahlung angeboten werden, Aufzeichnungen von sportlichen Großereignissen und der Fußball-Bundesliga bis zu 24 Stunden. Für nicht-

¹⁰⁸ EU-Kommission, Entscheidung vom 24. April 2007, KOM(2007) 1761 endg. – Deutschland. Hintergrund des Beihilfekompromisses war eine Beschwerde des Verbands Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT) bei der Europäischen Kommission bezüglich der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

sendungsbezogene Telemedien sowie sendungsbezogene Telemedien, die länger als sieben Tage angeboten werden sollen, ist in den jeweiligen Telemedienkonzepten angebotsabhängig eine Befristung der Verweildauer vorzunehmen. Die jeweiligen Verweildauern variieren zwischen wenigen Monaten und mehreren Jahren.

4.1.2 Diskussion um die Ausweitung der zulässigen Online-Angebote

1072. Aufgrund der Medienkonvergenz sowie des veränderten Nutzungsverhaltens wird seit längerem über eine Anpassung der gemäß den §§ 11a ff. RStV zulässigen Telemedienangeboten diskutiert. Eine erste Erweiterung des sog. Telemedienauftrags ist durch den 19. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄStV) erfolgt, der in weiten Teilen am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten ist. Durch diesen wurden ARD und ZDF mit der Bereitstellung eines online-basierten Jugendangebots („funk“) beauftragt (§ 11g RStV). Um die relevante Zielgruppe zu erreichen, wird dieses Angebot nicht nur über die Internetseiten der öffentlich-rechtlichen Sender, sondern auch über Online-Drittplattformen (YouTube) verbreitet. Das Angebot hat aufgrund der gesetzlichen Beauftragung keinen Drei-Stufen-Test durchlaufen. Gleichwohl wurde ein Markterkundungsverfahren durchgeführt, in dessen Rahmen Gutachten eingeholt wurden und den betroffenen Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wurde.

1073. Die Ministerpräsidenten der Länder haben sich im Juni 2018, unter Berücksichtigung der Positionen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der Presseverleger, auf eine weitere Anpassung der zulässigen Telemedienangebote im Rahmen eines 22. RÄStV geeinigt. Ein erster Vorschlag der Rundfunkreferenten für Änderungen war bereits Mitte 2017 veröffentlicht worden.¹⁰⁹ Später kursierte zwar ein weiterer Entwurf in den Staatskanzleien der Länder, dieser wurde aber nicht veröffentlicht. Die im Sommer 2018 gefundene Einigung bezieht sich nach den der Monopolkommission vorliegenden Informationen im Wesentlichen auf drei Änderungen: erstens eine Ausweitung öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote, wobei diese stärker auf Bewegtbild- und Tonangebote im Online-Bereich fokussiert werden sollen, zweitens die Errichtung einer Schlichtungsstelle für Streitigkeiten zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und Presse über Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und drittens die Flexibilisierung der bisherigen Verweildauerbegrenzung für bestimmte abrufbare Programminhalte. Die Marktwirkungen der nun beschlossenen Änderungen sind zurzeit nur schwer abschätzbar. Die bisher bekannten Reaktionen der betroffenen Marktteilnehmer deuten darauf hin, dass die Änderungen der zulässigen Telemedienangebote das Potenzial haben, zu einem besseren Interessenausgleich zwischen Rundfunk und Presse zu führen. Problematisch wäre es jedoch, wenn es auf Basis dieser Änderung zu einer Ausdehnung des öffentlich-rechtlichen Telemedienangebots zum Nachteil privatwirtschaftlicher Angebote käme. Bedenklich erscheint zudem, dass die Einigung offenbar nicht alle betroffenen Interessen berücksichtigt.¹¹⁰

1074. Im Einzelnen sollen die Änderungen des 22. RÄStV den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Telemedienangebote ungeachtet eines Sendungsbezugs gestatten, wenn sie journalistisch-redaktionell veranlasst und journalistisch-redaktionell gestaltet sind (§ 11d Abs. 1 RÄStV-E).¹¹¹ Die bisherige Unterscheidung zwischen sendungs- und nicht-sendungsbezogenen Telemedienangeboten soll also entfallen. Die zulässigen Telemedienangebote werden nur noch beispielhaft genannt („insbesondere“). Sie umfassen über das bisher Zulässige hinaus nunmehr Programminhalte auf Abruf auch vor deren Ausstrahlung sowie eigenständige audiovisuelle Inhalte. Außerdem sollen die Rundfunkanstalten nicht selbst produzierte Programminhalte in Form von angekauften Spielfilmen bzw. Folgen von Fernsehserien mit Ausnahme außereuropäischer Produktionen für bis zu dreißig Tage nach deren Ausstrahlung in Deutschland auf Abruf bereitstellen dürfen (sog. Lizenzware). Die bestehende Archivregelung soll modifiziert werden, sodass „zeit- und kulturgeschichtliche Archive mit informierenden, bildenden und kulturellen Inhalten“ angeboten werden können. Des Weiteren ist zurzeit auch ein Angebot von Telemedien unter Nutzung der für eine Sendung verwendeten Quellen und Materialien möglich, zumindest wenn das Telemedienangebot die

¹⁰⁹ Vorschlag der Rundfunkreferenten für eine Online-Konsultation zum Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (Stand: 17. Mai 2017), https://medien.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/StK/Medien/Dokumente/Konsultationsverfahren_Telemedienangebot/Telemedienauftrag_Anlage_1_20170517_Synopse.pdf, Abruf am 8. Juni 2018.

¹¹⁰ Siehe unten Tz. 1078 f., 1101 ff., 1126.

¹¹¹ § 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV in der Fassung des 22. RÄStV.

Sendung thematisch und inhaltlich unterstützend vertieft und begleitet. Hieran wird in der Neufassung in einer sprachlich abweichenden Formulierung im Wesentlichen festgehalten (z. B. für Aktualisierungen und Hintergründe; § 11d Abs. 7 Satz 3 RÄStV-E). Dabei sollen allerdings Audio- und Videoangebote „nach Möglichkeit“ eingebunden werden. Das für Telemedienangebote geltende Verbot der Presseähnlichkeit soll ebenfalls erhalten bleiben und um eine Konkretisierung ergänzt werden. Danach sind Telemedienangeboten „im Schwerpunkt“ mittels Bewegtbild oder Ton zu gestalten, wobei „Text nicht im Vordergrund stehen darf“. Angebotsübersichten, Schlagzeilen, Sendungstranskripte, Informationen über die jeweilige Rundfunkanstalt und Maßnahmen zum Zweck der Barrierefreiheit sollen von dem Verbot „unberührt“ bleiben (§ 11d Abs. 7 Satz 1-2 RÄStV-E).

1075. Neben neuen Telemedienangeboten sollen nur noch „wesentliche“ Änderungen bestehender Angebote einen Drei-Stufen-Test durchlaufen, wobei dieser allerdings für alle Telemedienangebote ungeachtet ihres Sendungsbezugs vorgeschrieben werden sollte (§ 11f Abs. 4 RStÄV-E). Die gesetzliche Verweildauerbegrenzung für abrufbare Programminhalte auf sieben Tage soll für Abrufangebote allgemein entfallen, also sowohl für Sendungen als auch für sendungsbezogene Telemedien.¹¹² Allerdings soll sie durch differenzierte Verweildauerfristen, die im Rahmen des Drei-Stufen-Tests festgelegt werden (§ 11f Abs. 1 Satz 2 RÄStV-E), ersetzt werden. Eine Ausnahme gilt für Archive, die unbefristet zulässig sind. Der 22. RÄStV-E sieht gesetzliche Verweildauerbefristungen nur noch für den Abruf sportlicher Großereignisse und Spielen der 1. und 2. Bundesliga (7 Tage) sowie für zuvor ausgestrahlte angekaufte europäische Spielfilme und Serienfolgen (30 Tage) vor, die keine Auftragsproduktionen sind (§ 11d Abs. 2 RÄStV-E).

1076. Schließlich sollen die Rundfunkanstalten Telemedien auch außerhalb ihrer eigenen Portale anbieten dürfen, soweit dies zur Erreichung der jeweiligen Zielgruppe erforderlich ist (§ 11d Abs. 4 RÄStV-E). Werbung und Sponsoring bei der Verbreitung der Telemedienangebote über Online-Drittplattformen sowie Einnahmen aus Werbung und Sponsoring sollen nicht zulässig sein (§ 11d Abs. 6 RÄStV-E).

1077. Die Einigung auf den 22. RÄStV ist von den öffentlich-rechtlichen Sendern und den Verbänden der Pressewirtschaft begrüßt worden.¹¹³ Schon im Vorfeld hatten die Sender auf das Erfordernis einer zeitgemäßen Ausgestaltung des eigenen Online-Angebots hingewiesen. Die Nutzer würden zu Recht erwarten, dass sie zeitsouverän und mobil auf die für sie relevanten Inhalte des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zugreifen können. Es bedürfe einer Flexibilisierung der Verweildauern im Netz, einer Erweiterung der Spielräume für die Verbreitung angekaufter Filme und Serienfolgen sowie einer intensivierten Präsenz auf Drittplattformen zur Verbesserung der Auffindbarkeit öffentlich-rechtlicher Inhalte. Des Weiteren wurde auf die besondere Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Meinungsbildung hingewiesen. Gerade in Anbetracht der heutigen Informationsflut sowie in Zeiten von Echokammern und Filterblasen sei ein öffentlich-rechtlicher Rundfunk, der unabhängig, verlässlich und glaubwürdig informiere, erforderlich. Demgegenüber würden Personalisierungsmaßnahmen und Empfehlungssysteme bestehende Nutzungsgewohnheiten oft nur verstärken und den Nutzern keine alternativen Inhalte näherbringen. Zudem lasse sich ein Qualitätsjournalismus im Internet nicht über den Markt finanzieren.

1078. Kritisch wird die Einigung demgegenüber von privaten Anbietern audiovisueller Medien sowie den Produzenten bzw. der Filmwirtschaft gesehen.¹¹⁴ Die privaten Fernsehsender und der Branchenverband VAUNET (früher: VPRT) hatten von vornherein betont, dass die derzeitigen Schranken des Rundfunkstaatsvertrags einem gerechten Interessenausgleich im dualen Rundfunksystem und letztlich dem Schutz der privaten Wettbewerber im VoD-Bereich dienen würden. Eine Ausweitung der zulässigen Telemedienangebote stelle diesen Schutz infrage und erschwere die Refinanzierung privater Medien. Aus Sicht von Produzenten bzw. der Filmwirtschaft wird befürchtet,

¹¹² Siehe derzeit § 11 Abs. 2 Ziff. 1-2 RStV.

¹¹³ BDZV und VDL, Pressemitteilungen vom 14. Juni 2018; Bouhs, Rundfunkstaatsvertrag wird geändert, tagesschau.de vom 14. Juni 2018; o. A. Einigung im Streit zwischen Verlegern und öffentlich-rechtlichem Rundfunk, Zeit online/AFP, dpa, vk vom 14. Juni 2018; Hanfeld, Presse zufrieden, Filmemacher fassungslos, FAZ.net vom 14. Juni 2018.

¹¹⁴ jrK, Politik nimmt Filmbranche den Online-Markt, <http://www.digitalfernsehen.de/Politik-nimmt-Filmbranche-den-Online-Markt.166095.0.html>, Abruf am 15. Juni 2018; Hanfeld, Presse zufrieden, Filmemacher fassungslos, FAZ.net vom 14. Juni 2018; siehe auch schon zuvor VAUNET, Pressemitteilung vom 12. Juni 2018.

dass die Aufnahme von Lizenzware und die Ausdehnung der Verweildauern auf Kosten der Rechteinhaber gehen werde.

1079. In Bezug auf Fragen der Presseähnlichkeit öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote ist insbesondere die vorgesehene Schlichtungsstelle umstritten. Die Presseunternehmen begrüßten diese Lösung, da sich so langwierige Gerichtsprozesse vermeiden lassen würden.¹¹⁵ Die Presseunternehmen hatten ursprünglich darauf gedrängt, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf Bewegtbildinhalte beschränken solle, da die öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote bereits heute vielfach in unzulässiger Weise presseähnlich seien.¹¹⁶ Aus Sicht von Rundfunkjournalisten stellt die Schlichtungsstelle hingegen verfassungswidrig die Programmfreiheit der Sender infrage, weil damit Externe über Programminhalte mitentscheiden würden.¹¹⁷

4.2 Überarbeitung und Präzisierung des Auftrags der Rundfunkanstalten geboten

4.2.1 Auftrag der Rundfunkanstalten beim Angebot von Inhalten über Online-Medien aus rechtlicher Sicht nicht hinreichend klar definiert

1080. Der Auftrag der Rundfunkanstalten mit Blick auf deren wirtschaftliches Angebot von Inhalten über Online-Medien dürfte zurzeit nicht hinreichend klar definiert sein, um den Anforderungen an einen wirksamen und diskriminierungsfreien Schutz des unverfälschten Wettbewerbs und der privaten Marktteilnehmer auf den relevanten Märkten Rechnung zu tragen.

1081. Das EU-Recht erkennt an, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen den EU-Wettbewerbsregeln weitgehend entzogenen Auftrag erfüllen.¹¹⁸ Dieser Auftrag ist von den Mitgliedstaaten allerdings grundsätzlich „so genau wie möglich“ zu definieren.¹¹⁹ Maßstab und Ziel ist es, dass die privaten Wettbewerber ihre Tätigkeiten planen können und dass eine Kontrolle durch die zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten möglich ist.¹²⁰ Der Auftrag ist folglich nach Möglichkeit so genau abzugrenzen, dass private Wettbewerber und Behörden erkennen können, welche wirtschaftlichen Tätigkeiten von diesem Auftrag umfasst sind und welche nicht.

1082. Eine ähnliche Pflicht könnte sich als Schutzpflicht auch aus dem nationalen Verfassungsrecht ableiten lassen. Denn danach können die privaten Marktteilnehmer verlangen, dass ihre Wettbewerbsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nicht „in unerträglichem Maße“ eingeschränkt wird.¹²¹ Das ist bei staatlicher Wirtschaftstätigkeit zumindest im Grundsatz dann in Betracht zu ziehen, wenn ein Unternehmen in öffentlicher Hand eine Monopolstellung einnimmt oder durch Verdrängungswettbewerb die private Konkurrenz unmöglich macht oder auszehrt.¹²² Es kann hier offenbleiben, was in den Einzelheiten hiermit gemeint ist. Denn hinsichtlich des Umfangs, in

¹¹⁵ BDZV, Pressemitteilung vom 14. Juni 2018; Döpfner wie zitiert in: Bouhs, Rundfunkstaatsvertrag wird geändert, tagesschau.de vom 14. Juni 2018.

¹¹⁶ Die Presseähnlichkeit öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote war bereits mehrfach Gegenstand von Gerichtsverfahren. Siehe hierzu Tz. 1007.

¹¹⁷ DJV, Pressemitteilung vom 15. Juni 2018.

¹¹⁸ Art. 106 Abs. 2 AEUV i. V. m. Protokoll Nr. 29 zu den EU-Verträgen, konsol. Fassung, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 311.

¹¹⁹ Art. 106 Abs. 3 AEUV i. V. m. EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk („Rundfunkmitteilung“), ABl. C 257 vom 27. Oktober 2009, S. 1, Tz. 45.

¹²⁰ EU-Kommission, Rundfunkmitteilung, Tz. 46.

¹²¹ BVerwG, Urteil vom 30. August 1968, VII C 122.66, BVerwGE 30, 191 (198); Urteil vom 18. April 1985, 3 C 34/84, BVerwGE 71, 183 (191 ff.). Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass der Schutz der Rundfunkfreiheit den Gesetzgeber nicht zur Errichtung eines dualen Rundfunksystems verpflichtet, in dem auch private Rundfunkangebote möglich sind; BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85, 1/88, BVerfGE 83, 238, Rz. 400 (zit. nach Juris).

¹²² BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, I C 24.69, BVerwGE 39, 329 (336 f.); Beschluss vom 1. März 1978, VII B 144.76, NJW 1978, 1539; Beschluss vom 21. März 1993, 1 B 211/94, DVBl 1996, 152 (153).

dem ein Schutz privater Rechte im Wettbewerb möglich ist, enthalten die EU-Wettbewerbsregeln einen abschließenden Regelungsrahmen, der auch deutschem Verfassungsrecht vorgeht.¹²³

1083. Bei der Umsetzung der Pflichten des Unionsrechts im Rahmen des deutschen Rechts ist zu beachten, dass der Auftrag des Rundfunks, als Medium und Faktor zur Meinungs- und Willensbildung beizutragen, sowohl von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als auch – wenngleich nicht in vollem Umfang – von den privaten Rundfunkunternehmen erfüllt wird (sog. duales Rundfunksystem).¹²⁴ Das bedeutet, dass die privaten Rundfunkunternehmen bei der Bestimmung dieses Auftrags nicht außen vor gelassen werden können. Zusätzlich gilt, dass sich die verfassungsrechtlichen Aufgaben des Rundfunks nur auf eine Grundversorgung und nicht auf eine darüber hinausgehende und inhaltlich umfassende mediale Versorgung beziehen. Die Abgrenzung ist freilich unklar.

1084. Des Weiteren ist nach deutschem Recht zu beachten, dass der Rundfunk staatsfern ausgestaltet ist. Die Entscheidung darüber, was publizistisch erforderlich ist, steht allein den Rundfunkveranstaltern zu.¹²⁵ Das betrifft insbesondere die Programmgestaltung.¹²⁶ Die Rundfunkveranstalter sind nach der Rechtsprechung des BVerfG berechtigt, den verfassungsrechtlichen Auftrag zur Unterstützung der Meinungs- und Willensbildung, den sie bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit verfolgen, selbst zu konkretisieren.¹²⁷ Nach dem EU-Recht ist allerdings anzunehmen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Unternehmen in öffentlicher Hand zugleich unmittelbar selbst verpflichtet sind, eine solche Konkretisierung in Bezug auf ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten vorzunehmen.¹²⁸ Die öffentliche Hand als Trägerin der Anstalten trifft daneben eine Gewährleistungsverantwortung.¹²⁹

1085. Diesen unionsrechtlichen Pflichten steht beim Angebot von Inhalten über Online-Medien auch nicht entgegen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk nach deutschem Recht über eine Bestands- und Entwicklungsgarantie verfügt, sodass er nicht auf den gegenwärtigen Entwicklungsstand beschränkt werden darf.¹³⁰ So ist es schon jetzt üblich, dass der deutsche Gesetzgeber im verfassungsrechtlich zulässigen bzw. gebotenen Umfang den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, wie er im RStV wiedergegeben ist, sporadisch anpasst bzw. ausweitet, um den Rundfunkanstalten eine Weiterentwicklung ihres Angebots zu ermöglichen. Eine Anpassung des Auftrags kann infolgedessen auch unionsrechtlich verlangt werden.

1086. Eine Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die die zuvor beschriebenen Vorgaben beachtet, ist bislang nicht erfolgt. Die bisherigen Regelungen durch den deutschen Gesetzgeber beschränken sich darauf, die Tätigkeitsbestimmungen in §§ 11a ff. RStV in Bezug auf zulässige Online-Medienangebote an die aktuellen Gegebenheiten anzupassen.¹³¹ Eine Eingrenzung des Grundversorgungsauftrags in publizistischer Hinsicht fehlt dagegen bis heute.

1087. Die fehlende Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist problematisch: Zum einen ist schon offen, ob es grundsätzlich ein ordnungspolitisch legitimes staatliches Interesse an einer inhaltlich umfassenden Grundversorgung durch die Bereitstellung von Online-Angeboten durch die öffentlich-

¹²³ Siehe die bereits in Fn. 81 zitierte Rechtsprechung.

¹²⁴ Siehe oben Tz. 971, 1024 ff.

¹²⁵ Die Rundfunkfreiheit ist insofern ein Abwehrrecht gegen die staatliche Indienstnahme für außerpublizistische Zwecke; siehe BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 1992, 1 BvR 1586/89 und 487/92, BVerfGE 87, 181, Rz. 78 (zit. nach Juris).

¹²⁶ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 1994, 1 BvL 30/88, BVerfGE 90, 60, Rz. 155 (zit. nach Juris).

¹²⁷ Vgl. oben Tz. 1022 und die dort zitierte Rechtsprechung.

¹²⁸ Siehe erneut EU-Kommission, Rundfunkmitteilung, Tz. 45 f.

¹²⁹ Art. 106 Abs. 1 AEUV.

¹³⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. März 1987, 1 BvR 147, 478/86, BVerfGE 74, 297 (350 f.); Urteil vom 5. Februar 1991, 1 BvF 1/85, 1/88, BVerfGE 83, 238.

¹³¹ Siehe §§ 11d, 11f RStV; siehe dazu schon oben Tz. 1067 ff. Hinzu tritt eine Negativliste öffentlich-rechtlicher Angebote in der Anlage zu § 11d Abs. 5 S. 4 RStV. Diese Liste nennt freilich nur Medienangebote, bei denen ein Sachzusammenhang mit dem rundfunkbezogenen Anstaltszweck der Rundfunkanstalten häufig ohnehin fraglich ist (z. B. Anzeigenportale u. Ä., Branchenregister, Preisvergleichsportale, Partner-, Kontakt-, Stellen- und Tauschbörsen, Routenplaner, allgemeine Veranstaltungskalender).

rechtlichen Rundfunkanstalten gibt (dazu Abschn. 4.2.2). Zum anderen ist fraglich, ob die zurzeit diskutierten erweiterten Rechte der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Nutzung von Online-Medien zur Erbringung ihres Angebots zu rechtfertigen sind (dazu Abschn. 4.2.3).

4.2.2 Öffentlich-rechtliches Online-Angebot allenfalls für „Public-Value“-Inhalte zu rechtfertigen

1088. Ordnungspolitisch ist die Bereitstellung eines öffentlich-rechtlichen Online- bzw. Telemedienangebots im Hinblick auf den damit zu erfüllenden Grundversorgungsauftrag zu hinterfragen. Dabei würde es zu kurz greifen, lediglich das verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Rundfunkanstalten zu berücksichtigen, den Grundversorgungsauftrag selbstständig zu definieren und weiterzuentwickeln. Denn dieses Recht muss seine Grenze grundsätzlich dort finden, wo andere Marktteilnehmer die Aufgaben der Meinungs- und Willensbildung, denen der Grundversorgungsauftrag dient, durch ein bereits bestehendes wirtschaftliches Angebot erfüllen und durch das Tätigwerden der Rundfunkanstalten vom Markt verdrängt würden.

1089. Ein staatlicher Eingriff in das Marktgeschehen in Form eines öffentlich finanzierten Angebots sollte auch aus ordnungspolitischer Sicht nur dann erfolgen, wenn dadurch wettbewerbliche Angebote nicht in übermäßigem Maße verdrängt werden. Aus Sicht der Monopolkommission kommt eine Rechtfertigung allenfalls für das Online-Angebot von „Public-Value“-Inhalten in Betracht. Das wird im Folgenden näher erläutert.

1090. Von einem ökonomischen Standpunkt aus sollte ein staatlicher Eingriff in das Marktgeschehen in Form eines öffentlich finanzierten Angebots immer nur dann erfolgen, wenn eine rein privatwirtschaftliche Leistungserbringung zu gesamtwirtschaftlich ineffizienten Ergebnissen führt, d. h., wenn ein sog. Marktversagen vorliegt. Traditionell werden in der ökonomischen Literatur vier Marktversagenstatbestände unterschieden: (1) öffentliche Güter, (2) Marktmacht bzw. natürliche Monopole, (3) Informationsasymmetrien sowie (4) externe Effekte.¹³² Ein öffentlich-rechtliches Online-Angebot ist demnach in solchen Bereichen zu rechtfertigen, in denen eine Bereitstellung über den Markt in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zu unzufriedenstellenden bzw. ineffizienten Marktergebnissen führt, etwa weil aufgrund der Marktgegebenheiten bestimmte Programme, die eine hohe Bedeutung für die Meinungs- und Willensbildung haben, nicht oder nicht in ausreichendem Maße angeboten werden. Hierbei sind allerdings über das erforderliche Maß hinausgehende Angebote zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

1091. Grundsätzlich nicht rechtfertigen lässt sich die Bereitstellung eines öffentlich-rechtlichen Online-Angebots mit dem Argument, es handle sich bei diesem um ein öffentliches Gut. Ökonomisch ist ein öffentliches Gut durch die Nicht-Ausschließbarkeit sowie die fehlende Rivalität im Konsum gekennzeichnet. Da bei öffentlichen Gütern der Marktmechanismus versagt bzw. eine Bereitstellung über den Markt nicht profitabel ist, ist in diesen Fällen eine öffentliche Bereitstellung sachgerecht. Bei Online-Medien handelt es sich indes nicht um öffentliche Güter im ökonomischen Sinne. Zwar besteht eine Nicht-Rivalität im Konsum, ein Ausschluss von Rezipienten vom Angebot ist durch Bezahlschranken allerdings grundsätzlich möglich, sodass eine privatwirtschaftliche Bereitstellung erfolgen kann. Fraglich ist somit allenfalls, wie sinnvoll ein solcher Ausschluss von Rezipienten ist, obwohl die Inhalte ohne nennenswerte Mehrkosten allen Rezipienten zugänglich gemacht werden könnten. Insofern ist zum einen darauf hinzuweisen, dass viele Medieninhalte in der Praxis aufgrund ihrer Werbefinanzierung für die Rezipienten unentgeltlich nutzbar bzw. frei zugänglich sind, da ein Ausschluss von Rezipienten zur Erreichung einer hohen Reichweite und damit zur Erzielung hoher Werbeeinnahmen nicht im Interesse der Medienunternehmen ist. Die für zweiseitige Medienmärkte typische Werbefinanzierung stellt insofern eine marktliche Lösung dar, durch die ein privates Angebot ermöglicht wird. Zum anderen wäre eine unentgeltliche Bereitstellung von Medieninhalten – sofern keine Werbefinanzierung vorliegt – nicht nachhaltig, da in diesem Fall aufgrund der fehlenden Refinanzierungsmöglichkeit kein Anreiz für Investitionen in neue Inhalte bestünde.

