

Carina Boos

Technische Konvergenz im Hybrid-TV und divergenter Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet

kassel
university



press

FORUM Wirtschaftsrecht

Band 13

Herausgegeben vom
Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Kassel

Technische Konvergenz im Hybrid-TV und divergenter Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet

Carina Boos

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.dnb.de> abrufbar

ISBN print: 978-3-86219-332-5
ISBN online: 978-3-86219-333-2
URN: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0002-33333>

© 2012, kassel university press GmbH, Kassel
www.uni-kassel.de/upress

Druck und Verarbeitung: docupoint GmbH, Barleben
Umschlaggestaltung: Heike Arend, Kassel
Printed in Germany

Vorwort der Herausgeber

Die Konvergenz von Technik und Wirtschaft der elektronischen Medien wird derzeit nirgendwo so deutlich wie beim Hybrid-TV. In einem Gerät werden gleichzeitig zwei bisher unterschiedliche Angebote, nämlich Fernsehen und Internet, zur Verfügung gestellt. Da beide Angebote bisher mit unterschiedlicher Technik, auf unterschiedlichen Kanälen mit unterschiedlichen Geschäftsmodellen und unterschiedlicher Reichweite und gesellschaftlicher Wirkung verbreitet wurden, unterliegen sie derzeit noch verschiedenen rechtlichen Anforderungen. Aber immer stärker drängt sich die Frage auf, ob zwei konvergierende Angebote in einem Gerät Anpassungen des divergenten Rechts erfordern.

Die hier vorgelegte Masterarbeit im Studiengang Wirtschaftsrecht der Universität Kassel geht als erste rechtswissenschaftliche Monographie am Beispiel des Hybrid-TV der schwierigen und umstrittenen, für das Medienrecht ebenso wie für die Medienpraxis grundlegenden und wichtigen Frage nach, wie der divergente Rechtsrahmen in Deutschland und der Europäischen Union für Rundfunk und Internet auf die Konvergenz beider Technikbereiche angepasst werden sollte. Sie erläutert das Phänomen der Konvergenz von Rundfunk und Internet und illustriert dieses am Beispiel des Hybrid-TV. Diesem stellt sie das europäische und deutsche Medienrecht gegenüber, wie es sich bisher für zwei getrennte Medienbereiche entwickelt hat, und untersucht, wie sich der bestehende divergente Rechtsrahmen auf die konvergente Technik des Hybrid-TV auswirkt. Aus den daraus gewonnenen Erkenntnissen werden Vorschläge für die Überarbeitung des Rechtsrahmens abgeleitet. Dabei werden für die wichtigsten Regelungsbereiche Antworten auf die Frage erarbeitet, ob trotz der Konvergenz noch unterschiedliche Funktionen der Technik festgestellt werden können, die eine divergente Regulierung erforderlich machen und rechtfertigen. Soweit dies nicht der Fall ist, wird begründet, welches von den beiden Regelungsregimen für die Konvergenz das geeignete ist oder ob ganz neue Regelungen erforderlich sind.

Frau Boos untersucht in ihrer Arbeit ein für das nationale und europäische Medienrecht praxisrelevantes, höchst aktuelles Thema, das in der Zukunft verstärkt auftretende Herausforderungen zum Gegenstand hat. Obwohl das Thema vielfältige und komplizierte Aspekte aufweist und in seiner Bearbeitung divergierende wirtschaftliche, kulturelle und politische Interessen mit einander ringen, bleibt die Arbeit nicht bei der Beantwortung theoretischer und dogmatischer Fragen stehen, sondern greift auch Fragen der politisch-rechtlichen Gestaltung auf und beantwortet diese mit überzeugenden rechtspolitischen Vorschlägen.

Die Lektüre der Arbeit verspricht daher sowohl den um die Lösung der komplizierten Rechtsfragen Bemühten wie auch den an der Fort-

Boos

entwicklung des Medienrechts Interessierten einen großen Gewinn. Der Arbeit ist es zu wünschen, dass sie auch von Verantwortlichen in Politik, Wirtschaft, Kultur und Verwaltung zur Kenntnis genommen wird.

Für die Herausgeber

Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Übersicht

Vorwort der Herausgeber	I
Übersicht.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
1 Einleitung	1
2 Gesellschaftliche und technische Entwicklungen.....	4
2.1 Digitalisierung und technische Konvergenz	4
2.2 Konvergenz der Angebote und Anbieter.....	5
2.3 Medienverbreitung und Nutzerverhalten	6
3 Das Hybrid-TV	8
3.1 Definition und Funktionsweise	8
3.2 Betroffene Interessengruppen.....	11
3.3 Offener Standard für Hybrid-TV.....	11
4 Entwicklung des medienrechtlichen Rahmens	13
4.1 Nationales Recht	14
4.1.1 Verfassungsrechtlicher Schutz des Rundfunks.....	14
4.1.2 Kompetenzen.....	16
4.1.3 Gesetzesänderungen aufgrund der neuen Medien.....	17
4.2 Europäisches Recht.....	18
4.2.1 Kompetenzen.....	19
4.2.2 Rechtsrahmen	19
5 Divergenter Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet.....	23
5.1 Einordnung von Inhalten in Fernsehen und Internet	23
5.1.1 Einordnung von Angeboten im Fernsehen	24
5.1.2 Einordnung von Angeboten im Internet.....	25
5.2 Zulassung.....	26
5.2.1 Regelungen zur Zulassung von Fernsehsendern	26

5.2.1.1 Zulassungspflicht	26
5.2.1.2 Zulassungsverfahren.....	27
5.2.1.3 Zulassungsvoraussetzungen	29
5.2.2 Regelungen zur Zulassung für Internetangebote	30
5.2.2.1 Zulassungsfreiheit	30
5.2.2.2 Zulassungspflicht bei rundfunkähnlichen Telemedien.....	31
5.2.2.3 Rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung	33
5.2.3 Keine Zulassungspflicht für Internetangebote.....	33
5.3 Konzentrationskontrolle	34
5.3.1 Konzentrationsrechtliche Kontrollen im Fernsehen.....	35
5.3.1.1 Medien- und kartellrechtliches Konzentrationsrecht	35
5.3.1.2 Medienrechtliche Konzentrationskontrolle.....	36
5.3.1.2.1 Zuschaueranteilsmodell	37
5.3.1.2.2 Unbedenklichkeitsbestätigung	43
5.3.1.2.3 Maßnahmen bei externem und internem Wachstum ...	44
5.3.1.3 Kartellrechtliche Konzentrationskontrolle	46
5.3.1.3.1 Deutsche kartellrechtliche Konzentrationskontrolle.....	47
5.3.1.3.2 EU-kartellrechtliche Konzentrationskontrolle	49
5.3.2 Konzentrationsrechtliche Regelungen im Internet.....	51
5.3.2.1 Medienrechtliche Konzentrationskontrolle im Ausnahmefall	51
5.3.2.2 Kartellrechtliche Konzentrationskontrolle	52
5.3.3 Standardmäßige medienkonzentrationsrechtliche Kontrolle von Internetangeboten	54
5.3.3.1 Meinungsvielfalt im Internet	55
5.3.3.2 Meinungsmacht des Internet	56
5.3.3.3 Handlungsalternativen des Gesetzgebers	58
5.4 Werbebeschränkungen.....	62

5.4.1	Werberegulierungen im Fernsehen.....	63
5.4.1.1	Qualitative Werberegulungen	63
5.4.1.1.1	Allgemeine Werbegrundsätze und Werbeverbote.....	64
5.4.1.1.2	Jugendschutzrechtliche Werbebeschränkungen.....	65
5.4.1.1.3	Schleichwerbung und Produktplatzierung	66
5.4.1.1.4	Sonderwerbeformen.....	68
5.4.1.2	Quantitative Werberegulungen.....	71
5.4.2	Werberegulierungen im Internet.....	72
5.4.2.1	Qualitative Werberegulungen	72
5.4.2.2	Quantitative Werberegulungen.....	74
5.4.3	Liberalisierung der quantitativen Werbebeschränkungen im Fernsehen.....	74
5.5	Jugendschutzbestimmungen.....	76
5.5.1	Jugendschutzrechtliche Regelungen im Fernsehen.....	78
5.5.1.1	Absolut und relativ unzulässige Inhalte.....	78
5.5.1.2	Entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte	81
5.5.2	Jugendschutzrechtliche Regelungen im Internet.....	83
5.5.2.1	Absolut und relativ unzulässige Inhalte.....	84
5.5.2.2	Entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte	85
5.5.3	Schaffen eines einheitlichen Jugendschutzniveaus	88
5.6	Aufsicht.....	90
5.6.1	Aufsicht über Anbieter von Fernsehinhalten	91
5.6.1.1	Aufsicht über den Inhalt.....	91
5.6.1.2	Aufsicht über den Jugendschutz.....	92
5.6.2	Aufsicht über Anbieter von Internetinhalten	97
5.6.2.1	Aufsicht über den Inhalt.....	97
5.6.2.2	Aufsicht über den Jugendschutz.....	99

5.6.3	Neue Regelungsinstrumente und Umstrukturierung der Aufsicht	101
5.6.3.1	Zusammenfassen der Zuständigkeiten.....	101
5.6.3.2	Regulierte Selbstregulierung	104
5.7	Zusammenfassung.....	106
6	Neue Rechtsfragen beim Hybrid-TV.....	107
6.1	Leistungsschutz für Fernsehinhalte	108
6.1.1	Leistungsschutzrecht der Sendeunternehmen	108
6.1.2	Gezielte Überblendung der Funksendung	112
6.1.3	Unzureichender Leistungsschutz für Funksendungen.....	113
6.2	Lauterkeitsrechtlicher Schutz für Fernsehinhalte	114
6.2.1	Schutz vor unlauterem Wettbewerb	115
6.2.1.1	Geschäftliche Handlung eines Mitbewerbers	115
6.2.1.2	Wettbewerbsverstoß durch Nachahmung.....	116
6.2.1.3	Behinderungswettbewerb	118
6.2.1.4	Allgemeine Marktbehinderung.....	121
6.2.2	Partieller Wettbewerbsschutz	122
6.3	Schutz durch Leistungsschutz- und Wettbewerbsrecht	124
7	Vorschläge zur Überarbeitung des Rechtsrahmens.....	125
7.1	Differenziertes Vorgehen.....	125
7.2	Abstufung der medienrechtlichen Vorschriften	126
7.3	Problematische Aufsicht im Internet	127
7.4	Zusammenwirken der Gesetzgeber	127
7.5	Anpassung der einzelnen Rechtsgebiete.....	128
7.5.1	Keine Veränderungen bei der Zulassung	128
7.5.2	Einführung der Medienkonzentrationskontrolle bei Anbietern im Internet.....	129
7.5.3	Keine quantitativen Werbebeschränkungen im Fernsehen .	130

7.5.4	Vereinzelte, weitere Vereinheitlichung des JMStV	131
7.5.5	Vereinheitlichte Aufsicht über Fernsehen und Internet	132
7.5.6	Verbot unkontrollierter Einblendungen durch Dritte.....	133
7.6	Entwicklungsoffene aber konkrete Regelungen	134
8	Resümee.....	135
	Literatur	137

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AktG	Aktiengesetz
ALM	Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten
Alt.	Alternative
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVMD-RL	Richtlinie 2010/13/EU
AZ	Aktenzeichen
BBC	engl. British Broadcasting Corporation
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BITKOM	Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V.
BPjM	Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CE-HTML	engl. Consumer Electronics Hypertext Markup Language, Sprache für die Erstellung von Benutzerschnittstelle-Seiten für Unterhaltungselektronik
CNN	engl. Cable News Network
d.h.	das heißt
e.V.	eingetragener Verein
EBU	European Broadcasting Union, Europäische Rundfunkunion
EC-RL	Richtlinie 2000/31/EG
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, in der Fassung bis 30.11.2009
Einl	Einleitung
EITO	European Information Technology Observatory
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäische Menschenrechtskonvention
engl.	englisch
et al.	lat. et altera, und andere
ETSI	European Telecommunications Standards Institute, Europäisches Institut für Telekommunikation
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12. 2007
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EW	Erwägungsgrund

EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
ex-Art.	ehemals Artikel
f.	folgend
FernsehRL	Richtlinie 89/552/EWG
ff.	folgende
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004
franz.	französisch
FSF	Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen e.V.
FSK	Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft
FSM	Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V.
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtssprechungs-Report (Zeitschrift)
GVK	Gremienvorsitzendenkonferenz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HbbTV	engl. Hybrid Broadcast Broadband TV
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
IFA	Internationale Funkausstellung

IP	engl. Internet-Protocol
IRIS	Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle (Zeitschrift)
IRT	Institut für Rundfunktechnik München-Freimann
i.S.d.	im Sinne des
IuKDG	Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz
i.V.m.	in Verbindung mit
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JuSchRL	Jugendschutzrichtlinie
JuSchS	Jugendschutzsatzung
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich
KG	Kammergericht
KJM	Kommission für Jugendmedienschutz der Landesmedienanstalten
KOM	Dokumente der Kommission
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
lit.	lat. literum, Buchstabe
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
m.E.	meines Erachtens

MBit/s	Megabit pro Sekunde
MDStV	Mediendienste-Staatsvertrag
min	Minute
Mio.	Millionen
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MP	Media Perspektiven (Zeitschrift)
Mrd.	Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PC	engl. personal computer, Einzelplatzcomputer
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RTL	franz. Radio Télévision Luxembourg
S.	Satz
Sek.	Sekunde
st.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch
TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TDG	Teledienstegesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TRIPS	engl. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums

TV	engl. Television, Fernsehen/ Fernseher
tvd	tv diskurs (Zeitschrift)
Tz	Tendenz (Zeitschrift)
UrhG	Urheberrechtsgesetz
USA	engl. United States of America, Vereinigte Staaten von Amerika
USK	Freiwillige Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle
UWG aF	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.3.2010
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WCT	engl. WIPO-Copyright Treaty, WIPO-Urheberrechtsvertrag
Werbe-RL	Richtlinie 2006/114/EG
WIPO	engl. World Intellectual Property Organization, Welt-Urheberrechtsorganisation
WLAN	engl. Wireless Local Area Network
ZAK	Kommission für Zulassung und Aufsicht
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Zeitschrift)
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Rechtsprechungsdienst (Zeitschrift)

1 Einleitung

Das Hybrid-TV ist aktueller Höhepunkt der technischen Entwicklungen im Rundfunk. Durch ihn wird „die Konvergenz und das Zusammenwachsen von Fernsehen und Internet zur Realität“.¹ Eine Entwicklung, die den Trend der letzten IFA widerspiegelt.² Der Begriff der Konvergenz leitet sich aus dem lat. *convergere* ab, welches „sich einander nähern“, „sich hinneigen“ bedeutet.³ Medienkonvergenz wird als „Transformationsprozess im Sinne einer Annäherung, Vermengung und Verschmelzung diverser medialer Subsektoren“ verstanden.⁴ Das Hybrid-TV ist ein perfektes Beispiel dafür, da es verschiedene Quellen auf einem Gerät empfängt. So können Angebote aus Fernsehen und Internet zeitgleich auf einem Bildschirm dieselben Personen erreichen.

Seit vielen Jahren wurde dieses Verschmelzen von Fernsehen und Internet erwartet.⁵ Obwohl erst im Frühling 2009 das erste Hybrid-TV auf den Markt kam, war schon 2010 jedes fünfte verkaufte Fernsehgerät ein Hybrid-TV, 2011 bereits jedes dritte. Mit den in 2011 Jahr verkauften 3,5 Mio. Geräten wurde ein Umsatz von etwa 3 Mrd. Euro generiert. Diese Zahlen deuten auf eine schnelle und massenhafte Verbreitung der Technologie hin, auch wenn nicht alle gekauften Geräte auch tatsächlich an das Internet angeschlossen werden.⁶

Durch das Hybrid-TV können sich Fernsehen und Internet gegenseitig ergänzen und vervollständigen. So bietet Fernsehen eine hohe Qualität und Benutzerfreundlichkeit, wohingegen das Internet Flexibilität und

¹ *Wagner*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010.

² *Berliner Morgenpost Online* 25.8.2011; ähnlich *Becker*, ZUM 2011, 449; *Michel*, ZUM 2011, 450; *Kogler*, K&R 2011, 621.

³ *Georges* 1985.

⁴ *Latzer* 1997, 16; vgl. auch *Hain*, K&R 2006, 325.

⁵ *Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz, 16; a.A. *Kibele* 2001, 34.

⁶ Zur Entwicklung *BITKOM* 8.4.2010, http://www.bitkom.org/61374_63196.aspx und *BITKOM* 23.8.2011, http://www.bitkom.org/de/presse/8477_69063.aspx unter Verweis auf Untersuchungsergebnisse der EITO; *Kurp*, Tz 2011, 7 geht sogar von jedem zweiten Gerät aus. Zur tatsächlichen Nutzung *Sewczyk*, *Kurp*, Tz 2011, 21; *Strzebkowski*, *Gottberg/Graubner*, tvd 2011, 41.

Interaktivität ermöglicht, sodass beide Seiten und auch der Nutzer von der Verschmelzung profitieren können.⁷ Jedoch erzeugt diese Konvergenz auch neue Rechtsprobleme, weil etwa Anbieter von Onlineinhalten ohne wesentliche Zusatzkosten die Fernsehzuschauer erreichen, aber einer weniger starken Regulierung unterliegen. Deshalb wurde mehrfach gefordert, das nationale Recht für Fernsehanbieter und Anbieter von Onlinediensten auf einen möglichen Anpassungsbedarf hin zu überprüfen.⁸ Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag dazu leisten, indem sie untersucht, ob der bestehende Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet der Konvergenz durch das Hybrid-TV gewachsen und weiterhin zweckmäßig ist. Die bisher vorliegenden Veröffentlichungen zum Hybrid-TV, speziell dem Verhältnis der Vorschriften für Anbieter von Fernsehen und Internet, sind überschaubar und jeweils auf einen Umfang von wenigen Seiten begrenzt. Daneben gibt es bisher nur allgemeine Überlegungen zum Rechtsrahmen beider Medien.

Die Arbeit soll sich auf die Regulierung von Inhaltenanbietern beschränken. Demnach werden sowohl die Hersteller von Hybrid-TVs nicht näher betrachtet,⁹ als auch Internetzugangsdienste und Portalbetreiber. Die Untersuchung der Fernsehregulierung konzentriert sich auf den privaten, bundesweiten Rundfunk.

Zunächst sollen die gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen der vergangenen Jahre nachgezeichnet werden (Kap. 2), welche die Verbreitung des im Anschluss dargestellten Hybrid-TVs ermöglicht haben. Neben einer allgemeinen Darstellung der Funktionsweise sowie der beteiligten Interessengruppen, soll der offene Standard für Hybrid-TVs, HbbTV, kurz vorgestellt werden (Kap. 3). Dann werden die medienrechtlichen Rahmenbedingungen und ihre Entwicklung auf nationaler und europäischer Ebene erörtert (Kap. 4). Danach wird im

⁷ *Wagner*, ZUM 2011, 462; *Chardon*, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 59; *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 338.

⁸ Vgl. *Hoffmann-Riem/Schulz/Held* 2000, 27; *Roßnagel/Kleist/Scheuer* 2007, 32; *Holznagel*, NJW 2002, 2356; *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 741 ff.

⁹ Weiterführend *Wagner*, ZUM 2011, 464 f.; *Wagner*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 327 ff.

Schwerpunkt der Arbeit ein Vergleich der rechtlichen Bestimmungen für Anbieter von Inhalten im Fernsehen und im Internet durchgeführt. Dabei werden nach einer grundsätzlichen Einordnung in den einfachgesetzlichen Rechtsrahmen ausgewählte Rechtsbereiche gegenübergestellt. Diese sind die Zulassung, die medienrechtliche und kartellrechtliche Konzentrationskontrolle, die Werbebeschränkungen, der Jugendschutz sowie die Aufsicht über Inhalt und Jugendschutz. Aus dem Vergleich werden dann Erkenntnisse über einen möglichen gesetzlichen Änderungsbedarf gewonnen (Kap. 5). Rechtsprobleme entstanden zum einen aufgrund des divergierenden Rechtsrahmens und zum anderen durch die Konvergenz im Hybrid-TV selbst. Deshalb soll die Frage nach einem ausreichenden Schutz durch das Leistungsschutzrecht und das Lauterkeitsrecht gestellt werden (Kap. 6). Zum Schluss werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengeführt (Kap. 7), bevor die Arbeit mit einem Resümee abgeschlossen wird (Kap. 8).

2 Gesellschaftliche und technische Entwicklungen

Sowohl in der Technik als auch in der Gesellschaft kam es in den vergangenen Jahrzehnten zu rasanten Entwicklungen. Die wichtigsten Veränderungen werden nachfolgend kurz beschrieben, um den Kontext der Entwicklung des Hybrid-TVs zu erläutern.

2.1 Digitalisierung und technische Konvergenz

Durch die Digitalisierung wurde ein umfangreicher technischer Wandel ausgelöst. Sie beendete die Frequenzknappheit der analogen Übertragungstechnik. Daten konnten nun unabhängig von ihrer Art, etwa Bild, Ton und Text, übertragen werden. Dies war ebenso unabhängig vom Übertragungsweg über terrestrische Sendernetze, Kabel, Satellit oder das Internet und mit verschiedenen Endgeräten möglich. Aufgrund einer Datenkompression und Datenreduktion konnten zudem mehr Inhalte als zuvor übertragen werden.¹⁰ Dies ließ auch die Übertragung einer größeren Anzahl von Diensten zu. So kam es zur Diversifikation und der Entwicklung neuer Dienste.¹¹

Im engen Zusammenhang mit der Digitalisierung steht die technische Konvergenz. Dabei handelt es sich um eine von drei verschiedenen Arten der Konvergenz.¹² Sie wird sowohl als Folge, als Teil oder als Potential der Digitalisierung beschrieben. So kann sie als „Grundlage und Motor“¹³ der technischen Konvergenz bezeichnet werden.

Umfasst werden die Konvergenz von Infrastrukturen, Empfangsgeräten und technischen Diensten.¹⁴ Die Digitalisierung begründet eine Ausdifferenzierung und Ausweitung verschiedener Techniken und Geräte. Heutiges Ziel ist die Kombinierbarkeit der Medien durch tech-

¹⁰ Statt vieler *Roßnagel/Kleist/Scheuer* 2007, 25 f.; *Kibele* 2001, 17.

¹¹ Vgl. etwa *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 739; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 37.

¹² Basierend auf *Hoffmann-Riem/Schulz/Held* 2000, 19 ff.

¹³ *Holzsnagel/Nolden*, in: *Hoeren/Sieber* 2011, Teil 5 Rn. 2; Vgl. auch *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2005, 1 Rn. 6 f.; *Kibele* 2001, 15; *Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz, iv; *Oster*, in: *Hoeren/Sieber* 2011, Teil 4 Rn. 17; *Blaue*, ZUM 2005, 31; *Thaenert*, MMR 2005, 279.

¹⁴ *Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz, 1; *Hoffmann-Riem/Schulz/Held* 2000, 20; *Kibele* 2001, 26 ff.

nische Interoperabilität.¹⁵ Als Beispiel dafür ist das Hybrid-TV zu sehen. Durch dieses werden die Inhalte von Internet und Fernsehen in einem Empfangsgerät zusammengeführt. Die technische Konvergenz ist also bereits Realität geworden.

2.2 Konvergenz der Angebote und Anbieter

Neben den technischen Entwicklungen haben sich auch die Angebote und Anbieterstrukturen verändert. Als Folge der technischen Konvergenz kam es zum Teil auch zur Konvergenz von Angeboten und Inhalten.¹⁶ Denn durch die Ausweitung und Ausdifferenzierung verschiedener Techniken und Geräte wurde es möglich, auf verschiedenen Plattformen dieselben oder ähnliche Dienste zu erbringen und dieselben Inhalte ein weiteres Mal in verschiedenen Medien zu verbreiten.¹⁷ Das Internet bietet dabei eine sehr gute Möglichkeit für die Nutzung von Inhalten anderer Medien, da im Internet sowohl Text als auch Ton und bewegte Bilder veröffentlicht werden können.

Auch auf Seiten der Anbieter kam es zu Konvergenzbewegungen. So ist im Bereich der Medien eine Zunahme der Unternehmensverflechtungen zu verzeichnen. Dabei entstehen horizontale, vertikale und diagonale oder crossmediale Zusammenschlüssen. Insbesondere Letztere, also die Verflechtung verschiedener Medien, ist besonders häufig. Sie wird auch als „Cross Media Ownership“ bezeichnet. Die Tendenz zu crossmedialen Zusammenschlüssen besteht auch international. Sie gewann durch die Möglichkeit zur Weiterverwertung von Inhalte in verschiedenen Medien besonders an Attraktivität.¹⁸

Time Warner ist der international führende Medienkonzern. Bertelsmann ist der erfolgreichste deutsche Vertreter.¹⁹

¹⁵ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 31.

¹⁶ Hoffmann-Riem/Schulz/Held 2000, 20.

¹⁷ Statt vieler Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 7.

¹⁸ Paal 2010, 281; Meier/Trappel, in: Klumpp et al. 2006, 228; Brocker, in: Schwartmann 2011, 5. Kap. Rn. 2; detailliert zu den Hintergründen Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 3 ff.; zur Medienkonzentration durch Digitalisierung Schächter 2006, 4.

¹⁹ Meier/Trappel, in: Klumpp et al. 2006, 230 f.

2.3 Medienverbreitung und Nutzerverhalten

Die Verbreitung der Medien und Empfangsgeräte ist vor allen Dingen von der Bedienbarkeit sowie anderen verhaltensbedingten und ökonomischen Erwägungen abhängig.²⁰

Die Preise für Empfangsgeräte sind im Handel zurzeit sehr niedrig. So wurde für ein Fernsehgerät im Jahr 2011 durchschnittlich 10 % weniger gezahlt als im Vorjahr. Dabei wurden 60 % mehr Hybrid-TVs verkauft, die aufgrund ihrer zusätzliche Ausstattung und Nutzungsmöglichkeiten potentiell teurer als einfache Fernsehgeräte sind.²¹

In jüngster Vergangenheit kam es durch das Fortschreiten der technischen Konvergenz zur Allgegenwärtigkeit der Medien und einer damit verbunden zu einer Änderung des alltäglichen Lebens. Technik und Übertragungsweg treten für den Nutzer meist in den Hintergrund. Entscheidend sind die Inhalte sowie ein unkomplizierter Zugriff auf sie.²² So wurden durch die neuen Medien auch nicht, wie erwartet, die älteren Medien verdrängt. Der Fernsehkonsum nahm beispielsweise trotz einer zunehmenden Internetnutzung nicht ab.²³ Zwar verlagerte sich ein Teil der Nutzungszeiten von einem Medium zu einem anderen, die verschiedenen Medien werden jedoch weiterhin i.d.R. zu verschiedenen Zwecken genutzt.²⁴

In den letzten Jahren sanken ebenfalls die Kosten für Telekommunikation und den Internetzugang stark ab. Da Flatrate-Verträge mittlerweile die Regel sind, ist das Volumen der Datenübertragung für Verbraucher kein Kostenfaktor mehr. Auch sogenannte „Triple Play“-Verträge senken die Kosten der Verbraucher, da die Unternehmen dabei Inter-

²⁰ Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 12.

²¹ BITKOM 23.8.2011, http://www.bitkom.org/de/presse/8477_69063.aspx, auf Basis von Untersuchungsergebnissen der EITO.

²² *Die Medienanstalten* 2011, 99; *Amlung/Fisch*, ZUM 2009, 443; *Kogler*, K&R 2011, 625; *Schmid*, ZUM 2011, 458; *Becker*, ZUM 2011, 449; *Grewenig*, *Gottberg*, *tvd* 2011, 44.

²³ *Eimeren/Frees*, MP 2011, 343; ZDF/Hessischer Rundfunk nennen in ihrer ARD/ZDF-Onlinestudie 2011 eine tägliche Durchschnittsnutzungsdauer von 229 min beim Fernsehen und 80 min beim Internet, <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de>.

²⁴ *Blaue*, ZUM 2005, 31; *Ecke* 2011; *Hain*, K&R 2006, 327.

net, Fernsehen und Telefon gemeinsam zu einem vergünstigten Preis anbieten.²⁵

Zudem ermöglichen Breitbandkabelnetze hohe Übertragungsraten. In Deutschland existieren bereits 26,2 Mio. Breitbandanschlüsse. Diese erreichen 31,3% der gesamten Bevölkerung. 2010 verfügten bereits 91% der Privathaushalte mit Internet über einen Breitbandanschluss.²⁶ Das macht für eine Vielzahl der Einwohner die Internetnutzung problemlos möglich.

Insgesamt stößt das Internet auf breite Akzeptanz in der Gesellschaft. So hatten 2010 bereits 73,3% der Privathaushalte einen Internetzugang.²⁷ Allerdings gibt es einen großen Spalt zwischen Personen mit und ohne Internetzugang. Kein Medium spaltet Nutzer und Nichtnutzer so deutlich.²⁸ Dabei wird jedoch in Anbetracht der weiter zunehmenden Internetverbreitung angenommen, dass sich der Großteil der Bevölkerungsgruppen vor allem durch Kriterien wie Medienkompetenz, Nutzungsvielfalt und Anwendungsroutine unterscheiden.²⁹ Es ist zwar kaum davon auszugehen, dass durch das Hybrid-TV eine größere Anzahl von Internetnutzern hinzugewonnen werden kann, denn schließlich benötigt auch das Hybrid-TV einen Internetanschluss. Dafür könnte jedoch die Vielzahl der Personen angesprochen werden, die das Internet kaum nutzen. Schließlich bietet das Hybrid-TV einen einfachen und schnellen Zugang ins Internet, ohne den zusätzlichen Einsatz eines Computers.

²⁵ ALM 2010, 25; Roßnagel/Kleist/Scheuer 2007, 29; Kommission, Grünbuch zur Konvergenz, 6, 18, 32.

²⁶ 2001 gab es lediglich 1,9 Mio. Anschlüsse Bundesnetzagentur 2011, 75 ff.; allgemein KEK 2010, 45; Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 31; Seidl/Maisch, K&R 2011, 11.

²⁷ Eurostat, <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=de&pcode=tin00089&plugin=0>.

²⁸ Strzebkowski, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 40; Ecke 2011, Folie 21 ff., 32; mit positiven Tendenzen Eimeren/Frees, MP 2011, 334.

²⁹ Eimeren/Frees, MP 2011, 335.

3 Das Hybrid-TV

Im Laufe der Zeit kommt es, wie bereits dargestellt wurde, vermehrt zu technischer Konvergenz, also dem Zusammenführen verschiedener Empfangsgeräte in einem. Beim Hybrid-TV handelt es sich um ein solches Multiempfangsgerät. Im folgenden Abschnitt soll seine Funktionsweise sowie die verschiedenen Interessengruppen dargestellt werden. Außerdem wird auf eine besondere Form des Hybrid-TVs, den HbbTV, eingegangen.

3.1 Definition und Funktionsweise

Das Hybrid-TV wird auch als Connected-TV, Smart-TV, vernetzter Fernseher oder als internetfähiger Fernseher bezeichnet.³⁰ Der Begriff *hybrid* leitet sich vom lat. „*hybrida*“ ab, welches „Mischling“ oder „von zweierlei Herkunft“ bedeutet.³¹ Es handelt sich also um ein Gerät, in dem zwei verschiedene Technologien genutzt werden können. Das Hybrid-TV verbindet dabei verschiedene Medien in einem Gerät. Fernsehen und Internet können jeweils über Kabel, Satellit, Terrestrik oder Breitbandnetze zugänglich gemacht werden. Dies wird technisch durch den Einbau von Chip-Sätzen sowie einem integrierten Onlineanschluss in ein Fernsehgerät umgesetzt. Für den Hersteller ergeben sich deshalb kaum Mehrkosten.³² Dieselben Ergebnisse wie das Hybrid-TV erzielen Set-Top-Boxen, Digitalreceiver und Blu-Ray-Player mit Schnittstelle für das Internet.³³

Das Hybrid-TV ist von Web-TV und IPTV abzugrenzen, die alle im Bereich der Konvergenz von Fernsehen und Internet angesiedelt sind. Beim Web-TV werden frei empfangbare Programminhalte aus dem Internet genutzt, vor allem Videos und Filme. Web-TV ist IP-basiert.

³⁰ Chardon, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 56; Kurp, Tz 2011, 6; Kogler, K&R 2011, 621; BITKOM 8.4.2010, http://www.bitkom.org/61374_63196.aspx; BITKOM 23.8.2011, http://www.bitkom.org/de/presse/8477_69063.aspx.

³¹ Georges 1985; Hau/Cyffka 2007.

³² Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 337; Sewczyk, tvd 2011, 32; Kurp, Tz 2011, 6.

³³ Kurp, Tz 2011, 7 f.; Klickermann, in: Taeger 2011, 708 f.; Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 29; Die Medienanstalten 2011, 25; ALM 2010, 110.

IPTV wird hingegen durch die Übertragung digitaler Fernsehinhalte über ein geschlossenes Netzwerk ermöglicht. Dabei wird ebenfalls ein breitbandiges IP-Netz eines Internetproviders benötigt. Web-TV und IPTV unterscheiden sich also dadurch, dass sie über ein geschlossenes bzw. ein offenes IP-Netz übertragen werden. Im Unterschied zum Hybrid-TV wird als Empfangsgerät ein Computer genutzt.

Voraussetzungen für die Benutzung sind neben einem Internetzugang und einem Fernsehanschluss schnelle Übertragungsgeschwindigkeiten. Es wird zu Geschwindigkeiten von mindestens 2 MBit/s geraten, da über das Hybrid-TV vor allem audiovisuelle Inhalte rezipiert werden. 2010 lag die durchschnittliche Geschwindigkeit bei Privathaushalten bei 9,2 MBit/s. Nur 12,8% der TV-Haushalte hatten eine Übertragungsgeschwindigkeit von unter 2 MBit/s.³⁴

Neben technischen Voraussetzungen ist auch die Benutzerfreundlichkeit nötig. Diese ist für die Verbreitung des Hybrid-TV als Massenware essentiell und wird derzeit durch verschiedene Studien und die Umsetzung der daraus gewonnenen Erkenntnisse verbessert. Dabei wird vor allem das Konzept zur Steuerung verbessert.³⁵

Um beim Hybrid-TV vom Fernsehbild auf Internetinhalte zu wechseln, kann der Nutzer über die Fernbedienung Widgets oder Apps auf der Plattform des jeweiligen Hybrid-TVs aufrufen. Diese bieten Zugang zu einzelnen Diensten im Internet, welche dann über oder neben das Fernsehbild gelegt werden. Das Prinzip entspricht dem der Smartphone-Apps. Die Navigation erfolgt mit der Fernbedienung. In Zukunft könnten dazu aber auch ein Smartphone oder Tablet-PC genutzt werden.³⁶

³⁴ Dreyer, tvd 2011, 48; ALM 2010, 25; Kurp, Tz 2011, 6 f.; Blödorn/Mohr, MP 2011, 242 f.; Zahlen aus Bundesnetzagentur 2011, 77 f.; nach Sewczyk, tvd 2011, 33 sind 2-8 MBit/s für eine problemlose Nutzung von Internetinhalten nötig.

³⁵ Blödorn/Mohr, MP 2011, 242 f. Sewczyk, tvd 2011, 33 geht von einer bisher mangelhaften Umsetzung aus.

³⁶ Die Medienanstalten 2011, 99; ALM 2010, 112; Ory, AfP 2011, 19; Kurp, Tz 2011, 9; Schmid, ZUM 2011, 458; Seidl/Maisch, K&R 2011, 12; Blödorn/Mohr, MP 2011, 243.

Die Möglichkeiten, die das Hybrid-TV bietet, sind grundsätzlich unbegrenzt. Durch die Installation von Apps oder Widgets können Funktionen nachgerüstet werden. So kann das Hybrid-TV auch individualisiert werden. Beispiele für Anwendungen sind Nachrichten, Wettervorhersagen, Aktienkurse, Fotogalerien, Internet-Radio, Video-on-Demand-Dienste oder Online-Verkaufsplattformen.³⁷ Beschränkungen ergeben sich daraus, dass etwa Flash-Anwendungen nicht genutzt werden können, da sie eine zu hohe Rechenleistung voraussetzen.³⁸ Dies ließe sich in Zukunft jedoch durch Aufrüstung der Geräte ändern. Neue Chancen für das Fernsehen bietet auch die Rückkanalfähigkeit des Internets, also die Möglichkeit zur Interaktivität und Personalisierung.³⁹ Der Zugriff auf das gesamte World Wide Web über einen Browser ist jedoch nur bei einem Teil der Geräte möglich.⁴⁰ Dies liegt hauptsächlich daran, dass die Internetinhalte für die Nutzung auf dem Fernsehbildschirm aufbereitet werden müssen. Im Gegensatz zur Betrachtung von Internetinhalten auf einem Computerbildschirm, befindet sich der Nutzer beim Fernsehen i.d.R. in einer Lean-Back-Situation. Er muss aus mehreren Metern Entfernung den Inhalt erfassen können. Deshalb werden für das Hybrid-TV auch audiovisuelle Inhalte bevorzugt, außerdem weniger Text und größere Darstellungen. Die Aufbereitung kann automatisch entsprechend einer Vorlage, einem sogenannten Template, erfolgen.⁴¹ Allerdings muss diese für jede Plattform einzeln entwickelt werden, da alle Gerätehersteller eigene Plattformen mit unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Apps oder Widgets stellen, die untereinander im Regelfall nicht kompatibel sind. Die Entscheidung für ein Fernsehgerät ist deshalb häufig auch die Entscheidung für ein Portal mit einem bestimmten Angebot.

³⁷ Eimeren/Frees, MP 2011, 339 f.

³⁸ Sewczyk, tvd 2011, 35; Kurp, Tz 2011, 7.

³⁹ Strzebkowski, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 42; Grewenig, Gottberg, tvd 2011, 44; Kurp, Tz 2011, 6, 9; Sewczyk, tvd 2011, 33, 35. Die sich daraus ergebenden datenschutzrechtlichen Fragen sollen im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht behandelt werden.

⁴⁰ Schmid, ZUM 2011, 461; Kurp, Tz 2011, 9; *Die Medienanstalten* 2011, 99; Grewenig, Gottberg, tvd 2011, 45; Strzebkowski, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 39.

⁴¹ Klickermann, in: Taeger 2011, 709; Sewczyk, tvd 2011, 34 f.; Kurp, Tz 2011, 9; Chardon, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 56; Amlung/Fisch, ZUM 2009, 444.

So muss für jedes Angebot auf jeder Plattform eine eigene App oder ein Widget entwickelt werden.⁴² Eine Lösung kann HbbTV bieten.

3.2 Betroffene Interessengruppen

Beim Hybrid-TV treffen die Interessen verschiedenster Gruppen aufeinander. Der Nutzer hat Interesse am Gebrauch der Funktionen des Geräts. Dann existieren verschiedenste Interessen der Inthalteanbieter, also der Diensteanbieter im Internet und Fernsehveranstalter. Ebenso sind die Belange der Telekommunikationsdiensteanbieter betroffen, da diese den Internetzugang und die Übertragung der Internetinhalte ermöglichen. Schließlich sind auch die Interessen der Gerätehersteller des Hybrid-TV zu beachten, der meist auch Plattformbetreiber ist. Als solcher fungiert er als Gatekeeper und kann damit insbesondere die in seinem Portal angebotenen Dienste für seine Kunden vorauswählen.⁴³

3.3 Offener Standard für Hybrid-TV

HbbTV ist eine bestimmte Verknüpfung von Fernsehen und Internet in einem Fernsehgerät. Das Besondere ist, dass bei HbbTV nicht jeder Gerätehersteller ein eigenes System und Portal betreibt. Es ist vielmehr eine herstellerübergreifende Lösung.⁴⁴

HbbTV ist ein im Juni 2010 vom ETSI normierter europäischer offener Industriestandard für Hybrid-TV.⁴⁵ HbbTV wurde unter anderem von verschiedenen, vor allem deutschen Fernsehsendern und der EBU auf Basis von CE-HTML entwickelt und funktioniert für alle Arten von Fernsehnetzen und Internetzugängen. Bei Verwendung von HbbTV müssen Internetinthalteanbieter nicht mehr verschiedene Apps oder Widgets für jede Plattform entwickeln. Dieselbe Anwendung läuft auf allen Geräten, die HbbTV unterstützen.

⁴² Ricke, MMR 2011, 647; Becker, ZUM 2011, 449; Wagner, ZUM 2011, 463; Blödorn/Mohr, MP 2011, 242; Chardon, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 57.

⁴³ Holznagel, MMR 2011, 2; Ory, AfP 2011, 19; Ricke, MMR 2011, 647; Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 325; Brocker, in: Schwartmann 2011, 5. Kap. Rn. 2.

⁴⁴ Blödorn/Mohr, MP 2011, 242; Merkel, IRT Jahresbericht 2010, 17 ff.; Die Medienanstalten 2011, 25; ALM 2010, 110; Ory, AfP 2011, 19; Klickermann, in: Taeger 2011, 709.

⁴⁵ ETSI TS 102 796 (Version 1.1.1.).

Eine Besonderheit des HbbTV ist das sogenannte Red-Button-Prinzip. Dabei erfolgt der Wechsel vom Fernsehprogramm zu Internetbeiträgen über die rote Taste der Fernbedienung. Dies ermöglicht eine einfach handhabbare und verständliche Steuerung.⁴⁶ Durch das Drücken der roten Taste der Fernbedienung gelangt der Nutzer während des Programms auf Zusatzinformationen zum Angebot. Diese werden vom Fernsehveranstalter bereitgestellt, ähnlich dem Videotext. Die Verknüpfung zwischen Fernsehinhalt und diesem Zusatzangebot liegt ausschließlich bei den Sendern, sodass volle Integrität gewährleistet wird.⁴⁷ Diese Art von Zusatzangeboten ist besonders attraktiv, da eine crossmediale Verknüpfung ermöglicht wird. Außerdem führt ein direkter Verweis im Programm, etwa durch die Einblendung des roten Knopfes auf dem Bildschirm, zu einem starken Anstieg des Aufrufs der Webseiten von Fernsehsendern. Zusätzlich ist es auch möglich, zur Plattform des Geräteherstellers zu gelangen und damit andere Internetinhalte aufzurufen.⁴⁸

Die Entwicklung des HbbTV hängt entscheidend davon ab, ob es sich gegen andere Standards durchsetzen kann.⁴⁹ Bisher ist der Weg jedoch recht erfolgreich. Ende 2010 wurde HbbTV bereits von 30 Herstellern und allen großen deutschen Fernsehsendern unterstützt.⁵⁰

⁴⁶ Mit ausführlichen Angaben zur Nutzerfreundlichkeit *Blödorn/Mohr*, MP 2011, 243 ff.; skeptisch *Kurp*, Tz 2011, 10.

⁴⁷ *ALM* 2010, 26; *Seidl/Maisch*, K&R 2011, 12; *Blödorn/Mohr*, MP 2011, 242; *Dreyer*, tvd 2011, 50; *Strzebkowski*, *Gottberg/Graubner*, tvd 2011, 39; ausführlich *Baetz*, Tz 2011, 17 f.

⁴⁸ *Ricke*, MMR 2011, 647; *Klickermann*, in: *Taeger* 2011, 709 f.; *Kurp*, Tz 2011, 9.

⁴⁹ *Klickermann*, in: *Taeger* 2011, 714; *Wagner*, ZUM 2011, 463 nennt andere Standards selbst innerhalb der EU in Großbritannien und Italien; vgl. *Merkel*, IRT Jahresbericht 2010, 19.

⁵⁰ *Merkel*, IRT Jahresbericht 2009, 23; *Sewczyk*, tvd 2011, 34.

4 Entwicklung des medienrechtlichen Rahmens

Nachdem der Blick bisher auf technische und soziale Entwicklungen, insbesondere auch auf das Hybrid-TV, gerichtet war, soll nun der Fokus auf den rechtlichen Rahmenbedingungen gelegt werden.

Der Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet wird durch das Mehrebenensystem geprägt. Treffender Weise wird auch von einem „kaskadenartigen Mehrebenensystem“⁵¹ gesprochen. Besonders die innernationale und europäische Rechtsetzung ist im Medienrecht relevant. Neben dem von der EU gesetzten Sekundärrecht wie der Richtlinie 89/552/EWG (FernsehRL)⁵², Richtlinie 2000/31/EG (EC-RL)⁵³ und Richtlinie 2010/13/EU (AVMD-RL)⁵⁴, sind auch die Menschenrechte der EMRK zu beachten, an welche die EU durch Art. 6 Abs. 2 EUV aber auch Deutschland selbst gebunden ist. Innerhalb Deutschlands findet sich an der Spitze der Hierarchie das deutsche Verfassungsrecht, hier insbesondere die Rundfunkfreiheit. Auf Bundesebene ist etwa das TMG oder das JuSchG zu nennen. Auf Länderebene existiert zum einen der RStV für bundesweiten Rundfunk und zum anderen, ergänzend dazu, medienrechtliche Vorschriften der einzelnen Länder. Dazu kommen normkonkretisierende Verwaltungsvorgaben, etwa die Satzungen und Richtlinien der Landesmedienanstalten.

Im Folgenden werden die Entwicklungen in Deutschland und der EU dargestellt.

⁵¹ *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 19 ff.; *Cole*, in: Schiwy/Schütz/Dörr 2006, 362, 366 f.; *Gounalakis*, ZUM 2003, 180.

⁵² Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. der EG Nr. L 298 vom 17.10.1989, 23-30.

⁵³ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr – e-commerce Richtlinie), ABl. der EG Nr. L 178 vom 17.7.2000, 1-16.

⁵⁴ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. der EU Nr. L 95 vom 15.4.2010, 1-24.

4.1 Nationales Recht

In Deutschland wurden ursprünglich separate Regelungen für jedes Medium geschaffen. Dabei wurde sektorspezifisch an die Art der Übertragung angeknüpft.⁵⁵ Diese Bestimmungen werden zunehmend zusammengeführt.

Im Anschluss soll zunächst auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Rundfunkfreiheit eingegangen werden, bevor die Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern erörtert werden. Zuletzt soll die bereits erwähnte Entwicklung der Mediengesetze dargestellt werden.

4.1.1 Verfassungsrechtlicher Schutz des Rundfunks

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG garantiert die Rundfunkfreiheit. Sie wurde maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgestaltet. Rundfunk ist danach Medium und Faktor der öffentlichen und freien Meinungsbildung.⁵⁶ Die Rundfunkfreiheit ist notwendige Bedingung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und für die freiheitlich demokratische Grundordnung „schlechthin konstituierend“.⁵⁷ Dies begründet die sogenannte dienende Funktion des Rundfunks. Ziel der Rundfunkfreiheit ist, die freie, individuelle und öffentliche Meinungsbildung sicherzustellen.⁵⁸ Neben diesem objektivrechtlichen Gehalt enthält das Grundrecht auch einen abwehrenden Charakter, der sich im Staatsfernegebot wiederfindet. Danach wird ausgeschlossen, dass der Staat mittelbar oder unmittelbar Rundfunk veranstaltet oder einen Veranstalter beherrscht.⁵⁹

Grund für all dies ist der erhebliche Einfluss des Rundfunks auf die Meinungsbildung. Ziel ist daher, die Meinungsvielfalt zu sichern und bereits die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht zu verhin-

⁵⁵ Kamps, in: Klumpp et al. 2006, 133; Holznagel, NJW 2002, 2351; Holznagel/Ricke, MMR 2008, 18; Hain, K&R 2006, 326 spricht dabei von einem „vorkonvergenter Zustand“.

⁵⁶ BVerfGE 12, 205, 260.

⁵⁷ BVerfGE 12, 205, 259 ff.; 57, 295, 321; 73, 118, 152 f.; 74, 297, 325.

⁵⁸ BVerfGE 57, 295, 319 f.; 74, 297, 323 f.; 87, 181, 197.

⁵⁹ BVerfGE 12, 205, 263.

dern, da eine solche Entwicklung besonders schwer rückgängig zu machen wäre.⁶⁰ Die besondere Meinungsbildungsrelevanz ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft des Rundfunks. Breitenwirkung erlangt der Rundfunk vor allem durch seine Reichweite und die Möglichkeit, Teile der Bevölkerung zu beeinflussen. Aktualität ergibt sich aus der schnellen auch zeitgleichen Verbreitung der Inhalte. Die hohe Suggestivkraft schließlich wird durch eine Kombination aus bewegten Bildern und Ton ermöglicht, die eine besonders hohe Authentizität suggerieren.⁶¹

Deshalb ist es die verfassungsrechtliche Aufgabe des Gesetzgebers, eine positive Ordnung für den Rundfunk zu schaffen, die materielle, organisatorische und verfahrensrechtliche Regelungen zu seinem Schutz vorsieht. So soll die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck gelangen.⁶² Für die Ausgestaltung dieses Regulierungssystems bleibt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum.⁶³ Er muss mit dieser Ordnung jedoch auch den privaten Rundfunk erfassen und für ein möglichst hohes Maß an gleichgewichtiger Vielfalt sorgen. Diese Regelungen können allerdings weniger strikt sein als die für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der eine meinungsplurale Grundversorgung gewährleistet.⁶⁴

So ergibt sich ein System abgestufter Regelungsdichte, wobei für die Differenzierung der vermutete Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung heranzuziehen ist. Es handelt sich also um einen funktionalen Rundfunkbegriff.⁶⁵ Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff ist aber nicht auf eine bestimmte Technik beschränkt. Andernfalls könnte der

⁶⁰ BVerfGE 57, 295, 319 f., 323; 73, 118, 160, 172, 175.

⁶¹ BVerfGE 90, 60, 87; 119, 181, 214 f.

⁶² BVerfGE 57, 295, 319 ff.; 83, 238, 322 f.

⁶³ BVerfGE 119, 181, 214 mit Verweis auf BVerfGE 12, 205, 262 f.; 57, 295, 321 f., 325 f.; 83, 238, 296, 315f.

⁶⁴ BVerfGE 57, 295, 324; 73, 118, 158; 83, 238, 286 f.

⁶⁵ BVerfGE 74, 297, 297; 97, 228, 267

Rundfunk bei weiteren technischen und gesellschaftlichen Veränderungen seiner dienenden Funktion nicht mehr gerecht werden.⁶⁶ Am stärksten reguliert wird durch den Gesetzgeber der einfachgesetzliche Rundfunk, also vor allem Hörfunk und Fernsehen, aufgrund seiner gewichtigen Rolle für die öffentliche Meinungsbildung. Er ist bis heute Leitmedium der Meinungsbildung.⁶⁷ Im Gegensatz dazu bietet der Rechtsrahmen für neue Medien größere Freiheiten, da sich das Medium sowie die dahinterstehenden Technologien noch entwickeln. Solche Entwicklungen sollen nicht durch zu enge rechtliche Vorgaben unterbunden werden. Dies deckt sich mit dem Auftrag des Gesetzgebers, Entwicklungsprozesse zu fördern.⁶⁸ Dennoch ist eine Regulierung nötig, da auch durch die neuen Medien möglicherweise größere Gefahren für die Meinungsvielfalt entstehen können.⁶⁹ So hält das Bundesverfassungsgericht auch nach dem Ende der Frequenzknappheit am Erfordernis einer positiven Ordnung fest.⁷⁰

4.1.2 Kompetenzen

Seit dem Aufkommen von Telemedien in den 1990er-Jahren werden verschiedene Informationsarten, wie individuelle Kommunikation und Massenkommunikation, in einzelnen Medien und Diensten vermischt.⁷¹ Spätestens seit dieser Zeit kommt es im nationalen Bereich zu kompetenzrechtlichen Abgrenzungsproblemen.

Grundsätzlich steht die Gesetzgebungskompetenz den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG zu. Ausnahmen gelten nur für die in Art. 70 ff. GG genannten Bereiche. Diese Kompetenzverteilung muss der Bund auch gegenüber der EU beachten.⁷² Die Regulierung des Rundfunks steht

⁶⁶ BVerfGE 74, 297, 350 f.

⁶⁷ Statt vieler *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 93.

⁶⁸ *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 2 Rn. 3; *Brocker*, in: Schwartmann 2011, 5. Kap. Rn. 2.

⁶⁹ BVerfGE 73, 118, 175 f.

⁷⁰ BVerfGE 57, 295, 322; 119, 181, 214; detailliert zur Entwicklung *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 44 f.

⁷¹ *Roßnagel/Kleist/Scheuer* 2007, 95; *Gounalakis*, ZUM 2003, 180; *Zagouras* 2002, 5.

⁷² BVerfGE 92, 203, 230 ff; Art. 23 GG normiert jetzt auch auf nationaler Ebene die Rolle der Länder in der EU, vgl. *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, C Rn. 9.

den Ländern zu. Der Bund hingegen hat die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für Wirtschaft und Telekommunikation inne.⁷³ Der RStV entstand durch das Zusammenwirken der Landesgesetzgeber – dem sogenannten kooperativen Föderalismus – damit länderübergreifende Sachverhalte in Deutschland einheitlich geregelt werden.⁷⁴

Durch das Internet wurde eine neue Materie zwischen Telekommunikation, Rundfunk und allgemeinem Wirtschaftsrecht geschaffen.⁷⁵ Eine Umverteilung der Gesetzgebungskompetenzen durch Grundgesetzänderung war und ist politisch nicht umsetzbar, sodass die Kompetenz der Inhalteregulierung und die der Infrastruktur auseinanderfallen. Teilweise werden auch Bereiche berührt, in denen beide Gesetzgeber Gesetzgebungskompetenzen haben. In diesen Fällen wird mittlerweile versucht, die Gebiete sachbezogen aufzuteilen.⁷⁶

4.1.3 Gesetzesänderungen aufgrund der neuen Medien

Wegen der bereits dargestellten, verflochtenen Kompetenzaufteilung reagierten sowohl der Bund und als auch die Länder durch eine Ausdifferenzierung der Regelungen für die einzelnen, mit Ausbreitung des Internets entstandenen Dienste.⁷⁷ Die Länder schufen gemeinsam den MDStV, während der Bund das IuKDG und damit das TDG und TDDSG erließ. Die aufeinander abgestimmten Regelungen traten zum 1.8.1997 in Kraft. Eine Unterscheidung erfolgte anhand der vermuteten Meinungsrelevanz der Medien. Durch das TDG wurden Dienste der Individualkommunikation erfasst und durch den MDStV solche, die sich an die Allgemeinheit richteten. Die Abgrenzung bereitete aber Schwierigkeiten.⁷⁸

2002 wurde dann der JMStV der Länder geschaffen. Gleichzeitig musste das JuSchG durch den Bund geändert werden, um die zuvor ausge-

⁷³ BVerfGE 12, 205, 225; auch Roßnagel/Kleist/Scheuer 2007, 96; Holznagel, NJW 2002, 2352.

⁷⁴ Cole, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, C Rn. 9.

⁷⁵ Kitz, ZUM 2007, 368; Roßnagel, in: Roßnagel 2005, 1 Rn. 17 ff.

⁷⁶ Cole, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, C Rn. 7.

⁷⁷ Statt vieler Holznagel, NJW 2002, 2352.

⁷⁸ Statt vieler Roßnagel, in: Roßnagel 2005, 1 Rn. 1, 21.

übte konkurrierende Gesetzgebung wieder für die Länder frei zu geben. Es wurde auf die Regulierung von Trägermedien reduziert. Dadurch konnte der JMStV einheitliche Vorgaben für Rundfunk, Tele-dienste und Mediendienste schaffen. Dabei wurden Letztere zum ersten Mal unter den Begriff der Telemedien zusammengefasst.