¹³² Fritsch, F., Marktversagen und Wirtschaftspolitik: Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, Vahlens Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Ausgabe 9, München 2014.

1092. Nicht begründbar ist die Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlichen Online-Angebots zudem mit dem Vorliegen von Marktmacht bzw. Konzentrationstendenzen. Dieses Argument hatte insbesondere in der Anfangsphase des analogen Rundfunks aufgrund der technologisch bedingten Frequenzknappheit sowie der vergleichsweise hohen Fixkosten bei der Produktion von Rundfunkinhalten und der geringen Grenzkosten und damit einhergehenden Größenvorteilen seine Berechtigung. Aufgrund dieser Marktbedingungen war im Rundfunkbereich strukturell nur in begrenztem Maße Wettbewerb möglich. Im Internet ist eine solche Problematik in Anbetracht der geringen Markteintrittsbarrieren sowie der faktisch nicht vorhandenen Kapazitätsengpässe indes von vornherein nicht erkennbar. Zwar sind aufgrund sog. Netzwerkeffekte durchaus gewisse Konzentrationstendenzen erkennbar. Diese betreffen aber vor allem die Ebene der Plattformanbieter bzw. Intermediäre und nicht die im vorliegenden Fall relevante Ebene der Inhalteanbieter.¹³³ Hier ist vielmehr sowohl mit Blick auf audiovisuelle als auch mit Blick auf stärker textbasierte Inhalte eine kategorien- bzw. inhalteübergreifend sehr hohe Angebotsvielfalt sowie, damit einhergehend, eine hohe Wettbewerbsintensität zu konstatieren. Ein Marktmachtproblem, das durch die Bereitstellung eines öffentlich-rechtlichen Angebots adressiert werden müsste, ist insofern nicht festzustellen.

1093. Fraglich erscheint auch das Erfordernis eines öffentlich-rechtlichen Online-Angebots aufgrund von Informationsasymmetrien. Informationsasymmetrien treten insbesondere bei Erfahrungs- und Vertrauensgütern auf und erschweren es den Nachfragern, die Qualität und den Wert eines Produktes zu beurteilen. Informationsasymmetrien können prinzipiell zu einer sog. *adversen Selektion* bzw. *Negativauslese* führen.¹³⁴ Von größerer Relevanz sind im Medienbereich allerdings mögliche Verzerrungen im Programmangebot der Anbieter (*Media Bias*), die teilweise auch empirisch feststellbar sind. Neben zufälligen Verzerrungen können Verzerrungen vor allem aufgrund der Werbefinanzierung oder aus ideologischen Gründen auftreten.¹³⁵ Insbesondere für werbefinanzierte Angebote kann ein Anreiz bestehen, die Berichterstattung an den Interessen der Werbeindustrie auszurichten bzw. Inhalte zugunsten von Werbekunden verzerrt darzustellen. Hieraus lässt sich allerdings noch keine pauschale Rechtfertigung für ein öffentlich-rechtliches Online-Angebot ableiten. Denn es ist zu berücksichtigen, dass sich die Medien im publizistischen Wettbewerb gegenseitig kontrollieren sowie dass private Anbieter sich eine Reputation für gute Qualität aufbauen können.¹³⁶ Dementsprechend hilft zur Sicherung einer qualitativ hochwertigen Berichterstattung ein funktionierender Wettbewerb mit einer Vielzahl unterschiedlicher Anbieter. Daneben können vereinzelte regulatorische Eingriffe, wie etwa die Pflicht zur Gegendarstellung, sinnvoll sein. Insgesamt lässt sich aus möglichen Informationsasymmetrien zumindest kein Erfordernis für ein umfangreiches öffentlich-rechtliches Online-Angebot ableiten, zumal es auch bei öffentlich-rechtlichen Anbietern zu Verzerrungen in der Berichterstattung kommen kann.

1094. Abgesehen von möglichen Verzerrungen zugunsten von Werbekunden wird zwar auch die mangelnde Angebotsvielfalt kommerzieller Medienangebote kritisiert. Gerade werbefinanzierte Medien würden sich aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen zu stark an den Interessen der Mehrheit der Zuschauer bzw. der werberelevanten Zielgruppen orientieren. Weniger massenattraktive Inhalte würden demgegenüber nicht oder in einem zu geringen Umfang angeboten, sodass sich das Angebot der Medien insgesamt stark ähnele. Dieses Argument überzeugt jedoch nicht. Davon abgesehen, dass es sich hierbei um kein Marktversagen im eigentlichen Sinne handelt, ließe sich anhand dieser Argumentation allenfalls ein stark begrenztes, auf von privaten Unternehmen nicht angebotene Inhalte beschränktes öffentliches Angebot rechtfertigen. Hievon abgesehen dürften gerade im Internet in Anbe-

¹³³ Zur ökonomischen und wettbewerblichen Einschätzung von Plattformen siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 50).

¹³⁴ Bei einer *adversen Selektion* führen im Extremfall die Qualitätsunkenntnis und eine rückläufige Zahlungsbereitschaft der Nachfrager dazu, dass der Preis und die Qualität eines Gutes so lange sinken, bis nur noch schlechte Qualität gehandelt wird und der Markt für gute Qualität zusammenbricht. Nelson, P., *Information and Consumer Behavior*, *Journal of Political Economy* 78 (2), 1970, S. 311–329.

¹³⁵ Dewenter, R., *Der Mediensektor zwischen Wettbewerb und Regulierung: Aktueller und zukünftiger (De-)Regulierungsbedarf*, S. 12 f.

¹³⁶ Dewenter, R./Haucap, J., *Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten, Marktauswirkungen innerhalb von Drei-Stufen-Tests*, Gutachten im Auftrag des VPRT, Baden-Baden 2009, S. 20 f.

tracht der Möglichkeit der zielgerichteten, vom Werbeumfeld unabhängigen Werbeansprache von Nutzern sowie der Möglichkeit der direkten Entgeltfinanzierung auch Nischenangebote profitabel angeboten werden können.

1095. Schließlich kommt als Rechtfertigung für ein öffentlich-rechtliches Online-Angebot noch das Vorliegen positiver externer Effekte in Betracht.¹³⁷ Positive (negative) externe Effekte liegen vor, wenn sich das Handeln eines Individuums positiv (negativ) auf den Nutzen Dritter auswirkt. Übertragen auf den Konsum von Medieninhalten wird insofern teilweise argumentiert, dass sich der individuelle Konsum einzelner Medienangebote mit einem sog. „Public Value“ positiv auf die Gesellschaft als Ganzes auswirke und damit auch Nichtnutzern zugutekomme, etwa weil ein höheres Bildungsniveau oder ein besserer Informationsstand der Bevölkerung einen positiven Einfluss auf die Beteiligung am Gemeinwesen bzw. die demokratische Willensbildung habe.¹³⁸ Da dieser positive externe Effekt von den Zuschauern bei ihrem individuellen Medienkonsum nicht berücksichtigt werde, würden insgesamt weniger „Public-Value“-Inhalte nachgefragt als aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive wünschenswert. Kommerzielle Medienanbieter würden „Public-Value“-Inhalte daher in einem zu geringen Maße anbieten, da sie ihr Programm an der offenbarten Kundennachfrage ausrichten. Demgegenüber könnten bei der Bereitstellung eines öffentlich finanzierten, von kommerziellen Erwägungen unabhängigen Angebots die positiven Wirkungen von „Public-Value“-Inhalten berücksichtigt werden.

1096. Die Anwendung des Konzepts der positiven externen Effekte auf Rundfunk- bzw. Online-Angebote ist umstritten. Abgesehen von der fehlenden empirischen Messbarkeit bzw. Quantifizierbarkeit der externen Effekte ist insbesondere unklar, von welchen Mediengütern, die von den Nutzern aufgrund verzerrter Präferenzen nicht in ausreichendem Maße nachgefragt und daher vom Markt nicht angeboten werden, tatsächlich ein gesamtgesellschaftlicher Nutzen ausgehen soll und worin dieser Nutzen im Einzelnen besteht.¹³⁹ Problematisch ist vor allem der unklare Bewertungsmaßstab, sodass die Annahme einer Unterversorgung der Gesellschaft mit „Public-Value“-Inhalten letztlich auf einem Werturteil basiert. Ungeachtet dieser Kritik ist aus Wettbewerbssicht zumindest eine öffentliche Bereitstellung solcher „Public-Value“-Inhalte, die von kommerziellen Anbietern nicht erbracht werden, unproblematisch. Fraglich ist dann allenfalls, welche vom Markt nicht bereitgestellten Inhalte tatsächlich von einer solchen hohen gesellschaftlichen Relevanz sind, dass sie trotz der anders gelagerten Konsumentenpräferenzen angeboten werden sollen.

1097. Das kann hier offenbleiben, soweit es um das herkömmliche Angebot der Rundfunkanstalten geht. Denn für die Zwecke dieses Gutachtens wird unterstellt, dass die Rundfunkanstalten insoweit mit Inhalten am publizistischen Wettbewerb teilnehmen dürfen, die in erhöhtem Maße gesellschaftlich-kulturell relevant sind.¹⁴⁰ Bei den in diesem Sinne zulässigen Inhalten handelt es sich – wie immer diese im Einzelnen zu definieren sind¹⁴¹ – um „Public-Value“-Inhalte. Daneben wird unterstellt, dass sie auch mit sonstigen Inhalten am publizistischen Wettbewerb teilnehmen können, soweit diese Inhalte Bestandteil der Grundversorgung durch den Rundfunk sind.

1098. Fraglich ist die Beurteilung jedoch, soweit die Rundfunkanstalten Inhalte online bereitstellen, die über ein Livestreaming des herkömmlichen linearen Programms hinausgehen. Diesbezüglich ist erneut zu unterstellen, dass die Rundfunkanstalten solche Inhalte anbieten können müssen, die in erhöhtem Maße gesellschaftlich-kulturell relevant sind und nicht von anderen Marktteilnehmern bereitgestellt werden. Hierbei handelt es sich um „Public-Value“-Inhalte im oben genannten Sinne. Demgegenüber ist zweifelhaft, ob und in welchem Umfang auch ein Angebot von darüber hinausgehenden Inhalten zu rechtfertigen ist. Dies dürfte insbesondere Inhalte betreffen, bei denen sich eine Unterscheidbarkeit des öffentlich-rechtlichen Angebots gegenüber privatwirtschaftlichen Angebo-

¹³⁷ Siehe z. B. DIW, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in einer konvergenten Medienwelt, Politikberatung kompakt 119, Studie im Auftrag der ARD, 22. Februar 2017, S. 56 ff.

¹³⁸ DIW, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in einer konvergenten Medienwelt, a. a. O., S. 56 ff.

¹³⁹ Siehe hierzu etwa Dewenter, R./Haucap, J., Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten, a. a. O., S. 16 ff.; Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 770.

¹⁴⁰ Siehe oben Tz. 1038.

¹⁴¹ Dazu siehe oben Tz. 1080 ff. und noch unten Tz. 1118.

ten typischerweise nur schwer feststellen lassen dürfte (z. B. Blockbuster, massenattraktive Sportübertragungen).¹⁴² Insofern ist einerseits zu berücksichtigen, dass ein beihilfefinanziertes Angebot solcher Inhalte durch die Rundfunkanstalten geeignet sein kann, andere Anbieter im wirtschaftlichen Wettbewerb zu verdrängen. Andererseits könnte – ähnlich wie dies beim klassischen Rundfunkangebot der Fall ist – argumentiert werden, dass den Rundfunkanstalten ein solches Online-Angebot jedenfalls gestattet werden sollte, soweit es zur Erzielung von Aufmerksamkeit bzw. Reichweite für die „Public-Value“-Inhalte dienen kann.

1099. Für das lineare Fernsehen wird auf die Notwendigkeit verwiesen, auch massenattraktive Inhalte anzubieten, um die Zuschauer durch eine attraktive Gestaltung des Gesamtprogramms dazu zu bewegen, die gesellschaftlich wertvollen Inhalte ebenfalls zu konsumieren (Audience Flow bzw. Lead-in-Effekt).¹⁴³ Allerdings erscheint fraglich, ob diese Argumentation auf zum Abruf bereitgestellte Online-Angebote übertragen werden kann. Zwar versuchen die Rundfunkanbieter teilweise auch hier, die Zuschauer in ihrem Angebot zu halten, etwa durch das automatische Abspielen neuer Videos oder durch entsprechende Empfehlungssysteme. Aufgrund der im Vergleich zum linearen Fernsehen höheren Konsumentensouveränität ist es allerdings ungleich schwerer, den Zuschauern ein aus gesellschaftlicher Sicht relevantes Programm „zufällig“ vorzusetzen, das diese – trotz anders gelagerter individueller Präferenzen – auch konsumieren.¹⁴⁴ Dementsprechend dürfte die Bereitstellung massenattraktiver Inhalte im Internet, wie sie auch von privaten Anbietern angeboten werden, weniger dazu geeignet sein, Nutzer zum beiläufigen Konsum gesellschaftlich besonders relevanter Inhalte zu bewegen. Demgegenüber besteht ein nicht unerhebliches Risiko, dass die Bereitstellung massenattraktiver Inhalte durch die Rundfunkanstalten im Internet geeignet ist, andere Online-Anbieter zu verdrängen. Denn gerade für massenattraktive Inhalte haben sich in den letzten Jahren neue Geschäftsmodelle und Märkte entwickelt oder sind noch dabei, sich zu entwickeln (z. B. im Bereich der Streamingdienste). Solche neuen Geschäftsmodelle können infrage gestellt, und die Marktentwicklung kann behindert werden, wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die betreffenden Inhalte ebenfalls im Internet anbieten.

1100. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass ein öffentlich-rechtliches Online-Angebot aus Sicht der Monopolkommission allenfalls in einem begrenzten Umfang zu rechtfertigen ist. Ein solches Angebot sollte sich aber auf „Public-Value“-Inhalte beschränken, die als für die Gesellschaft besonders wichtig erachtet werden und von privaten Marktteilnehmern aufgrund ihrer eingeschränkten kommerziellen Verwertbarkeit nicht oder in einem nicht ausreichendem Maße angeboten werden. Demgegenüber ist zweifelhaft, in welchem Umfang sich auch ein Angebot von massenattraktiven Inhalten, die von anderen Online-Anbietern bereitgestellt werden, rechtfertigen lässt. Denn in diesen Fällen besteht ein nicht unerhebliches Risiko, dass das Angebot der Rundfunkanstalten im Internet geeignet ist, andere Online-Anbieter zu verdrängen.

4.2.3 Bestehende Möglichkeiten Online-Verbreitung von „Public-Value“-Inhalten ausreichend

1101. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen (Tz. 1088 ff.) sind auch die konkret diskutierten Erweiterungen der zulässigen Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus ordnungspolitischer Perspektive kritisch zu sehen.¹⁴⁵ Grundsätzlich ist zwar nachvollziehbar, dass die Rundfunkanstalten ihre Telemedien „zeitgemäß“ und dem veränderten Mediennutzungsverhalten der Konsumenten entsprechend ausgestalten wollen. In Anbetracht des umfangreichen und vielfältigen Medienangebots im Internet besteht hierfür jedoch allenfalls Be-

¹⁴² Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei den nicht-linearen Online-Angeboten die Unterscheidbarkeit, anders als im klassischen Rundfunk, nicht in Bezug auf das Gesamtprogramm, sondern für jedes einzelne Angebot festzustellen ist.

¹⁴³ Insofern wird beispielsweise die Ausstrahlung von Fußballspielen im öffentlich-rechtlichen Fernsehen teilweise damit begründet, dass die Zuschauer in der Halbzeitpause Nachrichten schauen und nicht umschalten.

¹⁴⁴ Die Abrufzahlen der Online-Angebote der Sender zeigen etwa, dass vor allem Filme, Serienfolgen sowie Unterhaltungsangebote abgerufen werden. Siehe hierzu z. B. AGF Videoforschung, Bewegtbildforschung in Deutschland. Hitlisten Videostreaming, <https://www.agf.de/daten/videostreaming/hitlisten/>, Abruf am 8. Juni 2018.

¹⁴⁵ Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem 16. Hauptgutachten, also vor der Einführung der Telemedienregeln des RStV, gegen einen expliziten öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrag für das Internet ausgesprochen. Siehe Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 805.

darf, soweit „Public-Value“-Inhalte verbreitet werden sollen. Nur insoweit ist auch der mit einem solchen (öffentlichen) Angebot möglicherweise verbundene Eingriff in den Wettbewerb und die Rechte der privaten Marktteilnehmer zu rechtfertigen.¹⁴⁶

1102. Ein auf „Public-Value“-Inhalte beschränktes Online-Angebot dürfte aber – im Rahmen des wettbewerblich Vertretbaren – bereits nach den derzeitigen §§ 11d ff. RStV möglich sein. Deshalb ist fraglich, weshalb es einer Neufassung der Rechte der Rundfunkanstalten bedarf. Dabei ist zu bedenken, dass die Neufassung durch den 22. RÄStV insgesamt eine erhebliche Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Online-Angebots ermöglicht, insbesondere durch den Wegfall des Sendungsbezugs als Zulässigkeitsvoraussetzung für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote, durch die Gestattung der Bereitstellung zusätzlicher Abrufinhalte (europäische Lizenzware) und durch das Entfallen der bisherigen Verweildauern. Eine Begrenzung auf „Public-Value“-Inhalte ist jedoch nicht vorgesehen. Es ist zumindest fraglich, ob dies wettbewerblich noch vertretbar ist. Anstelle einer Ausweitung in Bereiche, die möglicherweise bereits von privaten Anbietern umfassend bedient werden, dürfte es zum Schutz privater Marktakteure umgekehrt erforderlich sein, die Bereitstellung von Online-Inhalten durch die Rundfunkanstalten ausdrücklich auf die von privaten Anbietern nicht oder nicht in einem ausreichenden Maße angebotenen „Public-Value“-Inhalte zu beschränken.

1103. Speziell mit Blick auf die vorgesehene Einbeziehung europäischer fiktionaler Lizenzware in das Spektrum der zulässigen Online-Medienangebote fehlt im Grunde jegliche Rechtfertigung. Wie ausgeführt, ließ sich die Ausstrahlung massenattraktiver fiktionaler Inhalte im linearen Fernsehen herkömmlich vor allem mit der Schaffung von Aufmerksamkeit für weniger nachgefragte Inhalte, wie etwa Informationssendungen, begründen (Audience Flow). Diese Argumentation lässt sich, wie bereits angesprochen, in Anbetracht der höheren Konsumentensouveränität nur eingeschränkt auf die von einem Programmschema entkoppelten Abrufmedien übertragen. Damit ist ein Angebot von Online-Inhalten, die ebenso gut von kommerziellen Anbietern bereitgestellt werden können, weniger als bei klassischen Rundfunkangeboten zu rechtfertigen. In jedem Fall sind hiermit direkte Wettbewerbsverzerrungen zulasten privater VoD-Anbieter verbunden. Die Bereitstellung fiktionaler Inhalte in öffentlich-rechtlichen Telemedienangeboten sollte sich daher weiterhin allenfalls auf Eigenproduktionen beschränken. Der primäre Fokus öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote sollte hiervon unabhängig auf von privaten Anbietern gegebenenfalls nur begrenzt angebotenen „Public-Value“-Inhalten liegen.

1104. Kritisch sind auch der weitgehende Wegfall gesetzlicher Verweildauerfristen für online abrufbare Programminhalte und die Neuregelung für Archive zu beurteilen. Zwar erscheint eine Ausweitung der Verweildauerfristen in Bezug auf „Public-Value“-Inhalte, mit denen die öffentlich-rechtlichen Sender nicht mit privaten Anbietern konkurrieren, unbedenklich. Allerdings könnte die Neuregelung in anderen Bereichen zu einer weiteren Verschärfung der aufgrund der Beitragsfinanzierung ohnehin bestehenden Wettbewerbsverzerrungen führen. Insbesondere dürfte die Durchsetzung von Bezahlangeboten im Internet erschwert werden, je nachdem, wie lange konkurrierende Inhalte in den öffentlich-rechtlichen Online-Medienangeboten kostenlos zum Abruf bereitstehen. Dies kann sich nicht nur auf die Anbieter solcher Bezahldienste, sondern auch auf Filmproduzenten, die mit der Online-Vermarktung kalkulieren, nachteilig auswirken. Hinzu tritt das Risiko, dass weitere Rechteinhaber durch die unentgeltliche Bereitstellung von Inhalten ohne zeitliche Beschränkung benachteiligt werden. Der Wegfall der Verweildauerfristen dürfte auch zu Überschneidungen mit der Regelung für zeitlich unbefristet vorhaltbare Archive führen. Archive sind ebenfalls nicht auf privat nicht angebotene „Public-Value“-Inhalte beschränkt, wenngleich die Ausrichtung auf „informierende, bildende und kulturelle Inhalte“ solche Inhalte grundsätzlich umfassen dürfte.

1105. Problematisch sind ferner sehr textlastige bzw. „presseähnliche“ öffentlich-rechtliche Online-Medienangebote, die in direkte Konkurrenz zu den Angeboten der digitalen Presse treten. Zwar sollte es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk grundsätzlich möglich sein, seine Inhalte zeitgemäß und internetspezifisch aufzubereiten, zumal das Internet nicht nur einen weiteren Verbreitungsweg, sondern ein eigenes Medium darstellt, in dem die traditionellen Darstellungsformen von Rundfunk und Presse teilweise miteinander verschmelzen. Dementsprechend ist es durchaus sachgerecht, dass die Online-Angebote neben Bewegtbildinhalten auch Textinhalte sowie

¹⁴⁶ Zu den kollidierenden Rechtspositionen vgl. Tz. 1029 ff.

Standbilder enthalten. Dessen ungeachtet sollte der eindeutige Fokus öffentlich-rechtlicher Telemedien weiterhin auf Bewegtbild- und Toninhalten liegen. Derzeit lässt sich nicht abschätzen, ob dies zukünftig gewährleistet ist. Denn nach dem 22 RÄStV sollen nicht mehr unmittelbar die Gerichte darüber entscheiden, ob ein „presseähnliches“ Angebot vorliegt, sondern zunächst soll eine aus Vertretern von Verlagen und Sendern gebildete Schlichtungsstelle darüber befinden, ob die im RStV niedergelegten Kriterien für ein Bild- oder Tonangebot „im Schwerpunkt“ erfüllt sind. Damit ergeben sich jedenfalls faktisch Spielräume, die von den Rundfunkanstalten zu Wettbewerbsvorstößen mit textlichen Angeboten genutzt werden können. Dies ist nicht nur in Anbetracht des Risikos ungerechtfertigter Grundrechtseingriffe zum Nachteil der digitalen Presse, sondern auch mit Blick auf die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kritisch zu sehen.

1106. Die Refinanzierung digitaler Presseangebote gestaltet sich derzeit schwierig.¹⁴⁷ Auch hieraus kann jedoch noch keine Notwendigkeit für ein entsprechendes öffentlich-rechtliches Angebot abgeleitet werden. Vielmehr ist zu befürchten, dass ein beitragsfinanziertes Angebot das Errichten journalistisch-redaktioneller Bezahlangebote der privaten Presse zusätzlich behindern und die Refinanzierung weiter erschweren würde. Mögliche Folge wäre eine Verdrängung der Online-Angebote der privaten Presseunternehmen und damit einhergehend eine Verringerung der Angebots- und Meinungsvielfalt. Eine Ausdehnung öffentlich-rechtlicher Telemedien in die originären Bereiche der Presse sollte durch die Aufsichtsinstanzen – ungeachtet der konkreten Definition des Begriffs der Presseähnlichkeit – unterbunden werden.

1107. Nicht unproblematisch ist auch die erweiterte Berechtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Inhalte außerhalb ihrer eigenen Portale zum Abruf auf Online-Plattformen (Intermediären) bereitzustellen, z. B. Videoportalen oder sozialen Netzwerken. In diesem Fall drohen Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten, auf denen diese Plattformen tätig sind. Zwar ist durchaus anzuerkennen, dass ein öffentlich-rechtliches Online-Medienangebot eine gewisse Reichweite erzielen muss, um von den Nutzern wahrgenommen zu werden und seine gesellschaftliche Funktion erfüllen zu können. Zur Erzielung dieser Aufmerksamkeit kann eine Verbreitung der jeweiligen Inhalte über reichweitenstarke Internetplattformen ein probates Mittel sein, insbesondere zur Erreichung jüngerer Zielgruppen. Gleichwohl ist zu beachten, dass eine Verbreitung beihilfefinanzierter Inhalte über diese Plattformen diese zugleich attraktiver für die Nutzer macht. Hierdurch wird die Wettbewerbsposition der begünstigten Plattformen gegenüber nicht begünstigten konkurrierenden Plattformen gestärkt. Die erhöhte Attraktivität dürfte sich auch positiv auf die Werbeerlöse der Plattformen auswirken, sodass deren ohnehin starke Marktstellung im Online-Werbemarkt, auf dem sie im direkten Wettbewerb mit werbefinanzierten privatwirtschaftlichen Inhalteanbietern stehen, noch verstärkt wird. Die Nutzung dieser Plattformen sollte sich daher im Wesentlichen auf Nutzungen zu Marketingzwecken beschränken, etwa um in Form kurzer Teaser bzw. Videoclips auf Inhalte im eigenen Onlineportal aufmerksam zu machen.

4.2.4 Vereinbarkeit der Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote mit EU-Beihilferegeln ist gegenwärtig fraglich

1108. Es ist fraglich, ob die Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote mit EU-Beihilferegeln in vollem Umfang vereinbar ist. Diese Aktivitäten sind staatlich finanziert, sofern dafür auf Rundfunkbeiträge zurückgegriffen wird. Die Europäische Kommission hatte diese Finanzierung bereits untersucht und hat das Verfahren auf Basis des sog. Beihilfekompromisses im Jahr 2007 eingestellt.¹⁴⁸ Nach Abschluss dieses Verfahrens handelt es sich bei der Finanzierung um bestehende Beihilfen, die laufend auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt zu überprüfen sind.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Siehe dazu auch in diesem Hauptgutachten, Kapitel I, Abschn. 2, Tz. 93 ff.

¹⁴⁸ EU-Kommission, Entscheidung vom 24. April 2007, E3/2005 – Deutschland. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, K(2007) 1761 endg.

¹⁴⁹ Art. 108 Abs. 1 AEUV; dazu auch Art. 1 lit. b, 21 ff., 25 Abs. 1, 26 VO 2015/1589 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2015 L 248/9; EU-Kommission, Rundfunkmitteilung, Tz. 25-31 zur Abgrenzung von neuen Beihilfen bei Änderungen bzw. abtrennbaren Maßnahmen.

4.2.4.1 Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote unterliegt beihilferechtlicher Prüfung

1109. Die Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote unterliegt ebenfalls der laufenden beihilferechtlichen Überprüfung. Ob diese Ausweitung beihilferechtlich überhaupt stattfinden kann, hängt vielmehr davon ab, ob die Europäische Kommission im Rahmen der laufenden Überprüfung feststellt, dass der Beihilfekompromiss auch die mit der Ausweitung möglicherweise verbundenen zusätzlichen Wettbewerbsbeschränkungen abdeckt, oder ob dies nicht der Fall ist, sodass die Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote zunächst als neue Beihilfe zur Prüfung anzumelden ist.

1110. Das Vorliegen eines beihilferechtlich relevanten Vorteils ist durch die zwischenzeitlichen Änderungen des RStV auch nach der sog. Altmark-Rechtsprechung nicht ausgeschlossen.¹⁵⁰ Diese Rechtsprechung erfordert zunächst eine klare Definition gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (= Auftrag).¹⁵¹ Dieser Auftrag dürfte sich gerade auf „Public-Value“-Inhalte beziehen müssen, da andernfalls keine ohne Weiteres kompensationsfähigen Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegen. Im Übrigen kommt eine Ausnahme vom Beihilfetatbestand nur dann in Betracht, wenn der für die Erfüllung dieser Verpflichtungen gezahlte Ausgleich wettbewerbsneutral ausgestaltet ist.¹⁵² Das ist bezüglich der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beim Angebot von Online-Inhalten jedoch weiter zweifelhaft. Die Parameter für die Finanzierung der Wirtschaftstätigkeit belasten Bewertungsspielräume, wobei die Bewertung an den Zielen einer wettbewerbsfähigen Fortführung der bestehenden Rundfunkprogramme und der Entwicklung zulässiger neuer Rundfunkprogramme auszurichten ist. Die Kostenentwicklung stellt lediglich einen Faktor dar, der bei der Ausgleichsbemessung zu berücksichtigen ist. Möglich ist somit eine Finanzierung von Aktivitäten, durch welche die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegenüber privaten Anbietern wettbewerbsfähig bleiben, ebenso wie eine Finanzierung von Aktivitäten, mit denen sie Wettbewerber durch Ausübung von Marktmacht verdrängen können.¹⁵³

1111. Soweit die Finanzierung der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit beihilferelevanten Vorteilen einhergeht, ist des Weiteren – jedenfalls im Grundsatz – anzunehmen, dass diese Finanzierung geeignet ist, den Wettbewerb im Binnenmarkt zu verfälschen. Insoweit lässt sich auf die Gründe verweisen, die die Europäische Kommission bereits in ihrem Beschluss zur Einstellung des Beihilfeverfahrens im Jahr 2007 ausgeführt hat.¹⁵⁴ Das dort Ausgeführte gilt ohne Abstriche auch bezüglich der Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote. Denn die Beihilfefinanzierung erschwert es privaten Wettbewerbern, sich gegenüber den Rundfunkanstalten mit einem eigenen Angebot durchzusetzen. Eine beihilferechtliche Rechtfertigung ist diesbezüglich nicht ersichtlich.¹⁵⁵

1112. Zwar bleibt einschränkend zu berücksichtigen, dass nach dem Protokoll Nr. 29 nur solche Beihilfen unzulässig sind, welche die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auf-

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00 – Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, ECLI:EU:C:2003:415, Rz. 74 ff., insb. Rz. 95; dazu auch EuGH, Urteil vom 8. März 2017, C-660/15 P – Viasat, ECLI:EU:C:2017:178, Rz. 34; EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017, C-66/16 P - C-69/16 P – Comunidad Autónoma del País Vasco und Iteizpi/Kommission, ECLI:EU:C:2017:999, Rz. 56.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00 – Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, ECLI:EU:C:2003:415, Rz. 95 (1. Voraussetzung). Damit wird die in Abschn. 4.2.1 erörterte Voraussetzung wieder aufgenommen.

¹⁵² EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00 – Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, ECLI:EU:C:2003:415, Rz. 95 (2. und 3. Voraussetzung).

¹⁵³ §§ 12 ff. RStV. Das gilt auch, soweit der Drei-Stufen-Test nach § 11f Abs. 4 RStV angewendet wird, da hierbei die „marktlichen Auswirkungen“ des geplanten Angebots nur eines von mehreren Kriterien sind.

¹⁵⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 24. April 2007, E3/2005 – Deutschland. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, K(2007) 1761 endg., Tz. 184 ff., insb. Tz. 189.

¹⁵⁵ Siehe schon oben Tz. 1088 ff., 1101 ff. Dies gilt im Übrigen auch hinsichtlich Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV („Förderung der Kultur“); dazu EU-Kommission, Rundfunkmitteilung Tz. 32-35.

trags Rechnung zu tragen ist. Die zuvor angesprochenen beihilferechtlichen Anforderungen lassen sich aber auch dann erfüllen, wenn man berücksichtigt, dass die Beitragsfinanzierung es den Rundfunkanstalten ermöglicht, ihren verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundversorgungsauftrag zu erfüllen.

4.2.4.2 Drei-Stufen-Test als Verfahrensregelung auf nationaler Ebene effektiver gestalten

1113. Die Einhaltung der Vorgaben des Beihilfekompromisses wird bei Änderungen des RStV in Bezug auf öffentlich-rechtliche Online-Angebote auf der nationalen Ebene verfahrensmäßig im Wesentlichen durch den sog. Drei-Stufen-Test sichergestellt. Die Regelung des Drei-Stufen-Tests weist allerdings Mängel auf, welche die praktische Wirksamkeit dieses Instruments in einem nicht unerheblichen Maße beeinträchtigen.

1114. Nach geltender Rechtslage ist der Drei-Stufen-Test unter anderem für neue nicht-sendungsbezogene Angebote und bei der Veränderung bestehender derartiger Angebote durchzuführen.¹⁵⁶ Wie schon zuvor der Vorschlag der Rundfunkreferenten verzichtet die Einigung der Ministerrpräsidenten auf einen 22. RÄStV einerseits weitgehend auf das Kriterium des Sendungsbezugs (für nicht presseähnliche Angebote), sieht jedoch andererseits die Durchführung des Drei-Stufen-Tests nur noch für neue Angebote und eine „wesentliche Änderung“ bestehender Angebote vor.¹⁵⁷ Eine sachgerechte Ausgestaltung dieses Testverfahrens ist und bleibt aus Wettbewerbsicht jedoch von herausgehobener Bedeutung.

1115. Der Drei-Stufen-Test wird von den Marktteilnehmern unterschiedlich beurteilt.¹⁵⁸ Aus der Sicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hat er sich grundsätzlich bewährt: Wettbewerblichen Belangen werde durch den obligatorischen Markttest hinreichend Rechnung getragen. Problematisch sei allenfalls, dass das Verfahren sehr aufwendig und langwierig sei und mit nicht unerheblichen Kosten einhergehe. Insofern wird für eine Verfahrensvereinfachung plädiert. Einen anders gelagerten Nachbesserungsbedarf sehen die privaten Anbieter: Sie kritisieren vor allem, dass die genehmigten Telemedienkonzepte häufig sehr allgemein gehalten seien und eine konkrete Abschätzung der Marktauswirkungen nur selten ermöglichen würden. Abgesehen von Unklarheiten darüber, worin die Grundversorgung bei den konzipierten Maßnahmen besteht, werden vor allem zu enge Marktdefinitionen kritisiert, durch die faktisch ein vergleichbares Angebot von Wettbewerbern ausgeschlossen werde. Dies gelte insbesondere, wenn aufgrund der Anforderungskriterien private Bezahlangebote bei der Betrachtung explizit unberücksichtigt bleiben. Im Übrigen sei kein Telemedienkonzept bekannt, das aufgrund des Drei-Stufen-Tests umfassend angepasst worden sei.

1116. Aus der Sicht der Monopolkommission ist der Drei-Stufen-Test zwar grundsätzlich das richtige Instrument, um das Erfordernis sowie die Marktauswirkungen geplanter öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote zu überprüfen. Problematisch ist allerdings die konkrete Ausgestaltung dieses Testverfahrens.

1117. Problematisch ist bereits, dass schwer zu bestimmen ist, wann ein „neues“ Angebot oder die „Veränderung“ (bzw., nach der eventuellen Neufassung, die „wesentliche Änderung“) eines bestehenden Angebots vorliegt. Nach dem RStV kommt es insoweit insbesondere auf die inhaltliche Gesamtausrichtung des Angebots und die angestrebte Zielgruppe an.¹⁵⁹ Im Übrigen müssen die Rundfunkanstalten in den Satzungen oder Richtlinien übereinstimmende Kriterien festlegen. Der RStV sieht trotz der insoweit unterschiedlichen Anforderungen des Verfassungsrechts und der EU-Wettbewerbsregeln allerdings nicht eindeutig vor, dass bei der Beurteilung, ob ein neues oder verändertes Angebot vorliegt, sowohl die publizistische als auch die wettbewerbliche Relevanz des Angebots zwingend zu berücksichtigen sind. Bereits hieraus können erhebliche Unsicherheiten für Außenstehende, die von einem solchen Angebot in ihren Rechten betroffen werden, folgen.

¹⁵⁶ § 11f Abs. 4 i. V. m. § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV.

¹⁵⁷ Siehe § 11f Abs. 4 in der Fassung des 22. RÄStV-E sowie zuvor Vorschlag der Rundfunkreferenten für eine Online-Konsultation zum Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (Stand: 17. Mai 2017), a. a. O. (Fn. 109).

¹⁵⁸ Vgl. auch oben Tz. 1077 f. (allgemein zur Ausweitung der Online-Aktivitäten der Rundfunkanstalten).

¹⁵⁹ § 11f Abs. 3 S. 2 RStV.

1118. Die Ausgestaltung des eigentlichen Tests ist vor allem wegen der dem Vernehmen nach häufig unpräzisen Angebotsbeschreibungen und Kriterien in den jeweiligen Telemedienkonzepten problematisch. Diese müssen bislang nicht die Voraussetzungen der Rundfunkmitteilung an einen klar definierten Auftrag erfüllen, um den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests zu genügen. Dies erschwert es den privaten Anbietern, die Auswirkungen der geplanten Telemedienangebote konkret abzuschätzen, und beeinträchtigt zudem die Aussagekraft der obligatorisch einzuholenden Gutachten zu den Marktauswirkungen. Darauf, dass die Telemedienkonzepte bisher nicht hinreichend klar definiert sind, deutet auch hin, dass die bisherigen Online-Angebote der Rundfunkanstalten schon in verschiedenen Fällen zu Konflikten mit Wettbewerbern und mit den Kartellbehörden geführt haben.¹⁶⁰

1119. Problematisch ist des Weiteren, dass auch bei der Festlegung der Kriterien des Drei-Stufen-Tests nicht klar zwischen der publizistischen und der wettbewerblichen Relevanz des Angebots unterschieden wird. Zwar sind bei der Durchführung des Tests „die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote [...] zu berücksichtigen“¹⁶¹. Nähere Regelungen, insbesondere, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen ein Angebot zwar positive publizistische Auswirkungen hat, aber geeignet ist, andere Marktteilnehmer zu verdrängen, trifft der RStV indessen nicht.

1120. Darüber hinaus erscheint es unabdingbar, die prozeduralen Regelungen zur Durchführung des Drei-Stufen-Tests zu überprüfen. Die Abwägung zwischen den publizistischen Vorteilen und eventuellen wettbewerblichen Nachteilen ist bislang den Rundfunk- und Fernsehräten vorbehalten. Ein externes Gutachten zur Unterstützung der Abwägungsentscheidung muss nicht zwingend eingeholt werden.¹⁶² Es ist allerdings fraglich, ob in den betreffenden Gremien die erforderliche Expertise hinreichend vorhanden ist, um die gebotene Abwägung der relevanten publizistischen bzw. ökonomischen Gesichtspunkte und insbesondere zwischen den maßgeblichen höchstrangigen Rechtsgütern des Unionsrechts (Wettbewerb, Binnenmarkt) und des Verfassungsrechts (Grundrechte, demokratische Willensbildung) vorzunehmen. Die Tatsache, dass die Gremienarbeit ehrenamtlich erfolgt und dass die Gremienzusammensetzung nur für einzelne Mandatsperioden fest ist, gibt ferner zu Zweifeln Anlass, ob die Gremienvertreter diese Expertise zumindest im Zeitverlauf aufbauen.

1121. In dem Verfahren vor der Europäischen Kommission, das im Jahr 2007 mit dem Beihilfekompromiss endete, war ursprünglich eine Übertragung des Drei-Stufen-Tests auf eine unabhängige Stelle vorgesehen.¹⁶³ Der im Vereinigten Königreich durchgeführte „Public-Value“-Test sieht ebenfalls vor, dass unabhängige und zugleich fachkundige Stellen (BBC Trust/Ofcom) eine Analyse sowohl der publizistischen als auch der wettbewerblichen Auswirkungen neuer Angebote vornehmen.¹⁶⁴ Eine öffentliche Konsultation findet auf Basis der Testergebnisse und nicht bereits nach der Veröffentlichung des Vorhabens statt.¹⁶⁵ Auch die verfahrensbeendende Entscheidung wird durch eine unabhängige fachkundige Stelle (den BBC Trust) getroffen.

1122. Zwar ist fraglich, ob das britische Beispiel in Deutschland ohne Konflikt mit den verfassungsrechtlich verbürgten Freiheiten der Rundfunkanstalten in vollem Umfang übernommen werden kann. Zumindest erscheint es jedoch erstens zwingend, durch zusätzliche Regelungen im RStV sicherzustellen, dass die zuständigen Rundfunkgremien auch mit Personen besetzt werden, bei denen bereits der Auswahlprozess Gewähr für fachliche Expertise

¹⁶⁰ Problematisch BGH, Urteil vom 30. April 2015, I ZR 13/14 – Tagesschau-App (zu einem textbasierten Angebot der ARD); vgl. auch BKartA, Entscheidung vom 18. Februar 2014, B6 – 81/11 (dazu Fallbericht vom 23. Februar 2015); Pressemitteilungen vom 11. März und 16. September 2013; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Tz. 1051 ff., jeweils zum Fall „Germany’s Gold“.

¹⁶¹ § 11 Abs. 4 S. 3 RStV.

¹⁶² § 11 Abs. 5 S. 3 Halbs. 2 RStV; kritisch auch schon früh Dörr, ZUM 2009, 897 (902).

¹⁶³ Dazu EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ABl. C 320 vom 15. November 2001, Tz. 42; Bundesregierung, Antwort auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 16/11523, S. 6.

¹⁶⁴ Siehe dazu z. B. Henle, V., Wie testet man Public Value?, epd medien 92/07; Bauer, H. G./Bienenfeld, A., Der Public Value Test: Ein Vergleich zwischen dem BBC-Modell und dem geplanten Verfahren beim ZDF, <http://medienpolitik.eu/der-public-value-test-ein-vergleich-zwischen-dem-bbc-modell-und-dem-geplanten-verfahren-beim-zdf/>, Abruf am 15. Juni 2018.

¹⁶⁵ Vgl. insoweit § 11 Abs. 5 RStV zum deutschen Verfahren und Bauer, H. G./Bienenfeld, A., a. a. O., zum BBC-Modell.

in den relevanten publizistischen, ökonomischen und juristischen Fragen bietet. Zur Unterstützung der zu treffenden Abwägungsentscheidungen müsste zweitens die Einholung von Gutachten oder behördlicher Unterstützung vorgeschrieben werden, soweit die Gremienmitglieder nicht über die nötige Fachkunde verfügen.¹⁶⁶ Schließlich müssten drittens die Informationen, auf deren Basis das Gremium entscheidet, vor der Entscheidung veröffentlicht werden, um der Öffentlichkeit eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben und so gegebenenfalls Anpassungen zu ermöglichen.

1123. Mit Blick auf die zurzeit diskutierte Neufassung des Drei-Stufen-Tests ist zuletzt zu bemängeln, dass im Rahmen des Drei-Stufen-Tests nach der Entwurfsfassung zukünftig explizit nur noch vergleichbare „frei zugängliche“ Telemedienangebote berücksichtigt werden sollen (§ 11f Abs. 4 RStV-E). Dementsprechend würde zukünftig insbesondere ein Vergleich mit Bezahlangeboten nicht mehr erfolgen. Dies erscheint in Anbetracht der in vielen Bereichen auch zwischen öffentlich-rechtlichen sowie privaten Bezahlangeboten bestehenden Wettbewerbssituation nicht sachgerecht.

4.2.5 Bei grundsätzlich beihilferechtskonformer Ausgestaltung bleiben Vorgaben der übrigen EU-Wettbewerbsregeln zu beachten

1124. Abgesehen von den beihilferechtlichen Anforderungen an die Finanzierung der Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote darf diese die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht im Wege eines wettbewerbswidrigen Verhaltens im Sinne der Art. 101 f. AEUV in einem Ausmaß beeinträchtigen, bei dem der durch Protokoll Nr. 29 i. V. m. der Rundfunkmitteilung gezeugene Rahmen missachtet wird.

1125. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Grundversorgungsauftrag im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einer verfassungsrechtlichen Grenze unterliegt, soweit es um Aktivitäten geht, die über das hinausgehen, was erforderlich ist, damit die Anstalten im Wettbewerb mit den privaten Veranstaltern standhalten können („meeting competition“).¹⁶⁷ Eine aktive Verdrängung anderer Unternehmen unter einseitiger oder koordinierter Ausnutzung von Marktmacht dürfte vom Grundversorgungsauftrag von vornherein nicht gedeckt sein („beating competition“). Diese verfassungsrechtliche Grenze ist, soweit ersichtlich, nicht umstritten und auch mit dem EU-Recht ohne Weiteres vereinbar.

1126. Die Rundfunkanstalten dürfen daher eine etwaige Marktmacht insbesondere nicht durch Hebelung missbräuchlich in andere Bereiche übertragen.¹⁶⁸ Eine missbräuchliche Hebelung von Marktmacht kann durch einseitiges Verhalten ebenso wie durch Kooperationen erfolgen. Sie erscheint im vorliegenden Zusammenhang vor allem dann bedenklich, wenn sie sich zum Nachteil innovativer Angebote auswirkt, die das Potenzial haben, Funktionen des herkömmlichen Rundfunks als Medium und Faktor der Meinungs- und Willensbildung effektiv zu übernehmen. Denn in diesem Fall ist die Hebelung nicht nur wettbewerbsrechtlich bedenklich, sondern lässt sich auch nicht mit den Funktionen des Rundfunks für die Meinungs- und Willensbildung rechtfertigen.¹⁶⁹ Eine Gefährdung des Wettbewerbs in diesem Sinne kann beispielsweise dann anzunehmen sein, wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten trotz ihrer starken Stellung beim Rundfunkangebot für Zuschauer eine gemeinsame Video-on-Demand-Plattform entwickeln und alternative Plattformen keinen oder nur begrenzt Zugang zu den dort angebotenen Vi-

¹⁶⁶ Denkbar wäre im Übrigen, die Aufgaben der nach den vorliegenden Informationen im 22. RÄStV vorgesehenen Streitschlichtungsstelle (siehe oben Tz. 1074) auf alle wettbewerbsrechtlichen Konflikte zu erweitern, die im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zutage treten können. Das würde allerdings voraussetzen, dass die Stelle auch mit Vertretern von privaten Anbietern audiovisueller Medien und gegebenenfalls von diesen unabhängigen Rechteinhabern besetzt wird oder dass ihre Besetzung situationspezifisch angepasst wird.

¹⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 1994, 1 BvL 30/8, BVerfGE 90, 60, Rz. 156 (zit. nach Juris).

¹⁶⁸ Dazu EuGH, Urteil vom 14. November 1996, C-333/94 P – Tetra Pak II, Slg. 1996, I-5951, ECLI:EU:C:1996:436, Rz. 27 ff.; Urteil vom 15. März 2007, C-95/04 P – British Airways, Slg. 2007, I-2331, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 142 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 50), Tz. 497 m. Nachw.

¹⁶⁹ Im Gegenteil dürfte ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen in solchen Fällen sogar verfassungsrechtlich geboten sein können, da konkurrierende Anbieter sich möglicherweise ihrerseits auf die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG) berufen und daraus Schutzgewähransprüche ableiten können.

deos erhalten.¹⁷⁰ Abhängig von der Marktstellung der Rundfunkanstalten im Online-Bereich kann auch die im 22. RÄStV nach den der Monopolkommission vorliegenden Informationen vorgesehene Ausweitung der zulässigen unentgeltlichen Angebote sendungs- und nicht-sendungsbezogener Inhalte auf Abruf problematisch sein, etwa wenn dadurch entgeltlichen Angeboten bestimmter Inhalte effektiv der Marktzugang verschlossen wird.