Seit dem 1.3.2007 existiert nun ein allgemeiner, gemeinsamer Rechts-rahmen für Telemedien und Mediendienste. Der MDStV und das TDG sowie das TDDSG wurden dazu zusammengeführt. Das neu entstan-dene TMG umfasst wirtschaftsbezogene Regelungen der besagten Dienste. Inhaltliche Vorgaben wurden im sechsten Abschnitt des RStV bestimmt. RStV und TMG sind deshalb gem. § 60 Abs. 1 S. 1 RStV so-wie § 1 Abs. 4 TMG für Telemedien nebeneinander anwendbar.

Zwischenzeitlich kam es immer wieder zu Anpassungen des Rechts, insbesondere um europäisches Sekundärrecht umzusetzen. Diese Vor-gaben sollen im Anschluss detailliert dargestellt werden.

Durch all diese Änderungen sollte das alte System der Rundfunkregu-lierung an neue Entwicklungen angepasst werden. Inhaltlich besteht jedoch weiterhin ein abgestuftes System mit verschiedenen Regelun-gen für Rundfunk und Telemedien.⁷⁹ Eine weitere Zusammenführung der gesetzlichen Vorgaben in ein einheitliches Regelwerk ist auch nicht zu erwarten, da – anders als bei konvergenten Diensten – die nö-tigen Kompetenzen nicht gebündelt vorliegen.

4.2 Europäisches Recht

Das europäische Recht hat im Medienbereich großen Einfluss auf die nationale Rechtsordnung. Dies ist auch weiterhin zu erwarten, da die (länderübergreifende) Bedeutung der Medien weiter ansteigt.⁸⁰

Im nachfolgenden Abschnitt werden deshalb die Kompetenzen und die europäische Rechtsetzung, nicht aber die Grundrechte und Grund-freiheiten in der EU betrachtet.

⁷⁹ Statt vieler *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 80.

⁸⁰ Statt vieler *Thaenert*, MMR 2005, 284.

4.2.1 Kompetenzen

Die europäische Rechtsetzung ist durch allgemeine Grundsätze beschränkt. Dabei ist zunächst das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu nennen. Die EU darf danach nur tätig werden, wenn sie im Primärrecht, also dem EUV oder AEUV, konkret dazu ermächtigt wurde.⁸¹ Außerdem ist das Subsidiaritätsprinzip zu beachten. Die EU darf nur insoweit rechtsetzend tätig werden, wie eine Maßnahme auf einer niedrigeren Hierarchieebene nicht ebenso erfolgreich sein kann. Dabei geht die Kommission davon aus, dass im Zusammenhang mit Diensten im Internet und Rundfunk diese Vorgabe aufgrund der überregionalen und globalen Natur der Medien immer erfüllt ist.⁸² Als Kompetenznormen für die Rechtsetzung der EU im Medienbereich kommt Art. 167 AEUV (ex-Art. 151 EGV), die Kulturkompetenz, in Betracht. Allerdings ist im Rahmen dieses Artikels nur die Förderung der Kultur aber keine verbindliche Rechtsetzung erlaubt. Damit bleibt einzig die Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 95 Abs. 1 EGV).⁸³ Daraus ergibt sich das ökonomisch geprägte Verständnis der Medien in der EU. Dennoch wird auch die Meinungsrelevanz der Medien in den Rechtsakten beachtet. Das Hauptgewicht liegt jedoch bei den wirtschaftlichen Interessen.⁸⁴

Zusammenfassend besteht die Rechtsetzungskompetenz der EU allein im Wirtschaftsbereich. Die Regelung der Inhalte obliegt den Mitgliedsstaaten. Ein einheitliches System ist also auch hier ebenfalls in Ermangelung gebündelter Kompetenzen nicht zu erwarten.

4.2.2 Rechtsrahmen

Bereits 1989 wurde die EU mit der FernsehRL im Medienbereich tätig. Diese regelt das grenzüberschreitende Anbieten von Fernsehen. Art. 1 lit. a FernsehRL definiert den Anwendungsbereich der Richtlinie als

⁸¹ Cole, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, C Rn. 5.

⁸² Vgl. Kommission, Grünbuch zur Konvergenz, 38.

⁸³ Roßnagel/Kleist/Scheuer 2007, 40; Ory, in: Wandtke 2011, Kap. 1, Rn. 120 f.

⁸⁴ Vgl. EW 5 AVMD-RL; Roßnagel/Scheuer, MMR 2005, 271; Thaenert, MMR 2005, 279.

Fernsehsendung, also die Erstsending von Fernsehprogrammen zum Empfang durch die Allgemeinheit. Als wichtigste Regelung wurde das Sendelandprinzip in Art. 2 Abs. 1 eingeführt, wonach Dienste nur den Vorschriften ihres Sitzlandes genügen müssen. Es wurde jedoch bereits nach kurzer Zeit festgestellt, dass bei der FernsehRL, insbesondere durch die Anknüpfung an bestimmte technische Verbreitungsformen, „von einem ausreichend zukunftsffenen und zukunftsstauglichen Regelungsregime nicht mehr die Rede sein kann“.⁸⁵

Am 3.12.1997 erschien das Grünbuch zur Konvergenz⁸⁶. Dabei wurde der Begriff der Konvergenz eingeführt. Es stellte den damaligen Stand der Konvergenz und die zu erwartenden Entwicklungen sowie Vorschläge zum Umgang mit dem bis dahin unbekannten Phänomen dar.

2000 wurde durch die EC-RL ein Regelungsrahmen für Dienste der Informationsgesellschaft geschaffen. Nach der Legaldefinition des Art. 2 lit. a EC-RL sind dies alle Dienstleistungen, die in der Regel gegen Entgelt, elektronisch, im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers hin erbracht werden. Entscheidend war vor allem die Normierung der Zulassungsfreiheit für diese Dienste sowie das Herkunftslandprinzip, welches dem Sendelandprinzip entspricht. Im deutschen Recht wurden Teledienste und Mediendienste, die heutigen Telemedien erfasst. Die Umsetzung fand vor allem im TMG statt.⁸⁷

2007 wurde die Richtlinie 2007/65/EG⁸⁸ als Überarbeitung der FernsehRL erlassen, um durch einen kohärenten Rechtsrahmen der Konvergenz der Medien gerecht zu werden und auch neue Übertragungstechniken mit einzubeziehen. Damit sollte die Wahl eines weniger

⁸⁵ Roßnagel/Kleist/Scheuer 2007, 83; ähnlich Roßnagel/Scheuer, MMR 2005, 272.

⁸⁶ Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen der Kommission 1997, http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/legal/com/green_p_97_623_de.pdf.

⁸⁷ Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 41.

⁸⁸ Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. Nr. L 332 vom 18.12.2007, 27-45.

strengen Rechtsrahmens durch die der Technik verhindert werden,⁸⁹ um gleichwertige Wettbewerbsbedingungen und Rechtssicherheit zu schaffen. So wurde die Richtlinie zuerst als „Content-Richtlinie“⁹⁰ geplant. Ziel war ein ausreichend flexibles, den Anforderungen der Konvergenz entsprechendes rechtliches Gerüst, welches dem Nutzer Schutz gewährt, wo er es erwarten kann.⁹¹ Sie wurde 2010 zur AVMD-RL konsolidiert. Der Anwendungsbereich umfasst nun, wie in EW 22 AVMD-RL beschrieben, alle audiovisuellen Massenmedien wegen ihrer potentiellen Wirkung auf die Bürger. Art. 1 Abs. 1 lit. a AVMD-RL definiert demnach audiovisuelle Mediendienste als Dienstleistungen i.S.d. Art. 56 f. AEUV (ex-Art. 49 f. EGV), bei denen eine redaktionelle Verantwortung des Anbieters besteht, deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung ist und die über jegliches elektronische Kommunikationsnetze i.S.d. Art. 2 lit. a der Richtlinie 2002/21/EG⁹² übertragen werden. Dabei sind Mediendienste nach EW 21 AVMD-RL nur Massenmedien, die für einen wesentlichen Teil der Allgemeinheit bestimmt sind und bei diesem eine deutliche Wirkung entfalten können. EW 23 AVMD-RL stellt klar, dass der Begriff „audiovisuell“ für bewegte Bilder mit und ohne Ton steht. Diese Kriterien sollen nach EW 29 AVMD-RL für die Auslegung herangezogen werden. Nicht erfasst werden gem. EW 22, 28 AVMD-RL Dienste, die auf eine individuelle Nutzung abzielen und nicht-ökonomische Dienste sowie die sogenannte elektronische Presse. Auch werden reine E-Commerce-Angebote nicht erfasst, sondern unterliegen ausschließlich den Vorgaben der EC-RL. Mediendienste auf Abruf hingegen unterliegen den wirtschaftlichen Regelungen der EC-RL ebenso wie den inhaltlichen Vorgaben der AVMD-RL.⁹³

⁸⁹ Holznapel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn. 8 ff.

⁹⁰ Vgl. Stender-Vorwachs/Theißen, ZUM 2006, 363.

⁹¹ Kommission, Grünbuch zur Konvergenz, 40; vgl. auch EW 30 AVMD-RL.

⁹² Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. der EG Nr. L 108 vom 24.2.2002, 33-50.

⁹³ EW 19 AVMD-RL; Kogler, K&R 2011, 622 ff.; Stender-Vorwachs/Theißen, ZUM 2007, 615; Schulz, EuZW 2008, 108 f.; Holznapel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn. 12.

Neben den allgemeinen Vorschriften für alle audiovisuellen Mediendienste normiert die AVMD-RL Spezialvorschriften für lineare und nicht-lineare Dienste, welche dann ein abgestuftes System erzeugen. Eine Ausweitung der ursprünglichen Vorschriften auf die neuen Dienste hätte zu einer Überregulierung geführt.⁹⁴ Zur Bestimmung der Pflichten müssen also lineare von nicht-linearen Diensten unterschieden werden.⁹⁵ Linear sind gem. Art. 1 lit. a AVMD-RL Fernsehprogramme i.S.d. Art. 1 lit. e AVMD-RL, also Sendung nach einem festgelegten Zeitplan zum zeitgleichen Empfang. Nichtlineare Dienste hingegen sind audiovisuelle Mediendienste auf Abruf i.S.d. Art. 1 lit. g AVMD-RL, bei denen der Nutzer die Übertragung der Inhalte jederzeit selbst anfordern kann. Dabei wird nach EW 24 AVMD-RL auf die Fernsehähnlichkeit abgestellt. Jedoch werden deshalb nicht alle durch das Hybrid-TV abrufbaren Dienste erfasst, nur weil sie auf das gleiche Publikum ausgerichtet sind wie Fernsehsendung. Insgesamt ist die AVMD-RL zwar unabhängig von der Übertragungsart anwendbar, aber sie ist durch den Verweis auf Übertragungstechniken zumindest technisch geprägt. Sie ist auch nicht inhalteneutral, da etwa EW 21 AVMD-RL Bezug auf Medien mit Inhalten von allgemeinem Interesse nimmt. Im Kern normiert sie Regelungen zu Werbung, Jugendschutz, der Gegendarstellung und das Sendelandprinzip. Die Umsetzung in den Mitgliedsstaaten wird momentan von der Kommission geprüft. Die deutsche Umsetzung trat bereits am 5.6.2010 in Kraft.⁹⁶

Wie etwa die Entwicklung des Hybrid-TV zeigt, war die Revision der FernsehRL zur AVMD-RL sinnvoll, um keine einseitige Regulierung der alten Medien vorzunehmen, wenn neue Medien denselben Rezipientenkreis erreichen. Allerdings werden bei weitem nicht alle Probleme konvergierender Dienste erfasst.⁹⁷

⁹⁴ Castendyk/Böttcher, MMR 2008, 14; Schulz, EuZW 2008, 110; Roßnagel/Kleist/Scheuer 2007, 327; a.A. Gersdorf, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 39.

⁹⁵ Im deutschen Recht wurde die Meinungsrelevanz als Anknüpfungspunkt zur Abgrenzung gewählt. Vgl. Schulz, EuZW 2008, 109; Stender-Vorwachs/Theißen, ZUM 2006, 367 ff.

⁹⁶ Auch zu inhaltlichen Änderungen des TMG Seidl/Maisch, K&R 2011, 11 ff.

⁹⁷ Statt vieler Kogler, K&R 2011, 621 ff.; Holznagel, MMR 2011, 2; Stender-Vorwachs/Theißen, ZUM 2007, 616; Gersdorf, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 39 f.

5 Divergenter Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet

Nach der Darstellung der allgemeinen Entwicklungen des Medienrechts soll nun detailliert der Frage nachgegangen werden, ob der bestehende Rechtsrahmen der Medienkonvergenz gerecht wird. Zentraler Zweck des Medienrechts sind die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und der Schutz der Rundfunkfreiheit.⁹⁸

Bereits 1997 stellte das Grünbuch zur Konvergenz fest, dass eine unterschiedliche Regulierung ähnlicher Dienste ein Hindernis für den Markt darstellen kann.⁹⁹ Beim Hybrid-TV haben Fernseh- und Internetinhalte dieselbe Reichweite. Trotzdem unterliegen sie verschiedenen Vorgaben. Probleme ergeben sich auch dadurch, dass der Nutzer wohl häufig nicht erkennt oder zumindest nicht beachtet, welches Medium er gerade nutzt.¹⁰⁰ Es fragt sich also, ob das derzeitige Rechtssystem seine Ziele trotz der Konvergenz immer noch erreichen kann.

Deshalb wird im Folgenden zunächst eine grundsätzliche Einteilung von Fernsehinhalten und Inhalten des Internets in das einfache Recht erfolgen. Anschließend sollen beispielhaft die Regelungen für beide Medien verglichen und bewertet werden. Dazu wurden solche Rechtsgebiete gewählt, bei denen Diskrepanzen zwischen den beiden Medien bestehen.

5.1 Einordnung von Inhalten in Fernsehen und Internet

Zunächst soll eine grundsätzliche rechtliche Einordnung von Fernseh- und Internetinhalten erfolgen. Es können jedoch vor allem im Bereich des Internets nur Grundzüge dargestellt werden, da viele unterschiedliche Inhalte vorliegen können. Gemeinsam ist den hier untersuchten Angeboten, dass es sich um Inholdedienste handelt und diese dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterfallen.

⁹⁸ Schulz, in: Hahn/Vesting 2008, § 2 Rn. 11 ff.

⁹⁹ Kommission, Grünbuch zur Konvergenz, 19.

¹⁰⁰ Grewenig, Gottberg, tvd 2011, 44.

5.1.1 Einordnung von Angeboten im Fernsehen

Fernsehen stellt einen typischen Anwendungsfall des Rundfunkrechts dar. Dabei ist hier der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff gemeint, der weniger umfassend ist als der verfassungsrechtliche Begriff.¹⁰¹ Die Regelungen des RStV sind bei bundesweiten Angeboten anwendbar, also wenn Angebote aufgrund der Verbreitungstechnik zum Empfang in allen Bundesländern geeignet sind.¹⁰² Bei lokalen oder regionalen Diensten ist das Landesrecht der Bundesländer anzuwenden. § 2 Abs. 1 S. 1 RStV enthält die Legaldefinition des einfachgesetzlichen Rundfunkbegriffs auf Bundesebene. Rundfunk wird danach als linearer Informations- und Kommunikationsdienst in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans verstanden, der durch elektromagnetische Schwingungen zum zeitgleichen Empfang für die Allgemeinheit verbreitet wird. Ist ein Angebot zum zeitgleichen Empfang bestimmt, ist es linear. Dazu zählen auch Dienste, bei denen es technisch bedingt zu kurzen Verzögerungen kommt, etwa das sogenannte Near-Video-on-Demand. Angebote in Bewegtbild und Ton sind der Hörfunk und audiovisuelle Dienste. Bei der Verbreitung entlang eines Sendeplans sind eine festgelegte Struktur, eine bestimmte Abfolge und eine einheitliche Bezeichnung nötig. Unter elektromagnetischen Schwingungen werden alle Formen der unkörperlichen Übertragung verstanden.¹⁰³ Für die Allgemeinheit bestimmt ist ein Angebot, wenn es an einen unbestimmten Empfängerkreis oder zumindest einen nicht mehr überschaubaren Kreis gerichtet ist. Da es sich dabei nur um Massenkommunikation handeln kann, sind Dienste zur Individualkommunikation nicht erfasst. Es ist jedoch ausreichend, wenn die potentielle Empfangbarkeit durch die Öffentlichkeit intendiert war. Häufig wird auch auf die Point-to-Multipoint-Übertragung abgestellt.¹⁰⁴ Ebenso wird in

¹⁰¹ Statt vieler *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 2 Rn. 23.

¹⁰² *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 1, § 20a Rn. 1; *Hartstein et al.* 2010, § 20a Rn. 2.

¹⁰³ Detailliert *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 2 Rn. 40 ff.; *Ory*, in: Wandtke 2011, Kap. 1, Rn. 63; *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 63 ff.

¹⁰⁴ *Klickermann*, in: Taeger 2011, 707; *Schütz*, MMR 2009, 228.

einem Großteil der Literatur vertreten, dass weiterhin auf das Kriterium der Darbietung abzustellen ist, welches zuletzt aus der Definition des RStV gestrichen wurde. Damit soll immer noch eine gewisse Bedeutung für die öffentliche Willensbildung nötig sein.¹⁰⁵ § 2 Abs. 3 RStV enthält Ausnahmeklauseln für kleinere Anbieter ohne entscheidenden Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung. Probleme ergeben sich aus den voneinander abweichenden europäischen und deutschen Definitionen.¹⁰⁶

5.1.2 Einordnung von Angeboten im Internet

Zwar gibt es kein allgemeines Internetgesetzbuch, dennoch sind Internetangebote gesetzlich geregelt. Sie unterliegen denselben Gesetzen wie ihre Pendants in der realen Welt. Da Internetinhalte vielfältiger Art sein können, kommen die verschiedensten Regelungen in Betracht. Das TMG und §§ 54-61 RStV enthalten zudem besondere Vorgaben für Telemedien. Diese sind in § 1 Abs. 1 S. 1 TMG und ebenso in § 2 Abs. 1 S. 3 RStV legaldefiniert. Einziges positives Tatbestandsmerkmal ist die Nonlinearität des Informations- und Kommunikationsdienstes. Negativ werden sie gegenüber Rundfunk und Telekommunikationsdiensten oder telekommunikationsgestützten Diensten gem. § 3 Nr. 24, 25 TKG abgegrenzt, die nur in der Übertragung von Signalen bestehen.¹⁰⁷ Keine Telemedien sind danach Webcasting und Live-Streaming-Angebote, da diese dem Rundfunkbegriff des § 3 Abs. 1 RStV unterfallen, sodass auf sie die Regeln des RStV anwendbar sind. Dahingegen handelt es sich bei Online-Shops, Video-Abrufdiensten sowie Suchmaschinen und den meisten anderen Angebote im Internet um Telemedien.¹⁰⁸ Ferner ist für einige Regelungen eine weitere Unterteilung der Telemedien vorgenommen worden. Diese sollen hier jedoch nicht im Detail vorgestellt werden.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn. 63 f.; *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 26; *Schütz*, MMR 2009, 230 f.; *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 20.

¹⁰⁶ *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 23 ff.

¹⁰⁷ *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 2 Rn. 57; *Held*, in: Hahn/Vesting 2008, § 54 Rn. 27 f.

¹⁰⁸ BT-Drs. 16/3078, 13.

¹⁰⁹ Detailliert *Ory*, in: Wandtke 2011, Kap. 1, Rn. 53 ff.; *Kitz*, ZUM 2007, 369 f.

Die Vorgaben für Telemedien gelten nach dem aus der EC-RL übernommenen und in § 3 TMG normierten Herkunftslandprinzip nur für inländische Dienste.

5.2 Zulassung

Als erstes Beispiel soll die unterschiedliche Regulierung der Zulassung für beide Medien dargestellt werden. Die Zulassung ist ein präventives Instrument der Kontrolle.

5.2.1 Regelungen zur Zulassung von Fernsehsendern

Für Anbieter von Fernsehinhalten normiert §§ 20 ff. RStV ein einheitliches Zulassungserfordernis sowie das Verfahren der Zulassung für den bundesweiten Rundfunk. Für sonstigen Rundfunk gilt das entsprechende Landesrecht. Die Zulassung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird ebenfalls von anderen Bestimmungen geregelt.

5.2.1.1 Zulassungspflicht

Die Zulassungspflicht für alle privaten Fernsehveranstalter ist in § 20 Abs. 1 S. 1 RStV normiert und gilt auch für nicht bundesweit tätige Veranstalter. Veranstalter ist dabei derjenige, der die Programmverantwortung trägt, also die Struktur des Programms festlegt, die Abfolge plant, Sendungen zusammenstellt und ihnen eine einheitliche Bezeichnung gibt.¹¹⁰ Die Zulassung wird nach dem Prinzip der Einzelzulassung für jedes Programm gesondert durch die zuständige Landesmedienanstalt vergeben. Es handelt sich also um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹¹¹

Landesmedienanstalten sind rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts, die staatsfern organisiert und durch die Rundfunkgebühr finanziert werden. Damit arbeiten sie eigenverantwortlich und unterlie-

¹¹⁰ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 20a Rn. 2; *Bumke*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 33.

¹¹¹ *Bumke*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 32; *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 97 f.; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 1.

gen nur einer beschränkten Rechtsaufsicht.¹¹² Derzeit gibt es 14 Landesmedienanstalten, eine in jedem Bundesland mit Ausnahme von Berlin und Brandenburg sowie Hamburg und Schleswig-Holstein, die jeweils gemeinsam eine Landesmedienanstalt betreiben. Die zuständige Landesmedienanstalt wird örtlich bestimmt durch die Stelle, an der sich der Sendemast oder das Kabelnetz befinden. Bei Satellitenübertragung kann die Landesmedienanstalt gewählt werden.¹¹³ Bei bundesweitem Rundfunk ist für die Entscheidung über die Zulassung nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 RStV die ZAK zuständig. Sie besteht gem. § 35 Abs. 3 S. 1 HS 1 RStV aus jeweils einem Vertreter der Landesmedienanstalten und handelt als Organ der zuständigen Landesmedienanstalt. Sie tritt jedoch nicht im Außenverhältnis in Erscheinung.¹¹⁴

§ 20 Abs. 3 RStV regelt ein vereinfachtes Zulassungsverfahren in verschiedenen Fällen mit beschränkter Reichweite. § 20 Abs. 4 RStV normiert Voraussetzungen der Versagung, des Widerrufs der Zulassung und die Auferlegung von Nebenbestimmungen, wenn ein in Deutschland zugelassener Anbieter sein Angebot an das Ausland richtet.¹¹⁵

5.2.1.2 Zulassungsverfahren

Das Zulassungsverfahren beginnt durch Einreichen eines schriftlichen Antrags des Veranstalters bei der zuständigen Landesmedienanstalt. § 21 RStV normiert die Verfahrensgrundsätze. Nach der Generalklausel des § 21 Abs. 1 RStV muss der potentielle Veranstalter alle erforderlichen Informationen beibringen. Die Rechtsnatur der Vorschrift ist strittig. Während des Verfahrens handelt es sich wohl um eine Obliegenheit, da das Missachten der Vorschrift gem. § 21 Abs. 5 RStV die Ablehnung der Zulassung nach sich zieht. Danach besteht eine echte Mitwirkungspflicht.¹¹⁶

¹¹² Held, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 77. Rn. 8, 13; Brocker, in: Schwartmann 2011, 5. Kap. Rn. 8 f.; Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 102 ff.

¹¹³ Bumke, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 41 ff.

¹¹⁴ Statt vieler Holznapel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 5.

¹¹⁵ Detailliert Bumke, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 109 ff.; Holznapel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 24.

¹¹⁶ Holznapel/Krone, in: Spindler/Schuster 2011, § 21 Rn. 7 f.

Jedenfalls müssen dem Antrag wenigstens die in § 21 Abs. 2 RStV genannten Unterlagen beigelegt sein. § 24 RStV garantiert zusätzlich zum allgemeinen Datenschutz die Vertraulichkeit der Informationen des Verfahrens durch die Landesmedienanstalt, wie die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse sowie Betriebsgeheimnisse. Auch §§ 22 f. RStV regeln Rechte und Pflichten der Landesmedienanstalten und des Antragsstellers während des Verfahrens. So sollen die Durchsetzungsmöglichkeiten der Landesmedienanstalten erhöht und eine effektive Aufsicht geschaffen werden.¹¹⁷ Anhand der vorliegenden Informationen wird die Eignung des Antragstellers beurteilt.¹¹⁸

Die Zulassung umfasst nicht mehr notwendigerweise auch die Zuteilung einer Übertragungsmöglichkeit, weil technische Veränderungen dazu geführt haben, dass Antragssteller teilweise bereits selbst Zugang zu Übertragungsmöglichkeiten haben. Diese benötigen also lediglich eine Zulassung zum Veranstellen des Programms.¹¹⁹

Bei gleichzeitiger Zuteilung einer Übertragungskapazität nach den §§ 50 ff. RStV wird eine freie Lizenz durch die Landesmedienanstalten ausgeschrieben. Oft liegen der Landesmedienanstalt dann mehrere zulässige Anträge vor, sodass sie einen Bewerber auswählen muss. Dafür besteht ein bestimmter Katalog von Auswahlgrundsätzen. Entscheidendes Kriterium bei der Selektion ist der Beitrag zur Meinungsvielfalt. Dabei können Binnenpluralität, also die Vielfalt durch das neue Programm selbst, sowie die Außenpluralität, das heißt die Ergänzung der bisherigen Marktteilnehmer, relevant sein.¹²⁰

Über die Auswahl entscheidet gem. § 36 Abs. 3 RStV die GVK. Sie besteht nach § 35 Abs. 4 RStV aus den Vorsitzenden der Beschlussgremien der Landesmedienanstalten. Die Zulassung ist ein Verwaltungsakt

¹¹⁷ *Holznagel/Krone*, in: Spindler/Schuster 2011, § 22 Rn. 2.

¹¹⁸ *Bumke*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 40; *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 97 ff.; *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 18.

¹¹⁹ *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 18; *Bumke*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 44.

¹²⁰ Zum Ablauf *Brocker*, in: Schwartmann 2011, 5. Kap. Rn. 38 ff.; *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 9, 101, 109; auch zu anderen Kriterien *Bumke*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 45 f.; kritisch dazu *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 21.

der zuständigen Landesmedienanstalt i.S.d. § 35 VwVfG.¹²¹ Der Antragssteller hat einen Anspruch darauf, soweit sein Antrag zulässig ist und Übertragungskapazitäten zur Verfügung stehen.¹²²

5.2.1.3 Zulassungsvoraussetzungen

Ein Antrag ist zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Zulassung für bundesweite Fernsehveranstalter nach § 20a RStV erfüllt sind. Ziel der präventiven Kontrolle durch die Zulassung von Fernsehveranstaltern ist es, die publizistische, organisatorische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die Beteiligungsstruktur des Veranstalters zu kennen und zu bewerten.¹²³

Relevant sind danach persönliche Eigenschaften des Antragsstellers und die sachlichen Voraussetzungen gem. §§ 20a ff RStV. § 20a Abs. 1 Nr. 1 RStV fordert vom Antragssteller die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit i.S.d. §§ 104 ff. BGB. Bei juristischen Personen müssen nach § 21 Abs. 2 S. 1 RStV alle Eigenschaften auf die gesetzlichen Vertreter oder Mitglieder zutreffen. Dabei ist die Rechtsform nicht entscheidend. Des Weiteren muss der Antragssteller die Fähigkeit zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes haben (§ 20a Abs. 1 Nr. 2 RStV). Er darf von diesen also nicht gem. § 45 Abs. 1 StGB ausgeschlossen worden sein. Ebenso wenig darf er sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit nach Art. 18 GG verwirkt haben (Nr. 3) oder einer nach Art. 9 Abs. 2 GG verbotenen Vereinigung angehören (Nr. 4). Sein Wohnsitz muss in der EU oder dem EWR sein und er muss gerichtlich verfolgt werden können (Nr. 5). Außerdem muss er allgemein zuverlässig sein (Nr. 6).¹²⁴

Bei der Zulassung ist demnach eine Prognoseentscheidung nötig.¹²⁵ Das bisherige Verhalten des Antragsstellers darf nicht erwarten lassen,

¹²¹ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 5; Bumke, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 52 ff.