1127. Daneben könnte es auch nach den Wettbewerbsregeln grundsätzlich Bedenken aufwerfen, wenn durch die Ausweitung der Online-Angebote der Rundfunkanstalten innovative Presseangebote vom Markt verdrängt werden oder gar nicht in den Markt eingeführt werden können. In diesem Fall ist es, abgesehen von wettbewerbsrechtlichen Nachteilen, möglich, dass es durch die betreffenden Aktivitäten zu einer übermäßigen Verkürzung der ihrerseits verfassungsrechtlich geschützten Pressefreiheit kommt.¹⁷¹ Diese Problematik war, wie bereits ausgeführt, vor Kurzem Gegenstand eines zivilgerichtlichen Rechtsstreits um eine Mobil-Applikation („Tagesschau-App“).¹⁷² Die verfassungsrechtlichen Aspekte werden zurzeit durch das BVerfG geprüft. Eine Überprüfung derartiger Fälle im Überschneidungsbereich von Rundfunk und Presse durch die Wettbewerbsbehörden hat bislang allerdings noch nicht stattgefunden.

1128. Allgemein dürften an die Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Online-Angebote wegen der damit möglicherweise einhergehenden Verdrängungswirkungen hohe Anforderungen an die Wettbewerbscompliance zu stellen sein. Die Monopolkommission empfiehlt den Rundfunkanstalten, hierauf bei der Weiterentwicklung ihrer Geschäftsmodelle ein besonderes Augenmerk zu legen.

4.3 Rundfunkregulierung in anderen Bereichen überarbeitungsbedürftig

1129. Die Rundfunkregulierung hat mit der Marktentwicklung im digitalen Bereich nur teilweise Schritt gehalten und ist in verschiedenen Bereichen überarbeitungsbedürftig. Dies gilt insbesondere für die Bestimmung der Dienste, die dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff unterfallen und infolgedessen von der Rundfunkregulierung erfasst werden (Abschn. 4.3.1). Daneben bedarf es einer Anpassung der inhaltlichen Regulierungsvorgaben. Die entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben zur Mindestharmonisierung für lineare und nicht-lineare audiovisuelle Mediendienste werden zurzeit bereits überarbeitet (Abschn. 4.3.2). Auf nationaler Ebene stellen sich Fragen mit Blick auf Anpassungen der Medienkonzentrationskontrolle (Abschn. 4.3.3), der Plattformregulierung (Abschn. 4.3.4) und hinsichtlich einer speziellen medienrechtlichen Vielfaltsregulierung von Intermediären (Abschn. 4.3.5).

4.3.1 Anpassung der Abgrenzung audiovisueller Mediendienste und des Zulassungsregimes

1130. Wie dargestellt, werden im RStV derzeit Rundfunk- sowie Telemedienangebote negativ voneinander abgegrenzt. Ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal ist dabei das technische Merkmal der Linearität, also die zeitgleiche Rezeption audiovisueller Medien. Diese Unterscheidung basiert im Wesentlichen auf der Umsetzung der Vorgaben der AVMD-Richtlinie, die auf Basis des Merkmals der Linearität zwischen audiovisuellen Mediendiensten (bzw. Fernsehprogrammen) sowie audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf differenziert. Grund für diese Unterscheidung ist, dass sich audiovisuelle Mediendienste auf Abruf von Fernsehprogrammen mit Blick auf die Auswahl- und Steuerungsmöglichkeiten der Nutzer sowie hinsichtlich ihrer medialen Auswirkungen auf die Gesellschaft unterscheiden. Dies rechtfertigt weniger strenge Vorschriften für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf.¹⁷³

1131. Das Anknüpfen an das technische Merkmal der Linearität im RStV führt dazu, dass neben traditionellen Rundfunkveranstaltern und professionellen Livestreaming-Angeboten im Internet selbst relativ kleine Anbieter, die

¹⁷⁰ Vgl. BKartA, Fallbericht 23. Februar 2015 zur Entscheidung vom 18. Februar 2014, B6-81/11 – ARD und ZDF Online-Plattform „Germany’s Gold“; dazu schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 1051 ff.

¹⁷¹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG.

¹⁷² Siehe BGH, Urteil vom 30. April 2015, I ZR 13/14, und zuletzt Beschluss vom 21. Dezember 2017, I ZR 216/16; dazu auch schon oben Tz. 1007, 1039 bzw. 1127.

¹⁷³ Erwägungsgrund 58 der Richtlinie 2010/13/EU.

etwa über Videoportale Livestreams verbreiten, häufig als Rundfunk klassifiziert werden. Wie ausgeführt, ist dies der Fall, wenn sie potenziell mindestens 500 Zuschauer gleichzeitig erreichen, ihre Inhalte journalistisch-redaktionell gestalten und einen Sendeplan verfolgen. Dementsprechend unterliegen auch relativ kleine Anbieter von Livestreams, die für die Meinungs- und Willensbildung allenfalls von untergeordneter Bedeutung sein dürften, nach aktueller Rechtslage der Rundfunk- und nicht der Telemedienregulierung. Relevant ist dies in der Praxis vor allem mit Blick auf die lediglich für Rundfunk- und nicht für Telemedienangebote bestehende Pflicht zur Zulassung, deren Beantragung mit finanziellem sowie bürokratischem Aufwand einhergeht.¹⁷⁴ Die Eingruppierung von Livestreams als Rundfunk und die damit einhergehende Zulassungspflicht haben zuletzt dazu geführt, dass einige Anbieter, die über Videoportale Livestreams gesendet haben, ihren Betrieb eingestellt haben.¹⁷⁵

1132. In Anbetracht der eingangs aufgezeigten Marktentwicklungen wird diskutiert, inwieweit das dem derzeitigen einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff zugrunde liegende Merkmal der Linearität zur Abgrenzung audiovisueller Mediendienste sowie als Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche Regulierung noch sachgerecht ist. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Terminologie des RStV, wie soeben erwähnt, im Wesentlichen auf der AVMD-Richtlinie basiert, die auch nach ihrer Novellierung weiterhin zwischen linearen und nicht-linearen Mediendiensten unterscheiden wird.¹⁷⁶ Dies bedeutet zwar nicht, dass der RStV weiterhin zwingend auf das technische Merkmal der Linearität abstellen muss, solange die Regelungsziele der AVMD-Richtlinie für die betroffenen Dienste auch anderweitig erreicht werden.¹⁷⁷ Eine Anpassung des Rundfunkbegriffs des RStV wird hierdurch allerdings zumindest verkompliziert.

1133. Aus der Sicht der Monopolkommission sollte in Anbetracht der voraussichtlich weiterhin zunehmenden Bedeutung des zeitunabhängigen Konsums audiovisueller Mediendienste zumindest mittelfristig auf das technische Merkmal der Linearität bei der Abgrenzung audiovisueller Mediendienste verzichtet werden. Zielführend erscheint vielmehr die Schaffung einer einheitlichen Basisregulierung für alle Bewegtbildinhalte, die für einzelne Angebote aufgrund spezifischer Gefährdungslagen gegebenenfalls um weitere Anforderungen ergänzt werden könnte.¹⁷⁸ Hierzu gehören insbesondere einheitliche Regelungen zum Jugend- und Verbraucherschutz sowie zur Werberegulierung. Eine fortbestehende Unterscheidung anhand des Merkmals der Linearität wäre demgegenüber allenfalls dann zu rechtfertigen, wenn der zeitgleiche und der zeitlich unabhängige Konsum audiovisueller Medienangebote tatsächlich mit deutlich unterschiedlichen Gefährdungslagen, insbesondere für die Meinungsbildung, einhergingen. Dies erscheint allerdings fraglich. So dürfte es mit Blick auf die Meinungsbildungsrelevanz z. B. kaum einen Unterschied machen, ob Nachrichten- oder Unterhaltungssendungen zeitgleich oder zeitversetzt kon-

¹⁷⁴ Die Einholung einer Rundfunklizenz geht mit einmaligen Kosten in Höhe von 1.000 bis 10.000 Euro einher. Siehe Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM), Rundfunklizenzen für Live-Streaming-Angebote, <http://www.lfm-nrw.de/aktuelle-meldungen/live-streaming-bei-web-tv.html>, Abruf am 16. Februar 2018.

¹⁷⁵ Besonders prominent ist der Fall der sog. Let's Player „PietSmiet“, die auf dem Livestreaming-Videoportal Twitch Computerspiele übertragen und kommentiert haben. Nachdem diese im März 2017 von der Landesmedienanstalt NRW zur Beantragung einer Rundfunklizenz aufgefordert wurden, haben sie ihre Live-Übertragungen beendet. Siehe Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM), Pressemitteilung vom 21.03.2017, <http://www.lfm-nrw.de/service/pressemitteilungen/pressemitteilungen-2017/2017/maerz/zak-beanstandet-verbreitung-des-lets-play-angebots-pietsmiettv-per-internet-stream.html>, Abruf am 16. Februar 2018; Lijnden, C., Rundfunklizenz für YouTube-Kanäle?, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/twitch-kanal-rundfunklizenz-pietsmiet-lets-play-landesmedienanstalt>, Abruf am 16. Februar 2018.

¹⁷⁶ EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM(2016) 287 final vom 25. Mai 2016; Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 10. Mai 2017, A8-0192/2017; Allgemeine Ausrichtung des Rates der Europäischen Union vom 24. Mai 2017, 9691/17.

¹⁷⁷ Kluth, W./Schulz, W., Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, Oktober 2014, S. 86 ff.

¹⁷⁸ So im Grundsatz auch der Vorschlag der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz sowie das hierauf aufbauende Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland zur Novellierung der AVMD-Richtlinie. Siehe hierzu Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Abschlussbericht Juni 2016, S. 31–39; Bundesregierung, Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland zur Novellierung der Audiovisuellen Mediendienste Richtlinie (AVMD), 3. November 2015, https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2015/2015-11-06-positionspapier-avmd.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Abruf am 22. Mai 2018.

sumiert werden. Nicht unproblematisch sind insofern die langen Überarbeitungszyklen bei der Novellierung der AVMD-Richtlinie.

1134. Unabhängig von dem Merkmal der Linearität sollte auf nationaler Ebene eine Anpassung des Anwendungsbereichs der Rundfunkregulierung durch eine Überarbeitung des in § 2 Abs. 3 Nr. 1 RStV genannten Schwellenwerts von 500 potenziellen Nutzern geprüft werden. Neben einer Erhöhung dieses Schwellenwerts erscheint insbesondere ein Abstellen auf tatsächliche anstatt auf potenzielle Nutzer erwägenswert. Durch eine solche Anpassung könnte verhindert werden, dass bereits sehr kleine Anbieter audiovisueller Medien, wie insbesondere einige Livestreaming-Anbieter, als Rundfunk eingestuft werden und damit der im Vergleich zu Telemedien strengeren Rundfunkregulierung unterliegen.

1135. Ungeachtet der Möglichkeit einer Anpassung des medienrechtlichen Rundfunkbegriffs erscheint aus der Sicht der Monopolkommission eine Überarbeitung des bestehenden Zulassungsregimes geboten. Dies gilt sowohl bezüglich des Umgangs mit Livestreaming-Angeboten als auch bezüglich der Ungleichbehandlung von linearen und nicht-linearen Diensten. Diskutiert wird derzeit primär eine Anpassung des Zulassungsregimes für Livestreaming-Angebote. So empfehlen etwa die Medienanstalten, die Zulassungspflicht durch eine „qualifizierte Anzeigepflicht“ zu ersetzen, wie es sie für Internetradios bereits gibt (§ 20b RStV).¹⁷⁹ Der Inhalt der Anzeige selbst könnte demnach auf wesentliche Aspekte, insbesondere Angaben zur Person des Anbieters sowie zum Inhalt des Angebots, beschränkt werden. Eine darüber hinausgehende, generelle Aufhebung der Zulassungspflicht wird hingegen vor allem seitens der traditionellen Rundfunkveranstalter gefordert.

1136. Mit Blick auf das Erfordernis einer medienrechtlichen Zulassungspflicht für Rundfunkanbieter ist darauf hinzuweisen, dass diese ursprünglich dazu diente, die Meinungsvielfalt im Rundfunk durch die Zuweisung knapper Frequenzen und Kabelkanäle zu sichern. Da eine solche Knappheitssituation heute weder im Bereich des traditionellen Fernsehens noch – und zwar erst recht nicht – bei der Verbreitung von Livestreams über das Internet vorliegt, ist der wesentliche Grund für diese Beschränkung des Marktzugangs entfallen. Vielmehr dürfte von der hohen Anzahl der traditionellen Rundfunkangebote und erst recht von den zahlreichen Livestreaming-Angeboten eine Bereicherung der Meinungsvielfalt ausgehen. Dementsprechend ist auch kein spezielles Zulassungsregime zur Sicherung der Meinungsvielfalt mehr erforderlich. Die Monopolkommission begrüßt insofern den Vorschlag der Medienanstalten, die Zulassungspflicht für Livestreaming-Angebote in eine qualifizierte Anzeigepflicht umzuwandeln. Je nach Ausgestaltung dieser Anzeigepflicht dürfte sich der bürokratische und finanzielle Aufwand, der mit der Beantragung einer Rundfunkzulassung einhergeht, für Livestreaming-Anbieter sowie die zuständigen Landesmedienanstalten deutlich reduzieren. Darüber hinaus könnte erwogen werden, das Erfordernis einer Anzeigepflicht für Streaming-Anbieter zusätzlich an bestimmte Schwellenwerte zu knüpfen. Hiermit würde dem Umstand begegnet, dass selbst bei einer Anzeigepflicht voraussichtlich noch eine Vielzahl an kleinen Anbietern, die keine besondere Meinungsbildungsrelevanz haben, ihre Tätigkeit anzeigen müssten. Daneben sollte geprüft werden, ob die Zulassungspflicht für traditionelle Fernsehveranstalter in Anbetracht der nicht mehr vorhandenen Frequenzknappheit ebenfalls in eine Anzeigepflicht überführt werden könnte.

1137. Davon abgesehen ist darauf hinzuweisen, dass selbst im Fall einer Rückführung der Regulierung des „Rundfunks“ durch die Einführung einer Anzeigepflicht weiterhin eine Ungleichbehandlung gegenüber Anbietern audiovisueller Abrufdienste, die weder einer Zulassungs- noch einer Anzeigepflicht unterliegen, besteht. Während derzeit neben Fernsehveranstaltern auch kleine Livestreaming-Anbieter eine Zulassung benötigen bzw. ihre Tätigkeit anzeigen müssen, besteht eine solche Verpflichtung selbst für große VoD-Anbieter, die sich an einen vergleichsweise größeren Teil der Allgemeinheit wenden, nicht. Diese Ungleichbehandlung von linearen und nicht-linearen Angeboten erscheint zumindest dann zweifelhaft, wenn man, wie oben dargelegt, davon ausgeht, dass mit Blick auf die Meinungsbildungsrelevanz kein wesentlicher Unterschied zwischen linearen und nicht-linearen Bewegtbildinhalten besteht. Vor diesem Hintergrund sollte genau geprüft werden, für welche audiovisuellen Angebote eine Anzeigepflicht aus sachlichen Gründen tatsächlich erforderlich ist. Dies schließt nicht aus, eine solche Anzeigepflicht zumindest auch für große Abrufdienste bzw. rundfunkähnliche Telemedien einzuführen.

¹⁷⁹ Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM), Rundfunklizenzen für Live-Streaming-Angebote, a. a. O.

4.3.2 Anpassung inhaltlicher Anforderungen – Novelle der AVMD-Richtlinie

1138. Wie aufgezeigt, bestehen für lineare und nicht-lineare audiovisuelle Mediendienste unterschiedliche Vorgaben hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung ihrer Angebote. Diese Regelungen basieren zu weiten Teilen auf der AVMD-Richtlinie, durch die eine Mindestharmonisierung auf mitgliedstaatlicher Ebene erfolgt. Aktuell wird eine Überarbeitung der Richtlinie verfolgt, um die Medienordnung dem veränderten Marktumfeld sowie dem veränderten Nutzungsverhalten anzupassen. Zu den Inhalten haben die Beteiligten des Trilogverfahrens Ende April 2018 eine Einigung erzielt. Danach soll die Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich weiterhin zwischen linearen und nicht-linearen Mediendiensten unterscheiden und zukünftig zusätzlich Videoplattformdienste (z. B. YouTube) erfassen.¹⁸⁰ Änderungen sind insbesondere bei den Werberegulungen, den Quotenregelungen zur Förderung und Verbreitung europäischer Werke sowie bei den Jugend- und Verbraucherschutzvorgaben vorgesehen.

1139. Mit Blick auf die Werberegulierung ist insbesondere eine Lockerung bzw. Flexibilisierung der quantitativen Werbebeschränkungen für Fernsehveranstalter vorgesehen. Während aktuell der Anteil von Fernsehwerbe- und Teleshoppingspots 20 Prozent bzw. zwölf Minuten pro Stunde nicht überschreiten darf (Art. 23 Abs. 1 AVMD-RL), soll zukünftig eine Werbequote von 20 Prozent jeweils für den Zeitraum zwischen 6 und 18 Uhr sowie 18 und 0 Uhr gelten. Sendern wäre es somit möglich, innerhalb dieser beiden Zeiträume in einzelnen Sendestunden auch mehr als die bisher erlaubten zwölf Minuten Werbung zu senden. Hierdurch könnten die Fernsehsender etwa Werbezeiten von der Tageszeit (Daytime) in die lukrativere Hauptsendezeit (Primetime) verschieben und damit ihre Werbeerlöse steigern. Daneben sah der Vorschlag der Europäischen Kommission vor, dass Werbeunterbrechungen bei Fernsehfilmen, Kinospielefilmen und Nachrichten künftig alle 20 statt wie bisher alle 30 Minuten erlaubt sein sollen (Art. 20 Abs. 2 des Vorschlags). Nach aktuellem Informationsstand soll es insoweit aber zu keiner Änderung der AVMD-RL kommen.

1140. Neben Änderungen bei den quantitativen Werberegulungen sind zudem Anpassungen bei den qualitativen Werberegulungen vorgesehen. Dies betrifft zum einen Produktplatzierungen (Art. 11 Abs. 2 AVMD-RL), die zukünftig nicht mehr mit Ausnahme bestimmter Fälle verboten, sondern außer in Nachrichtensendungen, Sendungen zur politischen Information, Verbrauchersendungen, Sendungen religiösen Inhalts und Kindersendungen generell zulässig sein sollen. Die Regelungen zur Produktplatzierung sollen dabei weiterhin für alle audiovisuellen Mediendienste gleichermaßen gelten. Dementsprechend müssen beispielsweise auch Anbieter auf Videoplattformen wie z. B. YouTube Produktplatzierungen kennzeichnen. Zum anderen wird eine Ausweitung des Gebots zur Trennung von redaktionellen Inhalten und Werbung diskutiert. Hier bestehen in den Richtlinienentwürfen (jeweils Art. 9 Abs. 1 lit. a) unterschiedliche Positionen dahingehend, ob – abgesehen von der leichten Erkennbarkeit – das für Fernsehwerbung bestehende Merkmal der Unterscheidbarkeit von redaktionellen Inhalten (Art. 19 AVMD-RL) zukünftig für alle audiovisuellen Mediendienste gelten soll. Dies wird insbesondere vom Europäischen Parlament gefordert. Nach aktuellem Informationsstand soll allerdings an der bestehenden Regelung festgehalten werden.

1141. Abgesehen von einer Überarbeitung der Werberegulungen sollen sich Videostreaming-Dienste zukünftig stärker an der Förderung europäischer Werke (derzeit Art. 13 AVMD-RL) beteiligen. Hierzu haben sich die EU-Institutionen im Trilog zum einen auf eine Mindestquote für europäische Produktionen im Programmkatalog von Videostreaming-Diensten von 30 Prozent geeinigt.¹⁸¹ Zum anderen sollen VoD-Anbieter zukünftig durch direkte Investitionen in Inhalte oder durch Beiträge zu nationalen Fonds zur Entwicklung europäischer audiovisueller Produktionen beitragen.

¹⁸⁰ EU-Parlament, Pressemitteilung vom 26. April 2018; siehe zuvor EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM(2016) 287 final vom 25. Mai 2016; Standpunkt des EU-Parlaments vom 10. Mai 2017, A8-0192/2017; Allgemeine Ausrichtung des Rates der Europäischen Union vom 24. Mai 2017, 9691/17. Für eine Synopse der unterschiedlichen Entwürfe sowie der aktuellen Trilogposition zum Stand 4. Juni 2018 siehe EMR, Synopsis AVMS Directive 2010/13/EU, <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2018/06/EMR-Synopsis-AVMS-1806-01.pdf>, Abruf am 18. Juni 2018.

¹⁸¹ Der Vorschlag der Europäischen Kommission sah eine Quote von 20 Prozent vor, die Vorschläge des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates jeweils eine Quote von 30 Prozent

1142. Geplant ist ferner eine Anpassung und Vereinheitlichung der für lineare und nicht-lineare audiovisuelle Mediendienste bestehenden Jugend- und Verbraucherschutzvorschriften. Die im Bereich Verbraucherschutz bereits weitgehend einheitlichen Regelungen, die zurzeit insbesondere das Verbot zur Aufstachelung zu Hass aufgrund von Rasse, Geschlecht, Religion oder Staatsangehörigkeit umfassen (Art. 6 AVMD-RL), sollen für alle audiovisuellen Mediendienste verschärft werden. Die Regelungen zum Schutz von Minderjährigen sind demgegenüber gegenwärtig für traditionelle Fernsehveranstalter (Art. 27 AVMD-RL) sowie Abrufdienste (Art. 12 AVMD-RL) noch unterschiedlich ausgestaltet. So muss im linearen Fernsehen beispielsweise gewährleistet werden, dass für Minderjährige ungeeignete Inhalte erst ab einer bestimmten Sendezeit oder aber verschlüsselt ausgestrahlt werden. Dagegen ist bei Abrufdiensten zwar sicherzustellen, dass entsprechende Inhalte üblicherweise nicht von Minderjährigen gesehen werden können. Allerdings erfolgt darüber hinaus keine weitere Konkretisierung etwaiger Maßnahmen. Zukünftig sollen für audiovisuelle Mediendienste einheitliche Regelungen gelten. Im vorläufigen Trilogergebnis (Art. 6a) werden als beispielhafte Maßnahmen zum Schutz Minderjähriger die Wahl der Sendezeit, Altersüberprüfungswerkzeuge sowie andere technische Maßnahmen aufgeführt.

1143. Schließlich sollen durch die Novelle Videoplattformdienste in den Anwendungsbereich der AVMD-Richtlinie einbezogen werden (Art. 1 Abs. 1 lit. aa der Entwürfe). Hierbei handelt es sich um Dienste, über die Sendungen oder von Nutzern erstellte Videos gespeichert und öffentlich zugänglich gemacht werden können, für die der Anbieter der Videoplattform selbst aber keine redaktionelle Verantwortung trägt (z. B. YouTube, Facebook). Videoplattformdienste sollen Maßnahmen zum Schutz Minderjähriger vor schädlichen Inhalten sowie zum Schutz aller Bürger vor Inhalten, die zu Gewalt und Hass aufstacheln, ergreifen. Die bestehenden Haftungsprivilegierungen für Hostdienste gemäß der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG) sollen hiervon unberührt bleiben (Art. 28a Abs. 1 des vorläufigen Trilogergebnisses). Insgesamt zielen die vorgesehenen Regelungen für Videoplattformdienste somit auf organisatorische und nicht auf inhaltliche Verpflichtungen. Zudem sollen Videoplattformen zukünftig mit Blick auf kommerzielle Kommunikation, die von ihnen selbst vermarktet, verkauft und zusammengestellt wird, den Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 AVMD-RL unterliegen (Art. 28a Abs. 1a des vorläufigen Trilogergebnisses). Abgesehen von inhaltlichen Regelungen ist insofern insbesondere von Bedeutung, dass kommerzielle Kommunikation auf Videoplattformen klar erkennbar sein muss. Mit Blick auf kommerzielle Kommunikation, die von Videoplattformen nicht selbst vermarktet, verkauft oder zusammengestellt wird, sollen sie geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 AVMD-RL zu erfüllen.

1144. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich, dass die AVMD-Richtlinie weiterentwickelt und den neuen Entwicklungen im Medienbereich angepasst werden soll. Auch wenn die Richtlinie an der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen linearen und nicht-linearen Mediendiensten festhält, wird sie in vielen Bereichen zu einer Vereinheitlichung der bisher unterschiedlichen regulatorischen Vorgaben führen, was aus Wettbewerbsicht sachgerecht ist. Gleichwohl wird die Novellierung zu keiner vollständigen Angleichung der Wettbewerbsbedingungen für die unterschiedlichen Formen audiovisueller Mediendienste führen, da einige regulatorische Unterschiede fortbestehen sollen. Kritisch ist insofern insbesondere zu beurteilen, dass bestehende Deregulierungspotenziale im Bereich der quantitativen Werberestriktionen für Fernsehveranstalter nicht ausgeschöpft werden. Daneben ist die Einführung von Mindestquoten für europäische Werke für Abrufdienste fragwürdig.

1145. Mit Blick auf die quantitativen Werbebeschränkungen für traditionelle Fernsehveranstalter geht die vorgesehene Teil-Deregulierung zwar in die richtige Richtung. Besser wäre allerdings eine noch weitergehende Lockerung bzw. eine vollständige Aufhebung der quantitativen Werbebestimmungen, wie sie die Monopolkommission zuletzt in ihrem 68. Sondergutachten zu digitalen Märkten empfohlen hatte.¹⁸² Auch Bund und Länder hatten sich in ihrem Positionspapier zur AVMD-Richtlinie für eine weitgehende Abschaffung der Werbezeitbeschränkungen ausgesprochen.¹⁸³ Die fortbestehende unterschiedliche Behandlung des traditionellen linearen Fernsehens einerseits und von Abrufdiensten andererseits, für die keine quantitativen Beschränkungen gelten, ist vor dem Hinter-

¹⁸² Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 50), Tz. 167 ff.

¹⁸³ Bundesregierung, Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland zur Novellierung der Audiovisuellen Mediendienste Richtlinie (AVMD), a. a. O.

grund des zunehmenden Wettbewerbs zwischen den Angebotsformen problematisch. Letztlich werden durch die quantitativen Restriktionen die Erlösmöglichkeiten des werbefinanzierten Fernsehens eingeschränkt, das dadurch im Wettbewerb mit Abrufdiensten schlechtergestellt wird. Dabei ist nicht erkennbar, dass zeitliche Werbebeschränkungen, etwa zum Schutz der Zuschauer, erforderlich wären, da der zunehmende Wettbewerb – auch durch entgeltliche Abrufdienste – zur Folge hat, dass den Fernsehveranstaltern bei einer zu starken Ausweitung von Werbung die Abwanderung ihrer Zuschauer zu anderen Diensten droht. Nicht zu rechtfertigen ist eine quantitative Beschränkung von Werbezeiten aus wettbewerbspolitischer Sicht mit etwaigen Konkurrenzschutzgedanken. So wird teilweise vorgebracht, dass Werbezeitbeschränkungen im linearen Fernsehen zum Schutz der Presse bzw. zur fairen Verteilung von Werbebudgets zwischen den einzelnen Mediengattungen erforderlich wären. Aus der Sicht der Monopolkommission ist daher grundsätzlich eine Deregulierung der quantitativen Werbebeschränkungen angezeigt.

1146. Weiterhin erforderlich sind demgegenüber qualitative Werbevorschriften, die für alle Anbieter audiovisueller Mediendienste gleichermaßen gelten sollten. Insofern ist zu begrüßen, dass die Regelungen zur Produktplatzierung weiterhin für alle audiovisuellen Mediendienste, also auch für Anbieter auf Videoplattformen, gelten sollen. Grundsätzlich sachgerecht ist auch, dass künftig Videoplattformen ebenfalls bestimmte Anforderungen an die kommerzielle Kommunikation erfüllen müssen. Hiervon abgesehen erscheint eine weitgehend einheitliche Regelung zur Trennung von Werbung und sonstigen Inhalten sachgerecht. Die insoweit diskutierten Änderungen dürften hierzulande allerdings keine größeren Auswirkungen haben, da, wie aufgezeigt, für Telemedien bereits ein relativ striktes Trennungsgebot gilt (§ 58 Abs. 1 RStV) und speziell fernsehähnliche Telemedien dem gleichen Trennungsgebot wie Fernsehveranstalter unterliegen, wonach Werbung und Teleshopping nicht nur leicht erkennbar, sondern auch von redaktionellen Inhalten unterscheidbar sein müssen (§ 58 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 7 Abs. 3 RStV).

1147. Abzulehnen ist die vorgesehene Quotenregelung für Videostreaming-Dienste zur Förderung der Produktion und Verbreitung europäischer Werke. Zwar ist die Förderung europäischer Kulturwerte als legitimes Ziel anzuerkennen. Die Quotenvorgabe stellt allerdings zum einen einen erheblichen Eingriff in die Programmgestaltungsfreiheit der Unternehmen dar. Zum anderen wird eine Vorgabe zur Vorhaltung europäischer Werke im Programm-katalog nicht per se dazu führen, dass diese Werke von den Nutzern auch tatsächlich abgerufen werden, selbst wenn sie besonders herausgestellt werden. Hierfür bedarf es vielmehr attraktiver Inhalte, die bei einem entsprechenden Zuschauerinteresse auch produziert werden. Demgegenüber dürfte die vorgesehene Quote – zumindest in ihrer geplanten Form – eher dazu führen, dass in den Programmkatalogen Masse statt Klasse vorgehalten wird. Insofern handelt es sich bei der Quote für europäische Werke um kein zielgenaues Instrument. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen Abrufdiensten und linearen Fernsehveranstaltern sollte darüber hinaus die für Letztere bestehende Quotenregelung, wonach der Hauptanteil der Sendezeit, der nicht auf Nachrichten, Sportberichte, Spielshows, Werbeleistungen, Videotextleistungen und Teleshopping entfällt, europäischen Werken vorbehalten sein soll (Art. 16 Abs. 1 AVMD-RL), kritisch auf ihre Zielgenauigkeit hin überprüft und gegebenenfalls abgeschafft werden. Grundsätzlich sollten eventuelle Maßnahmen zur Förderung europäischer Werke, regulierungsbedingte Wettbewerbsverzerrungen zwischen linearen Fernsehveranstaltern und nicht-linearen Abrufdiensten vermeiden („level playing field“).

1148. Positiv ist die Vereinheitlichung der Regelungen zum Jugend- und Verbraucherschutz zu beurteilen. Hierdurch werden potenzielle Wettbewerbsverzerrungen aufgrund unterschiedlich umfangreicher Vorschriften vermieden. Bei der Umsetzung in nationales Recht ist allerdings darauf zu achten, dass die gewählten Systeme zum Schutz Minderjähriger auch tatsächlich ein ähnlich hohes Schutzniveau bei linearen und nicht-linearen Diensten bewirken. Positiv sind in diesem Rahmen auch die vorgesehenen Regelungen für Videoplattformdienste zu beurteilen, da die Anbieter dieser Plattformen selbst noch am ehesten ein entsprechendes Schutzniveau auf ihren Plattformen sicherstellen können. Dass für Videoplattformdienste separate Vorgaben bestehen, erscheint dabei sachgerecht, da sich die Regelungen bei diesen nicht auf die Inhalte selbst, sondern auf deren Organisation beziehen.

1149. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf des Europäischen Parlaments zudem Regelungen zur besonderen Auffindbarkeit von Inhalten von besonderem gesellschaftlichen Interesse (Art. 7a Parlamentsentwurf)

sowie zum Signalschutz bzw. zum Schutz der Inhalte von Programmveranstaltern vor Veränderungen (Art. 7b Parlamentsentwurf) beinhaltet. Diese Regelungen sind nach aktuellem Informationsstand auch Bestandteil der Einigung im Trilog. Ähnliche Regelungen werden aktuell auch auf nationaler Ebene im Rahmen einer Überarbeitung der Plattformregulierung diskutiert. Wie im nächsten Abschnitt ausführlicher dargestellt wird, sieht die Monopolkommission sowohl mögliche Regelungen zur privilegierten Auffindbarkeit als auch besonders weitgehende Regelungen zum Signalschutz kritisch.¹⁸⁴

4.3.3 Anpassung der Medienkonzentrationskontrolle erforderlich

1150. Wie eingangs dargestellt, unterliegen die privaten Rundfunkanbieter einer medienrechtlichen Konzentrationskontrolle durch die KEK. Ziel dieser sektorspezifischen Konzentrationskontrolle sind die Sicherstellung einer ausgewogenen Meinungsvielfalt und die Verhinderung der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht einzelner Unternehmen. Ihr liegt im Wesentlichen die vom BVerfG geprägte Annahme zugrunde, dass es sich beim Rundfunk aufgrund seiner Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft um das Leitmedium für die Meinungsbildung handelt. Die Prüfung knüpft im Wesentlichen an die Zuschaueranteile der Rundfunkanbieter an. Vorherrschende Meinungsmacht wird entweder ab einem durchschnittlichen jährlichen Zuschaueranteil von 30 Prozent vermutet oder bereits bei einem Zuschaueranteil von 25 Prozent, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung innehat oder dort so umfangreich tätig ist, dass der erzielte Meinungseinfluss insgesamt einem Zuschaueranteil von 30 Prozent entspricht.

1151. Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit wiederholt kritisch zur Medienkonzentrationskontrolle geäußert.¹⁸⁵ Die wesentlichen Gründe hierfür waren einerseits die Loslösung der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle vom allgemeinen Kartellrecht, da zwischen der wettbewerblichen und der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle immer ein gewisses Konfliktpotenzial besteht, sowie andererseits der ungeklärte Zusammenhang zwischen Zuschauermarktanteilen und Meinungsmacht. Während diese Einwände im Grundsatz unverändert fortbestehen, kommen weitere Einwände aufgrund von Marktveränderungen hinzu. So dürfte eine rein fernsehzentrierte Konzentrationskontrolle in Anbetracht der aktuellen Zuschaueranteile der privaten Rundfunkveranstalter weitgehend ins Leere laufen, schon weil sie das im Zuge der Medienkonvergenz veränderte Mediennutzungsverhalten bzw. die Bedeutung der einzelnen Medien für die Meinungsbildung kaum noch adäquat abbilden vermag. Selbst wenn das Fernsehen aktuell noch die Funktion eines Leitmediums innehat, sind die Merkmale der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft keine Alleinstellungsmerkmale des traditionellen linearen Fernsehens mehr, da diese Merkmale weitestgehend auch auf nicht-lineare Bewegtbildangebote im Internet zutreffen dürften.¹⁸⁶ Betrachtet man ferner Untersuchungen zum Mediennutzungsverhalten, zeigt sich zudem, dass das Fernsehen als Informationsmedium, relativ gesehen, an Bedeutung verliert.¹⁸⁷ Das lineare Fernsehen ist demnach zwar noch in der Gesamtbevölkerung das meistgenutzte Informationsmedium, in den jüngeren Altersgruppen dominiert aber bereits die Nutzung über das Internet verbreiteter Dienste.

1152. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen ist die bestehende fernsehzentrierte Medienkonzentrationskontrolle weiterhin – und zunehmend – kritisch zu hinterfragen. Die Monopolkommission ist sich bewusst, dass der deutsche Staat verfassungsrechtlich gehalten ist, Vorkehrungen gegen das Entstehen vorherrschender

¹⁸⁴ Siehe hierzu unten, Tz. 1170 ff.

¹⁸⁵ Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 793; Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Baden-Baden 1998, Tz. 552 ff.; Monopolkommission, XI. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996, Tz. 826 ff.

¹⁸⁶ KEK, Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung – Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung medialer Meinungsvielfalt. Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk. Konzentrationsbericht der KEK nach § 26 Abs. 6 RStV, Leipzig 2015, S. 506.

¹⁸⁷ Siehe hierzu etwa die medienanstalten, Gewichtungsstudie zur Relevanz der Medien für die Meinungsbildung, MedienGewichtungsstudie 2017 II, https://www.blm.de/files/pdf1/dlm_mediengewichtungsstudie_17.pdf, Abruf am 28. Mai 2017.

Meinungsmacht zu treffen.¹⁸⁸ Hierbei handelt es sich um ein außerwettbewerbliches Ziel für den Gesetzgeber, das auch im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung anzuerkennen ist. Das heißt aber nicht, dass die Medienkonzentrationskontrolle in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung hinzunehmen ist.

1153. Sofern auch zukünftig an der Konzentrationskontrolle im Medienbereich festgehalten werden soll, wäre aus der Sicht der Monopolkommission die Weiterentwicklung des fernsehzentrierten Modells hin zu einer medienübergreifenden Konzentrationskontrolle, wie sie von der KEK mit dem „Gesamtmeinungsmarktmodell“ bereits seit längerem vorgeschlagen wird, zu erwägen.¹⁸⁹ In diesem Fall würde nicht nur das lineare Fernsehen, sondern alle meinungsbildungsrelevanten, d. h. journalistisch-redaktionell gestalteten Medienangebote der Medienkonzentrationskontrolle unterliegen. Hierdurch könnten zukünftig medienübergreifende Zusammenschlüsse mit Blick auf ihre Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt besser überprüft werden.¹⁹⁰ Durch eine solche Weiterentwicklung des Medienkonzentrationsrechts würde auch dem Umstand Rechnung getragen, dass annahmegemäß gerade durch die Kombination unterschiedlicher Medien Meinungsmacht entstehen oder verstärkt werden kann.

1154. Wesentliche Voraussetzung für die Einführung einer medienübergreifenden Konzentrationskontrolle sollte sein, dass das jeweilige Modell in der Lage ist, die Relevanz der unterschiedlichen Medien sowie die Bedeutung der einzelnen Medienanbieter mit Blick auf die Meinungsvielfalt bzw. Meinungsmacht wissenschaftlich und methodisch fundiert zu erfassen. Der Vorschlag der KEK sieht etwa vor, den relativen Anteil am Gesamtmeinungsmarkt, d. h. der Gesamtheit aller für das Inland bestimmten journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, anhand der Reichweite der einzelnen Medien sowie eines aufgrund der unterschiedlichen publizistischen Relevanz gewichteten „Meinungsvielfaltsfaktors“ für die einzelnen Medien zu bestimmen.¹⁹¹ Die Festlegung der Meinungsvielfaltsfaktoren soll dabei normativ anhand der bundesverfassungsgerichtlichen Kriterien der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft ausgehend vom Fernsehen als wirkmächtigstem Medium erfolgen. Das Modell soll wissenschaftlich-empirisch untermauert werden, indem etwa Nutzer nach ihrer Einschätzung der Meinungsbildungsrelevanz einzelner Medien kontinuierlich befragt werden. Die Festlegung, ab welchem Anteil am Gesamtmeinungsmarkt vorherrschende Meinungsmacht besteht, wäre indes Aufgabe der Politik.

1155. In jedem Fall sollte das bisherige Kriterium der „vorherrschenden Meinungsmacht“ in § 26 Abs. 2 RStV konkretisiert werden, um zu verhindern, dass die kartellbehördliche Fusionskontrolle und die Medienkonzentrationskontrolle dieselben Kriterien berücksichtigen. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Fusionskontrolle herkömmlich vor allem vom sog. Bedarfsmarktkonzept ausgeht und die wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses folglich mit Blick auf die Auswirkungen auf die (wirtschaftliche) Nachfrage beurteilt. Dies umfasst nach § 18 Abs. 2a GWB in der Fassung der 9. GWB-Novelle auch eine Prüfung der Zuschaueranteile der Zusammenschlussbeteiligten und die erwarteten Veränderungen bei einem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens. Die Medienkonzentrationskontrolle soll hingegen sicherstellen, dass die Zuschauer bzw. Nutzer mit unterschiedlichen Inhalten erreicht werden. Das spricht dafür, die vorherrschende Meinungsmacht angebotsorientiert zu konkretisieren.¹⁹² Die gegenwärtigen Regelungen setzen demgegenüber wirtschaftliche Macht und „Meinungsmacht“ zumindest teilweise gleich.¹⁹³ Damit kommt es teilweise zu einer Doppelkontrolle auf Basis derselben Kriterien, wobei divergierende Entscheidungen nicht ausgeschlossen sind.

¹⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 4. November 1986, 1 BvF 1/84, BVerfGE 73, 118 (172); dazu schon Tz. 1023.

¹⁸⁹ KEK, Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung – Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung medialer Meinungsvielfalt, a. a. O., S. 503 ff.

¹⁹⁰ Aktuell können sog. medienrelevante verwandte Märkte nur bei Erreichen bestimmter Zuschaueranteile in die Betrachtung einbezogen werden. Siehe hierzu BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2014, 6 C 2.13.

¹⁹¹ KEK, Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung – Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung medialer Meinungsvielfalt, a. a. O., S. 507 f.

¹⁹² Vgl. insoweit auch §§ 25 Abs. 4, 31 RStV.

¹⁹³ Siehe oben Tz. 1052; außerdem BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2014, 6 C 2.13, Rz. 32 ff. (zit. nach BVerwG).

1156. Hiervon abgesehen bestehen noch weitere Ausgestaltungsfragen. Dies betrifft zunächst die Frage, ob die Veranstaltung von Rundfunk weiterhin Anknüpfungspunkt für die Konzentrationskontrolle sein sollte (fernseh-basiertes Konzentrationsrecht) oder ob hiervon unabhängig alle meinungsbildungsrelevanten Medien der Konzentrationskontrolle unterliegen sollten (fernsehunabhängiges Konzentrationsrecht). Daneben ist insbesondere zu klären, ob – wie teilweise vorgeschlagen – auch Intermediäre, die keine eigenen Inhalte bereitstellen, sowie andere nicht-publizistische Akteure in die medienrechtliche Konzentrationskontrolle einbezogen werden sollten.¹⁹⁴ Hingewiesen wird insoweit darauf, dass die traditionellen Medienunternehmen nicht zuletzt durch die Verlagerung ihrer Aktivitäten in nicht-publizistische und politisch irrelevante Bereiche an Meinungsmacht verlieren, während Intermediäre und nicht-publizistische Anbieter mit politischer Relevanz möglicherweise über teils erhebliche Meinungsmacht verfügen können. Hintergrund dieser Annahme ist, dass Intermediäre Netzwerke für die öffentliche Kommunikation bereitstellen und kontrollieren, durch die sie, etwa durch Techniken der strategischen Kommunikation sowie der algorithmischen Selektion, intendierte Wirkungen erzielen können. Ob bereits die Vermutung eines solchen Machtpotenzials – wie vorgebracht – die Einbeziehung dieser Anbieter in die Medienkonzentrationskontrolle rechtfertigt, sollte kritisch hinterfragt werden. Im Idealfall sollte eine Regulierung nur auf Basis gesicherter und im besten Fall auch empirisch nachweisbarer Gefährdungslagen und nicht allein auf Basis von Vermutungen erfolgen.

4.3.4 Vorschläge zur Weiterentwicklung der Plattformregulierung zu weitgehend

1157. Auf nationaler Ebene wird aktuell unter anderem eine Überarbeitung des bestehenden Regelungsrahmens des RStV für Plattformen diskutiert, um der Bedeutung neuer Angebote und Dienste für die Medienvielfalt zu begegnen. Die Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz hat hierzu mehrere Änderungsvorschläge unterbreitet, die vor allem die Definition des Plattformbegriffs, die Must-Carry-Verpflichtungen, die Signalintegrität sowie die strukturelle und privilegierte Auffindbarkeit von Inhalten betreffen.¹⁹⁵

- Um auch neuere Angebotsformen mit Meinungsbildungsrelevanz zu erfassen, soll die bisherige, vor allem auf Plattformen in geschlossenen Netzen ausgerichtete Regulierung durch eine abgestufte Regulierung ersetzt werden. Hierzu soll der weiter gefasste, technologieneutrale und entwicklungs offene Begriff der Medienplattform eingeführt werden. Vorgeschlagen wurde eine Differenzierung nach technischen Plattformen (z. B. Kabelnetzbetreiber), Inhalteplattformen (z. B. OTT-Dienste wie Zattoo, Magine) sowie Zugangsplattformen (insb. Benutzeroberflächen, z. B. auf Smart-TVs). Für Medienplattformen sollen die Grundsätze der Transparenz, Diskriminierungsfreiheit, Chancengleichheit und Nutzerautonomie gelten.
- Die bestehenden Must-Carry-Regelungen sollen für technische Medienplattformen mit einer erheblichen Zahl von Kunden grundsätzlich fortbestehen.¹⁹⁶ Für Übertragungspflichten soll es prinzipiell die Möglichkeit zur vertraglichen Vereinbarung eines angemessenen Entgelts geben. Zur Frage einer Angebotspflicht (Must-Offer) für Anbieter bestimmter audiovisueller Inhalte gegenüber Plattformanbietern wird auf weiteren Prüfungsbedarf hingewiesen.
- Neu vorgesehen sind Regelungen für eine strukturelle Auffindbarkeit von Inhalten mit Bedeutung für die Meinungs- und Willensbildung. Alle Inhalte, die Zugang zu einer Plattform haben bzw. zu denen der Zugang durch die Plattform ermöglicht wird, sollen diskriminierungsfrei angezeigt werden. Hierzu soll der Anbieter der Plattform unterschiedliche Sortiermöglichkeiten vorhalten, die der Sortierung zugrunde liegenden Kriterien offenlegen und zudem eine freie Suche ermöglichen. Zu einer möglichen privilegierten

¹⁹⁴ die medienanstalten (Hrsg.), Lobigs, F./Neuberger, C., Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen. Neue Machtverhältnisse trotz expandierender Internet-Geschäfte der traditionellen Massenmedien-Konzerne, Gutachten für die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, Leipzig 2018, S. 88.

¹⁹⁵ Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Abschlussbericht Juni 2016, a. a. O., S. 23 ff.

¹⁹⁶ Der Freistaat Bayern gab eine Protokollerklärung ab, wonach ein „starker regulativer Eingriff wie das Festhalten an Must-Carry-Vorschriften angesichts der derzeitigen unklaren Empirie und der sich schnell weiterentwickelnden Technik auf den Prüfstand gestellt werden“ sollte.

Auffindbarkeit bestimmter Inhalte wurde aufgrund unterschiedlicher Auffassungen keine Empfehlung ausgesprochen.

- Die bestehenden Regelungen zum Signalschutz sollen um Vorgaben zur Zulässigkeit von Überblendungen und Skalierungen ergänzt werden. Inhalte mit Meinungsbildungsrelevanz sollen ohne Zustimmung des Inhalteanbieters grundsätzlich weder inhaltlich noch technisch durch den Anbieter der Plattform verändert werden dürfen. Verboten sein soll insbesondere eine Überlagerung von Inhalten oder eine Skalierung des Bildes zur zeitgleichen Anzeige von Werbung. Durch den Nutzer veranlasste Änderungen an der Darstellung sollen möglich sein.

1158. Aufbauend auf den Ergebnissen der Bund-Länder-Kommission hat die Staatskanzlei Nordrhein-Westfalen im April 2017 eine Diskussionsgrundlage für eine Neufassung der Maßgaben zur Plattformregulierung im Rundfunkstaatsvertrag vorgelegt.¹⁹⁷ Der Vorschlag sieht – entsprechend den Ergebnissen der Bund-Länder-Kommission – die Einführung des Begriffs der Medienplattform vor. Zudem sind explizite Regelungen für Benutzeroberflächen vorgesehen. Für infrastrukturegebundene Plattformen sollen die Must-Carry-Regelungen weitgehend fortbestehen. Für Benutzeroberflächen werden spezielle Auffindbarkeitsregelungen vorgeschlagen (§ 52e RStV-E).¹⁹⁸ Sofern eine privilegierte Auffindbarkeitsregelung für Inhalte, die in besonderem Maße zur Vielfalt beitragen, eingeführt werden sollte, sollen hierunter nach dem Entwurf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme, private Vollprogramme und Spartenprogramme mit Schwerpunkt Information sowie rundfunkähnliche Telemedien mit vergleichbarem Inhalt fallen. Schließlich sind Regelungen zur Ausweitung des Signalschutzes vorgesehen (§ 52a Abs. 3 RStV-E).

1159. Die Überarbeitung der Plattformregulierung sowie der Entwurf der Staatskanzlei NRW wurden und werden in der Branche intensiv diskutiert. Im Grundsatz befürwortet wird eine Ausweitung der Plattformregulierung insbesondere von den TV-Veranstaltern sowie den Medienanstalten. Dagegen positionieren sich vor allem die Plattformanbieter selbst sowie die Gerätehersteller. Die Positionen unterscheiden sich dabei in nahezu allen betroffenen Regelungsbereichen, vom Regulierungserfordernis an sich über die Must-Carry-Vorgaben und den Signalschutz bis hin zu den Auffindbarkeitsregelungen. Das Erfordernis einer Ausweitung der Plattformregulierung wird von den Befürwortern vor allem mit der hohen Bedeutung eines diskriminierungsfreien und chancengleichen Zugangs sowie der Verbreitung und Auffindbarkeit auf Plattformen für die Sicherung der Angebots- und Anbietervielfalt begründet. Kritiker verweisen hingegen darauf, dass die der Plattformregulierung zugrunde liegende Knappheitssituation der Übertragungswege nicht mehr existiere und das Missbrauchspotenzial erheblich gesunken sei. Anstelle einer Ausweitung der Plattformregulierung sei insofern vielmehr eine Deregulierung angezeigt.