¹²² Renck-Laufke, ZUM 2000, 107.

¹²³ Bumke, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 36.

¹²⁴ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 20a Rn. 2 ff.; Bumke, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 34, 37 f.

¹²⁵ BVerfGE, 73, 118, 184.

dass er zukünftig illegal tätig wird. Sollte dieser Fall dennoch eintreten, kann die Zulassung widerrufen werden.

§ 20a Abs. 3 RStV normiert spezielle Ausschlussgründe aufgrund des Staatsfernegebots. Danach darf staatlichen oder politischen Vereinigungen oder Personen in Deutschland und im Ausland keine Zulassung erteilt werden. Das gilt auch für verbundene Unternehmen.¹²⁶

Ökonomisch-finanzielle und organisatorisch-technische Kriterien dürfen bei der Zulassungsfähigkeit überprüft werden, um die Kontinuität des Programms sicherzustellen. Bei der Auswahlentscheidung dürfen sie jedoch nicht herangezogen werden.¹²⁷

Zuletzt ist neben den allgemeinen Informationen zum geplanten Programm bei bundesweiten Fernsehveranstaltungen gem. § 20 Abs. 1 S. 1 HS 1 RStV auch die medienkonzentrationsrechtliche Unbedenklichkeitsbestätigung nach den §§ 25 ff. RStV vorzulegen.¹²⁸

5.2.2 Regelungen zur Zulassung für Internetangebote

Im Gegensatz zu Fernsehprogrammen gilt für Telemedien der Grundsatz der Zulassungsfreiheit. Nur ausnahmsweise ist eine Zulassungspflicht für Telemedien vorgesehen. Für Internetdienste, die Telemedien sind, gilt das Nachfolgende. Für Internetangebote, die als einfachgesetzlicher Rundfunk i.S.d. § 2 Abs. 1 RStV klassifiziert wurden, gelten die zuvor beschriebenen Bestimmungen.

5.2.2.1 Zulassungsfreiheit

§ 54 Abs. 1 S. 1 RStV und § 4 TMG normieren den Grundsatz der Zulassungs- und Anmeldefreiheit für Telemedien. Dies schließt allerdings nicht die Zulassungspflicht oder Anmeldepflicht aufgrund allgemeiner Gesetze aus, wie sie etwa § 14 GewO vorsieht.¹²⁹

¹²⁶ Detailliert *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 20a Rn. 11 ff.

¹²⁷ *Brocker*, in: Schwartmann 2011, 5. Kap. Rn. 30; *Bumke*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 38; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 20a Rn. 2.

¹²⁸ Zum Medienkonzentrationsrecht 5.3.1.2 Medienrechtliche Konzentrationskontrolle.

¹²⁹ Vgl. etwa *Held*, in: Hahn/Vesting 2008, § 54 Rn. 9, 60.

Verfassungsrechtlicher Hintergrund ist, dass Telemedien zwar auch unter den Rundfunkbegriff der Verfassung fallen, aber nicht so stark reguliert werden müssen wie einfachgesetzlicher Rundfunk, solange sie nicht eine ebenso große Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung haben. Außerdem soll die wirtschaftliche Entwicklung der neuen Dienste nicht gefährdet werden, indem ihnen bereits bestehende, strengere Rechtsvorgaben wie beim Rundfunk auferlegt werden.¹³⁰

Den europäischen Hintergrund bildet Art. 4 Abs. 1 EC-RL, der für Dienste der Informationsgesellschaft weder eine Zulassungspflicht noch eine Regelung mit vergleichbarer Wirkung erlaubt.

5.2.2.2 Zulassungspflicht bei rundfunkähnlichen Telemedien

Eine Ausnahme sieht § 20 Abs. 2 RStV für Informations- und Kommunikationsdienste vor, die dem Rundfunk zuzuordnen sind. Dies ist zulässig, da der Schutz des Rundfunks eine Ausnahme rechtfertigt, auch wenn dies zum Teil bestritten wurde.¹³¹ Informations- und Kommunikationsdienst ist ein Oberbegriff für multimediale Angebote. Erforderlich ist, dass diese rundfunkähnlich sind. Eine Definition des Begriffs existiert jedoch nicht. Deshalb ist auf den allgemeinen Rundfunkbegriff des § 2 Abs. 1 RStV abzustellen.¹³² Dazu wurde ein Kriterienkatalog erarbeitet, in dem auch die verfassungsrechtlichen Kriterien, insbesondere Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft herangezogen werden. Entscheidend ist also die Meinungsrelevanz. Dabei sind die Realitätsnähe, die Wirkintensität der verbreiteten Inhalte und ihre redaktionelle Gestaltung sowie die Interaktivität, Reichweite, Rezeptionsmöglichkeiten und tatsächliche Nutzung zu beachten.¹³³

¹³⁰ Vgl. 4.1.1 Verfassungsrechtlicher Schutz des Rundfunks.

¹³¹ Vgl. Gersdorf, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 44.

¹³² Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 8, 10, 40; Schulz, in: Hahn/Vesting 2008, § 2 Rn. 1; Bumke/Schulz, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 61 f.

¹³³ Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, 2.4.1 und 2.4.2, http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf; Bumke/Schulz, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 63 f. mit Verweis auf BVerfGE 90, 60, 87.

I.d.R. ist gerade bei der Breitenwirkung ein deutlicher Unterschied zwischen Fernsehinhalten und Internetinhalten zu verzeichnen. Allerdings nimmt dieser Unterschied derzeit ab. Internetinhalte haben auch häufig eine höhere Aktualität. Die Suggestivkraft des Internets steht jedoch regelmäßig noch hinter der des Fernsehens zurück.¹³⁴ Insgesamt sind hohe Anforderungen zu erfüllen, um als rundfunkähnlicher Dienst eingestuft zu werden.¹³⁵

Die Einzelfallentscheidung über die Zuordnung zum Rundfunk trifft gem. § 20 Abs. 2 S. 2 RStV die zuständige Landesmedienanstalt. Diese bestimmt sich durch allgemeines Verwaltungsrecht nach dem Bezirk des Unternehmens oder der Betriebsstelle. Soweit der Dienst mehr als ein Bundesland versorgt, können mehrere Behörden zuständig sein. Entscheidend ist dann, welche zuerst mit der Sache befasst wurde. Dies trifft auf alle Internetinhalte zu. Die Entscheidung wird nach § 36 Abs. 2 Nr. 8 1. HS RStV einstimmig durch die ZAK getroffen. Dort sind alle Landesmedienanstalten gem. § 35 Abs. 3 S. 1 RStV mit einer Person vertreten, sodass insgesamt das Einverständnis aller Landesmedienanstalten nötig ist. Durch die einvernehmliche Entscheidungsfindung soll eine einheitliche Auslegung und Anwendung der Bestimmungen in allen Ländern gefördert werden.¹³⁶

Sollte bei der Prüfung der Rundfunkähnlichkeit festgestellt werden, dass die Voraussetzungen erfüllt sind, wird das Telemedium nach § 20 Abs. 2 S. 2 RStV durch einen feststellenden Verwaltungsakt dem Rundfunk zugeordnet. Ansonsten ergeht eine Unbedenklichkeitsbescheinigung i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 3 RStV. Auf die Zuordnung zum Rundfunk kann der Anbieter nach § 20 Abs. 2 S. 2 RStV reagieren, indem er unverzüglich einen Antrag auf Zulassung stellt (Alt. 1) oder innerhalb von drei Monaten sein Angebot so ändert, dass es sich nicht

¹³⁴ *Bumke/Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 66 f.; *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 43.

¹³⁵ *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 39; *Ory*, in: Wandtke 2011, Kap. 1, Rn. 70 ff. mit einzelnen Beispielen.

¹³⁶ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 12; *Bumke/Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 59, 87 ff.

mehr um Rundfunk handelt (Alt. 2). Anbieter i.S.d. Norm ist einzig derjenige der inhaltlich Einfluss auf das Angebot hat.¹³⁷

5.2.2.3 Rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung

Weil mit der Zuordnung eines Telemediums zum Rundfunk eine Vielzahl an Folgen verbunden ist, wird den Telemedienanbieter die Möglichkeit gegeben, selbst einen Antrag auf rundfunkrechtliche Unbedenklichkeit nach § 20 Abs. 2 S. 3 RStV zu stellen, um Rechtssicherheit über den anwendbaren Regelungsrahmen zu erhalten. Der Antrag kann bei Bundesländer übergreifenden Diensten, die im Internet üblich sind, bei jeder Landesmedienanstalt gestellt werden. Er kann bereits vor Aufnahme des Betriebs gestellt werden. Die zuständige Landesmedienanstalt entscheidet über den Antrag, ohne die anderen Landesmedienanstalten einzubeziehen.¹³⁸ Daher stellt sich die Frage, inwieweit die Unbedenklichkeitsbescheinigung verbindlich ist. Dabei spricht das überzeugendere Argument für eine Verbindlichkeit der Bescheinigung. Andernfalls gäbe es keinen Anreiz für einen Anbieter, sich freiwillig einer solchen Prüfung zu unterziehen, da der Zweck, nämlich die Rechtssicherheit, nicht erreicht werden könnte.¹³⁹

5.2.3 Keine Zulassungspflicht für Internetangebote

Bereits das Grünbuch zur Konvergenz sah die Zulassung als eines der wichtigsten Mittel zur Kontrolle der Märkte an.¹⁴⁰ Dies ist jedoch nur für Rundfunkveranstalter möglich. Im Internet findet hingegen i.d.R. keine Vorabkontrolle der Anbieter und ihrer geplanten Inhalte statt. Andererseits wäre es in Anbetracht der Internationalität von Internetinhalten auch kaum möglich, eine Zulassungspflicht effektiv durchzusetzen. Gerade solche Dienste, die Probleme bei der Zulassung befürchten müssten, würden abwandern und sich damit der Kontrolle

¹³⁷ So überzeugend *Bumke/Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 83.

¹³⁸ *Bumke/Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 96 ff.

¹³⁹ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 Rn. 15; *Bumke/Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 20 Rn. 100; a.A. *Harstein et al.* 2010, § 20 Rn. 14a; *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 38.

¹⁴⁰ *Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz, 26.

durch das deutsche Recht vollständig entziehen. Ebenso könnten neue Entwicklungen unterbunden werden oder in Deutschland zumindest weniger attraktiv sein.

Bedenkt man, dass Internetinhalte den Rezipienten durch das Hybrid-TV gleichzeitig mit den Fernsehinhalten erreichen, erscheinen unterschiedliche Anforderungen an beide nicht gerechtfertigt. Dennoch muss man davon ausgehen, dass die Mehrzahl der Telemedien keinen so großen Rezipientenkreis wie Fernsehprogramme hat. Zudem werden besonders meinungsrelevante Internetdienste bereits jetzt durch § 20 Abs. 2 RStV der Zulassungspflicht unterworfen. Eine Zulassungspflicht würde auch das Wesen des Internets als „Mitmachmedium“ beschränken. Dies ist einer der größten Vorteile des Internets. Die Abschaffung dieser Möglichkeiten kann nicht gewünscht sein. Die Beschränkung der Zulassungspflicht auf bestimmte Dienstetypen, die eine besondere Relevanz für die Meinungsbildung haben, scheitert daran, dass eine Festlegung von Typen schwer möglich ist, ebenso wie die Prognose, welche Internetinhalte die Aufmerksamkeit des Großteils der Bevölkerung auf sich ziehen werden. Von einer allgemeinen Zulassungspflicht für Telemedien sollte also trotz des Hybrid-TV abgesehen werden.

5.3 Konzentrationskontrolle

Ebenfalls bei der Zulassung zu beachten sind Aspekte der Medienkonzentration. Gerade in der Medienbranche bestehen, wie bereits eingangs erwähnt, starke Tendenzen zur Konzentration. Außerdem breitet sich bei liberalen Regulierungen die Tendenz zur Massenattraktivität weiter aus. So können höhere Werbegelder eingenommen werden, da ein größeres Publikum interessiert ist und der Preis der Werbezeiten i.d.R. von den zu erwartenden Zuschauerzahlen abhängt. Eine solche Verschiebung hin zu massenattraktiven Angeboten gefährdet jedoch die Vielfalt der Angebote.¹⁴¹

¹⁴¹ BVerfGE 119, 181, 215 f.

Unter Konzentrationskontrolle soll im Folgenden sowohl die medienrechtliche als auch die kartellrechtliche Konzentrationskontrolle verstanden werden. Erstere ist in §§ 25 ff. RStV normiert und dient dem verfassungsrechtlichen Auftrag der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht. Die EU hat keine Kompetenz für Maßnahmen der Vielfaltssicherung. Ein entsprechender interner Richtlinienentwurf wurde zurückgezogen.¹⁴² Die kartellrechtliche Konzentrationskontrolle ist im GWB und im europäischen Kartellrecht festgelegt, wobei im Folgenden ausschließlich das Fusionskontrollrecht behandelt werden soll. Dieses stellt das Pendant zur Medienkonzentrationskontrolle dar.

5.3.1 Konzentrationsrechtliche Kontrollen im Fernsehen

Bei der Betrachtung der Konzentrationskontrolle von Fernsehveranstaltern ist zwischen zwei verschiedenen Beziehungen zu unterscheiden. Auf der einen Seite steht das Verhältnis zum Rezipienten. Eine große Reichweite ist Voraussetzung für den Absatz von Werbung. Mit massenattraktiven Angeboten können höhere Einnahmen erzielt werden. Auf der anderen Seite stehen die Beziehung zu den Werbenden und damit der Absatz der Werbung. Damit wird wiederum das Programm finanziert und durch gutes Programm die Gunst der Rezipienten gewonnen oder vergrößert. Man spricht dabei auch von der Werbeeinnahmen-Reichweiten-Spirale.¹⁴³

5.3.1.1 Medien- und kartellrechtliches Konzentrationsrecht

Sowohl das Medienrecht als auch das Kartellrecht halten Instrumente zur Kontrolle von Konzentration im Fernsehsektor bereit. Deshalb ist ihr Verhältnis zu klären. Sie unterscheiden sich durch ihre Zielsetzung. Das medienspezifische Konzentrationsrecht soll für publizistische Vielfalt sorgen und vorherrschende Meinungsmacht verhindern. Der Rezipientenmarkt steht im Mittelpunkt. Die kartellrechtliche Kontrolle hingegen sorgt für die Beschränkung wirtschaftlicher Macht. Sie

¹⁴² Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim 2009, Art. 151 EGV, Rn. 213.

¹⁴³ KEK 2010, 357; BVerfGE 119, 181, 215 f.

reguliert also den ökonomischen Wettbewerb. Dabei unterstützt sie gleichzeitig auch die Ziele des Medienkonzentrationsrechts, da publizistische Meinungsmacht i.d.R. durch teure Angebote finanziert werden muss. Allerdings wird das Medienkonzentrationsrecht dadurch nicht überflüssig, da es über weitergehende Kontrollmöglichkeiten, wie die Kontrolle des internen Wachstums, verfügt.¹⁴⁴

Außerdem werden die Bestimmungen von verschiedenen Gesetzgebern erlassen. Die Länder regeln die medienrechtliche Konzentrationskontrolle. Für bundesweiten privaten Rundfunk sind §§ 25 ff. RStV relevant. Der Bund hingegen regelt aufgrund seiner allgemeinen Wirtschaftskompetenz das Kartellrecht im GWB. Auf diesem Gebiet ist auch der europäische Gesetzgeber tätig. Die verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen erzeugen jedoch keine Sperrwirkung, da die Regelungen verschiedene Ziele verfolgen. Sie sind also nebeneinander anwendbar.¹⁴⁵ Für das Verhältnis des Medienkonzentrationsrechts und der europäischen Fusionskontrolle stellt dies Art. 21 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (FKVO)¹⁴⁶ fest.

5.3.1.2 Medienrechtliche Konzentrationskontrolle

Die medienrechtliche Konzentrationskontrolle erfolgt präventiv während des Zulassungsverfahrens. §§ 25 ff. RStV normiert das Medienkonzentrationsrecht für bundesweite private Fernsehveranstalter. § 26 RStV stellt dabei die zentrale Norm dar. Sie legt in Abs. 1 den Grundsatz fest, dass jedes Unternehmen unbegrenzt viele Programme veranstalten darf, solange dadurch keine vorherrschende Meinungsmacht

¹⁴⁴ Ausführlich etwa *Paal* 2010, 130 ff.; *Nehl* 2003, 1 ff.

¹⁴⁵ *Zagouras* 2002, 255, 284 f.; *Trute*, in: *Hahn/Vesting* 2008, § 26 Rn. 2, 9; *Beckmann/Müller*, in: *Hoeren/Sieber* 2011, Teil 10 Rn. 30, 117; kritisch *Müller*, *MMR* 2006, 126; *Paal* 2010, 304.

¹⁴⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung), ABl. der EU Nr. L 24 vom 29.1.2004, 1-22.

entsteht. Es liegt also ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor. Der Unternehmensbegriff ist neutral und umfasst auch natürliche Personen.¹⁴⁷

Der zentrale Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht beschreibt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den „einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss einzelner Veranstalter und Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung“.¹⁴⁸ Vorherrschende Marktmacht stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der grundrechtskonform auszulegen und weiter als der Begriff der beherrschenden Macht im Kartellrecht ist.¹⁴⁹ Die Beweislast für das Nichtvorhandensein vorherrschender Meinungsmacht trägt der Fernsehveranstalter.¹⁵⁰

5.3.1.2.1 Zuschaueranteilsmodell

Seit 1997 wird zum Operationalisieren des Begriffs der vorherrschenden Meinungsmacht das Zuschaueranteilsmodell verwendet. Dazu wird die publizistische Wirkung der Medien in Zuschauermarktanteile umgerechnet. Die Anwendung des Medienkonzentrationsrechts ist von der Beteiligung eines Fernsehveranstalters abhängig. Andernfalls findet keine medienrechtliche Konzentrationskontrolle statt.¹⁵¹

Zunächst fragt sich, welche Programme für die Berechnung des Marktanteils eines Unternehmens einzubeziehen sind. Dies ergibt sich aus § 28 RStV, der einen unternehmensbezogenen Fokus normiert.¹⁵² Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 RStV werden alle selbst veranstalteten Programme zusammengezählt, also alle, für die selbst eine Zulassung erworben wurde. Außerdem werden die Programme hinzugezählt, die von Veranstaltern gezeigt werden, an denen das Unternehmen unmit-

¹⁴⁷ Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 33; Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 4.

¹⁴⁸ BVerfGE 73, 118, 160.

¹⁴⁹ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 20; Renck-Laufke, ZUM 2000, 109; Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 47 f.

¹⁵⁰ Renck-Laufke, ZUM 2000, 108 f.

¹⁵¹ Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 341; Klickermann, in: Taeger 2011, 718.

¹⁵² Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 28 Rn. 1.

telbar beteiligt ist (Alt. 2). Dazu muss es einen Anteil von 25 % oder mehr am Stammkapital oder den Stimmrechten haben, da ab dieser Höhe eine Sperrminorität besteht. Damit kann das Unternehmen gesellschaftsrechtliche Grundlagenbeschlüsse und Strukturentscheidungen blockieren.¹⁵³ Aber auch die mittelbare Beteiligung an Veranstaltungen ist nach § 28 Abs. 1 S. 2 RStV ausreichend, um ein Programm einem Unternehmen zuzurechnen. In diesem Fall ist das beteiligte Unternehmen ein verbundenes Unternehmen i.S.d. § 15 AktG. Das Beteiligungsunternehmen muss selbst mit wenigstens 25 % am Veranstalter beteiligt sein.¹⁵⁴ Zuletzt werden auch andere Fälle dauerhafter faktischer Einflussmöglichkeit durch die Auffangnorm des § 28 Abs. 2 RStV erfasst. Dabei reicht es aus, wenn die Einflussnahme möglich ist. Sie muss nicht ausgeübt werden.¹⁵⁵ Außerdem sehen § 28 Abs. 3, 4 RStV Sonderregelungen bei Unternehmen mit Sitz im Ausland und bei Beteiligung von Angehörigen vor. Trifft eine der vorgenannten Bedingungen zu, wird das Programm dem Unternehmen voll zugerechnet, sonst gar nicht. Eine graduelle Zurechnung erfolgt nie.¹⁵⁶

§ 26 Abs. 2 RStV normiert sodann drei widerlegbare Vermutungen zum Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht.¹⁵⁷ Nach § 26 Abs. 2 S. 1 RStV ist dies der Fall, wenn ein Unternehmen mit allen ihm zurechenbaren Programmen im Durchschnitt eines Jahres 30 % der Zuschaueranteile auf dem Fernsehmarkt hält. Sie liegt ebenso vor, wenn ein Unternehmen 25 % Zuschaueranteile auf dem Fernsehmarkt hält und zusätzlich eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt einnimmt (§ 26 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 RStV).¹⁵⁸

¹⁵³ Hartstein et al. 2010, § 28 Rn. 4; Zagouras 2002, 258; Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 28 Rn. 5; Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 28 Rn. 5

¹⁵⁴ Detailliert Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 28 Rn. 6.

¹⁵⁵ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 28 Rn. 11 f.; Zagouras 2002, 260 ff.; Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 28 Rn. 9.

¹⁵⁶ Zagouras 2002, 259; Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 28 Rn. 1.

¹⁵⁷ Zur Widerlegbarkeit Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 23; Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 10; Renck-Laufke, ZUM 2000, 108.

¹⁵⁸ Diese Vorschrift ersetzte die frühere Geringfügigkeitsklausel. Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 13

Es reicht eine einzige marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt aus, um die Divergenz von 5 % der Fernsehzuschaueranteile auszugleichen. Die marktbeherrschende Stellung entspricht also etwa 5 % der Fernsehzuschaueranteile – unabhängig davon, welcher Markt betroffen ist.¹⁵⁹ Zu diesen Märkten zählen jedenfalls „Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte sowie Produktion“.¹⁶⁰ Es existieren jedoch keine allgemeinen Kriterien für ihre Bestimmung. Internetinhalte sind allerdings auch mit einzubeziehen. Insgesamt wird durch diese Norm dem sogenannten „Cross Media Ownership“ Rechnung getragen.¹⁶¹ Die KEK, der nach § 36 Abs. 4 RStV die abschließende Beurteilung von Fragen der Sicherung von Meinungsvielfalt bei bundesweitem Fernsehen obliegt, hat ein Verrechnungsmodell für andere Medien geschaffen. Dabei werden die Marktanteile auf anderen Medienmärkten nach ihrer Meinungsrelevanz gewichtet und zu dem Fernsehwert addiert. Dabei wird auf die verfassungsrechtlichen Kriterien der Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität abgestellt.¹⁶² Diese Methode stieß in der Literatur auf heftige Kritik, da die Umrechnung des Einflusses anderer Medien in Fernsehzuschaueranteile häufig nicht nachvollziehbar ist.¹⁶³

Zuletzt vermutet § 26 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 RStV vorherrschende Meinungsmacht bei einer Gesamtbeurteilung der Aktivitäten in Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten, die einem Zuschaueranteil von 30 % entspricht. Dabei werden keine weiteren Anhaltspunkte für die Bewertung gegeben. Durch die Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen ist die Beurteilung schwierig, sodass wegen ihrer leichten Angreifbarkeit nur selten auf sie zurückgegriffen wird.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 45.

¹⁶⁰ Hartstein et al. 2010, § 26, Rn. 1; detailliert auch Renck-Laufke, ZUM 2000, 111 ff.

¹⁶¹ Klickermann, in: Taeger 2011, 718; Hain, K&R 2006, 331; Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 24.

¹⁶² Vgl. KEK, ProSieben/Springer Beschluss 293-1 bis -5, <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>, 83 ff.; Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 43.

¹⁶³ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 17 m.w.N.; Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 49a; Schmid/Kitz, ZUM 2009, 741; Müller, MMR 2006, 126.

¹⁶⁴ Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 50 ff.

Bei der Berechnung sind auch die Bonusregeln des § 26 Abs. 2 S. 3 RStV zu beachten. Danach werden vom tatsächlichen Zuschaueranteil zwei Prozentpunkte abgezogen, wenn das zurechenbare Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil ein Fensterprogramm nach § 25 Abs. 4 RStV enthält. Weitere drei Prozentpunkte erhält das Unternehmen gutgeschrieben, wenn es Sendezeiten für Dritte nach §§ 26 Abs. 5 i.V.m. 31 RStV vorsieht. Die zweite Bonusregel kann nur kumulativ mit der ersten Maßnahme angerechnet werden.¹⁶⁵ Die Kompetenz zur Beurteilung, ob Sendezeiten für Dritte vorliegen, obliegt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 6 RStV der ZAK.

Unklar ist bisher das Verhältnis der Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV und der Vermutungsregeln des Abs. 2.¹⁶⁶ Es wird sowohl vertreten, dass die Vermutungsregeln als nicht abschließende Beispiele für vorherrschende Meinungsmacht zu interpretieren sind,¹⁶⁷ als auch, dass es sich dabei um abschließende Beispiele handelt. Vorherrschende Meinungsmacht setzt dann zwingend das Überschreiten einer der genannten Schwellenwerte voraus.¹⁶⁸ Als vermittelnde Position wird vertreten, dass es sich bei den Vermutungsregeln um ein gesetzliches Leitbild handelt.¹⁶⁹ Die besten Argumente streiten m.E. für die letzte Alternative. Nur durch einen allgemeinen Tatbestand können die verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie die Entwicklungsoffenheit, erfüllt werden. Vorherrschende Meinungsmacht kann auch durch eine starke Stellung auf vielen Märkten erreicht werden, insbesondere wenn gegenseitig auf die Angebote in den verschiedenen Medien verwiesen wird. Allerdings sind besondere Anforderungen an die Begründung der vorherrschenden Meinungsmacht zu stellen, wenn die Vermutungsregeln nicht greifen. Die Entscheidung über diesen Streit könnte

¹⁶⁵ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 24.

¹⁶⁶ Detailliert dazu *Paal* 2010, 264 ff.

¹⁶⁷ Vgl. KEK, ProSieben/Springer, Beschluss vom 10.1.2006, 293-1 bis -5, <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf>, 70 ff.; *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 30, 36 ff., 42 ff.; *Zagouras* 2002, 254; *Renck-Laufke*, ZUM 2000, 108.

¹⁶⁸ *Müller*, MMR 2006, 126; *Hartstein et al.* 2010, § 26 Rn. 8.

¹⁶⁹ *Dörr*, in: *Dörr/Kreile/Cole* 2008, F Rn. 22, 39 ff.; *Paal* 2010, 269 f.

ein Fall bringen, der derzeit dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorliegt.¹⁷⁰

Der Zuschaueranteil eines Programms wird nach § 27 RStV auf Basis der Zuschauer aller deutschsprachigen Programme des privaten sowie des öffentlich-rechtlichen Fernsehens berechnet. Dabei wird ein einheitlicher Programmbegriff verwendet, der nicht zwischen Teilmärkten oder unterschiedlichen Übertragungswegen differenziert.¹⁷¹ Kritik wird an der Beschränkung auf die deutsche Sprache geübt, da durch die Globalisierung und das Zusammenwachsen der EU Programme von Sendern wie BBC und CNN oft teilweise häufig konsumiert werden wie deutschsprachige Programme.¹⁷² Außerdem gibt es einen großen Anteil ausländischer Mitbürger, die ausländische Medien konsumieren. Auch diese sind Träger des Grundrechts auf Informationsfreiheit, welchem die Rundfunkfreiheit dient. Es handelt sich dabei nämlich um ein sogenanntes „Jedermannsrecht“, welches für alle Personen in Deutschland gilt.¹⁷³ Außerdem wird kritisiert, dass auch öffentlich-rechtliche Programme in die Grundsumme einfließen. Diese halten zusammen über 40 % des Marktes. Es bleiben also weniger als 60 %, die potentiell von privaten Unternehmen eingenommen werden könnten. Somit reichen zwei Unternehmen, die sich den privaten Fernsehmarkt teilen, um die 30 %-Grenze nicht zu überschreiten.¹⁷⁴ Für die bestehende Norm spricht der einheitliche Fernsehmarkt, etwa auch die Konkurrenz von privaten und öffentlich-rechtlichen Sendern um Werbung.¹⁷⁵ Dennoch wurden die Werte m.E. zu hoch angesetzt. Denn auch im Privatfernsehen muss Vielfalt herrschen. Zwei Anbieter kön-

¹⁷⁰ Vgl. *BVerwG*, AZ 6 C 16.09; detailliert zum Meinungsstreit *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/ Schuster 2011, § 26 Rn. 6 f.