1160. Bei einer wettbewerblichen Würdigung der bestehenden und vorgesehenen Anpassungen im Bereich der Plattformregulierung ist zu beachten, dass mit dieser das Ziel der Sicherung der Meinungsvielfalt bzw. der kommunikativen Chancengleichheit verfolgt wird. Es handelt sich hierbei um ein außerwettbewerbliches, verfassungsrechtlich vorgegebenes Ziel für den Gesetzgeber, das auch im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung anzuerkennen ist.¹⁹⁹ Gleichwohl sollte das Ziel der Vielfaltssicherung nicht dazu führen, den Wettbewerb über das erforderliche Maß hinaus zu beschränken. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass ein funktionierender Wettbewerb seinerseits zur Meinungsvielfalt beiträgt. Die Plattformregulierung sollte sich dementsprechend auf das notwendige Minimum beschränken und sich an tatsächlichen, möglichst auch empirisch belegbaren Gefährdungslagen orientieren. Dementsprechend sollten nur solche Angebote bzw. Dienste der Plattformregulierung unterliegen, die tatsächlich eine Gefahr für die Meinungsvielfalt darstellen. Aus der Sicht der Monopolkommission ist sowohl die bestehende als auch die vorgesehene Ausweitung der Plattformregulierung aus dieser Perspektive zu weitgehend.

¹⁹⁷ Die Stellungnahmen zur Diskussionsgrundlage sind abrufbar unter: <https://mbem.nrw.de/plattformregulierung>.

¹⁹⁸ Der Entwurf enthält Regelungen zur strukturellen sowie privilegierten Auffindbarkeit. Letztere sind allerdings in Klammern gesetzt, sodass vermutlich weiterer Diskussionsbedarf mit Blick auf eine mögliche Einführung bestand.

¹⁹⁹ Siehe parallel Tz. 1152 zur Medienkonzentrationskontrolle.

1161. Die grundsätzliche Beibehaltung der bestehenden Regulierung für traditionelle infrastrukturegebundene Plattformen ist vor dem Hintergrund der aktuellen Marktentwicklungen ambivalent zu beurteilen. Grundsätzlich ist insofern festzustellen, dass die zunehmende Bedeutung des offenen Internets als Übertragungsweg für audiovisuelle Inhalte es den Inhaltenanbietern ermöglicht, ihre Inhalte zusätzlich zu den Übertragungswegen Satellit, Kabel, Terrestrik sowie IPTV auch über eigene Online-Angebote, Videoportale oder OTT-Plattformen (z. B. Zattoo, Magine) zu verbreiten. Hierdurch sinkt einerseits tendenziell die Abhängigkeit der Inhaltenanbieter von einzelnen Übertragungswegen bzw. Anbietern zur Verbreitung ihrer Inhalte. Andererseits stehen den Zuschauern bzw. Nutzern zahlreiche Empfangsmöglichkeiten zur Verfügung. Die potenzielle Gefahr von Plattformen für den Meinungsbildungsprozess ist damit zwar nicht vollständig aufgelöst, sie schwindet allerdings tendenziell, selbst wenn einige Zuschauer bzw. Nutzer weiterhin nur einen Empfangsweg nutzen. Insgesamt erscheint vor diesem Hintergrund zumindest das Erfordernis einer umfangreichen medienrechtlichen Regulierung von Plattformen fraglich.

1162. Dies betrifft insbesondere die bestehenden Must-Carry-Regelungen. Aus ökonomischer Sicht ist das Erfordernis dieser Belegungsvorgaben – zumindest aktuell – aufgrund der nicht mehr vorhandenen Frequenzknappheit fraglich. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei vielen der „begünstigten“ Sender um solche der großen Veranstaltergruppen handelt, die für das Programmangebot der Plattformanbieter ohnehin von besonderer Bedeutung sind. Insofern dürfte vielfach ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis zwischen Plattformanbietern einerseits und Fernsehveranstaltern andererseits vorliegen. Zur Sicherung der Meinungsvielfalt wäre hingegen – wenn überhaupt – noch am ehesten eine verpflichtende Einspeisung kleinerer Sender zu begründen. Insgesamt erscheinen die Must-Carry-Vorgaben in ihrer jetzigen Form verzichtbar und sollten abgeschafft werden. Ähnliches gilt im Grundsatz auch für die von einigen Plattformanbietern geforderte Must-Offer-Pflicht für Programmveranstalter, also eine Angebotspflicht bzw. ein Kontrahierungszwang. Auch hier ist kein Regelungsbedarf zu erkennen, weil die meisten Sender in der Regel ein Eigeninteresse an einer möglichst weiten Verbreitung bzw. hohen Reichweite haben dürften, insbesondere wenn sie werbefinanziert sind. Wenn überhaupt, wäre eine solche Angebotspflicht auf die derzeitigen Must-Carry-Sender zu beschränken. Hierdurch könnte im Zweifelsfall auch sichergestellt werden, dass die nach der Einschätzung des Gesetzgebers für die Meinungs- und Willensbildung besonders wichtigen Angebote auch tatsächlich ihren Weg zu den Zuschauern finden.

1163. Kritisch ist aus ökonomischer Sicht in diesem Zusammenhang zudem die als Kompensation für die verpflichtende Einspeisung von Must-Carry-Programmen von einigen Plattformanbietern geforderte und derzeit diskutierte Vergütungspflicht zu sehen. Insofern ist zu bedenken, dass es sich bei einer Rundfunk-Plattform um einen zweiseitigen Markt handelt, auf dem die unterschiedlichen Plattformseiten (Inhaltenanbieter und Zuschauer) über indirekte Netzwerkeffekte miteinander verknüpft sind. Dies hat zur Folge, dass a priori nicht eindeutig ist, ob die Inhaltenanbieter, die Zuschauer oder sogar beide Plattformseiten für die Dienstleistung der Plattform zahlen. Stattdessen ist die Preissetzung der Plattform von der Stärke der indirekten Netzwerkeffekte bzw. von der Bedeutung des jeweiligen Senders für den Plattformbetreiber bzw. dessen Kunden sowie der Bedeutung der Plattform für die Verbreitung der Rundfunkprogramme für die einzelnen Rundfunkveranstalter abhängig.²⁰⁰ Je nach Konstellation zwischen Plattformbetreibern und Programmveranstaltern bestehen insofern auch unterschiedliche Einspeisevereinbarungen, wobei in der Praxis vor allem die großen Plattformanbieter eine Einspeisevergütung erzielen, während kleinere Plattformbetreiber Rundfunkprogramme häufig unentgeltlich einspeisen.²⁰¹ Auch wenn die Must-Carry-Vorschriften beibehalten werden sollten, sollte daher aus ökonomischer Sicht auf das Festschreiben einer Vergütungspflicht verzichtet werden. Stattdessen sollten die Einspeisekonditionen auch im Must-Carry-Bereich grundsätzlich frei verhandelbar sein, wenngleich durch die Übertragungspflicht zweifelsohne in die Verhandlungspositionen der jeweiligen Marktteilnehmer eingegriffen wird. Insofern ist zu betonen, dass die Must-Carry-Regelungen nicht als generelle Aufforderung zur kostenlosen Einspeisung dieser Programme interpretiert werden sollten.

²⁰⁰ Siehe hierzu auch Dewenter, R., Kabelnetz: ARD und ZDF kündigen Verträge, *Wirtschaftsdienst* 92 (7), 2012, S. 429 f.

²⁰¹ Grundsätzlich denkbar ist die Situation, dass Plattformanbieter Programmveranstalter für die Einspeisung bestimmter Premium- oder Exklusivhalte bezahlen, sofern hierdurch die Zahlungsbereitschaft der Kunden erhöht wird.

1164. Abgesehen von dem für Plattformen bestehenden medienrechtlichen Missbrauchsverbot könnte im Übrigen ein möglicher Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Inalteanbieter oder Plattformen mittels des Kartellrechts abgestellt werden. Der BGH hat im Rechtsstreit um die Einspeiseentgelte darauf hingewiesen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als marktbeherrschende Nachfrager grundsätzlich dem Verbot des Marktmachtmissbrauchs unterliegen.²⁰² Zwar ist es noch kein missbräuchliches Verhalten in Form einer Diskriminierung, wenn Programme kostenlos eingespeist werden und die Rundfunkanstalten vor diesem Hintergrund eine Vergütung einzelner Plattformbetreiber verweigern.²⁰³ Allerdings kann ein wettbewerbsrechtlicher Verstoß auch darin liegen, dass die Rundfunkanstalten eine Vergütung durch Bildung eines Kartells ausschließen oder dass sie ihre beherrschende Stellung missbräuchlich dazu einsetzen, eine kostenlose Einspeisung zu erzwingen.²⁰⁴

1165. Nicht sachgemäß erscheint die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Plattformregulierung auf Plattformen in offenen Netzen bzw. OTT-Plattformen, die Programme zusammenfassen und über das offene Internet zugänglich machen. Hiermit wird letztlich eine von den Landesmedienanstalten bereits heute vollzogene Praxis gesetzlich verankert. Die Einbeziehung von OTT-Plattformen in die Plattformregulierung ist vor allem deshalb kritisch zu werten, weil diese keine eigene Infrastruktur kontrollieren und in der Regel auch nicht über Marktmacht verfügen, sodass weder eine aus Vielfaltsgründen regulierungsbedürftige Gatekeeper-Stellung vorhanden ist noch ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung droht. Vielmehr stehen den Nutzern gerade im Internet zahlreiche andere Plattformen und Dienste zur (parallelen) Nutzung zur Verfügung.

1166. Positiv ist hingegen zu bewerten, dass der Anwendungsbereich der Plattformregulierung insgesamt auf solche Anbieter beschränkt bleiben soll, die Inhalte Dritter zu einem Gesamtangebot zusammenfassen. Damit sind insbesondere Videoportale, die lediglich Dritten die Möglichkeit zur Verbreitung ihrer Inhalte geben, die entsprechenden Inhalte selbst aber nicht zu einem Gesamtangebot zusammenfassen und auch über keine eigene Infrastruktur verfügen, weiterhin nicht von der Regulierung erfasst. Aus den gleichen Gründen ist auch positiv zu bewerten, dass sog. Intermediäre, wie etwa Suchmaschinen und soziale Netzwerke, nicht in den Bereich der Plattformregulierung aufgenommen wurden. Sofern überhaupt erforderlich, sollten für solche Intermediäre eigenständige Regelungen geschaffen werden.²⁰⁵

1167. Fraglich ist ferner, inwieweit ein Erfordernis zur Regulierung von Benutzeroberflächen, etwa auf Smart-TVs und Set-Top-Boxen, besteht. Eine Regulierung von Benutzeroberflächen wird teilweise für erforderlich gehalten, weil diese den Zugang der Inalteanbieter zum Endkunden bzw. die Auffindbarkeit von Inhalten und damit die Auswahlmöglichkeit der Nutzer beeinflussen können. Ein Beispiel hierfür ist etwa die Reihenfolge von Sendern in elektronischen Programmführern (EPG) oder die Anordnung von „Kacheln“ zum Zugriff auf bestimmte Online-Dienste. Benutzeroberflächen wird insofern teilweise eine ähnliche Gatekeeper-Stellung wie traditionellen infrastrukturebenen bzw. geschlossenen Plattformen zugesprochen.

1168. Grundsätzlich ist festzustellen, dass den Nutzern heute zahlreiche unterschiedliche Benutzeroberflächen zum Zugriff auf audiovisuelle Inhalte zur Verfügung stehen. Dies gilt insbesondere für den Zugriff auf über das offene Internet verbreitete audiovisuelle Inhalte, der nicht nur direkt über die Benutzeroberfläche von Smart-TVs und Set-Top-Boxen, sondern z. B. auch über Streaming-Sticks, BluRay-Player oder Spielekonsolen erfolgen kann. Zwar sind auf den einzelnen Benutzeroberflächen häufig nicht die gleichen Apps (vor)installiert. In vielen Fällen ist alternativ aber ein Zugriff über einen Webbrowser möglich. Daneben besteht häufig die Möglichkeit, mittels HbbTV bzw. des roten Knopfs der Fernbedienung auf die Online-Angebote der jeweiligen Programmveranstalter zuzugreifen. Weniger Zugriffsmöglichkeiten bestehen hingegen bei den über die traditionellen Übertragungswege

²⁰² BGH, Urteile vom 16. Juni 2015, KZR 83/13, Rz. 46 und KZR 3/14, Rz. 45.

²⁰³ BGH, Urteile vom 16. Juni 2015, KZR 83/13, Rz. 50 und KZR 3/14, Rz. 49.

²⁰⁴ Siehe zu Ersterem BGH, Urteile vom 16. Juni 2015, KZR 83/13, Rz. 53 ff. und KZR 3/14, Rz. 52 ff.; zu Letzterem EuGH, Urteil vom 28. März 1985, 298/83 – CICCÉ, Slg. 1985, 1105, ECLI:EU:C:1985:150 (dort zur Nachfrage nach Filmen durch Fernsehsender).

²⁰⁵ Siehe hierzu Abschnitt 4.3.5.

ausgestrahlten Fernsehprogrammen. Hinzu kommt, dass in der Praxis viele Nutzer offenbar nicht von der Möglichkeit Gebrauch machen, Voreinstellungen der Hersteller bzw. der Benutzeroberflächen, wie z. B. die Sortierreihenfolge der Sender, anzupassen.²⁰⁶

1169. Sofern aufgrund des prinzipiell vorhandenen Diskriminierungspotenzials eine medienrechtliche Regulierung zur Sicherung der Medienvielfalt und der freien Meinungs- und Willensbildung für erforderlich gehalten wird, sollte sich diese auf einige grundsätzliche Anforderungen beschränken. Die Festschreibung von Diskriminierungsfreiheit und Chancengleichheit erscheint insofern vertretbar. Dies gilt im Grundsatz auch für die vorgesehenen Regelungen zur strukturellen Auffindbarkeit, wenngleich die Anbieter von Benutzeroberflächen kaum Anreize haben dürften, die Auffindbarkeit einzelner Inhalte auf ihrer Benutzeroberfläche gezielt zu erschweren. Gleichzeitig ist aus Wettbewerbssicht allerdings darauf hinzuweisen, dass die Benutzeroberfläche ein wichtiges Differenzierungsmerkmal, insbesondere der Hersteller von Endgeräten, im Wettbewerb darstellt. Außerdem ist offen, ob sich die in Betracht gezogenen Regelungen überhaupt praktisch durchsetzen lassen, z. B., wenn Kunden die relevanten Geräte aus dem europäischen oder außereuropäischen Ausland beziehen. Der Gesetzgeber sollte entsprechende Vorgaben zumindest auf wenige grundlegende Kriterien bzw. Anforderungen beschränken und die konkrete Gestaltung den Anbietern der Benutzeroberflächen bzw. den Nutzern überlassen.

1170. Kritisch sind die angedachten Regelungen zur privilegierten Auffindbarkeit von „Public-Value“-Inhalten (Must-be-Found) zu beurteilen. Begründet wird das Erfordernis einer solchen Regelung vor allem mit dem Argument, ein Diskriminierungsverbot allein reiche nicht aus, um zu gewährleisten, dass gesellschaftlich besonders wertvolle Inhalte vom Nutzer wahrgenommen werden. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung erscheint in Anbetracht der vorhandenen Angebotsvielfalt sowie der bestehenden Möglichkeiten, Inhalte auf modernen Benutzeroberflächen gezielt anzusteuern bzw. zu finden, fraglich. Daneben bedeutet eine Privilegierung einzelner Angebote auch einen Eingriff in die Rundfunk- und Medienfreiheit der „verdrängten“ Inhalteanbieter. Speziell aus Wettbewerbssicht ist zu kritisieren, dass durch eine solche Regelung in zweifelhafter Weise in den Wettbewerb zwischen Inhalteanbietern eingegriffen wird, da eine privilegierte Auffindbarkeit einzelner Anbieter bzw. Inhalte zwingend auch eine Benachteiligung anderer Anbieter bzw. Inhalte bedingt.

1171. Sollte sich der Gesetzgeber aus Gründen der Vielfaltssicherung gleichwohl für eine privilegierte Auffindbarkeit bestimmter Inhalte entscheiden, so sollte die Regelung „minimalinvasiv“ und möglichst objektiv ausgestaltet sein. Die Formulierung im Diskussionsentwurf der Staatskanzlei NRW, wonach die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie private Vollprogramme und Spartenprogramme mit Schwerpunkt Information sowie rundfunkähnliche Telemedien mit vergleichbarem Inhalt bevorzugt auffindbar sein sollen, erscheint insofern zu weitgehend. Da es sich bei den Begünstigten zu weiten Teilen zudem um die marktführenden Medienunternehmen handelt, erscheint auch die teilweise vorgebrachte Kritik, die Regelung käme einer „Marktanteilssicherungsregulierung“ gleich, nicht völlig unbegründet.²⁰⁷ Sachgerechter wäre demgegenüber etwa der Vorschlag der Medienanstalten, wonach im RStV lediglich bestimmte Kriterien, die einzelne Inhalte oder Programme als „Public Value“ qualifizieren, festgeschrieben werden, anhand derer sodann – beispielsweise durch die Medienanstalten – eine konkrete Auswahl privilegierter Inhalte oder Programme erfolgen kann.²⁰⁸ Dies gilt jedenfalls, soweit es verfassungsrechtlich zulässig wäre, derartige „Public-Value“-Kriterien im RStV festzuschreiben, ohne dass dies die Rechte der Rundfunkanstalten zur eigenen Konkretisierung ihres Grundversorgungsauftrags und die entsprechenden Rechte der Plattformbetreiber beeinträchtigen würde. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass eine solche Regelung ihrerseits zumindest zu Rechtsstreitigkeiten und damit zu Rechtsunsicherheit führen dürfte.

²⁰⁶ die medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2017. Aufgedrängte Bereicherung: Braucht Vielfalt Privilegierung?, a. a. O., S. 43 ff.

²⁰⁷ So etwa Wagner, C., Gewogen und für zu leicht befunden. Zum Entwurf der neuen Plattformregulierung, <http://www.medienpolitik.net/2017/06/netzpolitik-gewogen-und-fuer-zu-leicht-befunden/>, Abruf am 20. April 2018.

²⁰⁸ die medienanstalten, Stellungnahme der Medienanstalten zur Diskussionsgrundlage der Staatskanzlei NRW für eine Neufassung der Maßgaben zur Plattformregulierung im Rundfunkstaatsvertrag, 15. Juni 2017, https://mbem.nrw/sites/default/files/asset/document/landesmedienanstalten_-_2017-06-15_medienanstalten-stellungnahme_zum_diskussionspapier_nrw_plattformregulierung.pdf, Abruf am 20. April 2018.

1172. Bei den umstrittenen Regelungen zur „Signalintegrität“ bzw. zum Schutz vor sog. Überblendungen (Overlays) handelt es sich schließlich vor allem um eine Frage der Darstellung von Inhalten auf den Endgeräten der Nutzer. Aus Wettbewerbsicht ist vor allem von Bedeutung, dass die gesetzliche Ausgestaltung die wettbewerblichen Möglichkeiten der einzelnen Marktteilnehmer nicht in einem unangemessenen Maße beeinträchtigt. Der Gesetzgeber ist somit aufgefordert, einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen von Inhaltenanbietern einerseits und jenen der Plattformbetreiber andererseits zu finden. Grundsätzlich angemessen ist insofern ein Verbot von Werbeüberblendungen. Weitergehende Beschränkungen mit Blick auf Überblendungen und Skalierungen erscheinen hingegen nicht erforderlich. Insbesondere sollte vermieden werden, dass durch eine zu starke Ausweitung des Signalschutzes mögliche Produktinnovationen, wie etwa neuartige Bedienelemente, Such- oder Empfehlungssysteme, beschränkt werden. Naheliegend ist, die Entscheidung über zulässige Veränderungen an der Darstellung von Inhalten weitestgehend den Nutzern selbst zu überlassen.

4.3.5 Medienrechtliche Vielfaltsregulierung von Intermediären abzulehnen

1173. Neben einer Überarbeitung der Plattformregulierung wird auch eine medienrechtliche Regulierung von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken diskutiert. Hintergrund ist in diesem Fall – anders als bei Plattformen, die Inhalte Dritter zu einem Gesamtangebot zusammenfassen – die hohe Bedeutung von Intermediären für den Zugang zu sowie die Auffindbarkeit von Medieninhalten im Internet. Aus dieser zentralen Stellung im Kommunikationsprozess wird teilweise das Erfordernis einer medienrechtlichen Regulierung abgeleitet. Diese medienrechtliche Regulierung soll vor allem zur Vielfaltssicherung und mithin dazu beitragen, Beschränkungen des Zugangs zu den für die Meinungs- und Willensbildung relevanten Inhalten vorzubeugen. Diese Regulierung steht auch im vorliegenden Abschnitt im Vordergrund. Hiervon zu unterscheiden sind sonstige Regulierungsziele wie z. B. die Verhinderung von Hassrede („hate speech“), Jugendschutz und Irreführungsgefahren durch unzureichend gekennzeichnete Werbung. Diese Ziele sind jeweils mit dem binnenmarktrelevanten Ziel unverfälschter Wettbewerbsbedingungen („level playing field“) in Ausgleich zu bringen. Insofern ist, wie bereits angesprochen, z. B. positiv zu bewerten, dass gemäß der Novelle der AVMD-Richtlinie zukünftig auch Videoplattformdienste Maßnahmen zur Sicherung des Jugend- und Verbraucherschutzes ergreifen müssen. Auch das auf nationaler Ebene erlassene Netzwerkdurchsetzungsgesetz ist – trotz aller Kritik – im Hinblick auf das Ziel, soziale Netzwerke an der Bekämpfung von Verletzungen der Persönlichkeitsrechte zu beteiligen, im Grundsatz geeignet, zu einem „level playing field“ beizutragen.

1174. Vorschläge zur Regulierung von Intermediären wurden unter anderem von der Bund-Länder-Kommission erarbeitet.²⁰⁹ Vorgeschlagen wurden zum einen allgemeine Transparenzvorgaben für Intermediäre, die auch in das Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland zur EU-Konsultation zu Online-Plattformen²¹⁰ eingegangen sind. Demnach sollen „geschäftliche Intermediäre“ bzw. Online-Plattformen unter anderem die zentralen Kriterien einer algorithmusbasierten Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten, ihre Gewichtung sowie Informationen über die Funktionsweise ihrer Algorithmen veröffentlichen. Ferner sollen sie etwa Informationen zu den für den Zugang zu sowie den Verbleib auf einer Online-Plattform relevanten Kriterien und zur Bevorzugung von eigenen Inhalten oder Inhalten Dritter bereitstellen. Neben Transparenzvorgaben wird zudem seitens der Länder die Einführung eines medienrechtlichen Diskriminierungsverbots für Intermediäre, die auch Aufmerksamkeit für Angebote Dritter mit besonderer Meinungsbildungsrelevanz erzeugen und die einen potenziell hohen Einfluss auf die Nutzung dieser Inhalte haben, in Aussicht gestellt. Unzulässig sein soll demnach eine Diskriminierung im Sinne einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung bei der Aggregation, Selektion und Präsentation von für die Nutzer meinungsrelevanten Inhalten. Hierdurch soll der potenziellen Gefahr begegnet werden, dass Intermediäre ihre Nutzer bevorzugt zu eigenen Inhalten oder solchen von Geschäftspartnern und nicht zu Inhalten Dritter

²⁰⁹ Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Abschlussbericht Juni 2016, a. a. O., S. 31–39.

²¹⁰ Bundesregierung, Positionspapier der Bundesregierung zur EU-Konsultation zum Regelungsumfeld für Plattformen, Online-Vermittler, Daten, Cloud Computing und die partizipative Wirtschaft (Konsultation der EU), https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-04-22-positionspapier-plattformregulierung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Abruf am 22. Mai 2018.

weiterleiten. Schließlich soll die bereits angesprochene Möglichkeit einer Einbeziehung von Intermediären in die medienrechtliche Konzentrationskontrolle geprüft werden.