¹⁷¹ *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 27 Rn. 5 ff.

¹⁷² *Paal* 2010, 270; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 27 Rn. 7; *Trute*, in: Hahn/ Vesting 2008, § 27 Rn. 12 ff.

¹⁷³ *Herzog*, in: Dürig/Maunz 2011, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 49.

¹⁷⁴ *Renck-Laufke*, ZUM 2000, 109; *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 23; zu den Werten *Dörr/Heer-Reißmann*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 64.

¹⁷⁵ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 27 Rn. 6; *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 27 Rn. 15.

nen diese aber nicht gewährleisten. Hintergrund für die Bestimmung der Schwellenwerte war die Anpassung an die bereits bestehenden Zuschaueranteile zur Zeit ihrer Einführung. Bis heute gab es keine Entflechtung nach § 26 Abs. 2 S. 1 RStV.¹⁷⁶ So nahm etwa die RTL-Group mit ihren Programmen RTL, RTL II, Super RTL, VOX und n-tv 2009 25,2 % der Zuschaueranteile ein und die ProSiebenSat.1 Media AG mit Sat.1, ProSieben, kabel eins, 9Live und N24 22 %.¹⁷⁷

Der Anteil ist als Durchschnitt der letzten zwölf Monate ab Einleitung des Verfahrens zu berechnen. So sollen saisonale Schwankungen ausgeglichen werden. Es sollten aber auch Tendenzen zum Entscheidungszeitpunkt beachtet werden, insbesondere wenn dabei auffällige Veränderungen zu erkennen sind. Schließlich ist ein präventives Einschreiten gegen Meinungsmacht gefordert.¹⁷⁸

Die Ermittlung des Zuschaueranteils obliegt der zuständigen Landesmedienanstalt. Dabei wird intern die KEK tätig, die wiederum gem. § 27 Abs. 2 RStV ein anderes Unternehmen mit der Berechnung beauftragt. Eine geplante Ausschreibung wurde jedoch aus politischen Gründen zurückgenommen.¹⁷⁹ Die KEK setzt sich nach § 35 Abs. 5 S. 1 RStV aus sechs Sachverständigen des Rundfunk- und des Wirtschaftsrechts zusammen, wovon drei eine Befähigung zum Richteramt haben müssen. Außerdem sind sechs gesetzliche Vertreter der Landesmedienanstalten beteiligt. Wie die ZAK und die GVK handelt auch die KEK als nicht-selbstständiges Organ der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt (§ 35 Abs. 2 S. 2 RStV) und tritt nicht im Außenverhältnis auf.¹⁸⁰ Ihre Entscheidung ist gem. § 35 Abs. 9 S. 5 RStV für die Lan-

¹⁷⁶ *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 29, 36; *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 23; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 27 Rn. 1, § 26 Rn. 10; *Paal* 2010, 260 f., zu Problemen der Messung von Vielfalt 80 f.; zum grundlegenden Phänomen *Meier/Trappel*, in: Klumpp et al. 2006, 228 f.

¹⁷⁷ *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 22; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 34 Rn. 2.

¹⁷⁸ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 27 Rn. 8 ff.; *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 27 Rn. 19; Vgl. 4.1.1 Verfassungsrechtlicher Schutz des Rundfunks.

¹⁷⁹ *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 15.

¹⁸⁰ *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 27 Rn. 21; *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 13.

desmedienanstalt verbindlich. So sollen bundeseinheitliche Entscheidungen getroffen und eine standortunabhängige Kontrolle ermöglicht werden. Derzeit wird für die Berechnung des Zuschaueranteils § 34 RStV, eine Übergangsbestimmung, angewandt. Danach werden die Daten der Gesellschaft für Konsumforschung, die sogenannten Quoten, herangezogen. Neue Versuche, ein anderes Unternehmen zu beauftragen, gab es nicht. Das Verfahren wird offensichtlich als dauerhafte Lösung verstanden.¹⁸¹

5.3.1.2.2 Unbedenklichkeitsbestätigung

Für die Veränderung einer Beteiligung benötigt der Fernsehveranstalter eine Unbedenklichkeitsbescheinigung. Diese ist gem. § 29 S. 3 RStV nur unter denselben Bedingungen wie eine neuerliche Zulassung und aufgrund eines Beschlusses der KEK zu gewähren. Dazu ist eine hypothetische Überprüfung nötig.¹⁸²

Um zu garantieren, dass eine solche Prüfung tatsächlich vorgenommen werden kann, sieht § 29 S. 1 RStV eine Anmeldepflicht bei der Landesmedienanstalt für jede geplante Veränderung von Beteiligungsverhältnissen vor. Es sind auch Veränderungen anzumelden, die unter § 28 Abs. 2 RStV fallen, da diese potentiell für die Entstehung von Meinungsmacht relevant sind. Eine Anmeldung muss auch dann erfolgen, wenn die Veränderung konzentrationsrechtlich nicht relevant ist. Sie ist noch vor dem Vollzug anzumelden, wenn sich das Vorhaben hinreichend konkretisiert hat.¹⁸³

Sollten die Veränderungen der hypothetischen Prüfung nicht standhalten, ist die Zulassung gem. § 29 S. 4 RStV zwingend zu widerrufen.

¹⁸¹ *Hartstein et al.* 2010, § 27 Rn. 11; *Holznagel/Grünwald*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 34 Rn. 4; *Dörr*, in: *Dörr/Kreile/Cole* 2008, F Rn. 10.

¹⁸² *Zagouras* 2002, 278.

¹⁸³ *Holznagel/Grünwald*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 29 Rn. 2 ff.; *Trute*, in: *Hahn/Vesting* 2008, § 29 Rn. 5 f.

5.3.1.2.3 Maßnahmen bei externem und internem Wachstum

Wird vorherrschende Meinungsmacht festgestellt, bestehen verschiedene Handlungsalternativen. Ist sie durch externes Wachstum entstanden, also durch Hinzukommen neuer Programme, ist § 26 Abs. 3 RStV einschlägig.¹⁸⁴ Dann darf keine Zulassung oder Unbedenklichkeitserklärung mehr erteilt werden. Dabei handelt es sich für die Landesmedienanstalten um eine zwingende Vorschrift. Strittig ist, ob durch das Ergreifen vielfaltssichernder Maßnahmen die Rechtsfolge abgewandt werden kann.¹⁸⁵ Dies erscheint jedoch systemwidrig, da das Ergreifen vielfaltssichernder Maßnahmen bereits die Frage des Vorliegens vorherrschender Meinungsmacht beeinflusst. Sie werden also bereits früher in der Prüfung einbezogen. Außerdem spricht der Gesetzestext klar von einem Verbot. Er bietet keine Auswahl.

Andere Maßnahmen nennt bei internem Wachstum § 26 Abs. 4 RStV. Darum handelt es sich, wenn der Zuschaueranteil der bereits zugelassenen Programme über den Schwellenwert steigt.¹⁸⁶ In diesem Fall werden gem. § 26 Abs. 4 S. 2-4 RStV zunächst Maßnahmen zwischen dem Unternehmen und der Landesmedienanstalt, ausgeführt von der entscheidungsbefugten KEK, erörtert. Ziel ist es, einvernehmlich Maßnahmen festzulegen. Werden diese dann nicht in einer angemessenen Frist umgesetzt oder gar keine Einigung erzielt, sieht das Gesetz den Widerruf von Zulassungen vor, um die Meinungsmacht auf ein zulässiges Niveau zurückzuführen. Dabei handelt es sich um eine ultima ratio. Andere Maßnahmen können jedoch nicht angeordnet werden.¹⁸⁷

Vereinbart werden können folgende Maßnahmen. Es können zurechenbare Beteiligungen an Fernsehveranstaltern (§ 26 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 RStV) oder Beteiligungen an Veranstaltern auf medienrelevanten ver-

¹⁸⁴ Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 47 f.; Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 25 f.

¹⁸⁵ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 27; ablehnend Hartstein et al. 2010, § 26 Rn. 27; Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 53.

¹⁸⁶ Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 47 ff.

¹⁸⁷ Statt vieler Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 67.

wandten Märkten (Nr. 2) vermindert oder aufgegeben werden, bis zu einem Niveau, bei dem die vorherrschende Marktmacht nicht mehr erreicht ist. Diese Option ist nicht besonders attraktiv, da der Verkauf der Beteiligungen regelmäßig unter Zeitdruck und damit auch unter Marktpreis erfolgt. Angesichts des gemeinsamen Festlegens von Maßnahmen ist diese Option nicht realistisch.¹⁸⁸ Alternativ kommen auch vielfaltssichernde Maßnahmen im Sinne der §§ 30 bis 32 RStV in Betracht (§ 26 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 RStV). Dabei sind die Entflechtung und vielfaltssichernde Maßnahmen als gleichwertige Alternativen zu betrachten.¹⁸⁹ Bisher gab es jedoch durch die großzügige Festlegung der Schwellenwerte keine Anwendung des § 26 Abs. 4 RStV.¹⁹⁰

Als vielfaltssichernde Maßnahmen sieht § 30 Nr. 1 RStV die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte gem. § 31 RStV vor. Diese muss mindestens 260 min pro Woche und davon 75 min zwischen 19.00 und 23.30 Uhr betragen. Die Zeit beinhaltet auch die erlaubte Werbung. Der Veranstalter der Drittsendezeit muss redaktionell und vom Hauptprogramm rechtlich unabhängig sein. Nur die organisatorische Einpassung des Fensterprogramms in das Hauptprogramm ist zulässig.¹⁹¹ Diese Maßnahme muss auch ergriffen werden, wenn ein Programm mit dem Schwerpunkt Information allein einen Zuschaueranteil von 10 % hält (§ 26 Abs. 5 S. 1 RStV). Von dieser Regelung sind derzeit RTL mit 13,6 % und Sat.1 mit 10,1 % betroffen.¹⁹² Dieselbe Maßnahme ist nach S. 2 auch dann nötig, wenn der Zuschaueranteil eines Unternehmens 20 % beträgt. Dann ist die Drittsendezeit im Programm mit dem höchsten Zuschaueranteil zu senden. Ansonsten erfolgt nach sechs Monaten zwingend der Widerruf der Zulassung.

¹⁸⁸ *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 60; *Hartstein et al.* 2010, § 26 Rn. 31.

¹⁸⁹ *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 49; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 29 weist auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip hin; ebenso *Trute*, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 63, 69.

¹⁹⁰ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 26 Rn. 30.

¹⁹¹ *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 31 Rn. 8.

¹⁹² *Dörr*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 52; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 31 Rn. 4; Werte entnommen aus KEK, Zuschaueranteile 2010, Potsdam 25.1.2011, http://www.kek-online.de/Inhalte/kreis_2010.pdf.

§ 30 Nr. 2 RStV nennt als weitere Alternative das Einrichten eines Programmbeirats nach § 32 RStV. Dieser setzt sich aus Mitgliedern verschiedener gesellschaftlicher Gruppen zusammen (§ 32 Abs. 2 RStV). Er berät allumfassend die Entscheidungsträger und gibt Vorschläge und Anregungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt. Dabei muss eine wirksame Einflussnahme gegeben sein (Abs. 1). Er ist über alle Fragen des Programms und bei wesentlichen Änderungen anzuhören bzw. ist seine Zustimmung einzuholen (Abs. 3). Außerdem steht ihm ein Auskunfts- und Beanstandungsrecht nach Abs. 4 zu. Die nach § 33 RStV erlassene Gemeinsame Richtlinie der Landesmedienanstalten über die Berufung, Zusammensetzung und Verfahrensweise von Programmbeiräten gibt detaillierte Informationen über die nähere Ausgestaltung des Programmbeirats, etwa seine Zusammensetzung. Insgesamt ist jedoch Skepsis gegenüber dem tatsächlichen Einfluss dieses sehr weichen Instruments auf die Meinungsvielfalt angebracht. Eine Möglichkeit zur Evaluation gibt es bisher noch nicht.¹⁹³

5.3.1.3 Kartellrechtliche Konzentrationskontrolle

Im Anschluss wird nun ein Überblick über die kartellrechtliche Konzentrationskontrolle auf nationaler und europäischer Ebene gegeben. Das Kartellrecht schützt, wie bereits erwähnt, den Bestand des Wettbewerbs. Es wird dabei zwischen drei Säulen unterschieden, der Kartellbekämpfung (§§ 1 ff. GWB, Art. 101 AEUV, ex-Art. 81 EGV), der Missbrauchsaufsicht (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV, ex-Art. 82 EGV) und der Fusionskontrolle (§§ 35 ff. GWB, Art. 103 AEUV, ex-Art. 83 EGV i.V.m. FKVO). Im Folgenden soll einzig die Fusionskontrolle als Mittel der präventiven Konzentrationskontrolle dargestellt werden.¹⁹⁴

Nach Art. 21 Abs. 3 FKVO sowie § 35 Abs. 3 GWB besteht ein alternatives Nebeneinander des deutschen und europäischen Kartellrechts. Nationales Recht findet danach keine Anwendung, wenn die Kommission nach der FKVO zuständig ist. Außerdem wurde das deutsche

¹⁹³ Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 56; Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 62.

¹⁹⁴ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 95.

Recht weitgehend an das europäische angepasst, um nicht die i.d.R. größeren grenzüberschreitenden Unternehmen dadurch zu bevorteilen, dass sie dem liberaleren EU-Recht unterfallen. So wurde etwa der Zusammenschluss von ProSieben und dem Springer Verlag in Deutschland vom Bundeskartellamt und der KEK untersagt. Die Kommission hingegen erlaubte den Zusammenschluss mit einem anderen europäischen Medienkonzern.¹⁹⁵

5.3.1.3.1 Deutsche kartellrechtliche Konzentrationskontrolle

Das deutsche Fusionskontrollrecht ist in den §§ 35 ff. GWB normiert. § 39 GWB legt die Pflicht zur Anmeldung von Zusammenschlüssen bei der zuständigen Behörde fest, dem Bundeskartellamt. Daraufhin wird überprüft, ob die Aufgreifkriterien erfüllt sind. Dafür muss zum einen ein Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB vorliegen. Diese Voraussetzung ist nicht nur erfüllt, wenn die Kontrolle über ein anderes Unternehmen erworben wird, sondern etwa auch bei Beteiligungen ab 25 % oder 50 % oder einem erheblichen Einfluss. Zudem müssen die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB erreicht sein. Diese werden nach § 38 GWB errechnet. Eine Besonderheit beim Rundfunk stellt § 38 Abs. 3 GWB dar, wonach bei der Berechnung das Zwanzigfache der Umsätze in Ansatz zu bringen ist. Damit sinken die Anforderungen der Aufgreifkriterien erheblich ab. Außerdem ist die Bagatellklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht anzuwenden.¹⁹⁶

Eine Fusion ist gem. § 36 GWB nur dann zulässig, wenn dadurch keine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 19 Abs. 2 S. 1 GWB entsteht oder verstärkt wird. Entscheidend bei der Beurteilung ist daher die Abgrenzung des jeweiligen Marktes. Diese erfolgt sowohl in sachlicher als auch räumlicher Hinsicht. Je enger die Abgrenzung, desto schneller

¹⁹⁵ Bundeskartellamt, Beschluss vom 19.1.2006, AZ B6-103/05; Kommission, Entscheidung vom 22.2.2007, COMP/M.4547; zur Entscheidungspraxis der Kommission *Bechtold* 2010, Vor § 35 Rn. 7; Koch, in: Hirsch/Montag/Säcker 2007, Einl a FKVO Rn. 190.

¹⁹⁶ Klaue, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, B. Rn. 157 ff.

muss eine Marktbeherrschung bejaht werden.¹⁹⁷ Zur Abgrenzung wird auf das Bedarfsmarktkonzept abgestellt wofür die Sicht der Marktgegenseite ausschlaggebend ist.¹⁹⁸ In sachlicher Beziehung wird ein Markt durch die funktionale Substituierbarkeit der Produkte abgesteckt. Die Marktgegenseite muss sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs gleichfalls geeignet ansehen. Dabei sind wenigstens Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage zu vergleichen.¹⁹⁹ So wird etwa jede Handelsstufe für sich betrachtet.²⁰⁰ Deshalb sind i.d.R. auch mehrere Märkte gleichzeitig betroffen.

Für die räumliche Bestimmung ist ebenfalls die Substituierbarkeit ausschlaggebend. Die Abgrenzung zu einem anderen Markt erfolgt hier durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen, etwa linguistische, kulturelle oder regulatorische Unterschiede.²⁰¹ Dabei ist das tatsächliche Verhalten der Marktgegenseite zu beachten. Es ist stets eine Prognose über die Entwicklung der Märkte nötig.²⁰²

Für den Bereich des Fernsehens sollen nun einige konkrete Beispiele der Marktabgrenzung gegeben werden. Beim Fernsehen wird zunächst zwischen Programmausstrahlung, Beschaffung und Infrastruktur unterschieden. Weiterhin ist zwischen dem Rezipientenmarkt und dem Werbemarkt zu differenzieren.²⁰³ Der deutsche Fernsehwerbemarkt wird von einem Duopol der ProSiebenSat.1 Media AG und der RTL Group beherrscht.²⁰⁴ Deshalb untersagte das Bundeskartellamt eine gemeinsame Videoplattform von RTL und ProSiebenSat.1, um ei-

¹⁹⁷ *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff 2009, § 36 Rn. 3; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker 2007, § 19 Rn. 24; *Klaue*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, B. Rn. 171 und *Paal* 2010, 184 auch mit Bezug auf die europäische Rechtslage.

¹⁹⁸ Statt vieler *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff 2009, § 19 Rn. 12 ff. *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker 2007, § 19 Rn. 24 ff. geht von einem leicht modifizierten Bedarfsmarktkonzept aus.

¹⁹⁹ St. Rechtsprechung des BGH, vgl. *BGHZ* 68, 23 ff.

²⁰⁰ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker 2007, § 19 Rn. 25; *Bechtold* 2010, § 19 Rn. 13.

²⁰¹ *Nehl* 2003, 10 f.

²⁰² *Palzer*, ZUM 2004, 289; *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 95.

²⁰³ *Paal* 2010, 193 f.; *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 7, 41 ff.; zum europäischen Kartellrecht in gleich Weise *Palzer*, ZUM 2004, 281 f.

²⁰⁴ *KEK* 2010, 375.

ne Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Sender und eine Übertragung auf den Markt für Online-Videoinhalte zu verhindern.²⁰⁵ Bedenkt man die Möglichkeiten zur Verknüpfung von Fernsehen und Onlinediensten durch das Hybrid-TV, ist dies auch nötig.

Ob es einen eigenen kartellrechtlichen Rezipientenmarkt im Free-TV gibt, ist stark umstritten.²⁰⁶ Räumlich beschränkt sich der Markt jedenfalls i.d.R. wegen Sprachbarrieren, verschiedener Kultur und unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben auf die Nationalstaaten.²⁰⁷

Die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 HS 2 GWB ermöglicht es Unternehmen durch einen Nachweis zu belegen, dass die geplante Fusion Verbesserungen für den Wettbewerb bringt und diese die Nachteile überwiegen.²⁰⁸

Nach der Prüfung der Zulässigkeit einer Fusion kann der Zusammenschluss gem. § 40 Abs. 2 S. 1 GWB freigegeben oder untersagt werden. Ebenso ist eine Freigabe unter Auflage gem. § 40 Abs. 3 GWB möglich. Bei einer negativen Entscheidung kann zudem, anders als im Medienkonzentrationsrecht, nach § 41 Abs. 3 GWB ein vollzogener, aber nicht genehmigungsfähiger Zusammenschluss rückgängig gemacht werden.

5.3.1.3.2 EU-kartellrechtliche Konzentrationskontrolle

Das europäische Fusionskontrollrecht wurde in der nach Art. 103 Abs. 1 i.V.m. 352 AEUV (ex-Art. 83 i.V.m. 308 EGV) erlassenen FKVO normiert. Auch die Mitteilungen und Bekanntmachung der Kommission dazu sind bei der Auslegung heranzuziehen.²⁰⁹ Ziel ist das Funk-

²⁰⁵ Matzneller, IRIS 2011-5:1/15 unter Verweis auf Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 22.2.2011 und 18.3.2011, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2011/2011-02-24_RTL-P7S1_Final.pdf, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2011/2011-03-18_PM_RTL-P7S1_Final.pdf.

²⁰⁶ Zustimmend Möschel, in: Immenga/Mestmäcker 2007, § 19 Rn. 30; Jalowitzki, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, A. Rn. 37; Paal 2010, 193; ablehnend Monopolkommission, BT-Drs. 13/5309, Rn. 584; Lange, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 140; den Meinungsstreit darstellend Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 44 f.

²⁰⁷ Palzer, ZUM 2004, 281; kritisch zu dieser Einordnung Paal 2010, 193 f.

²⁰⁸ Kahlenberg/Peter, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff 2009, § 36 Rn. 3, 176 ff.

²⁰⁹ Kirchhoff, in: Hirsch/Montag/Säcker 2007, Einl. C. Rn. 451 ff.

tionieren des einheitlichen Binnenmarkts. Es sind keine medienspezifischen Regelungen vorgesehen.

Wie das deutsche Recht so bestimmt auch das Recht der EU eine Anmeldepflicht für Fusionen (Art. 4 FKVO). Für das Verfahren ist die Kommission gem. Art. 21 Abs. 2 FKVO zuständig, genauer die Generaldirektion Wettbewerb.²¹⁰ Es besteht, wie das deutsche Verfahren auch, aus einer Vorprüfphase und - bei ernsthaften Bedenken an der Vereinbarkeit – einer Hauptprüfphase.

Aufgreifkriterien sind der Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO und eine unionsweite Bedeutung des Zusammenschlusses nach Art. 1 Abs. 1 FKVO.²¹¹ Eine Fusion liegt allgemein dann vor, wenn die absolute oder gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen erlangt oder ein neues Unternehmen gegründet wird.²¹² Diese muss außerdem eine unionsweite Bedeutung haben, was auch als „Zwischenstaatlichkeitskriterium“²¹³ bezeichnet wird. Dafür sind die Umsatzschwellen der Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO heranzuziehen, die nach Art. 5 FKVO zu berechnen sind. Werden diese unterschritten, ist nationales Recht anwendbar.

Eingreifkriterium ist nach Art. 2 FKVO nicht eine marktbeherrschende Stellung sondern die Behinderung des wirksamen Wettbewerbs im gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil.²¹⁴ Nach EW 32 FKVO indiziert ein Marktanteil von unter 25 % die Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt. Die Berechnung des Anteils basiert auf dem relevanten Markt, der anhand derselben Kriterien wie im deutschen Recht sachlich und räumlich abzugrenzen ist.²¹⁵

²¹⁰ Vgl. etwa Dörr/Heer-Reißmann, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 75.

²¹¹ Statt vieler Koch, in: Hirsch/Montag/Säcker 2007, Art. 1 FKVO Rn. 22 ff.

²¹² Dörr/Heer-Reißmann, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 88, 90; ähnlich Hobe 2011, 4. Rn. 413; Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 102 f.

²¹³ Kirchhoff, in: Hirsch/Montag/Säcker 2007, Einl, C Rn. 437.

²¹⁴ Statt vieler Kahlenberg/Peter, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff 2009, § 36 Rn. 3 Rn. 5; die geringen Auswirkungen der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 36, 110.

²¹⁵ Vgl. Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 36.

Dabei ergeben sich weder aus dem Primärrecht noch aus dem Sekundärrecht Vorgaben zur Bestimmung der Märkte. Kriterien und Tests wurden jedoch in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft²¹⁶ normiert. Außerdem wurden Merkmale für die Abgrenzung der Medienmärkte durch rechtsvergleichende Gutachten entwickelt.²¹⁷ Beobachtungen haben gezeigt, dass bei der Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung immer häufiger auch interdependente Märkte einbezogen werden. Es sind also auch Beziehungen zwischen relevanten und benachbarten Märkten zu beachten.²¹⁸

Ist ein Zusammenschluss zulässig, entscheidet die Kommission nach Art. 8 Abs. 1 FKVO, dass die Fusion mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Dies kann gem. Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 FKVO auch unter Auflage erfolgen. Fällt die Prüfung negativ aus, können die Rückabwicklung eines bereits vollzogenen Zusammenschlusses oder andere Maßnahmen angeordnet werden (Art. 8 Abs. 3, 4, 5 FKVO).

5.3.2 Konzentrationsrechtliche Regelungen im Internet

Nun sollen die deutlich weniger umfangreichen Kontrollen bei Anbietern von Internetinhalten dargestellt werden. Dabei sind für die Internetangebote, die dem Rundfunk zugeordnet wurden, andere Regeln anzuwenden als bei Telemedien.

5.3.2.1 Medienrechtliche Konzentrationskontrolle im Ausnahmefall

Soweit Onlinedienste nach § 20 Abs. 2 S. 1 RStV dem Rundfunk zugeordnet wurden,²¹⁹ bedürfen sie nicht nur einer Zulassung, sondern unterliegen auch der medienkonzentrationsrechtlichen Prüfung, wie sie für Fernsehanbieter gilt.

²¹⁶ ABl. der EG Nr. C 372 vom 9.12.1997, 5-13.

²¹⁷ <http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/index.html>.

²¹⁸ Palzer, ZUM 2004, 288 f.; Vgl. auch Art. 2 Abs. 5 FKVO.

²¹⁹ Vgl. 5.2.2 Regelungen zur Zulassung für Internet.

Die medienspezifische Konzentrationskontrolle ist auf Anbieter von Internetinhalten grundsätzlich nicht anwendbar. Sie setzt die Beteiligung eines privaten Rundfunksenders voraus. In diesem Zusammenhang können Internetinhalte jedoch als medienrelevanter verwandter Markt klassifiziert und so in die Kontrolle eingebunden werden.

5.3.2.2 Kartellrechtliche Konzentrationskontrolle

I.d.R. unterliegen Internetangebote jedoch nur der ökonomischen Kontrolle durch das Kartellrecht. Die fusionsrechtliche Prüfung läuft wie bei Fernsehveranstaltern ab. Allerdings ist bei der Berechnung der Schwellenwerte kein zwanzigfacher Wert der Umsätze in Ansatz zu bringen, außer, es handelt sich um Angebote, die dem medienrechtlichen Rundfunkbegriff zugeordnet sind. Die Bedeutung der Fusionskontrolle hat im Internet stark zugenommen.²²⁰ Dies könnte auch an der fehlenden Medienkonzentrationskontrolle liegen.

Der Markt ist wie beim Fernsehen abzugrenzen. Bislang gibt es jedoch keine festen Abgrenzungskriterien. Außerdem können die bisherigen Entscheidungen aufgrund von Veränderungen oft nicht auf spätere Fälle übertragen werden.²²¹ In sachlicher Hinsicht wird ebenfalls zwischen den Werbemärkten und den Benutzermärkten unterschieden.²²² Der Anzeigenwerbemarkt im Internet wird teilweise mit einzelnen Märkten in Fachzeitschriften verglichen, weil er durch individualisierbare Werbung ebenfalls nur geringe Streuverluste zu verzeichnen hat. Allerdings würde dies m.E. zu einer zu starken Zersplitterung der Märkte führen, was eine zu schnelle Bejahung der Marktbeherrschung zur Folge hätte und damit die Entwicklung der Internetmärkte behindern würde. Man sollte den Online-Anzeigenmarkt vielmehr wie An-

²²⁰ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 160.

²²¹ Palzer, ZUM 2004, 289 f.; Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 61, Rn. 80.

²²² Jalowitzki, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, A. Rn. 42; Trafkowski, MMR 1999, 634 f.

zeigen in speziellen Zielgruppen-Publikationen behandeln und einem gemeinsamem Markt zuschreiben.²²³

Bei den Benutzermärkten stellt sich ebenso wie bei kostenlosen Angeboten im Fernsehen die Frage nach einem kartellrechtlich eigenständigen Markt. Auf die Ausführungen dazu soll verwiesen werden.²²⁴

Allgemein ist eine Vielzahl an Märkten denkbar, von Internetportalen über Breitbandinhalte bis zu einem speziellen Markt für Online-Computerspiele. Sie können sowohl exklusiv im Internet bestehen als auch mit dem Offline-Markt verbunden sein. Dies ist von der Vergleichbarkeit der Leistungen online und offline abhängig, also dem Zusatznutzen der Onlinedienste gegenüber den Offlineangeboten.²²⁵ So besteht etwa ein eigener Markt für Online-Werbung, da diese im Gegensatz zu Offline-Medien stark individualisierbar ist.²²⁶ Bei der Beschaffung von audiovisuellen Inhalten für Fernsehen und Internet ist grundsätzlich von einem gemeinsamen Markt auszugehen.²²⁷ Jedoch liegt kein eigener Markt vor, wenn nur der Verkauf eines materiellen Gegenstands über das Medium Internet abgeschlossen wird. Denn dabei handelt es sich nur um eine andere Kommunikationsform.²²⁸

Besondere Probleme ergeben sich auch bei der räumlichen Abgrenzung, da der Vertriebsweg beim Internet aufgrund der Technik grundsätzlich weltweit ist. Es ist jedoch vielmehr auf das tatsächliche Liefergebiet abzustellen. Dieses ist i.d.R. national oder umfasst nur wenige Länder, etwa aufgrund der Sprache oder Versandbeschränkung. Das könnte sich aber durch gesellschaftliche und technische Entwicklungen ändern. Bei unmittelbar online empfangbaren, meist digitalen Produkten kann eher ein globaler Markt vorliegen. Dies ist aber vom

²²³ Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff 2009, § 19 Rn. 19; Paal 2010, 200 f.; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker 2007, § 19 Rn. 31; Trafkowski, MMR 1999, 635

²²⁴ Vgl. 5.3.1.3.1 Deutsche kartellrechtliche Konzentrationskontrolle.

²²⁵ Mankowski, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 17; Paal 2010, 198 ff.; Beckmann/Müller, in: Hören/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 74 m.w.N.; Trafkowski, MMR 1999, 632.

²²⁶ Paal 2010, 198 ff.; Jalowitzki, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, A. Rn. 42.

²²⁷ Palzer, ZUM 2004, 284 ff.

²²⁸ Trafkowski, MMR 1999, 634.

Einzelfall abhängig. Relevant sind weiterhin rechtliche Grenzen, Sprachbarrieren oder Kundenpräferenzen.²²⁹

Die Tatsache, dass die Kartellbehörde im Vorhinein, auf Basis der voraussichtlichen Entwicklung der Märkte entscheiden muss, ist problematisch. Einerseits muss eine Abschottung vermieden, aber andererseits sollen Innovationen nicht verhindert werden. Gerade bei den schnellen Entwicklungen im Internetbereich sind Prognosen schwer.²³⁰

Verschiedene Faktoren begünstigen außerdem die Entstehung von Marktmacht im Internet. Das sind zum einen Netzeffekte, das heißt das Steigen der Attraktivität durch die Anzahl der Nutzer. Zum anderen Lock-In-Effekte, also die Bindung von Kapital bzw. erhöhte Kosten für einen Wechsel zu einem anderen Anbieter. Beispiele für marktbeherrschende Stellungen sind gerade auf dem Markt für Suchmaschinen, Versteigerungsplattformen und soziale Netzwerke offensichtlich. Ein Einschreiten ist hier vor allem auch aufgrund der Globalität des Internets schwierig.²³¹ Andererseits unterliegen Angebote im Internet auch einem erhöhten Wettbewerb, da mehr Unternehmen auf den räumlich weitreichenden Märkten agieren.²³²

5.3.3 Standardmäßige medienkonzentrationsrechtliche Kontrolle von Internetangeboten

Im Anschluss soll zunächst der Zustand publizistischer Vielfalt und Meinungsrelevanz im Internet erörtert werden, um dann Alternativen zur Veränderung des Rechts zu diskutieren. Denn gerade durch die Entwicklung zum Hybrid-TV zeigt sich, dass das Zusammenschmelzen der Technik noch nicht vom Konzentrationsrecht aufgegriffen

²²⁹ Bechtold 2010, § 19 Rn. 22; Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 62, 81 ff., 90 ff.; Palzer, ZUM 2004, 281; Ory, AfP 2011, 19; allgemein Klaue, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, B. Rn. 171.

²³⁰ Bechtold 2010, § 19 Rn. 6; Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 124; Palzer, ZUM 2004, 289.

²³¹ Klickermann, in: Taeger 2011, 718; Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 16 ff.

²³² Trafkowski, MMR 1999, 635.

wurde. Fernsehzuschauer, die zu Video-on-Demand-Diensten wechseln, werden etwa nicht mehr vom derzeitigen medienkonzentrationsrechtlichen Zuschaueranteilsmodell erfasst.²³³ Wegen solcher ungerechtfertigten Unterschiede wird vielfach eine allgemeine Regelung zum Schutz vor vorherrschender Meinungsmacht gefordert, die unabhängig vom jeweiligen Markt und Medium ist.²³⁴

5.3.3.1 Meinungsvielfalt im Internet

Zunächst stellt sich die Frage nach der Meinungsvielfalt im Internet. Teilweise wird die Notwendigkeit von gesetzlichen Regeln zum Schutz der Meinungsvielfalt im Internet bereits abgelehnt, weil durch die Vielzahl an Anbietern und Angeboten Meinungsvielfalt aufgrund von Außenpluralität sichergestellt würde.²³⁵ Publizistische Vielfalt entsteht aber nicht nur durch die Menge an Angeboten. So waren 2009 bereits 463 Fernsehsender in Deutschland zugelassen.²³⁶ Dennoch sind weiterhin Vorschriften zum Schutz der Meinungsvielfalt im Fernsehen nötig. Gerade im Internet gibt es zudem verschiedene, vielfaltsreduzierende Faktoren. Zu nennen sind etwa die Mehrfachverwendung von Inhalten im Internet und die geringe Produktion publizistischer Inhalte eigens für das Internet. Die meisten kommen aus den traditionellen Medien, wie dem Fernsehen und der Presse.²³⁷ Es besteht also nicht automatisch Außenpluralität im Internet.

Betrachtet man nun speziell den Fall des Hybrid-TV, kommt ein weiterer erschwerender Aspekt hinzu. Gerade in der Anfangszeit sind Angebote, die in den geschlossenen Portalen der Gerätehersteller erscheinen, sehr prominent vertreten, da es nur selten die Möglichkeit

²³³ *Sewczyk*, Kurp, Tz 2011, 21.

²³⁴ *Ory*, AfP 2011, 21 f.; *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 341; *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 744; *Hain*, K&R 2006, 336 f.; *Mailänder*, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 151 ff.; *Lange*, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 149.

²³⁵ *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 338; *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 41.

²³⁶ *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 742; im bundesweiten Fernsehen waren es 2009 135 Programme KEK 2010, 57.

²³⁷ *Neuberger/Lobigs* 2010, 33 ff.; *Paal* 2010, 53; *Ory*, in: Wandtke 2011, Kap. 1, Rn. 109 ff.

gibt, auf Alternativen im World Wide Web zuzugreifen.²³⁸ Allerdings kann diese übergangsweise Situation allein nicht Grund für eine Umgestaltung des Rechtssystems sein. Es sollte jedoch so gestaltet werden, dass es langfristige Entwicklungen abdeckt. Deshalb wird im Folgenden der Einfluss des Internets auf die Meinungsmacht untersucht.

5.3.3.2 Meinungsmacht des Internet

Die Ausrichtung des Medienkonzentrationsrechts allein am Medium Fernsehen wurde bisher dadurch begründet, dass es einen besonders großen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung hat. Als Kriterien für diesen müssen wiederum Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft herangezogen werden.

Fernsehen ist auch weiterhin das Leitmedium unserer Gesellschaft. Erhebungen gehen sogar von einer Reichweite des Fernsehens als Informations- und Meinungsbildungsmedium von 74 % aus.²³⁹ Allerdings übernimmt auch das Internet eine wichtige Rolle bei der öffentlichen Meinungsbildung. Und dabei ist seine Relevanz weiter zunehmend. Dies ist auch in Zukunft zu erwarten, da bei den 14- bis 29-Jährigen Internet und Fernsehen mit gleicher Intensität genutzt werden.²⁴⁰

Betrachtet man die verfassungsrechtlichen Kriterien für vorherrschende Meinungsmacht, fällt Folgendes auf. Die Breitenwirkung des Internets ist durch anhaltenden Nutzungsanstieg und die teilweise Verdrängung der traditionellen Massenmedien gewachsen.²⁴¹ So werden etwa Startseiteninhalte großer Internetportale gleichzeitig von vielen gelesen und häufig auch öffentlich thematisiert. Sie sind ebenso meinungsrelevant wie einige Fernsehinhalte. Dies gilt jedoch nicht für alle Angebote gleichermaßen, da die Aufmerksamkeit im Internet auch

²³⁸ ALM 2010, 111.

²³⁹ Ecke 2011, Folie 28, 32 f.; Vgl. auch Eimeren/Frees, MP 2011, 347 f.

²⁴⁰ Eimeren/Frees, MP 2011, 347 f.; Held, in: Hahn/Vesting 2008, § 54 Rn. 2; Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 1; Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 335; Kitz, ZUM 2007, 370; Gottberg, 43; Ecke 2011, Folie 33; a.A. KEK 2010, 240, 413.

²⁴¹ Schmittmann, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 1; Neuberger/Lobigs 2010, 51 ff., 61; Eimeren/Frees, MP 2011, 346.

aufgrund der Vielzahl der Angebote breiter gestreut ist als im Fernsehen. Als aussagekräftiges Kriterium zur Reichweite kann die technische Reichweite ebenso wenig wie die Anzahl der Seitenaufrufe herangezogen werden. Vielmehr ist ein Indikator zu bestimmen, der auch neue Techniken, wie die Weiterverbreitung von Beiträgen durch Nutzer, Mehrfachveröffentlichungen und crossmediale Verbindung, etwa Verweise in traditionellen Massenmedien, einbezieht. Es könnte sich auch als notwendig erweisen, zwischen dem Einfluss auf private Nutzer und dem auf spezielle Nutzergruppen wie Journalisten zu unterscheiden.²⁴² Crossmediale Verbindungen sind auch deshalb zu beachten, weil sie weder vom Kartellrecht wegen der Ausrichtung auf den relevanten sachlichen und räumlichen Markt noch vom Medienkonzentrationsrecht erfasst werden, wenn kein Fernsehunternehmen beteiligt ist.²⁴³ Vielfaltsrelevante Besonderheiten crossmedialer Zusammenschlüsse sind etwa die Möglichkeit, Werbung zugunsten eigener Produkte zu schalten oder auch Dritten verschiedene Werbemedien „aus einer Hand“ anzubieten, aber auch das publizistische Aufgreifen der eigenen Angebote in den anderen Medien.²⁴⁴

Die Suggestivkraft wird vor allem durch die Kombination von Bewegtbild und Ton erzeugt. Gerade diese Art von Inhalten hat im Internet stark zugenommen, sodass von einem dem Fernsehen vergleichbaren Suggestivkraft bei Internetinhalten mit Videoaufnahmen auszugehen ist.²⁴⁵ Es wurde außerdem festgestellt, dass publizistische Angebote eine deutlich höhere Glaubwürdigkeit und damit Suggestivkraft haben als andere Angebote. Partizipative Angebote und solche, die nur Navigation oder Moderation anderer Angebote bieten, sind also weniger meinungsbildend. Dies gilt insbesondere, wenn die Anbieter bereits aus den traditionellen Medien bekannt sind.²⁴⁶ So ist

²⁴² Ory, AfP 2011, 19; Neuberger/Lobigs 2010, 51 f.; Eimeren/Frees, MP 2011, 348.

²⁴³ Lange, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 136 ff.; Mailänder, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 151 ff. hält dies für nicht ausreichend; allgemein Paal 2010, 281 ff.

²⁴⁴ Lange, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 141 f.

²⁴⁵ Schmid/Kitz, ZUM 2009, 744; Neuberger/Lobigs 2010, 51, 61; Schmittmann, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 1.

²⁴⁶ Neuberger/Lobigs 2010, 53 ff., 197 ff., detailliert zu den einzelnen Kategorien 43 ff.

es auch notwendig, dass zumindest solche Dienste, die mit Angeboten aus anderen Medien verbunden sind, bereits jetzt der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle unterliegen.

Bezüglich der Aktualität konnten Internetinhalte schon immer mit den traditionellen Medien mithalten.²⁴⁷

Bei der Betrachtung der Meinungsrelevanz von Internetinhalten und der nicht selbstverständlichen Meinungsvielfalt wird deutlich, dass in naher Zukunft eine Einbeziehung der Internetinhalte in die medienrechtliche Konzentrationskontrolle nötig sein wird. Der Gesetzgeber muss der langfristigen Entwicklung im Umgang mit Medien Beachtung schenken, insbesondere auch der weiten Verbreitung und zunehmenden Relevanz des Internets.²⁴⁸ So sehen auch die Landesmedienanstalten, dass „gerade hybride Formen der Vermittlung meinungsrelevanter Inhalte [...] vor dem Hintergrund der wachsenden Bedeutung des Internets und seiner Live-streaming-Angebote zur Informationsvermittlung ernst genommen werden“ müssen.²⁴⁹

5.3.3.3 Handlungsalternativen des Gesetzgebers

Da bereits seit Längerem Forderungen bestehen, das Medienkonzentrationsrecht zu überarbeiten,²⁵⁰ sollen die Änderungsvorschläge im Folgenden dargestellt und im Kontext der Verbreitung des Hybrid-TV und der damit einhergehenden Gleichstellung von Internetinhalten und Fernsehprogramm bewertet werden. Es ist darauf zu achten, dass die Vielfaltsregulierung nicht zu einer Reduzierung der Vielfalt aufgrund zu strenger Vorgaben führen darf. Das würde dem Zweck der Konzentrationskontrolle entgegenlaufen.²⁵¹

Als erste Möglichkeit besteht die völlige Aufgabe der medienspezifischen Konzentrationskontrolle. Die Argumente für eine Deregulierung

²⁴⁷ *Neuberger/Lobigs* 2010, 51 ff., 61.

²⁴⁸ *Kitz*, in: *Kleist/Roßnagel/Scheuer* 2010, 341; *Ory*, AfP 2011, 21 f.; *Blaue*, ZUM 2005, 40.

²⁴⁹ *ALM* 2010, 358.

²⁵⁰ Detailliert *Holznagel/Grünwald*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 25 Rn. 14a.

²⁵¹ Vgl. *Gersdorf*, in: *Gundel/Heermann/Leible* 2009, 45.

sind vielfältig. Unter anderem wird die Doppelspurigkeit der Konzentrationsprüfung und damit verbundene Kosten für Unternehmen und den Staat angeführt. Teilweise werden auch die positiven Effekte von Medienkonzentration, vor allem die Stärkung der Medien gegenüber Einflussnahme durch Politik und Wirtschaft sowie gegen Übernahmen durch ausländische Unternehmen, betont.²⁵² In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass es an einem europäischen Medienkonzentrationsrecht fehle, mit dem den Anforderungen der international vernetzten Medienbranche genügt werden könne.²⁵³ Allerdings ist der Vorschlag, die medienspezifische Kontrolle vollends abzuschaffen,²⁵⁴ verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Schließlich fordert das Bundesverfassungsgericht auch jetzt, nach Ende der Frequenzknappheit, noch einen effektiven Schutz vor vorherrschender Meinungsmacht durch ein oder wenige Unternehmen.²⁵⁵

Eine modifizierte Variante stellt die medienrechtliche Sonderregulierung unter dem Dach des Kartellrechts dar.²⁵⁶ Für diese Option spricht die Zusammenfassung zweier sehr ähnlicher Verfahren und Rechtsgebiete. Es müsste lediglich das Ziel der Meinungsvielfalt mittelbar in das Kartellrecht implementiert werden. Wie festgestellt wurde, unterstützt das Kartellrecht bereits jetzt das medienspezifische Konzentrationsrecht. Außerdem sieht die Fusionskontrolle auch jetzt schon medienspezifische Regelungen vor. Dabei wäre jedoch grundsätzlich die bisherige Marktabgrenzung zu hinterfragen. Die Betrachtung separater Märkte für alle Medien erscheint in Anbetracht der technischen Konvergenz und der tatsächlich gleichzeitigen Nutzung durch das Hybrid-TV nicht sinnvoll.²⁵⁷ Das Problem einer umfassenden Lösung im Kartellrecht ist, dass der Bund keine Kompetenz zum Erlass einer

²⁵² Meier/Trappel, in: Klumpp et al. 2006, 241 f.

²⁵³ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 122; Dörr/Heer-Reißmann, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, F Rn. 90; Nehl 2003, 5 ff.; Müller, MMR 2006, 126.

²⁵⁴ Kleist, MMR 2006, 62; Hain, K&R 2006, 327 f. m.w.N. zweifelt jedoch selbst 329.

²⁵⁵ Vgl. 4.1.1 Verfassungsrechtlicher Schutz des Rundfunks; Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 7 ff; Holznagel, NJW 2002, 2355; Blaue, ZUM 2005, 40.

²⁵⁶ Hain, K&R 2006, 333 f. m.w.N.; ablehnend Trute, in: Hahn/Vesting 2008, § 26 Rn. 9

²⁵⁷ Lange, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 141.

rein publizistisch motivierten Regelung hat. Er dürfte sich nur auf die wettbewerbsrechtliche Instrumentarien stützen und könnte dabei dann mittelbare Merkmale publizistischer Vielfalt beachten. Die Fusionskontrolle sieht bisher kein Verfahren bei innerem Wachstum vor. Dieses müsste jedoch eingeführt werden, damit nicht der Vorwurf einer rein vielfaltssichernden Maßnahme erhoben werden kann. Das Erteilen einer rundfunkrechtlichen Zulassung müsste zudem per gesetzlicher Fiktion als Zusammenschlusstatbestand festgelegt werden.²⁵⁸ Eine allgemeine Einführung der Kontrolle bei internem Wachstum ist m.E. jedoch nicht wünschenswert. Es würde auch große praktische Probleme aufwerfen, weil dann jegliche Einflussveränderung von Unternehmen angezeigt werden müsste. Ein Zusammenlegen der medienpezifischen und kartellrechtlichen Konzentrationskontrolle ist also verfassungsrechtlich schwierig und sollte deshalb praktisch nicht umgesetzt werden.

Eine weitere Alternative ist das Festhalten an der Doppelkontrolle durch das Medienkonzentrationsrecht und die Fusionskontrolle.²⁵⁹ Dabei wären jedoch einige Änderungen am vorhandenen System nötig. So müsste die Konzentrationskontrolle medienübergreifend stattfinden, also zum einen Internetangebote in den Anwendungsbereich aufnehmen und zum anderen crossmediale Verbindungen untersuchen. Dabei wäre an den Kriterien der Meinungsbildungsrelevanz anzuknüpfen.²⁶⁰ Es müsste auch eine Beschränkung der Anmeldepflicht für Beteiligungsveränderungen auf größere Inhalteanbieter im Internet vorgesehen werden. Für die Bewertung von Internetinhalten wurde im Gutachten zur Meinungsrelevanz des Internets im Auftrag der KEK folgender Vorschlag ausgearbeitet.²⁶¹ Danach sollten Dienste in verschiedene Typen eingeteilt werden. Diese seien nach dem Kriteri-

²⁵⁸ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 10 Rn. 33; ausführlich Hain, K&R 2006 330 ff.

²⁵⁹ Mailänder, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 156 f.; Lange, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 147.

²⁶⁰ Schmid/Kitz, ZUM 2009, 744; Mailänder, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 151 ff., 155.

²⁶¹ Neuberger/Lobigs 2010, 58 ff.

um der publizistischen Relevanz zu bilden. Entscheidend dafür sollten ein universelles Interesse am Angebot, Publizität entgegen Interaktion, Aktualität und Periodizität sein. Im Einzelfall könnten weiterhin die Relevanz des Themas und die Breitenwirkung herangezogen werden, die anhand des Anteils am Gesamtmarkt inklusive der indirekten Reichweite durch neue Techniken und die Verwendung von Bewegtbildern bestimmt wird. Ein konkretes Berechnungsverfahren, insbesondere die Gewichtung und Ausprägung der Kriterien, wurde bisher nicht bestimmt. Diese Alternative wäre am einfachsten umzusetzen.

Außerdem wurde auch ein „Media Concentration Governance-Konzept“²⁶² in die Diskussion eingebracht. Wie alle Governance-Konzepte funktioniert auch dieses durch regulierte Selbstregulierung.²⁶³ Dabei müssten Unternehmen gegenüber der Gesellschaft Rechenschaft über die Erfüllung ihrer verfassungsrechtlichen Aufgaben ablegen. Damit soll unternehmerisches und vor allem publizistisches Handeln transparenter gemacht, den Unternehmen ihr gesellschaftlicher Auftrag vor Augen geführt und in das alltägliche Denken der Medienunternehmen implementiert werden. Anreiz für die Durchführung und Einhaltung dieses Konzepts könnte eine Beweislastumkehr bezüglich der vorherrschenden Meinungsmacht sein.²⁶⁴ Obwohl dieses Konzept für Fernsehveranstalter gedacht wurde, könnte es ohne weiteres auch auf Anbieter im Internet übertragen werden. Ein großer Vorteil wäre das Verhindern einer Anmeldeflut und eine Entlastung der Behörden. Außerdem kann von diesem Ansatz auch eine präventive Wirkung aufgrund der Einbindung in den gesamten Prozess des Unternehmens ausgehen. Zusätzlich müssten aber Anbieter von Internetinhalten zunächst grundsätzlich in den Anwendungsbereich der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle aufgenommen werden. Dann bliebe ihnen die Möglichkeit, ein solches Media Concentration Governance-Konzept im Unternehmen zu implementieren.

²⁶² Meier/Trappel, in: Klumpp et al. 2006, 242 ff.

²⁶³ Detailliert dazu 5.6 Aufsicht über den Jugendschutz.

²⁶⁴ Paal 2010, 331.

5.4 Werbebeschränkungen

Als Nächstes sollen Werberegulierungen für Fernsehprogramme und Internetangebote verglichen werden. Werbung ist essentieller Bestandteil der Medien, da sie zur Finanzierung beiträgt. So machen Werbeeinkünfte 80 % der Finanzierung bei privaten Free-TV-Sendern aus. Es ist ihr primäres Finanzierungsmittel.²⁶⁵

Fernsehveranstalter kaufen oder produzieren kostenintensives Programm. Gerade auch die technischen Einrichtungen zur Umwandlung des Sendesignals und der technische Verbreitungsweg zum Kunden sind teuer.²⁶⁶ Inhalte aus dem Internet sind durch das Hybrid-TV auf demselben Bildschirm zu sehen. Sie liegen neben oder sogar über dem Fernsehbild. Die Anbieter müssen dafür kaum oder sogar keine Investitionen tätigen. Sie profitieren jedoch von der Reichweite, die durch das Fernsehprogramm generiert wird.²⁶⁷

Die AVMD-RL, die einen einheitlichen Rechtsrahmen für lineare und nicht-lineare Dienste vorgibt, trifft eine Reihe von Vorgaben für Werbung. Ihr Ziel war eine deutliche Liberalisierung der Regelungen, um die Einnahmemöglichkeiten der Medien zu verbessern.²⁶⁸ Die Bestimmungen wurden bereits im RStV umgesetzt.

§ 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV definiert Werbung nahezu wortgleich mit Art. 1 lit. i AVMD-RL als unternehmensbezogene Äußerung, die mit einer Werbeabsicht gegen Entgelt oder eine entsprechende Leistung gesendet wird.²⁶⁹ Unter Werberegulierungen soll hier jedoch ein weiterer Begriff verstanden werden, unter den auch Teleshopping und Sponso-

²⁶⁵ Zum Fernsehen § 43 RStV sowie *BVerfGE* 83, 238, 296, 311; 87, 181, 198; *Dörr*, Rn. 68; allgemein *Obert/Lamprecht-Weißborn*, in: *Schwartmann* 2011, 6. Kap. Rn. 1.

²⁶⁶ *Kitz*, in: *Kleist/Roßnagel/Scheuer* 2010, 338; *Schmid*, *ZUM* 2011, 459; *Holznagel/Nolden*, in: *Hoeren/Sieber* 2011, Teil 5 Rn. 113.

²⁶⁷ *Kurp*, *Tz* 2011, 10; *Kitz*, in: *Kleist/Roßnagel/Scheuer* 2010, 338; *Chardon*, *Gottberg/Graubner*, *tvd* 2011, 58.

²⁶⁸ *Reding*, *The Review 2006 of EU Telecom rules*, 3 f., <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/422>; vgl. auch *EW* 57 *AVDM* aF; kritisch zum Erfolg *Schmid/Kitz*, *ZUM* 2009, 742; a.A. *Kleist/Scheuer*, *MMR* 2006, 207.

²⁶⁹ Detailliert dazu *Holznagel/Grünwald*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 2 Rn 71.

ring i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 9 und 10 RStV gefasst werden.²⁷⁰ Lauterkeitsrechtliche Fragen hingegen sollen außer Acht gelassen werden, da die Regelungen für beide Medien gleich sind.²⁷¹

5.4.1 Werberegulierungen im Fernsehen

Wie bereits erwähnt, ist Werbung die Haupteinnahmequelle des privaten Fernsehens (§ 43 RStV). Die öffentlich-rechtlichen Sender werden dagegen vor allem durch die Rundfunkgebühr gem. § 13 RStV finanziert. Ab 2013 wird an diese Stelle der Rundfunkbeitrag treten.²⁷²

Im Folgenden sollen die Werberegulierungen der §§ 7, 8 und §§ 43 ff. RStV sowie § 6 JMStV betrachtet werden. Außerdem ist die WerbeRL/Fernsehen²⁷³ zu beachten, die gem. § 46 S. 1 RStV erlassen wurde und die Vorgaben des RStV bezüglich Werberegelungen konkretisiert. Ziel der Vorschriften sind der Schutz der Rezipienten vor Manipulation und die Garantie unbeeinflusster redaktioneller Gestaltung.²⁷⁴ Es wird dabei zwischen qualitativen Regelungen, die den Inhalt bestimmen, und quantitativen Bestimmungen, die den Umfang festlegen, unterschieden.²⁷⁵

5.4.1.1 Qualitative Werberegelungen

Qualitative Vorgaben für das private Fernsehen sieht vor allem § 7 RStV aber auch § 6 JMStV vor.

²⁷⁰ Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 2 zieht dafür den Werbebegriff des Art. 2 lit. a Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. der EU Nr. L 376 vom 27.12.2006, 21-27 heran.

²⁷¹ Ein Sonderproblem, welches durch die Konvergenz der Medien entstand, soll in 6. Neue Rechtsfragen beim Hybrid-TV behandelt werden.

²⁷² Vgl. 15. Rundfunkänderungsstaatsvertrag; dazu Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 88 f.

²⁷³ Gemeinsame Richtlinien der Landesmedienanstalten für die Werbung, die Produktplatzierung, das Sponsoring und das Teleshopping im Fernsehen vom 17.3.2010.

²⁷⁴ Ladeur, in: Hahn/Vesting 2008, § 7 Rn. 28; Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 4, 31; auch Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn 87; Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 19, 26; Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 82.

²⁷⁵ Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 119 ff.; Kleist/Scheuer, MMR 2006, 207 f.

5.4.1.1.1 Allgemeine Werbegrundsätze und Werbeverbote

Zunächst normiert § 7 Abs. 1 RStV allgemeine Grundsätze für Fernsehwerbung und Teleshopping. Dabei handelt es sich um die Begrenzung des Werbeinhalts. Zu beachten sind das Verbot der Menschenwürdeverletzung (Nr. 1), ein allgemeines Diskriminierungsverbot (Nr. 2), das Verbot der Irreführung oder der Schädigung der Interessen der Verbraucher (Nr. 3) sowie das Verbot von Inhalten, die Verhaltensweisen fördern, welche die Umwelt schädigen und Gesundheitsprobleme verursachen (Nr. 4).