1175. Die Monopolkommission hat insbesondere in ihrem Sondergutachten zu digitalen Märkten die Rolle von Intermediären bzw. Online-Plattformen, insbesondere von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken, aus wettbewerblicher Sicht untersucht.²¹¹ In diesem Gutachten hat sie herausgearbeitet, dass aus Wettbewerbsgründen kein spezifischer Regulierungsbedarf besteht, da das geltende Wettbewerbsrecht zur Erfassung etwaiger Marktmachtmisbräuche grundsätzlich geeignet ist. Insbesondere hat sie Vorschläge zur Regulierung der Suchalgorithmen von Suchmaschinenanbietern abgelehnt. Zur Frage, inwieweit abgesehen von der wettbewerblichen Kontrolle eine spezielle medienrechtliche Regulierung von Intermediären erforderlich sein könnte, hat sie zwar allgemeine Regelungen zur Erhöhung der Transparenz der Bedingungen eines Leistungsangebots für weitgehend unproblematisch gehalten, eine inhaltsbezogene Regulierung aus wettbewerbspolitischer Sicht allerdings abgelehnt.²¹²

1176. Auch wenn eine Erhöhung der Transparenz im Prinzip zu begrüßen ist, erscheinen die angedachten Transparenzvorgaben der Bund-Länder-Kommission insgesamt zu weitgehend. Vertretbar erscheint grundsätzlich, dass die Nutzer auf eine Bevorzugung eigener Dienste oder solcher von Kooperationspartnern des Intermediärs hingewiesen werden müssen. Eine Veröffentlichung der für die Suchalgorithmen relevanten Kriterien ist hingegen – wenn sich der damit verbundene Eingriff in Geschäftsgeheimnisse und das Eigentum unions- und verfassungsrechtlich überhaupt rechtfertigen lässt – medien- und wettbewerbspolitisch problematisch. Auch wenn es sich hierbei noch um keine Regulierung oder Offenlegung der Suchalgorithmen handelt, so profitieren von einer Veröffentlichung der Kriterien im Zweifelsfall lediglich die großen und finanzstarken Unternehmen, die die entsprechenden Mittel für Maßnahmen zur Suchmaschinenoptimierung ihrer Websites bzw. Inhalte haben. Dies dürfte in der Konsequenz eher zu einer Verengung des Kommunikationsprozesses führen.

1177. Ein medienrechtliches Diskriminierungsverbot wird seitens der Bund-Länder-Kommission unter anderem deshalb für erforderlich gehalten, weil kartellrechtlich selbst marktbeherrschenden Unternehmen eine Bevorzugung eigener Inhalte und Dienste nicht per se untersagt ist. Hieraus wird geschlossen, dass das Kartellrecht nur mittelbar einen Beitrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt und kommunikativen Chancengleichheit leisten könne. Auch wenn diese Feststellung für sich genommen zutreffend ist, begegnet ein über das allgemeine Kartellrecht hinausgehendes sektorspezifisches Diskriminierungsverbot aus der Sicht der Monopolkommission Bedenken. Hinzuweisen ist zunächst auf die einer solchen Regelung zugrunde liegende zweifelhafte Tatsachenbasis. Zwar kann für Intermediäre, wie für alle Unternehmen, grundsätzlich ein Anreiz zur Bevorzugung eigener Angebote oder solcher von Kooperationspartnern bestehen. Bislang gibt es für eine solche auch medienrechtlich relevante Bevorzugung durch Intermediäre in der Praxis aber keine Anhaltspunkte. Ferner stellt sich die Frage, ob die Einhaltung eines solchen Diskriminierungsverbots in der Praxis überhaupt überprüfbar ist. Schließlich ist zu beachten, dass die Nutzer nicht nur einen Intermediär zur Informationsbeschaffung und Meinungsbildung nutzen können, sondern – abgesehen von weiteren Intermediären – beispielsweise auch direkt auf die Angebote von Inalteanbietern, online wie offline, zugreifen können. Das mögliche Beeinflussungspotenzial von Intermediären aufgrund ihrer zentralen Stellung zwischen Nutzern und Inalteanbietern im Internet wird insofern durch andere Wege der Informationsbeschaffung begrenzt. Zudem ist zu beachten, dass Intermediäre, sofern Nutzer eine Verzerrung der ihnen angezeigten Inhalte bemerken sollten, einen erheblichen Reputationsverlust befürchten müssen.

1178. Insgesamt ist aus der Sicht der Monopolkommission zum derzeitigen Zeitpunkt eine umfangreiche medienrechtliche Vielfaltsregulierung von Intermediären abzulehnen. Noch am ehesten vertretbar erscheinen einfache Transparenzvorgaben, die die Bedingungen des Leistungsangebots der Intermediäre konkretisieren. Darüber hinaus könnte aus der Sicht der Monopolkommission erwogen werden, Intermediäre dazu zu verpflichten, Nutzern die Möglichkeit einzuräumen, neben personalisierten auch neutrale bzw. nicht-personalisierte (Such-)Ergebnisse zu erhalten. Ein spezielles Diskriminierungsverbot für bestimmte Intermediäre sollte demgegenüber nur dann im

²¹¹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 50).

²¹² Ebenda, Tz. 565 f.

RStV verankert werden, wenn die Stellung dieser Dienste im Meinungsbildungsprozess bzw. das bisher abstrakte Gefährdungspotenzial empirisch erhärtet wurde.

4.4 Weitere wettbewerbsrelevante Aspekte

1179. Neben den soeben dargestellten spezifischen rundfunkrechtlichen Regelungen sind einige weitere Entwicklungen auf europäischer Ebene für die Wettbewerbsentwicklung im Bereich audiovisueller Mediendienste von Bedeutung. Diese betreffen insbesondere den grenzüberschreitenden Zugang zu audiovisuellen Mediendiensten (Abschn. 4.4.1) sowie Anpassungen im Datenschutzrecht (Abschn. 4.4.2).

4.4.1 Grenzüberschreitende Nutzung audiovisueller Mediendienste

1180. Die Europäische Kommission verfolgt aktuell das Ziel der Schaffung eines digitalen Binnenmarktes. In diesem Rahmen soll auch die grenzüberschreitende Nutzung bzw. der grenzüberschreitende Zugang zu audiovisuellen Mediendiensten verbessert werden, indem einerseits die portable Nutzung bestimmter Online-Inhalte im EU-Ausland ermöglicht und andererseits das derzeit häufig praktizierte Geoblocking²¹³ eingeschränkt wird. Von Bedeutung sind mit Blick auf audiovisuelle Medien insbesondere die im April 2018 in Kraft getretene Portabilitätsverordnung²¹⁴ sowie der Vorschlag für eine SatCab-Verordnung²¹⁵. Keine Auswirkungen auf den audiovisuellen Bereich wird demgegenüber – zumindest zunächst – die Geoblocking-Verordnung²¹⁶ haben, da audiovisuelle Medien von deren Anwendungsbereich explizit ausgenommen sind.

1181. Die Portabilitätsverordnung betrifft die Nutzung von im Wohnsitzmitgliedstaat abonnierten bzw. kostenpflichtig erworbenen Streaming-Diensten im EU-Ausland. Die Verordnung ermöglicht es Verbrauchern, ihre abgeschlossenen Streaming-Abonnements zukünftig nicht mehr nur im betreffenden Mitgliedstaat, sondern auch bei einem vorübergehenden Aufenthalt im EU-Ausland ohne Zusatzkosten weiter zu nutzen. Die Verordnung sieht hierzu eine legale Fiktion vor, wonach der Nutzer bei einem vorübergehenden Aufenthalt im europäischen Ausland „das Territorium mitnimmt“, sodass die Nutzung rechtlich als im Inland erfolgt eingestuft wird. Die Portabilitätsverordnung wird von nahezu allen Marktteilnehmern begrüßt. Auch die Monopolkommission erachtet die Regelung für sachgerecht, da sie den Nutzern lediglich ermöglicht, auch aus dem europäischen Ausland auf ihre bereits bezahlten Online-Dienste zuzugreifen. Die Verordnung führt zwar zu einer Einschränkung des im Urheberrecht sowie für verwandte Schutzrechte geltenden Territorialitätsprinzips und des Geoblockings, stellt allerdings keinen massiven Eingriff in bestehende Verwertungsmechanismen im Bereich audiovisueller Medien dar.

1182. Kontrovers diskutiert wird demgegenüber die geplante SatCab-Verordnung, die Teil des im September 2016 von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Urheberrechtspakets ist. Der Verordnungsentwurf verfolgt das Ziel, den grenzüberschreitenden Zugang zu Fernseh- und Hörfunkprogrammen über digitale Verbreitungswege durch einen vereinfachten Rechteerwerb zu erleichtern, indem die Regelungen für Online-Übertragungen an jene für Satelliten- und Kabelübertragungen angepasst werden. Hierzu soll zum einen das sog. Ursprungslandprinzip für

²¹³ Bei Geoblocking handelt es sich um einen technischen Vorgang, durch den anhand der IP-Adresse verhindert werden kann, dass Nutzer auf für ihre Region nicht lizenzierte Online-Inhalte zugreifen. Geoblocking ermöglicht damit die Gewährleistung des im Urheberrecht und für verwandte Schutzrechte geltenden Territorialitätsprinzips, wonach Verwerter für jedes Land, in dem sie ein geschütztes Werk anbieten wollen, eine Gebietslizenz erwerben müssen. Es dient anderen Zwecken als die Rundfunkregulierung, da es hier nicht um den Schutz der Meinungs- und Willensbildung geht.

²¹⁴ Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt.

²¹⁵ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, COM(2016) 594 final vom 14. September 2016.

²¹⁶ Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen un gerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG.

rundfunknahe „ergänzende Online-Dienste“ von Rundfunkveranstaltern, wie Livestreams des linearen Fernsehprogramms sowie Catch-up-Dienste²¹⁷, eingeführt werden (Art. 2). Zum anderen soll das System der obligatorischen kollektiven Rechtewahrnehmung für die Kabelweiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen aus anderen Mitgliedstaaten auf neue Formen von Weiterverbreitungsdiensten ausgeweitet werden (Art. 3).

1183. Die im Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vorgesehene Ausweitung des Ursprungslandprinzips auf ergänzende Online-Dienste – und damit die Beeinträchtigung des sonst geltenden Territorialitätsprinzips – hätte zur Folge, dass Rundfunkveranstalter, die ihre Online-Inhalte EU-weit zugänglich machen wollen, hierfür nur noch die Rechte in einem Mitgliedstaat erwerben müssten. Die bisher erforderliche und nach Ansicht der Europäischen Kommission häufig schwierige Rechteklärung in den übrigen Mitgliedstaaten würde somit entfallen. Vorbild dieser Regelung ist letztlich das für Satellitenübertragungen geltende Sendelandprinzip, mit dem im Rahmen der Satelliten- und Kabelrichtlinie (SatCab-Richtlinie)²¹⁸ dem technisch nicht verhinderbaren „Overspill“ von Satelliten, also der Möglichkeit zum Empfang von Satellitensendungen außerhalb ihres Zielbereichs bzw. in Gebieten, die nicht dem konkreten Lizenzgebiet entsprechen, urheberrechtlich begegnet wurde.

1184. Die Ausweitung des Ursprungslandprinzips auf ergänzende Online-Dienste bzw. die damit einhergehende Beschränkung des Territorialitätsprinzips ist umstritten. Befürworter dieser Regelung sind vor allem die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie Verbraucherverbände. Sie betonen in erster Linie den Umstand, dass eine Ausweitung des Ursprungslandprinzips es Sendern ermöglichen würde, auf das Inland ausgerichtete Inhalte, für die keine vertraglichen Einschränkungen wie z. B. Geoblocking-Maßnahmen bestehen und für die die territoriale Rechtevermarktung durch eine ungeblockte Verbreitung nicht eingeschränkt würde, im Sinne des Medienpluralismus und „free flow of information“ auch grenzüberschreitend online zugänglich zu machen. Gegen die Ausweitung des Ursprungslandprinzips positionieren sich vor allem die Produzenten sowie die privaten Rundfunkveranstalter. Sie kritisieren, dass durch die Verordnung das für die Rechteverwertung wichtige Territorialitätsprinzip und damit die Möglichkeit einer exklusiven Rechtevergabe beeinträchtigt werde, und befürchten negative Auswirkungen auf die Wertschöpfungskette sowie wirtschaftliche Einbußen und damit einhergehende negative Folgen für die Produktion audiovisueller Inhalte. Zudem wird vorgebracht, dass Rechteinhaber als Konsequenz der Verordnung zukünftig möglicherweise nur noch deutlich teurere paneuropäische Lizenzen vergeben würden, welche sich nur noch die großen, vor allem US-amerikanischen Unternehmen leisten könnten. Das Europäische Parlament sowie der Rat haben diese Bedenken in ihren Entwürfen zur SatCab-Verordnung geteilt und den Anwendungsbereich des Ursprungslandprinzips gegenüber dem Kommissionsentwurf daher stark eingeschränkt. Der Vorschlag des Europäischen Parlaments sieht etwa vor, das Ursprungslandprinzip auf die Bereiche „news“ und „current affairs“ zu beschränken.²¹⁹

1185. Die Monopolkommission begrüßt prinzipiell die Bestrebungen der Europäischen Kommission, die grenzüberschreitende Verbreitung von Fernsehsendungen innerhalb der EU zu erleichtern. Die mit einer Ausweitung des Ursprungslandprinzips einhergehende mögliche größere Angebotsvielfalt für die Verbraucher ist insofern positiv zu beurteilen. Das gilt – aus Sicht der Monopolkommission – jedenfalls für die Vermittlung von „Public-Value“-Inhalten. Gleichzeitig ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Finanzierung audiovisueller Inhalte in hohem Maße auf der exklusiven bzw. territorialen Rechteverwertung basiert und dass die Ausweitung des Ursprungslandprinzips wettbewerbliche Auswirkungen im Verhältnis unterschiedlicher Online-Anbieter zueinander hat.

1186. Eine Anwendung des Ursprungslandprinzips auf ergänzende Online-Dienste von Rundfunkveranstaltern sollte daher nur unter der Bedingung erfolgen, dass vertragliche Vereinbarungen zwischen Rechteinhabern und

²¹⁷ Catch-up bezeichnet die Möglichkeit eines zeitlich befristeten Online-Abrufs von Sendungen, die zuvor im linearen Fernsehen ausgestrahlt wurden. Ein Catch-up ist häufig z. B. über die Mediatheken der Sender möglich.

²¹⁸ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung. Zur Kabelweiterverbreitung siehe Art. 8 und 9 der Richtlinie.

²¹⁹ Standpunkt des Europäischen Parlaments zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine SatCab-Verordnung vom 27. November 2017, A8-0378/2017.

Rundfunkveranstaltern zu territorialen Beschränkungen und hierfür erforderliche technische Maßnahmen, namentlich das Geoblocking, weiterhin grundsätzlich möglich sind. Andernfalls ist zumindest nicht auszuschließen, dass entweder die Lizenzpreise deutlich steigen, was insbesondere für kleinere Unternehmen den Rechteerwerb erschweren würde, oder dass die Rechteinhaber ihre Inhalte bevorzugt über andere Vertriebswege vertreiben. Nach Ausführungen der Europäischen Kommission sollen solche vertraglichen Vereinbarungen zwar möglich sein. Insbesondere die Frage, ob es sich bei einer vertraglichen Vorgabe des Geoblockings um zulässige Lizenzbedingungen oder um eine unzulässige Marktaufteilungsvereinbarung handelt, ist allerdings – vorbehaltlich einer möglichen Rechtfertigung solcher Vereinbarungen – umstritten.²²⁰ Davon abgesehen ist nicht auszuschließen, dass die Einführung des Ursprungslandprinzips tendenziell negative Auswirkungen auf die Verhandlungsposition der Rechteinhaber haben wird, wenngleich im Verordnungsentwurf vorgesehen ist, dass diese für die grenzüberschreitende Verfügbarkeit ihrer Inhalte kompensiert werden sollen.

1187. Speziell aus Wettbewerbsicht ist darüber hinaus kritisch zu beurteilen, dass durch die Ausweitung des Ursprungslandprinzips lediglich die ergänzenden Online-Dienste traditioneller Rundfunkveranstalter begünstigt werden sollen. Diese Kopplung an eine Primärsendung von Rundfunkveranstaltern über traditionelle Übertragungswege führt zu einem – in persönlicher Hinsicht – nur begrenzten Anwendungsbereich des Ursprungslandprinzips. Dadurch werden allerdings konkurrierende audiovisuelle Online-Dienste, insbesondere Webcasting-Dienste, die nur über das Internet und nicht über einen traditionellen Übertragungsweg senden, im Wettbewerb benachteiligt.²²¹ Die tatsächlichen Auswirkungen einer Ausweitung des Ursprungslandprinzips auf ergänzende Online-Dienste sowie das Ausmaß etwaiger Wettbewerbsverzerrungen werden letztlich davon abhängen, (1) welche Inhalte bzw. Kategorien vom Ursprungslandprinzip erfasst werden (nur Nachrichten oder auch Filme, Serien und Sportinhalte) und (2) wie lange diese Inhalte nach ihrer linearen Ausstrahlung im Rahmen von Catch-up-Diensten noch online verfügbar sind. Insofern ist der Vorschlag des Europäischen Parlaments zu begrüßen, das Ursprungslandprinzip – in sachlicher Hinsicht – im Wesentlichen auf begrenzte Bereiche wie „news“ und „current affairs“ zu beschränken. In Bezug auf diese Inhalte sind Wettbewerbsverzerrungen in einem geringeren Ausmaß zu erwarten als bei reinen Unterhaltungsangeboten (z. B. Serien oder Spielfilmen).

1188. Des Weiteren kommt – in zeitlicher Hinsicht – der Verfügbarkeit der Inhalte im Rahmen der Catch-up-Dienste eine hohe Bedeutung zu, denn je länger die relevanten Inhalte online frei verfügbar sind, desto stärker wird eine mögliche territoriale Auswertung in anderen Ländern und damit auch der Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Online-Diensten beeinträchtigt. Dies dürfte insbesondere für andere als „Public-Value“-Inhalte gelten. Eine Möglichkeit zur Begrenzung möglicher negativer Auswirkungen des Ursprungslandprinzips wäre insofern auch, Catch-up-Dienste aus dem Anwendungsbereich der Verordnung zu streichen.

1189. Ebenfalls in dem Entwurf für die SatCab-Verordnung angelegt, von der Diskussion um das Ursprungslandprinzip aber zu trennen, ist die vorgesehene Ausweitung der im Rahmen der SatCab-Richtlinie für die Kabelweiterleitung eingeführten obligatorischen kollektiven Rechtewahrnehmung auf neue Formen von Weiterverbreitungsdiensten (Art. 3). Der Anwendungsbereich der Verordnung beschränkt sich dabei auf die zeitgleiche, unveränderte und vollständige Weiterverbreitung von Sendungen aus einem anderen Mitgliedstaat. Ziel der durch die SatCab-Richtlinie eingeführten Regelungen war insbesondere, Kabelnetzbetreibern durch den kollektiven Rechteerwerb über Verwertungsgesellschaften die Einholung der für die Kabelweiterleitung erforderlichen Rechte zu erleichtern und damit den Betrieb von Kabelfernsehen rechtssicher zu ermöglichen. In Deutschland ist das Recht der Kabelweiterleitung in § 20b UrhG geregelt. Gemäß § 20b Abs. 1 UrhG kann das Kabelweiterleitungsrecht nur über eine Verwertungsgesellschaft ausgeübt werden. Eine Ausnahme besteht für Weiterleitungsrechte, die einem Sendeunternehmen für seine eigenen Sendungen zustehen. Die Regelung umfasst dabei, anders als die SatCab-Richtlinie, sowohl Sendungen aus dem EU-Ausland als auch inländische Sendungen.

²²⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083; dazu auch Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Tz. 1034 ff., insb. Tz. 1041.

²²¹ Centrum für Europäische Politik, TV und Radio: Digital und über Grenzen, cepAnalyse Nr. 02/2017, https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2016_594_TV_und_Radio/cepAnalyse_COM_2016_594_TV_und_Radio_Digital_und_ueber_Grenzen.pdf, Abruf am 4. April 2018.

1190. Nach dem Verordnungsentwurf soll die kollektive Rechtewahrnehmung zukünftig auch auf solche Weiterverbreitungsdienste Anwendung finden, die Kabelweiterverbreitungsdiensten gleichwertig sind. Explizit genannt werden Weiterverbreitungsdienste über Satellit, digitale terrestrische Netze, geschlossene internetprotokollgestützte Netze, Mobilfunknetze sowie ähnliche Netze.²²² Nicht erfasst werden hingegen Weiterverbreitungsdienste im offenen Internet, also etwa OTT-Plattformen (z. B. Zattoo), da diese nicht mit einer bestimmten Infrastruktur verbunden sind und eine kontrollierte Umgebung nur bedingt gewährleisten können. Diese Dienste werden damit von der Möglichkeit des gebündelten Rechteerwerbs über Verwertungsgesellschaften ausgeschlossen und müssen die zur Weiterverbreitung erforderlichen Rechte weiterhin einzeln von den jeweiligen Rechteinhabern einholen.

1191. Die mögliche Ausweitung des Systems der kollektiven Rechtklärung ist ebenfalls umstritten. Befürworter einer solchen Ausweitung sind vor allem die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Netzbetreiber, Internetverbände, Verwertungsgesellschaften sowie Verbraucherschützer. Sie verweisen auf die ohne die Einschaltung von Verwertungsgesellschaften schwierige Rechtklärung, die mit einem hohen Aufwand sowie Rechtsunsicherheit einhergehe und die Bereitstellung innovativer Dienste erschwere. Mit Blick auf den Ausschluss von Weiterverbreitungsdiensten im offenen Internet wird teilweise zudem die fehlende Technologieneutralität kritisiert, die zu Wettbewerbsverzerrungen führe. Ablehnend stehen einer Ausweitung der kollektiven Rechtewahrnehmung die meisten privaten Rundfunkveranstalter sowie die Produzenten gegenüber. Sie verweisen darauf, dass kein Marktversagen vorliege bzw. dass keine Regulierungsnotwendigkeit bestehe. Zudem gebe es keinen Grund, neue Formen von Weiterverbreitungsdiensten, die im Gegensatz zu Kabelnetzbetreibern nicht in die Infrastruktur investiert hätten, beim Rechteerwerb zu privilegieren. Befürchtet wird auch eine Beeinträchtigung der Verhandlungspositionen der Rechteinhaber und Rundfunkunternehmen, die zu finanziellen Einbußen und entsprechend negativen Folgen für das Programmangebot führen könnte.

1192. Aus der Sicht der Monopolkommission ist die angedachte Ausweitung der Regelungen zur Kabelweisersendung auf neue Weiterverbreitungsdienste ambivalent zu beurteilen. Einerseits ist festzustellen, dass der gebündelte Erwerb der Rechte über Verwertungsgesellschaften mit geringeren Transaktionskosten verbunden ist und damit aus ökonomischer Sicht prinzipiell effizienzsteigernd wirken kann. Andererseits stellt die Verwertungsgesellschaftspflicht einen nicht unerheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit sowie das Eigentum der Rechteinhaber dar, der rechtfertigungsbedürftig ist. Für eine Gesamtbeurteilung ist daher entscheidend, inwieweit die Einholung der erforderlichen Rechte für die Weiterverbreitung von Sendungen aus einem anderen Mitgliedstaat in der Praxis tatsächlich mit Schwierigkeiten verbunden ist bzw. ob die Verwertungsgesellschaftspflicht zur rechtssicheren Weiterverbreitung von Inhalten erforderlich ist. Der Monopolkommission wurden hierzu unterschiedliche Sichtweisen vorgetragen. Grundsätzlich lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass, sofern in der Praxis Probleme bei der Rechtklärung bestehen sollten, diese alle Weiterverbreitungsdienste unabhängig vom jeweiligen Verbreitungsweg betreffen. Insofern ist aus Wettbewerbsicht nicht nachvollziehbar, wieso Weiterverbreitungsdienste im offenen Internet, insbesondere wenn diese einen geschlossenen Nutzerkreis haben, von der kollektiven Rechtewahrnehmung ausgeschlossen werden sollen. Ist hingegen die Rechtklärung grundsätzlich problemlos möglich, besteht auch kein Anlass für einen regulatorischen Eingriff in Form einer obligatorischen kollektiven Rechtewahrnehmung.

1193. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Verordnungsentwurf lediglich den vereinfachten Rechteerwerb zur Weiterverbreitung von Sendungen aus einem anderen Mitgliedstaat betrifft, während rein nationale Weiterverbreitungen weiterhin der nationalen Gesetzgebung unterliegen. Sofern Probleme bei der Rechtklärung bestehen, sollte daher auch eine Anpassung des Systems der kollektiven Rechtklärung zur Weiterverbreitung von inländischen Programmen gemäß § 20b UrhG geprüft werden. Dies würde auch dem Vorgehen im Rahmen der Umsetzung der SatCab-Richtlinie entsprechen. In jedem Fall sollte ein sachgerechter Regulierungsrahmen sicherstellen, dass innovative bzw. dem heutigen Nutzungsverhalten entsprechende Angebote, wie beispielsweise die mobile Nutzung unterwegs (Out-of-Home), möglich sind und nicht am Rechteerwerb scheitern.