Weitere inhaltliche Beschränkungen legt § 7 Abs. 9 RStV fest, indem er politische, weltanschauliche und religiöse Werbung verbietet. Nicht erfasst wird gem. § 7 Abs. 9 S. 3, § 45 Abs. 2 Alt. 2 RStV das sogenannte Social Advertising, also etwa Spendenaufrufe. Diese sind jedoch bereits aufgrund des notwendigen wirtschaftlichen Aspekts nicht vom Werbebegriff umfasst. § 7 Abs. 10 RStV verbietet außerdem Werbung für übermäßigen Alkoholenuss.

Weiterhin normiert § 7 Abs. 2 RStV das allgemeine Verbot der inhaltlichen und redaktionellen Einflussnahme. Dieses wird in anderen Vorschriften weiter konkretisiert und zählt zu einem der grundlegenden Prinzipien des Medienrechts.

In § 7 Abs. 3 S. 1 RStV wird das Trennungsprinzip zwischen Werbung und Programm festgelegt. Werbung muss demnach leicht erkennbar und vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein. Hintergrund ist, dass die redaktionelle Arbeit nicht mit der Werbung vermischt und auch kein Einfluss durch finanzielle Anreize ausgeübt werden soll. Aktuell wird jedoch versucht, dieses Prinzip aufzuweichen, da Werbung so vom Zuschauer häufig gemieden wird und auch leicht zu vermeiden ist.²⁷⁶

Außerdem sind subliminale Techniken bei der Werbung nach § 7 Abs. 3 S. 2 RStV verboten. Dabei handelt es sich um kurze Werbeein-

²⁷⁶ Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 114 f., 118.

blendungen, die nicht bewusst wahrgenommen werden, aber möglicherweise Einfluss auf die Nachfrage nach einem Produkt haben.²⁷⁷ Nach § 7 Abs. 3 S. 3 RStV ist Werbung außerdem optisch, akustisch oder räumlich vom Programm zu trennen und als Werbung zu kennzeichnen. Zusätzlich verbietet § 7 Abs. 8 RStV Werbung durch Nachrichtensprecher.

5.4.1.1.2 Jugendschutzrechtliche Werbebeschränkungen

Auch § 6 JMStV enthält qualitative Vorgaben für Werbung. Er soll die im Umgang mit Medien noch unerfahrenen Kinder und Jugendlichen schützen. Im Einzelnen fordert § 6 Abs. 1 JMStV, dass Werbung für indizierte Angebote nur so verbreitet wird, wie die Angebote selbst auch verbreitet werden dürfen. Der Index der jugendgefährdenden Medien nach § 18 JuSchG darf nicht als Werbung genutzt werden, genauso wie der Hinweis auf eine mögliche Aufnahme in die Liste. Nach § 6 Abs. 2 JMStV darf keine schädigende Werbung ausgestrahlt werden. Dabei ist auf eine direkte Schädigung durch die Werbung abzustellen.²⁷⁸ Zusätzlich sind die Vorgaben der § 6 Abs. 2 Nr. 1-4 JMStV aufgrund des klaren Wortlauts als eigenständige Bestimmungen und nicht als Regelbeispiele zu befolgen.²⁷⁹ Danach sind direkte Kaufappelle, also die unmittelbare Aufforderung sowie direkte Apelle zur Kaufaufforderung der Eltern oder Dritter verboten, ebenso Werbung, die den Interessen von Kindern und Jugendlichen entgegenstehen und solche, die das Vertrauen zu Eltern, Lehrern und anderen Bezugspersonen missbrauchen. Kinder dürfen auch nicht in gefährlichen Situationen gezeigt werden, um zu verhindern, dass Werbeinhalte angstvoll erlebt oder kritische Situationen verharmlosend oder billigenswert dargestellt werden.

²⁷⁷ Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 80 f.; Ladeur, in: Hahn/Vesting 2008, § 7 Rn. 32; Holzna-gel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 119. Alle bezweifeln jedoch die Wirkung.

²⁷⁸ Liesching, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 82. Rn. 13 ff.; Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 77 ff.

²⁷⁹ Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 6 JMStV Rn. 8; Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 82 f.; Liesching, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 82. Rn. 18; a.A. Bornemann, NJW 2003, 790.

Außerdem sind Inhalte für Kinder nach dem speziellen Trennungsgebot des § 6 Abs. 3 RStV von entwicklungsgefährdender Werbung zu trennen.²⁸⁰ Generalklauselhaft verbietet § 6 Abs. 4 RStV, dass Werbung die Interessen der Kinder oder Jugendlichen schädigt oder ihre Unerfahrenheit ausnutzt.²⁸¹ Im Zusammenhang mit Werbung für alkoholische Getränke und Tabakwaren muss nach § 6 Abs. 5 RStV darauf geachtet werden, dass diese nicht direkt an Kinder oder Jugendliche gerichtete oder für diese besonders ansprechend gestaltet ist.

5.4.1.1.3 Schleichwerbung und Produktplatzierung

Zwei besondere Werbeformen sind die Schleichwerbung und die Produktplatzierung. Obwohl sich beide sehr ähnlich sind, ist nur die Schleichwerbung nach § 7 Abs. 7 S. 1 Alt. 1 RStV absolut unzulässig. Die Legaldefinition der Schleichwerbung in § 2 Nr. 8 RStV stimmt mit der des Art. 1 lit. j AVMD-RL überein.²⁸² Danach ist Schleichwerbung ein vom Veranstalter absichtlich zu Werbezwecken eingefügter Inhalt, der die Allgemeinheit in Ermangelung einer Kennzeichnung hinsichtlich des Zwecks seiner Einfügung irreführen kann. Die Werbung wird also in die Sendung integriert.²⁸³ Entscheidend ist, dass eine Werbeabsicht beim Veranstalter besteht. Die Bezahlung für das Einbinden in den Inhalt des Programms indiziert dies nach § 2 Nr. 8 S. 2 RStV. Aber auch andere objektive Indizien reichen aus, um die Werbeabsicht zu vermuten, etwa eine vertragliche Verpflichtung oder die besondere Intensität der Darstellung. Wenn sie jedoch aus überwiegend programmlich-dramaturgischen Gründen erfolgt, handelt sich nicht um Schleichwerbung.²⁸⁴

Produktplatzierung oder Product Placement ist in § 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV definiert. Dabei handelt es sich um eine gekennzeichnete Erwäh-

²⁸⁰ Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 96.

²⁸¹ Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 85.

²⁸² Detailliert dazu Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn 77 ff.

²⁸³ Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 33.

²⁸⁴ Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 41; Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 35, 38 mit Verweis auf WerbeRL/Fernsehen, 6 f.

nung oder Darstellung eines Inhalts mit Werbeabsicht in einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung. Zur Kennzeichnung darf das Logo des Unternehmens oder Produkts und ein Hinweis auf weitere Informationen verwendet werden.²⁸⁵ Auch die kostenlose Bereitstellung von Produkten zählt zur Produktplatzierung, wenn diese von bedeutendem Wert sind (§ 2 Nr. 11 S. 1 RStV). Ansonsten handelt es sich um eine Produktionsbeihilfe, also die kostenlose Bereitstellung eines Produkts von geringem Wert.²⁸⁶ Das wesentliche Abgrenzungskriterium der Produktplatzierung zur Schleichwerbung ist die Kennzeichnung.²⁸⁷

Auch die Produktplatzierung ist gem. § 7 Abs. 7 S. 1 2. Alt RStV grundsätzlich verboten. Jedoch sind viele Ausnahmen für privates Fernsehen in § 44 RStV vorgesehen, sodass das Verbot faktisch fast ausschließlich in Kindersendungen und Nachrichten gilt.²⁸⁸ Die Einführung dieser Ausnahmen wurde von einer großen Debatte begleitet.²⁸⁹ Schließlich wurden sie jedoch ins deutsche Recht übernommen, obwohl dies nach Art. 11 Abs. 3 AVMD-RL nicht verpflichtend war.

Wird von den Ausnahmetatbeständen Gebrauch gemacht, sind die Bedingungen des § 7 Abs. 7 S. 2 RStV einzuhalten. So dürfen redaktionelle Entscheidungen nicht beeinträchtigt werden (Nr. 1). Eine solche unerlaubte Absprache könnte etwa die Länge des Produkteinsatzes oder die Art der Darstellung betreffen. Andererseits darf ein Drehbuchautor mögliche Produkte bereits beim Schreiben einplanen.²⁹⁰ Es darf keine Aufforderung zum Erwerb geben (Nr. 2) und die Produkte dürfen nicht zu stark herausgestellt werden (Nr. 3). Vielmehr sind sie

²⁸⁵ WerbeRL/Fernsehen, 6.

²⁸⁶ Zum Unterschied und der Bestimmung der Geringfügigkeit *Castendyk*, ZUM 2010, 32; *Obert/Lamprecht-Weißborn*, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 41.

²⁸⁷ *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 123; *Holznagel/Grünwald*, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn 77.

²⁸⁸ KEK 2010, 360; differenzierter *Castendyk*, ZUM 2010, 33 f.

²⁸⁹ Vgl. *Glockzin*, MMR 2010, 164 ff.; *Castendyk*, ZUM 2010, 32 ff.; *Obert/Lamprecht-Weißborn*, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 34.

²⁹⁰ *Kreile*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 34; *Kreile*, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 23.

nur „reale Requisiten in der Handlung eines Filmwerks“.²⁹¹ Die Produktplatzierung ist nach § 7 Abs. 7 S. 3 RStV zu kennzeichnen. Dies muss gem. § Abs. 7 S. 4 RStV zu Beginn und nach Ende sowie nach jeder Werbeunterbrechung erfolgen. Eine Ausnahme sieht § 7 Abs. 7 S. 5 RStV für Fremdproduktionen vor, wenn die Produktplatzierung unbekannt und nicht zumutbar in Erfahrung zu bringen ist. Dann muss nur ein allgemeiner Hinweis darauf erfolgen.

Nach § 44 RStV sind Produktplatzierungen im Privatfernsehen anders als bei öffentlich-rechtlichen Sendern (§ 15 Nr. 1 RStV) auch in eigenen Sendungen erlaubt.²⁹² § 44 S. 1 Nr. 1 RStV nennt Kinofilme, Filme, Serien, Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung. Letztere sind gem. § 44 S. 1 Nr. 2 RStV weder Verbraucher- und Ratgeber-Sendungen mit Unterhaltungselement noch Sendungen, die im Wesentlichen einen informativen Charakter haben. Außerdem sind Fensterprogramme ausgenommen. Die Themenplatzierung ist in jedem Fall gem. § 7 Abs. 7 S. 1 Alt. 3 RStV weiterhin verboten.

5.4.1.1.4 Sonderwerbformen

Neben den Werbegrundsätzen für alle Arten der gibt es weitere Vorschriften für Sonderwerbformen. Diese sollen im Folgenden kurz dargestellt werden, da sie seit 2009 über 10 % der Werbeeinnahmen von privaten Fernsehsendern ausmachen.²⁹³ Die neuen Werbeformen teilen nicht mehr die Nachteile der traditionellen Blockwerbung. Dazu gehören das fehlende Alleinstellungsmerkmal des Werbetreibenden und die schwierige Abstimmung mit dem Programm. Damit verbunden ist auch die Werbevermeidungsstrategie der Rezipienten. Diese ist mittlerweile auch technikgestützt mit digitalen Aufzeichnungsgeräten, die Werbeblöcke überspringen, möglich.²⁹⁴

²⁹¹ Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 23.

²⁹² Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 121.

²⁹³ KEK 2010, 357 f.

²⁹⁴ Vgl. Goldbeck, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 28. Rn. 56.

Über 50 % der Sonderwerbung macht das Sponsoring aus.²⁹⁵ Die § 7 Abs. 1, 3, 8-10 RStV finden darauf entsprechend Anwendung, nicht aber die quantitativen Werbebeschränkungen.²⁹⁶ § 2 Abs. 2 Nr. 9 RStV definiert Sponsoring wie Art. 1 lit. k AVMD-RL als Beitrag zur Finanzierung einer Sendung mit dem Zweck der Imageförderung durch nicht unmittelbar Beteiligte. Nicht dazu zählt das Sachsponsorings, da es sich hierbei um die Überlassung von Produkten handelt, also Produktplatzierungen.²⁹⁷ Bedingungen des Sponsorings sind in § 8 RStV normiert. Nach § 8 Abs. 1 RStV ist die Finanzierung in vertretbarer Kürze und angemessener Weise offenzulegen. Zumeist sind solche Hinweise wie Werbespots gestaltet. Dies ist grundsätzlich zulässig. Die Unabhängigkeit des Veranstalters muss nach Abs. 2 gewährleistet sein. Es darf gem. Abs. 3 auch keine direkte Anregung zum Kauf erfolgen. Sponsoring für Tabakerzeugnisse und Arzneimittel ist absolut verboten (Abs. 4, 5). Ebenso ist das Sponsoring bei Nachrichten und Sendungen der politischen Information, Kindersendungen und religiösen Sendungen gem. Abs. 6 nicht erlaubt.

Eine andere Sonderwerbeform ist das Split Screening. Dabei wird das Fernsehbild in unterschiedliche Bereiche aufgeteilt und parallel redaktionelles Programm und Werbung ausgestrahlt. Unterformen des Split Screenings sind sogenannte Werbe-Crawls, also Textlaufzeilen am Bildschirmrand²⁹⁸ und Move-Splits, bei denen die Werbung innerhalb einer Szene an einer beliebigen Stelle des Bildschirms erscheint und dann vergrößert wird, bis sie den Bildschirm ausfüllt. Beim Split Screening sind das Trennungsgebot und das Kennzeichnungsgebot zu beachten (§ 7 Abs. 4 RStV). Die Art der Kennzeichnung kann frei gewählt werden, solange sie eindeutig ist. Letztes Jahr beanstandete die ZAK verschiedene Fälle des Move-Splits wegen der mangelhaften op-

²⁹⁵ KEK 2010, 358.

²⁹⁶ Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 88; Ladeur, in: Hahn/Vesting 2008, § 8 Rn. 26.

²⁹⁷ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn 85 ff.

²⁹⁸ Ladeur, in: Hahn/Vesting 2008, § 7 Rn. 35; Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 29; Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 76.

tischen Trennung und Kennzeichnung.²⁹⁹ Die Sendezeit wird voll auf die erlaubte Werbezeit angerechnet.

Auch die virtuelle Werbung, also das nachträgliche elektronische Hineinmanipulieren von Werbung ist nach § 7 Abs. 6 RStV zulässig, soweit nur die vor Ort vorhandene Werbung ersetzt wird und eine Kennzeichnung erfolgt.³⁰⁰

Dauerwerbesendungen i.S.d. § 7 Abs. 5 RStV sind mit redaktionellen Inhalten verbundene Werbung. Dabei steht ihr Werbecharakter eindeutig im Vordergrund und stellt einen wesentlichen Bestandteil der Sendung dar. Sie sollte länger als ein i.d.R. 90 Sek. langer Werbespot dauern.³⁰¹ Solche Dauerwerbesendungen sind anzukündigen und während der gesamten Zeit zu kennzeichnen.

Als letzte Sonderwerbeform soll das Teleshopping vorgestellt werden. Die Legaldefinition des § 2 Nr. 10 RStV stimmt mit der des Art. 1 lit. 1 AVMD-RL überein. Danach handelt es sich beim Teleshopping um ein direktes Absatzangebot an die Öffentlichkeit. Es wird also der „Fernseheinkauf“ ermöglicht. Der wesentliche Unterschied zur Werbung ist die direkte Ansprache des Publikums.³⁰² Es wird zwischen Teleshopping-Spots von weniger als 90 Sek., Teleshopping-Sendungen von 90 Sek. bis 15 min, Teleshopping-Fenstern von mindestens 15 min gem. § 45a RStV und Teleshopping-Kanälen unterschieden. Teleshopping-Spots sind wie Werbespots zu behandeln. Die Zulässigkeit von Sendungen ist umstritten. Teleshopping-Kanäle wurden früher als Telemedien eingestuft, werden aber aufgrund der Linearität heute dem Rundfunk zugeordnet. Für sie gilt nach § 1 Abs. 3 RStV der RStV nur eingeschränkt. Gem. § 8 Abs. 7 RStV sind die Regeln zum Sponsoring entsprechend anzuwenden.³⁰³

²⁹⁹ Matzneller, IRIS 2011-8:1/22; allgemein Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 25.

³⁰⁰ Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 30.

³⁰¹ Ladeur, in: Hahn/Vesting 2008, § 7 RStV Rn. 38; WerbeRL/Fernsehen, 5; Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 82; Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 65.

³⁰² Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 65; Ladeur, in: Hahn/Vesting 2008, § 7 Rn. 44;.

³⁰³ Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 Rn 92 f.; Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 69.

5.4.1.2 Quantitative Werberegelungen

Nach den qualitativen Werbebeschränkungen sollen nun die quantitativen Regelungen des § 7a RStV dargestellt werden.

§ 7a Abs. 2 S. 1 HS 1 RStV legt fest, dass die Ausstrahlung einzelner Spots die Ausnahme sein muss. Die Regel ist die Blockwerbung oder „Unterbrecherwerbung“, also die Ausstrahlung von mindestens zwei Spots.³⁰⁴ Eine Ausnahme gilt für Sportveranstaltungen (HS 2). Außerdem dürfen Spots gem. § 7a Abs. 2 S. 2 RStV den Zusammenhang von Sendungen nicht beeinträchtigen. Dabei sind natürliche Sendeunterbrechungen sowie die Dauer und Art der Sendung zu beachten.

Filme außer Serien, Reihen und Dokumentarfilme, Kinofilme und Nachrichtensendungen dürfen nach § 7a Abs. 3 RStV je programmierter Zeit von mindestens 30 min einmal unterbrochen werden. Damit wurde der frühere Zeitraum von 45 min stark reduziert. Auch das Abstandsgebot von 20 min zwischen den Werbeblöcken und die Höchstgrenze von 20 % Werbung pro Tag entfielen.³⁰⁵ Nach § 45 Abs. 1 RStV dürfen Privatsender pro Stunde höchstens 12 min Werbung ausstrahlen. Dabei sind Produktplatzierungen, Sponsorenhinweise, Dauerwerbesendungen und Teleshopping-Sendungen nicht einzurechnen.³⁰⁶ Ebenso erlaubt Abs. 2 Hinweise auf das eigene Programm. Dazu ist wohl auch Cross Promotion, d.h. Werbung für das Programm eines verbundenen Senders, zu zählen. Dasselbe gilt für Telemedien, soweit ein enger programmatischer Bezug zur Sendung besteht.³⁰⁷ Zur Berechnung der programmierten Sendezeit wird seit dem Jahr 2000 auf das sogenannte Bruttoprinzip des § 44 Abs. 4 S. 1 RStV abgestellt.³⁰⁸

§ 7a Abs. 1 RStV verbietet außerdem Fernsehwerbung und Teleshopping während Gottesdiensten und Kindersendungen.

³⁰⁴ Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 18, 83; Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 74 mit Verweis auf WerbeRL/Fernsehen, 8.

³⁰⁵ Statt vieler Kleist/Scheuer, MMR 2006, 207.

³⁰⁶ Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 124.

³⁰⁷ Ladeur, in: Hahn/Vesting 2008, § 45 Rn. 11 ff., 46.

³⁰⁸ Statt vieler Thaenert, MMR 2005, 280.

5.4.2 Werberegulierungen im Internet

Auch für Inhaltenanbieter im Internet ist Werbung eine wichtige Einnahmequelle. Der Online-Werbemarkt ist mittlerweile zu einem wichtigen Wirtschaftszweig herangewachsen und wächst wohl auch weiter. Dies lassen zumindest steigende Werbeeinnahmen im Internet vermuten.³⁰⁹

Der Online-Werbemarkt ist wohl vor allem deshalb so attraktiv, weil das Internet die Möglichkeit personalisierter Werbung bietet. Das sogenannte „targeted advertising“ ist durch die Nutzung von Cookies möglich, die Daten über das Verhalten des Computernutzers im Internet sammeln. Diese Informationen können dann ausgewertet werden, um zielgenau interessengerechte Werbung anzuzeigen.³¹⁰

Im Folgenden werden analog zur Betrachtung der Fernsehregulierungen die qualitativen und quantitativen Werbebeschränkungen für Telemedien dargestellt.

5.4.2.1 Qualitative Werberegelungen

Das TMG verweist für inhaltliche Regelungen auf den RStV. Nur § 6 TMG schreibt bei kommerzieller Kommunikation, also jeglicher Kommunikation im Zusammenhang mit Absatzförderung, die Erkennbarkeit des Werbecharakters vor.³¹¹ § 58 RStV legt die speziellen Werbevorgaben für Telemedien fest. Diese sind auf allgemeine Prinzipien beschränkt.

§ 58 Abs. 1 RStV fordert die Erkennbarkeit der Werbung und normiert den Trennungsgrundsatz sowie das Verbot subliminaler Techniken. Insoweit sind die Vorgaben mit den Grundsätzen der Fernsehwerbung

³⁰⁹ Plog, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 30. Rn. 1; Mankowski, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 1; Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 66.

³¹⁰ Mankowski, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 2; Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 31; Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 31.

³¹¹ Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 145; Kreile, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, J Rn. 76; gegen die Anwendbarkeit des § 6 TMG Obert/Lamprecht-Weißborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 85 ff.

identisch. Nach Abs. 2 ist außerdem bei Sponsoring von Fernsehtexten § 8 RStV entsprechend anzuwenden.

Das Trennungsgebot für Telemedien ist nicht europarechtlich vorge-schrieben. Dies hindert den nationalen Gesetzgeber jedoch nicht, ein solches dennoch vorzusehen. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine Trennung wohl nicht möglich ist, wenn der Inhalt des Telemedi-ums selbst bereits kommerziell und nicht redaktionell ist, wie etwa bei Webauftritten von Unternehmen.³¹² Beispielhaft soll die Einhaltung des Trennungsgebots durch besondere Online-Werbeformen über-prüft werden. Die bekannteste Werbeform ist wohl die Bannerwerb-ung. Dabei handelt es sich um Werbeflächen, die mit einem Hyper-link versehen sind, der auf die Homepage des Werbenden führt.³¹³ Bei der Bannerwerbung sind an die Trennung wohl keine hohen Anfor-derungen zu stellen. I.d.R. sollte die typische, dem durchschnittlichen In-ternetnutzer geläufige Bannerform ausreichen.³¹⁴ Bei Werbe-Pop-Ups handelt es sich um ein sich selbst öffnendes Fenster eines Web brow-sers, in dem dann die Werbung zu sehen ist. Bezüglich der Einhaltung des Trennungsgebot ist festzuhalten, dass diesem damit genüge getan sein sollte, dass sich erkennbar eine neue Seite öffnet.³¹⁵ Außerdem seien auch Interstitials genannt. Diese funktionieren ähnlich wie Pop-Ups, öffnen jedoch kein neues Browserfenster. Die Werbung legt sich vielmehr über den ursprünglichen Inhalt und verschwindet nach Zeit-ablauf oder durch aktives Schließen.³¹⁶ Hier kommt es zur Erfüllung des Trennungsgebots auf die optisch erkennbare Abhebung der Wer-bung vom eigentlichen Inhalt an. Es darf nicht als Inhalt getarnt sein.

Für fernsehähnliche Telemedien und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf gelten nach § 58 Abs. 3 S. 1 RStV zudem auch die Vorschriften der §§ 7, 8 RStV.

³¹² *Kitz*, ZUM 2007, 372; *Mankowski*, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 25, 32.

³¹³ Statt vieler *Mankowski*, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 67 ff.

³¹⁴ *Mankowski*, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 28 ff.; *Plog*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 30.Rn. 5.

³¹⁵ *Plog*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 30. Rn. 6 f.

³¹⁶ *Kreile*, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 33.

§ 6 JMStV ist in jedem Fall ebenso anzuwenden wie beim Fernsehen, da der JMStV einheitliche Regeln für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste vorsieht.

5.4.2.2 Quantitative Werberegelungen

In quantitativer Hinsicht macht das Gesetz keine Vorschriften für die Werbung in Telemedien.³¹⁷ Man überlässt die Regulierung den Marktkräften. Denn es wird davon ausgegangen, dass Nutzer solche Telemedien meiden, die ein Übermaß an Werbung beinhalten.

5.4.3 Liberalisierung der quantitativen Werbebeschränkungen im Fernsehen

Wie bereits festgestellt wurde, bietet Werbung im Internet den großen Vorteil der Personalisierung. Es steigen aber nicht nur die Werbeeinnahmen im Internet, gleichzeitig sinken auch die Nettoerlöse bei der Fernsehwerbung.³¹⁸ Bedenkt man zudem, dass durch das Hybrid-TV auch Internetangebote die Reichweite der Fernsehprogramme aufgreifen können, spitzt sich diese Situation weiter zu. Allerdings könnten sich zumindest durch HbbTV auch neue Werbeeinnahmen für Fernsehanbieter ergeben. Denkbar ist, dass während eines Werbespots der Red Button so programmiert wird, dass er direkt auf die Webseite des Werbenden führt.³¹⁹ Allerdings führt dies auch dazu, dass die nachfolgende Werbung und anschließende Sendung vom Rezipienten häufig nicht wahrgenommen werden. Ob diese neue Werbeform außerdem die verlorenen Einnahmen ausgleichen kann, ist fraglich.

Problematisch ist dies, da das Internet i.d.R. nur einfache Inhalte bietet. Wie bereits festgestellt, werden selten kostenintensive Inhalte nur für das Internet hergestellt. Häufiger werden Inhalte aus anderen Massenmedien weiterverwendet. Die Werbeeinnahmen müssten jedoch der Branche zufließen, welche diese Inhalte erzeugt, damit deren

³¹⁷ *Stender-Vorwachs/Theißen*, ZUM 2007, 617; *Kleist/Scheuer*, MMR 2006, 207.

³¹⁸ *KEK* 2010, 364 f., 375; *Wagner*, in: *Kleist/Roßnagel/Scheuer* 2010, 331; *Holzknagel/Nolden*, in: *Hoeren/Sieber* 2011, Teil 5 Rn. 1.

³¹⁹ Ähnlich *Kreile*, in: *Fezer* 2010, § 4-S5 Rn. 35.

kostenintensive Herstellung finanziert werden kann. Geht man weiter davon aus, dass auch die Werbeeinnahmen zumindest grundsätzlich durch die Rundfunkfreiheit geschützt werden, da sie zur Finanzierung des Rundfunks nötig sind,³²⁰ stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber in dieser Situation tätig werden muss.

Durch die AVMD-RL sollte bereits der Fernsehwerbemarkt liberalisiert werden, um den Veranstaltern eine ausreichende Finanzierung zu ermöglichen. Auch wenn die Umsetzung einige Verbesserungen für Fernsehveranstalter bot, sind wesentliche Beschränkungen wie die der stündlichen Werbezeit nicht weggefallen. Im Gegensatz dazu unterliegt die Online-Werbung keiner quantitativen Beschränkung, da hier keine Einigung erzielt werden konnte.³²¹

Aber auch die qualitativen Vorgaben sind sehr unterschiedlich ausgeprägt. So können auf dem Bildschirm des Hybrid-TV Inhalte zu sehen sein, die zwar weitgehend identisch sein können, jedoch zwei völlig unterschiedlichen Regulierungsdichten unterliegen. Deshalb wird ein „level playing screen“ verneint.³²²

Dies lässt sich auch nicht mit der angenommenen höheren „situationsbedingten und medienangemessenen Aufmerksamkeit“ des Internetnutzers aufgrund des aktiven Zugriffs auf Informationen begründen.³²³ Die Annahme unterschiedlicher Aufmerksamkeit ist in einer konvergenten Welt kaum zu halten, bedenkt man, dass der Fernsehrezipient binnen Sekunden zum Internetnutzer wird und zurück zum Fernsehbildschirm wechseln kann. Noch deutlicher wird dies, wenn auf dem Bildschirm des Hybrid-TV beide Medien gleichzeitig zu sehen sind. Außerdem werden genug Fernsehprogramme gleichzeitig

³²⁰ Vgl. *Ladeur*, in: Hahn/Vesting 2008, § 7 Rn. 6; *Goldbeck*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 28. Rn. 19.