²²² In Deutschland sind IPTV-Dienste nach herrschender Meinung bereits von der Kabelweisersendung gemäß § 20b UrhG erfasst.

4.4.2 Auswirkungen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

1194. Ein weiterer Aspekt, der für die Anbieter werbefinanzierter (audiovisueller) Online-Medien von herausgehobener Bedeutung ist, sind Bestrebungen zur weiteren europaweiten Vereinheitlichung und Stärkung des Datenschutzes bzw. der Privatsphäre. Während die Datenschutzgrundverordnung (DSVGO)²²³ am 25. Mai 2018 in Kraft getreten ist, steht die Verabschiedung der sog. ePrivacy-Verordnung²²⁴, die ursprünglich zeitgleich mit der DSGVO in Kraft treten sollte und diese mit Blick auf den Bereich der elektronischen Kommunikation ergänzen soll, noch aus. Die ePrivacy-Verordnung soll die derzeit noch geltende ePrivacy-Richtlinie²²⁵ sowie die Cookie-Richtlinie²²⁶ ablösen und zu einer Vereinheitlichung sowie Stärkung der derzeit teilweise noch unterschiedlichen nationalen Datenschutz- und Privatsphäre-Bestimmungen im Bereich der elektronischen Kommunikation beitragen. Da sich der Ministerrat noch nicht auf einen gemeinsamen Standpunkt geeinigt hat, wird der Beginn der Trilogverhandlungen zwischen der Europäischen Kommission, dem Ministerrat und dem Europäischen Parlament erst für die zweite Jahreshälfte 2018 erwartet.

1195. Mit Blick auf die in diesem Gutachten behandelten Mediendienste sind insbesondere die in der ePrivacy-Verordnung angelegten Regelungen relevant, durch die die Erhebung und Verarbeitung von Nutzerdaten zu Werbezwecken beschränkt wird. Dies betrifft insbesondere Artikel 8 zum Schutz der in Endnutzungen der Endnutzer gespeicherten oder sich auf diese beziehenden Informationen sowie Artikel 10 zu bereitzustellenden Informationen und Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre. Gemäß Artikel 8 wäre unter anderem der Einsatz sog. Tracking- bzw. Third-Party-Cookies, die von Drittanbietern wie etwa Werbenetzwerken im Endgerät der Nutzer hinterlegt werden und z. B. zur Erstellung von Nutzerprofilen, zur Ausspielung personalisierter Werbung oder zur Reichweitenmessung von Online-Werbung genutzt werden, nur noch nach einer aktiven Zustimmung der Nutzer zulässig (sog. Opt-in).²²⁷ Gemäß Artikel 10 sollen die Nutzer zudem bereits bei der Installation ihres Webbrowsers ihre Privatsphäre-Einstellungen festlegen, wobei nach dem Vorschlag des Europäischen Parlaments die Voreinstellungen den Einsatz von Cookies standardmäßig verhindern sollen (Privacy by Design/Default).

1196. Während Daten- und Verbraucherschützer die geplante ePrivacy-Verordnung begrüßen, wird vor allem seitens der Digitalwirtschaft sowie der Werbewirtschaft massive Kritik geübt. Befürchtet werden negative Auswirkungen auf die Möglichkeiten des Online-Marketings und damit auf die Refinanzierungsmöglichkeiten digitaler Geschäftsmodelle. Hingewiesen wird insbesondere darauf, dass eine restriktivere Handhabung von Tracking-Cookies bzw. ein aktives Zustimmungserfordernis der Nutzer die Möglichkeiten zur Schaltung personalisierter bzw. zielgerichteter Online-Werbung erheblich einschränken dürfte, da die meisten Nutzer der Hinterlegung von Tracking-Cookies nicht aktiv zustimmen würden. In der Folge wären insbesondere die zielgerichtete Werbeansprache in Form des Online Behavioral Advertising sowie die programmatische Vermarktung von Werbeflächen kaum mehr möglich. Wesentliche Folge wären eine geringere Zielgenauigkeit und damit höhere Streuverluste von Online-Werbung, was sich negativ auf die Zahlungsbereitschaft von Werbetreibenden und damit die Erlösmöglichkeiten vieler Inhalteanbieter auswirke. Dies könnte wiederum negative Auswirkungen auf die Finanzierung vieler Online-

²²³ Verordnung 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1.

²²⁴ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final vom 10. Januar 2017.

²²⁵ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37.

²²⁶ Richtlinie 2009/136/EG zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11

²²⁷ Derzeit ist der Einsatz von Cookies in Deutschland gemäß TMG ohne die aktive Zustimmung des Nutzers möglich (Opt-out-Regelung), während in mehreren anderen Mitgliedstaaten eine aktive Einverständniserklärung erforderlich ist (Opt-in-Regelung).

Angebote haben. Profitieren würden demgegenüber die großen Online-Plattformen bzw. die sog. „Log-in-Giganten“, da diese über die Einwilligung ihrer Nutzer zur Datennutzung verfügen und weiterhin zielgerichtete Werbung schalten können.

1197. Die möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen der ePrivacy-Verordnung wurden unter anderem in einer Studie von WIK-Consult für das BMWi untersucht.²²⁸ Kurzfristig sei demnach von einer Reduktion des gesamten digitalen Werbebudgets von etwa einem Drittel auszugehen. Betroffen hiervon seien insbesondere Display- und Affiliate-Werbeformate, während für Suchwerbung sowie Werbung in sozialen Netzwerken nur geringe bis keine Auswirkungen zu erwarten seien. Mittel- bis langfristig wird eine Verschiebung von Werbebudgets in geschlossene Log-in-Systeme erwartet. Zudem könnte es zu einer Fragmentierung der Internetangebote durch eine Vielzahl geschlossener Log-in-Systeme sowie Bezahlschranken-Lösungen kommen.

1198. Aus der Sicht der Monopolkommission ist insgesamt ein fairer Ausgleich zwischen den Interessen der Nutzer an Privatsphäre und Datenschutz einerseits sowie den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen andererseits erforderlich. Eine Stärkung und europaweite Vereinheitlichung der Regelungen zur Privatsphäre und zum Datenschutz im Bereich der elektronischen Kommunikation sind für sich genommen zwar zu begrüßen. Die bisherigen Entwürfe zur ePrivacy-Verordnung erscheinen allerdings unausgewogen. Die Verordnung dürfte bei einer Umsetzung dieser Entwürfe einerseits die Position der ohnehin marktstarken Akteure im Online-Werbebereich, also der großen Online-Plattformen, im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern weiter stärken, obwohl sie zugleich auch deren Geschäft negativ beeinflussen dürfte. Andererseits werden die Möglichkeiten anderer Anbieter im Werbemarkt und die Refinanzierungsmöglichkeiten kleinerer Inhaltenanbieter geschwächt. Im Übrigen wäre hiermit auch dem Datenschutz sowie der Privatsphäre der Nutzer kaum geholfen. In Anbetracht der möglichen negativen Auswirkungen sollte insofern genau geprüft werden, für welche Art der Datennutzung eine explizite Einwilligung der Nutzer tatsächlich obligatorisch sein sollte.²²⁹

5 Fazit mit Handlungsempfehlungen

1199. Die Monopolkommission hat in dem vorliegenden Kapitel die Markt- und Wettbewerbsentwicklung im Bereich audiovisueller Medien untersucht. Die zunehmende Medienkonvergenz sowie die zahlreichen Markteintritte neuer Anbieter audiovisueller Medien, insbesondere im Bereich der Online-Medien, dürften insgesamt nicht nur zu einer Steigerung der Wettbewerbsintensität, sondern in der Tendenz auch zu einer Erhöhung der Meinungsvielfalt, deren Sicherstellung das wesentliche Ziel des Gesetzgebers im Bereich der Rundfunkregulierung ist, beigetragen haben. Wie aufgezeigt, hat die Regulierung audiovisueller Medien mit dieser Marktentwicklung sowie dem veränderten Nutzungsverhalten allerdings nicht Schritt gehalten. Die Monopolkommission begrüßt insofern grundsätzlich das Bestreben des nationalen sowie des europäischen Gesetzgebers, den Regulierungsrahmen zu überarbeiten. Einige der bereits beschlossenen sowie der geplanten Maßnahmen zur Aktualisierung des Rechtsrahmens für audiovisuelle Medien stoßen aus Wettbewerbsicht allerdings auf Bedenken. Dies betrifft zum einen die Online-Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die insgesamt stärker auf „Public-Value“-Inhalte ausgerichtet werden sollten. Zum anderen besteht zur Schaffung eines „level playing field“ in mehreren Bereichen der Rundfunkregulierung Anpassungsbedarf und in der Tendenz vor allem Deregulierungspotenzial. Zur Stärkung des Wettbewerbs im Bereich audiovisueller Medien macht die Monopolkommission folgende Handlungsempfehlungen:

Empfehlungen mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk:

- Für Fälle, in denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Inhalte online verbreiten, muss ihr publizistischer Auftrag (§ 11 RStV) klarer definiert werden, um den Anforderungen an einen wirksamen und diskriminierungsfreien Schutz des unverfälschten Wettbewerbs und der privaten Marktteilnehmer auf den

²²⁸ WIK-Consult, Wirtschaftliche Auswirkungen der Regelungen der ePrivacy-Verordnung auf die Online-Werbung und werbefinanzierte digitale Geschäftsmodelle, Studie im Auftrag des BMWi, November 2017.

²²⁹ Siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 50), Tz. 104.

relevanten Märkten Rechnung zu tragen. Die bestehenden §§ 11a ff. RStV sind insoweit nicht ausreichend, denn sie grenzen lediglich die Online-Medienangebote ein, welche die Rundfunkanstalten zur Erfüllung ihres Auftrags bereitstellen dürfen. Die Auftragsdefinition muss so eindeutig sein, dass die privaten Wettbewerber der Rundfunkanstalten ihre Tätigkeiten planen können und dass eine Kontrolle durch die zuständigen Behörden möglich ist. Bei der Auftragsdefinition sind die privaten Wettbewerber nach Möglichkeit einzubeziehen (Tz. 1080 ff.).

- Wenn die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Online-Angebote verbreiten, sollten sie dieses Angebot zur Vermeidung einer Verdrängung privater Medienanbieter auf gesellschaftlich-kulturell relevante Inhalte beschränken, die einen Mehrwert gegenüber den privat angebotenen Inhalten aufweisen (sog. Mehrwert- bzw. „Public-Value“-Inhalte). Weitergehende Aktivitäten können nämlich private Medienunternehmen mit eigenem Online-Angebot in ihrer wirtschaftlichen Betätigung behindern und gegebenenfalls auch die Rundfunk- bzw. Pressefreiheit solcher Medienunternehmen verletzen (Tz. 1033 ff., 1088 ff.).
- Die jüngste Einigung der Ministerpräsidenten zur Änderung des Rundfunkstaatsvertrags ist insoweit nicht überzeugend, da sie problematische Wettbewerbswirkungen zeitigen kann. Zu begrüßen ist zwar, dass eine stärkere Fokussierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf Bewegtbild- und Tonangebote im Online-Bereich erfolgen soll. Auch die Errichtung einer Schlichtungsstelle für Streitigkeiten zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und Presse über Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kann zielführend sein. In beiden Fällen hängt jedoch alles von der konkreten Ausgestaltung ab. Die Ausweitung öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote durch den Wegfall des Sendungsbezugs als Zulässigkeitsvoraussetzung für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote, durch die Gestattung der Bereitstellung zusätzlicher Abrufinhalte (europäische Lizenzware) und durch die Flexibilisierung der bisherigen Verweildauern ist grundsätzlich problematisch. Die erweiterten Rechte der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gehen mit der Gefahr einher, dass private Marktakteure mit ihrem Angebot verdrängt werden (Tz. 1098 ff., 1126).
- Die Parameter für die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beim Angebot von Online-Inhalten gemäß den §§ 12 ff. RStV belassen im Übrigen Bewertungsspielräume. Diese müssen verringert werden, um zu gewährleisten, dass die Finanzierung nur Online-Aktivitäten dient, durch welche die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegenüber privaten Anbietern wettbewerbsfähig bleiben. Dagegen muss eine Finanzierung von Aktivitäten verhindert werden, mit denen die Rundfunkanstalten Wettbewerber durch Ausübung von Marktmacht verdrängen können (Tz. 1110).
- Der Drei-Stufen-Test ist zu stärken und zum Schutz von Wettbewerbern wirksamer auszugestalten. Dazu ist erstens sicherzustellen, dass die zuständigen Rundfunkgremien auch mit Personen besetzt werden, bei denen bereits der Auswahlprozess Gewähr für die im Rahmen der wettbewerblichen Bewertung erforderliche fachliche Expertise bietet. Zur Unterstützung der zu treffenden Abwägungsentscheidungen müsste zweitens die Einholung von Gutachten oder behördlicher Unterstützung vorgeschrieben werden, soweit in den Gremien nicht die nötige Fachkunde zur Verfügung steht. Schließlich müssten drittens die Informationen, auf deren Basis das Gremium entscheidet, vor der Entscheidung veröffentlicht werden, um der Öffentlichkeit eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben und so gegebenenfalls Anpassungen zu ermöglichen. Bei den Marktauswirkungen sollten grundsätzlich alle vergleichbaren und nicht nur vergleichbare „frei zugängliche“ Telemedienangebote berücksichtigt werden (Tz. 1113 ff.).
- Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sollten bei der Ausweitung ihrer Online-Angebote ihre Wettbewerbscompliance fortlaufend überprüfen. Ziel muss es sein, einer (gegebenenfalls kartellrechtswidrigen) Verdrängung privater Anbieter durch öffentlich-rechtliche Online-Angebote vorzubeugen (Tz. 1124 ff.).

Empfehlung zur Überarbeitung der Rundfunkregulierung:

- Die Definition des einfachgesetzlichen Rundfunkbegriffs des RStV sollte überarbeitet werden. In Anbetracht des sich verändernden Nutzungsverhaltens und der voraussichtlich weiterhin zunehmenden Bedeutung des zeitunabhängigen Konsums audiovisueller Mediendienste sollte zumindest mittelfristig auf das technische Merkmal der Linearität bei der Abgrenzung audiovisueller Mediendienste verzichtet werden. Zielführend erscheint vielmehr die Schaffung einer einheitlichen Basisregulierung für alle Bewegtbildinhalte, die für einzelne Angebote aufgrund spezifischer Gefährdungslagen gegebenenfalls um weitere Anforderungen ergänzt werden könnte. Um zu vermeiden, dass auch sehr kleine Anbieter von der Rundfunkregulierung erfasst werden, sollte eine Anpassung des dem Rundfunkbegriff zugrunde liegenden Schwellenwerts von 500 potenziellen Nutzern geprüft und auf tatsächliche anstatt auf potenzielle Nutzer abgestellt werden (Tz. 1130 ff.).
- Das bestehende Zulassungsregime für Rundfunkanbieter sollte in Anbetracht der entfallenden Frequenzknappheit bzw. nicht vorhandenen Knappheitssituation angepasst werden. Die Zulassungspflicht sollte insbesondere für Livestreaming-Anbieter abgeschafft und, gegebenenfalls geknüpft an bestimmte Schwellenwerte, in eine Anzeigepflicht umgewandelt werden. Daneben erscheint auch das Erfordernis einer Zulassungspflicht für traditionelle Fernsehveranstalter fraglich. Grundsätzlich sollte geprüft werden, für welche Bewegtbildangebote eine Zulassungs- oder Anzeigepflicht aus Gründen der Vielfaltssicherung unabhängig von dem technischen Merkmal der Linearität erforderlich ist (Tz. 1135 ff.).
- Die im Rahmen der Novelle der AVMD-Richtlinie beschlossene Liberalisierung bzw. Flexibilisierung der Werbezeitenregulierung im linearen Fernsehen greift zu kurz. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen linearen und nicht-linearen Diensten sollte weiterhin eine vollständige Aufhebung der quantitativen Beschränkungen im linearen Fernsehen angestrebt werden. Weiterhin erforderlich sind demgegenüber qualitative Werberegulungen, die im Grundsatz für alle audiovisuellen Mediendienste gleichermaßen gelten sollten (Tz. 1145 f.).
- Die Quote für europäische Werke in Höhe von 30 Prozent für Videostreaming-Dienste ist in ihrer geplanten Form abzulehnen. Zwar ist die Förderung europäischer Kulturwerte als legitimes Ziel anzuerkennen. Bei der vorgesehenen Quote handelt es sich allerdings um kein zielgenaues Instrument. Die Regelung stellt einen erheblichen Eingriff in die Programmgestaltungsfreiheit der Unternehmen dar. Eventuelle Maßnahmen zur Förderung europäischer Werke sollten regulierungsbedingte Wettbewerbsverzerrungen zwischen linearen Fernsehveranstaltern und nicht-linearen Abrufdiensten vermeiden („level playing field“) (Tz. 1147).
- Videoplattformdienste sollten in die Durchsetzung des Jugend- und Verbraucherschutzes einbezogen werden sowie besonderen Anforderungen an die kommerzielle Kommunikation unterworfen werden. Dies dürfte durch die Aufnahme von Videoplattformdiensten in den Anwendungsbereich der AVMD-Richtlinie gewährleistet werden (Tz. 1148).
- Die bisher fernsehzentrierte Medienkonzentrationskontrolle sollte daraufhin überprüft werden, ob ein medienübergreifendes Konzentrationsrecht besser geeignet ist, Gefahren für die freie Meinungs- und Willensbildung vorzubeugen. Die Weiterentwicklung der Konzentrationskontrolle im Sinne des von der KEK vorgeschlagenen „Gesamtmeinungsmarktmodells“ sollte geprüft werden. Grundsätzlich sollte die Konzentrationskontrolle nur auf Basis gesicherter und im besten Fall auch empirisch nachweisbarer Gefährdungslagen und nicht allein auf Basis von Vermutungen reformiert werden (Tz. 1156).
- Das Kriterium der „vorherrschenden Meinungsmacht“ in § 26 Abs. 1 und 2 RStV sollte überarbeitet werden, um zu verhindern, dass die kartellbehördliche Fusionskontrolle und die Medienkonzentrationskontrolle dieselben Kriterien berücksichtigen. Der Zuschaueranteil ist ein kartellbehördliches Prüfkriterium und sollte nicht zugleich zur Feststellung vorherrschender Meinungsmacht verwendet werden. Für deren

Feststellung bieten sich vielmehr angebotsorientierte Merkmale an (z. B. vorhandene inhaltliche Vielfalt; fehlende Möglichkeit einzelner Anbieter, Meinungen aufzuzwingen) (Tz. 1155).

- Die rundfunkrechtliche Plattformregulierung gemäß den §§ 52 ff. RStV sollte überarbeitet werden. Anstatt der derzeit diskutierten Ausweitung der Vorschriften erscheint insgesamt eine Rückführung der Regulierung angezeigt. Insbesondere sollten die für traditionelle infrastrukturegebundene Plattformen (z. B. Kabelnetzbetreiber) bestehenden Belegungsvorgaben bzw. Must-Carry-Regelungen in Anbetracht der nicht mehr vorhandenen Frequenzknappheit sowie der zunehmenden Übertragungs- und Empfangsmöglichkeiten abgeschafft werden (Tz. 1161 ff.).
- Das Erfordernis einer speziellen Regulierung von Benutzeroberflächen zur Sicherung der Meinungsvielfalt ist fraglich. Wenn überhaupt, sollten sich entsprechende Regelungen auf die Festschreibung von Diskriminierungsfreiheit und Chancengleichheit beschränken. Verzichtet werden sollte auf Regelungen zur privilegierten Auffindbarkeit von „Public-Value“-Inhalten“. Zum einen ist nicht ersichtlich, dass eine solche Regelung in Anbetracht der vorhandenen Angebotsvielfalt sowie der Möglichkeit, Inhalte auf modernen Benutzeroberflächen gezielt anzusteuern bzw. zu finden, zur Sicherung der Meinungsvielfalt erforderlich wäre. Zum anderen bedeutet eine Privilegierung einzelner Angebote immer auch einen Eingriff in die Rundfunk- und Medienfreiheit der „verdrängten“ Inhalteanbieter. Schließlich wird durch eine privilegierte Auffindbarkeit auch in zweifelhafter Weise in den Wettbewerb zwischen Inhalteanbietern eingegriffen. Die angedachten Regelungen zur Signalintegrität bzw. zum Schutz von Inhalten sollten sich auf ein Verbot von Werbeüberblendungen beschränken. Die Entscheidung über anderweitige Veränderungen der Darstellung von Inhalten sollte weitestgehend den Nutzern überlassen bleiben (Tz. 1157 ff.).
- Eine spezielle medienrechtliche Regulierung von Intermediären (z. B. Suchmaschinen, sozialen Netzwerken) aus Gründen der Vielfaltssicherung ist derzeit nicht erforderlich. Wenn überhaupt, sollte die Einführung einfacher Transparenzvorgaben, die die Bedingungen des Leistungsangebots konkretisieren, oder einer Vorgabe, neben den personalisierten auch nicht personalisierte (Such-)Ergebnisse anzuzeigen, erwogen werden. Ein spezielles Diskriminierungsverbot ist aufgrund des allenfalls abstrakten und empirisch nicht untermauerten Gefährdungspotenzials von Intermediären für die Meinungsbildung zumindest derzeit abzulehnen (Tz. 1173 ff.).

Weitere wettbewerbsrelevante Aspekte:

- Das in der Betriebskostenverordnung verankerte „Nebenkostenprivileg“ sollte abgeschafft werden. Die Regelung, die es Vermietern erlaubt, die Kosten für einen Kabelanschluss im Rahmen der Nebenkostenabrechnung unabhängig von der tatsächlichen Nutzung auf die Mieter umzulegen, erschwert den Marktzutritt von Anbietern alternativer Übertragungsmöglichkeiten und wirkt daher wettbewerbsverzerrend (Tz. 980 ff.).
- Der grenzüberschreitende Zugang zu audiovisuellen Inhalten sollte weiter verbessert werden. Zu begrüßen ist in diesem Rahmen insbesondere die seit April dieses Jahres geltende Portabilitätsverordnung, durch die Nutzern der Zugriff aus dem europäischen Ausland auf ihre bereits bezahlten Online-Dienste bei einem vorübergehenden Auslandsaufenthalt ermöglicht wird. Kritisch ist hingegen die im Rahmen der SatCab-Verordnung geplante Anwendung des Ursprungslandprinzips auf ergänzende Online-Dienste von Rundfunkveranstaltern zu sehen. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen könnte, ähnlich wie vom Europäischen Parlament gefordert, der Anwendungsbereich der SatCab-Verordnung in sachlicher Hinsicht auf besondere Inhalte, namentlich „news“ und „current affairs“, beschränkt werden (Tz. 1180 ff.).
- Die SatCab-Verordnung sieht vor, das System zur kollektiven Rechtklärung der Kabelweiterverbreitung für Sendungen aus einem anderen Mitgliedstaat (Verwertungsgesellschaftenpflicht) auf neue Formen von Weiterverbreitungsdiensten auszuweiten. Eine solche Ausweitung sollte nur erfolgen, wenn die Einholung der erforderlichen Rechte in der Praxis mit Schwierigkeiten verbunden ist bzw. mit Rechtsunsicherheit einhergeht. Im Fall einer solchen Regelung sollten hiervon alle Weitersendedienste profitieren, die einen

geschlossenen Nutzerkreis garantieren können. OTT-Dienste, die Sendungen über das offene Internet weiterverbreiten, sollten nicht, wie bisher vorgesehen, pauschal ausgeschlossen werden. Weiter sollte auf nationaler Ebene geprüft werden, inwiefern aufgrund möglicher Probleme bei der Rechtklärung zur Weiterverbreitung von inländischen Programmen eine Ausweitung der Verwertungsgesellschaftenpflicht gemäß § 20b UrhG erforderlich ist (Tz. 1189 ff.).

- Mit Blick auf die geplante ePrivacy-Verordnung sollte in Anbetracht möglicher negativer Auswirkungen auf den Online-Werbemarkt und die Refinanzierungsmöglichkeiten von Inhalteanbietern genau geprüft werden, für welche Art der Datennutzung eine explizite Einwilligung der Nutzer obligatorisch sein sollte. Insgesamt bedarf es eines fairen Ausgleichs zwischen den Interessen der Nutzer an Privatsphäre und Datenschutz einerseits sowie den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen andererseits (Tz. 1194 ff.).