³²¹ *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 340.

³²² *Schmid*, ZUM 2011, 459; *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 340. In Anlehnung an das von der EU erstrebte „level playing field“.

³²³ So *Mankowski*, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 13, aber zweifelnd bezüglich eines höheren Aufmerksamkeitsgrades Rn. 22; ebenso eingeschränkt zustimmend *Lehmle*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, § 1 UWG Rn. 22.

angeboten, sodass der Rezipient auch einem Werbeblock durchaus entgehen kann.³²⁴

Deshalb wird in der Literatur die Anpassung der Werbebeschränkungen gefordert, da die bestehenden in der konvergenten Medienwelt nicht mehr angemessen sind.³²⁵ Eine besondere Pflicht zur Handlung ergibt sich daraus, dass Fernsehveranstalter nur deswegen auf dem Markt benachteiligt sind, weil der Gesetzgeber zu ihren Ungunsten in den freien Markt eingegriffen hat.³²⁶

M.E. wäre eine Flexibilisierung der quantitativen Werbebeschränkungen im Fernsehen angebracht. Auch hier könnte der Marktmechanismus dafür sorgen, dass Veranstalter ihre Angebote nicht übermäßig mit Werbung versehen, da dies wohl von den Rezipienten sanktioniert würde und damit die potentiellen Werbeeinnahmen der Fernsehveranstalter sinken würden. Zum Schutz der Rezipienten sollten jedoch die qualitativen Vorgaben bestehen bleiben, vor allem das Trennungsgebot und die Kennzeichnungspflicht.³²⁷ Das Gesetz muss jedoch nicht den ungestörten Genuss der Medien allgemein, etwa von Kinofilmen, ermöglichen. Gleichzeitig sollten die Fernsehveranstalter neue Werbeformen und andere Erlösmöglichkeiten ausloten.³²⁸

5.5 Jugendschutzbestimmungen

Seit dem 1.4.2003 regelt in Deutschland der JMStV einheitlich und medienübergreifend den Jugendschutz in den elektronischen Massenmedien (§§ 1, 28 Abs. 1 JMStV). Der Staatsvertrag enthielt die ersten medienübergreifenden Vorschriften zu einem bestimmten Regelungsziel nach dem Leitprinzip der Gleichbehandlung vergleichbarer Inhalte.³²⁹ Der Jugendschutz umfasst sowohl den Schutz von Kindern, d.h. der

³²⁴ Schmid/Kitz, ZUM 2009, 742 ff.

³²⁵ Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 340; zustimmend Klickermann, in: Taeger 2011, 716.

³²⁶ Schmid, ZUM 2011, 461.

³²⁷ A.A. Kogler, K&R 2011, 625 f.; Gounalakis, ZUM 2003, 187 ff.

³²⁸ Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 72; Chardon, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 58 f.

³²⁹ Statt vieler Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 2 JMStV Rn. 1.

unter 14-Jährigen, als auch den von Jugendlichen, also der unter 18-Jährigen (§ 3 Abs. 1 JMStV).

Neben dem JMStV regelt das JuSchG des Bundes den Jugendschutz für Trägermedien. Um diese Aufteilung der Regelungen zu erreichen, nahm der Bund seine damaligen Bestimmungen zurück, um die konkurrierende Kompetenz für die Länder freizugeben. Die Länder nutzten diese Gelegenheit, um die Jugendmedienschutzregelungen aus dem RStV und dem MDStV zusammenzufassen und einheitliche Bestimmungen zu schaffen.³³⁰ Der JMStV umfasst sowohl materiell-rechtliche Normen als auch Regelungen zur Aufsicht. Letztere sollen erst im nächsten Kapitel behandelt werden.

Durch den 14. Rundfunkänderungsstaatsvertrag sollte 2011 ein reformierter JMStV in Kraft treten. Dieser scheiterte jedoch kurzfristig. Ziel war es, der Medienkonvergenz Rechnung zu tragen. Dennoch war der neue JMStV aus verschiedenen Gründen stark umstritten.³³¹

Ziel des Staatsvertrags ist nach § 1 JMStV der Schutz vor entwicklungsbeeinträchtigenden oder -gefährdenden Inhalten in elektronischen Medien. Kinder und Jugendliche sollen sich ungestört zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten entwickeln können. Gerade durch die Vielfalt an Wertevorstellungen und Erziehungsformen in der Gesellschaft suchen Kinder und Jugendliche zunehmend in den Medien nach Orientierungspunkten und Identifikationsfiguren. So ist es nötig, ihnen nur Zugang zu altersgerechten Medieninhalten zu eröffnen.³³²

Dabei ist außerdem zu beachten, dass bei einer Abwägung zwischen dem Jugendschutz und Art. 5 Abs. 1 GG, der Kommunikations- und Informationsfreiheit der Erwachsenen, auch der Jugendschutz ein Gut mit verfassungsrechtlichem Rang ist. Auch wenn in der Literatur strittig ist, aus welchen Grundrechten sich dieser ergibt. Diskutiert werden

³³⁰ Statt vieler *Bornemann*, NJW 2003, 787.

³³¹ Vgl. etwa *Braml/Hopf*, ZUM 2010, 645 ff.; *Liesching*, MMR-Aktuell 2010, 298016; *Schüttel*, in: *Taeger* 2011, 315; *Erdemir*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 1 JMStV Rn. 34 ff.; § 5 Rn. 26 ff.

³³² *Cole*, in: *Dörr/Kreile/Cole* 2008, H Rn. 1 f., in § 5 Abs. 1 genannt.

das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG, das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und die Schrankenbestimmungen des Jugendschutzes in Art. 5 Abs. 2 GG für die Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG.³³³ Aufgrund der objektiv-rechtlichen Seite des Jugendschutzes treffen den Staat gewisse Schutzpflichten. Diese sollten in Zusammenarbeit mit den vorrangig verantwortlichen Eltern erfüllt werden.³³⁴ Dennoch sind unnötige Beschränkungen der Grundrechte von Erwachsenen verfassungswidrig und müssen verhindert werden.³³⁵

Der JMStV sieht eine Abstufung der Vorschriften entsprechend der jugendschutzrechtlichen Relevanz von Inhalten vor. Dabei wird zwischen absolut und relativ unzulässigen Inhalten sowie lediglich entwicklungsbeeinträchtigenden Inhalten differenziert. Dieser Unterscheidung soll auch hier gefolgt werden.

5.5.1 Jugendschutzrechtliche Regelungen im Fernsehen

Gerade beim Fernsehen bietet sich für Eltern eine gute Kontrollmöglichkeit. Dazu können sie sich einfachen Mitteln wie einer Programmzeitschrift, aber auch Programmsperren bedienen.³³⁶ Außerdem gelten die materiell-rechtlichen Jugendschutzvorgaben des JMStV für private wie öffentlich-rechtliche Anbieter, sodass sich Eltern auf ein einheitliches Mindestschutzniveau verlassen können.

5.5.1.1 Absolut und relativ unzulässige Inhalte

§ 4 Abs. 1 JMStV nennt absolut unzulässige Inhalte, die einem ausnahmslosen Ausstrahlungsverbot unterliegen.

³³³ BVerfGE 83, 130, 139 ff.; *Bandehzadeh* 2007, 25 ff.; *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 1 Rn. 12; *Erdemir*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 1 JMStV Rn. 14 ff.; *Ring/Hopf*, in: *Büschler/Dittmer/Schiwy* 2011, Rn. 517 f.; *Schüttel*, in: *Taeger* 2011, 314.

³³⁴ *Bandehzadeh* 2007, 28 f.; *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 1 Rn. 10.

³³⁵ *Schüttel*, in: *Taeger* 2011, 314; *Cole*, in: *Dörr/Kreile/Cole* 2008, H Rn. 1, 5, 15; *Hans-Bredow-Institut* 2007, 14 ff.

³³⁶ *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 743.

Zunächst sind eine Reihe strafrechtsverwandter Tatbestände genannt. Dabei handelt es sich um eigenständige Normen, die neben dem Strafrecht zur Anwendung kommen. Dadurch entfällt der Nachweis des subjektiven Tatbestands, der im Strafrecht nötig wäre. Bei Unklarheiten ist jedoch auf die Auslegung im Strafrecht zurückzugreifen. Im Einzelnen sind dies nach § 4 Abs. 1 S. 1 JMStV folgende Inhalte: Propagandamittel gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Völkerverständigung (Nr. 1), Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Nr. 2), das Aufstacheln der Bevölkerung zum Hass und anderem (Nr. 3), das Leugnen der Taten des Nationalsozialismus' (Nr. 4), Gewaltdarstellungen i.S.d. § 131 StGB (Nr. 5 HS 1), Anleitung zu Straftaten i.S.d. § 126 Abs. 1 StGB (Nr. 6) und harte Pornografie i.S.d. §§ 184a-c StGB (Nr. 10 HS 1).³³⁷

Des Weiteren beinhaltet § 4 Abs. 1 S. 1 JMStV spezifische jugendschützende Tatbestände.³³⁸ Diese sind weitgehend auch im JuSchG normiert. Danach sind auch rein virtuelle Gewaltdarstellungen (Nr. 5 HS 2) und virtuelle harte Pornografie (Nr. 10 HS 2) verboten, da computergenerierte Bilder eine immer bessere und realitätsnähere Qualität haben und kaum mehr von Videoaufnahmen unterschieden werden können.³³⁹ Außerdem sind Kriegsverherrlichung etwa durch Verharmlosung (Nr. 7) sowie Verstöße gegen die Menschenwürde (Nr. 8) absolut verboten. Der Begriff entspricht der Würde des Menschen aus Art. 1 Abs. 1 GG. Somit darf ein Mensch nicht zum Objekt degradiert werden, indem sein sozialer Wert- und Achtungsanspruch, also die Subjektqualität des Menschen, in Frage gestellt wird.³⁴⁰ Es darf auch keine Abwägung mit anderen Grundrechten, etwa der Meinungsfreiheit, erfolgen, da die Menschenwürde unantastbar ist. Deshalb sind aber auch eine grundlegende Missachtung und eine gewisse Intensität

³³⁷ Cole, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 17 f.; Liesching, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 82. Rn. 2; Liesching, in: Liesching 2011, § 4 Rn. 2; Bornemann, NJW 2003, 788.

³³⁸ Liesching, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 82. Rn. 3 ff.; Cole, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 19 ff.

³³⁹ Schmittmann, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 116.

³⁴⁰ BVerfGE 96, 375, 399; Vgl. auch Ring/Hopf, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, Rn. 528.

des Verstoßes nötig.³⁴¹ Es muss eine Gesamtschau im Einzelfall erfolgen. Weiterhin ist eine unnatürliche geschlechtsbetonte Körperhaltung bei Kindern oder Jugendlichen verboten (Nr. 9). Damit sind Inhalte gemeint, die noch nicht zur Pornografie zählen, aber einen Einstieg zu pädophilen Darstellungen bilden können. Demnach ist es auch nicht erforderlich, dass die abgebildete Person nackt ist. Die Betonung der sexuellen Ausstrahlung reicht aus. Diese muss durch ein nicht normales bzw. altersangemessenes Verhalten erzeugt werden.³⁴² Zuletzt besteht auch ein absolutes Verbot für die in Teil B und D der Liste nach § 18 JuSchG, vor allem aufgrund von Verstößen gegen Straftatbestände, aufgenommenen Medien (Nr. 11). In diesem Fall sind die zuvor genannten Nummern mit Bezug zum Strafrecht vorrangig zu prüfen.

Neben den absolut unzulässigen Inhalten existieren auch relativ unzulässige Angebote nach § 4 Abs. 2 S. 1 JMStV.³⁴³ Für das Fernsehen ist ihre Ausstrahlung ebenso unzulässig wie bei absolut verbotenen Inhalten. Dabei handelt es sich um einfache Pornografie (Nr. 1). Damit ist jegliche Pornografie im Fernsehen verboten. So sollen Kinder und Jugendliche vor einer ungewollten Konfrontation mit Pornografie geschützt werden.³⁴⁴ Außerdem sind Medien aus den Teilen A und C der Liste nach § 18 JuSchG verboten. Diese sind nicht aufgrund strafrechtlicher Verstöße aufgenommen worden, sondern allein aufgrund einer möglichen Jugendgefährdung. Zuletzt sind auch solche Inhalte nicht erlaubt, die offensichtlich zur schweren Jugendgefährdung geeignet sind (Nr. 3). Offensichtlich ist etwas, wenn es für jeden unbefangenen Beobachter bei verständiger Würdigung erkennbar ist.³⁴⁵ Dabei soll auch die Wirkform des Mediums beachtet werden. Dies darf jedoch

³⁴¹ BVerfGE 87, 209, 228.

³⁴² Ring/Hopf, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, Rn. 532 ff.; Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 4 JMStV Rn. 23 ff.; Liesching, in: Liesching 2011, § 4 Rn. 8 f.

³⁴³ Cole, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 26 ff.; Liesching, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 82. Rn. 9 ff.

³⁴⁴ Gottberg, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 202; Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 4 JMStV Rn. 43; Vgl. auch Art. 27 Abs. 1 AVMD-RL.

³⁴⁵ BVerfGE 11, 234, 238; Hartstein et al. 2010, § 4 JMStV, Rn. 63d nennt Beispiele für schwere Gefährdung.

nicht zu einer generellen Unterscheidung von Fernsehinhalten und Internetinhalten führen. Liegt etwa eine neue Schnittfassung eines in der Liste aufgenommenen Inhalts vor, darf auch diese gem. § 4 Abs. 3 JMStV nur nach einer neuerlichen Entscheidung durch die BPjM in den elektronischen Medien verbreitet werden.³⁴⁶

5.5.1.2 Entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte

Unter bestimmten Vorgaben zulässig sind entwicklungsbeeinträchtigende Angebote nach § 5 Abs. 1 JMStV. Bei diesen Inhalten sind Beschränkungen nötig, damit sich Kinder und Jugendlichen zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Personen entwickeln können. Sie dürfen nur so verbreitet werden, dass die potentiell gefährdeten Altersgruppen sie üblicherweise nicht wahrnehmen. D.h., der Anbieter darf sie nur kontrolliert verbreiten. Es reicht aber, wenn sie von den gefährdeten Altersklassen üblicherweise nicht rezipiert werden.

Die Einordnung wird grundsätzlich vom Anbieter vorgenommen, außer der Inhalt oder ein im Wesentlichen inhaltsgleiches Angebot erhielt bereits eine Alterskennzeichnung des JuSchG durch die BPjM. Dann gilt diese auch bei den elektronischen Medien (§ 5 Abs. 2 JMStV). Bewertungsgrundlage für die Einstufung als entwicklungsbeeinträchtigender Inhalt ist der Gesamteindruck.³⁴⁷ Maßstab sollten dabei schwächere, weniger entwickelte Kinder oder Jugendliche der Altersgruppe sein.³⁴⁸ Nach § 9 Abs. 1 JMStV ist eine Abweichung von der Alterskennzeichnung des JuSchG in bestimmten Fällen möglich, etwa bei einer neuen Version oder aufgrund des gesellschaftlichen Wertewandels seit der Klassifizierung.³⁴⁹ Ausgenommen werden durch § 5 Abs. 6 JMStV Nachrichtensendungen und vergleichbare Sendungen,

³⁴⁶ Kritisch *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 4 Rn. 16a.

³⁴⁷ *Gottberg*, in: *Wandtke* 2011, Kap. 4 Rn. 198; *Schwartmann*, in: *Schwartmann* 2011, 7. Kap. Rn. 16; *Schmittmann*, in: *Schwartmann* 2011, 10. Kap. Rn. 123.

³⁴⁸ *Ring/Hopf*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy* 2011, Rn. 541; *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 5 Rn. 1; a.A. *Erdemir*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 5 JMStV Rn. 8.

³⁴⁹ *Erdemir*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 5 JMStV Rn. 11, § 9 Rn. 5 ff.; *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 9 Rn. 1 ff.; *JuSchRL*, 10 f.

wenn ein berechtigtes Interesse an der Berichterstattung in der konkreten Form besteht.

Entwicklungsbeeinträchtigende Angebote können unter verschiedenen in § 5 Abs. 3 JMStV genannten Auflagen verbreitet werden. Nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV kann der Anbieter technische oder sonstige Maßnahmen ergreifen. Für Fernsehveranstalter reicht eine einfache Codierung oder Vorsperre. Diese sind in § 3 der JuSchS³⁵⁰ genauer beschrieben, die auf der Grundlage des § 9 Abs. 2 S. 1 JMStV erlassen wurde. Wichtig ist, dass weder Bild noch Ton ohne die Entsperrung wahrgenommen werden können und die Sperrung bei jeder neuen Sendung erneut freigeschaltet werden muss. Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass Empfangsgeräte zur Entschlüsselung im Handel frei erhältlich sind und ohne Altersnachweis erworben werden können.³⁵¹ Dies schmälert die Effektivität der Maßnahme. Allerdings ist es Aufgabe der Eltern zu kontrollieren, ob ein solches Gerät angeschlossen wurde. Sonstige Mittel sind etwa der Altersnachweis des Nutzers per Post.³⁵²

§ 5 Abs. 3 Nr. 2 JMStV bestimmt die alternative Möglichkeit einer zeitlichen Beschränkung. Die Vorgaben sind in § 5 Abs. 4 JMStV näher bestimmt. Angebote, die geeignet sind, die Entwicklung von unter 18-Jährigen zu beeinträchtigen, dürfen nur zwischen 23 und sechs Uhr und Angebote ab 16 Jahren bereits ab 22 Uhr ausgestrahlt werden (§ 5 Abs. 4 S. 1, 2 JMStV). Angebote, die nur für Kinder unter zwölf Jahren schädlich sind, können schließlich zu Zeiten gezeigt werden, die dem Wohl der Kinder Rechnung tragen (S. 3).³⁵³ Nach Nr. 3.2.4. JuSchRL³⁵⁴ ist jedenfalls die Ausstrahlung nach 20 Uhr ausreichend. Filme und

³⁵⁰ Satzung zur Gewährleistung des Jugendschutzes in digitalverbreiteten privaten Fernsehangeboten der KJM vom 18.12.2003.

³⁵¹ *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 9 Rn. 10.

³⁵² *Liesching*, in: *Paschke/Berlit/Meyer* 2008, 84. Rn. 4 m.w.N.; *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 5 Rn. 6.

³⁵³ Detailliert *Gottberg*, in: *Wandtke* 2011, Kap. 4 Rn. 219 ff.

³⁵⁴ Gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten zur Gewährleistung des Schutzes der Menschenwürde und des Jugendschutzes vom 8./9.3.2005.

Serien, die nicht durch die BPjM geprüft wurden, können von privaten Sendern nach § 8 Abs. 1 JMStV durch die KJM oder Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle eingeordnet werden.³⁵⁵ Es besteht auch die Möglichkeit, ein ganzes Sendeformat präventiv einer bestimmten Altersstufe zuzuordnen. Dafür ist auf die Gesamttendenz eines Programms abzustellen. Dabei sind auch serielle Ausstrahlungen zu beachten.³⁵⁶ Durch die Vorabvorlage bei einer Selbstkontrollereinrichtung erhält der Anbieter grundsätzlich Rechtssicherheit, wenn er sich an die gemachten Vorgaben hält.³⁵⁷ Außerdem sind gem. § 10 Abs. 2 JMStV alle Sendungen ab 18 oder ab 16 Jahren vorher akustisch oder optisch als solche anzukündigen. Dies soll die Eltern auf eine Jugendrelevanz hinweisen. Ein Werbeeffect durch die Ankündigung ist zu vermeiden.³⁵⁸

Programmankündigungen mit Bewegtbildern, deren Verbreitung nicht technisch beschränkt ist, sind akzessorisch zum angekündigten Programm. Sie unterliegen also gem. § 10 Abs. 1 JMStV denselben zeitlichen Vorgaben. Davon sind alle sogenannten „Trailer“ erfasst, auch Standbilder, die etwa nur durch die Kameraführung bewegt erscheinen. Kinder und Jugendliche sollen nicht dazu verleitet werden, zu unüblichen Zeiten fernzusehen. Diese Beschränkungen müssen auch für „Cross-Promotion“, also Werbung für das Programm eines verbundenen Senders, gelten.³⁵⁹

5.5.2 Jugendschutzrechtliche Regelungen im Internet

Wie bereits erwähnt, bietet der JMStV eine einheitliche Regelung des Jugendschutzes in elektronischen Massenmedien. Deshalb stimmt ein Großteil der Regelungen für Inhalte in Fernsehen und Internet überein. Im Folgenden soll vor allem auf die Unterschiede aufmerksam

³⁵⁵ Zu den Institutionen 5.6.1.2 Aufsicht über den Jugendschutz.

³⁵⁶ *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 8 JMStV Rn. 2 ff.; a.A. *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 5 Rn. 1 f.; genauere Regelung finden sich in der JuSchRL und § 5 JuSchS.

³⁵⁷ Detailliert dazu 5.6.1.2 Aufsicht über den Jugendschutz.

³⁵⁸ *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 10 JMStV Rn. 16 ff.

³⁵⁹ Vgl. *Bornemann*, NJW 2003, 790; *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 10 Rn. 1,4; *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 10 JMStV Rn. 3 ff, 8.

gemacht werden. Nicht thematisiert werden soll der Online-Handel mit Trägermedien. Dieser unterliegt dem JuSchG, da es sich um Trägermedien handelt und das Internet nur als Kommunikationsmedium für den Vertragsabschluss genutzt wird.

5.5.2.1 Absolut und relativ unzulässige Inhalte

Die absolut unzulässigen Inhalte des § 4 Abs. 1 JMStV gelten für Anbieter im Internet genauso wie für Fernsehveranstalter. Sie dürfen keinesfalls öffentlich gemacht werden. Im Vergleich zum Fernsehen besteht vor allem eine große Menge an kriegsverherrlichenden Inhalten i.S.d. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 JMStV. Im Internet findet sich auch ein besonders hoher Anteil an rechtsextremistischen und religiös-fundamentalistischen Angeboten, die im Fernsehen kaum eine Rolle spielen.³⁶⁰

Ein wesentlicher Unterschied besteht bei relativ unzulässigen Inhalten nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV. Diese sind in Telemedien nicht generell verboten, sondern unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Entscheidend ist das Vorhandensein einer geschlossenen Benutzergruppe. Das heißt, es muss nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV sichergestellt sein, dass nur Erwachsene Zugang zum Angebot haben. An das Zugangskonzept sind strenge Anforderungen zu knüpfen, da es Kindern und Jugendlichen denselben Schutz wie im Rundfunk bieten soll, wo relativ unzulässige Inhalte völlig verboten sind.³⁶¹ Deshalb ist eine wirksame Volljährigkeitsprüfung nötig. Diese muss aus zwei Stufen bestehen. Zunächst erfolgt eine Identifizierung und Altersbestimmung durch Face-to-Face Kontakt, etwa durch das Postident-Verfahren. Dann muss bei jedem Nutzungsvorgang eine Authentifizierung, etwa durch die Nutzung einer Smartcard in Verbindung mit einer PIN, verlangt werden.³⁶² Dabei wurde auf ein allgemeines Sicherheitsprinzip zurückgegriffen. Danach sind mindestens zwei der drei Komponenten Wissen,

³⁶⁰ *Liesching*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 82. Rn. 3; *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn.17.

³⁶¹ *BGH*, GRUR 2008, 534, Rn. 23 ff.; ebenso *BVerwGE* 116, 5, 5 ff. zu Altersverifikationssystemen im Zusammenhang mit § 184 StGB.

³⁶² JuSchRL, 14 f.

Haben und Sein nötig, um eine sichere Authentifizierung zu ermöglichen.³⁶³ Deshalb sind weder die Eingabe der Personalausweis- oder Kreditkartennummer noch die Kostenpflicht allein ausreichend zur Identifizierung beim einzelnen Nutzungsvorgang.³⁶⁴ Das System kann der KJM freiwillig vorgelegt werden, um eine Bewertung und damit Rechtssicherheit zu erlangen. Dies ist jedoch kostenpflichtig.³⁶⁵

Problematisch ist in diesem Zusammenhang der für die Face-to-Face-Kontrolle notwendige Medienbruch. Durch den neuen Personalausweis mit Online-Ausweisfunktion, könnte darauf gegebenenfalls verzichtet werden. Dies hätte wohl eine deutlich geringere Abschreckungsquote als die bisherigen Systeme.³⁶⁶

5.5.2.2 Entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte

Auch entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte sind im Internet sehr weit verbreitet. Auf sogenannten Funsites wurden beispielsweise bis zu 75 % der Inhalte als entwicklungsbeeinträchtigend eingestuft.³⁶⁷ § 5 JMStV gilt im Internet wie im Fernsehen gleichermaßen.

Allerdings sind die in § 5 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 JMStV genannten technischen Mittel andere als die für das Fernsehen. Als technische Mittel sind im Internet Jugendschutzprogramme i.S.d. § 11 JMStV vorgesehen. Dabei kann der Telemedienanbieter zwischen der Verwendung anbieterseitiger und nutzerseitiger Programme wählen. Anbieterseitige Jugendschutzprogramme sind mit den Systemen für geschlossene Benutzergruppen vergleichbar. Nutzerseitige ermöglichen das Installieren einer wirksamen Filtertechnik beim Nutzer aufgrund von Bewertungen oder Kategorisierung durch den jeweiligen Telemedienanbieter.³⁶⁸ § 11 Abs. 5 JMStV sieht außerdem als Soll-Vorschrift vor, dass

³⁶³ Vgl. etwa *Federrath/Pfitzmann*, in: Roßnagel 2003, 2.2 Rn. 30 ff.

³⁶⁴ *BGH*, GRUR 2008, 534, Rn. 30 ff.

³⁶⁵ Positiv bewertete Konzepte sind auf http://www.kjm-online.de/files/pdf1/AVS-bersicht_fr_kjm-online_Stand_Jan20101.pdf veröffentlicht.

³⁶⁶ *Schüttel*, in: Taeger 2011, 317.

³⁶⁷ *jugendschutz.net*, Bericht 2008, 12, <http://www.jugendschutz.net/pdf/bericht2008.pdf>.

³⁶⁸ Vgl. *Liesching*, in: Liesching 2011, § 11 Rn. 1 ff.

Anbieter auch ihre für Kinder und Jugendliche ungefährlichen Medien kategorisieren, also ein Positivranking vornehmen.³⁶⁹ Jedes Jugendschutzprogramm muss von der KJM anerkannt werden.³⁷⁰ Dabei müssen sie lediglich den Zugang wesentlich erschweren. Die Anforderungen sind also deutlich geringer als bei geschlossenen Nutzergruppen. Diese entsprechen aber § 11 Abs. 3 JMStV nicht, weil sie nicht nach Altersstufen differenzieren. Außerdem fordert die KJM eine Benutzerfreundlichkeit und ein Weiterentwicklungspotential der Jugendschutzprogramme. Dies ist jedoch nicht gesetzlich vorgesehen.³⁷¹ Es wurden bereits mehrfach Modellversuche zugelassen und durchgeführt,³⁷² aber erst im Februar 2012 wurden die ersten zwei Programme von der KJM zugelassen.³⁷³ Effektiv gibt es also erst seit Neuestem die Möglichkeit, auf ein solches Programm zurückzugreifen und damit die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen. Ansonsten kann auf sonstige Mittel i.S.d. § 5 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 JMStV zurückgegriffen werden. Teilweise wird vertreten, dass so auch nicht geprüfte technische Jugendschutzprogramme eingesetzt werden können. Dafür spricht zumindest, dass bisher bereits andere technische Mittel von der KJM zugelassen wurden.³⁷⁴ Eine konkrete Festlegung von Kriterien zur Zulassung sollte im neuen JMStV erfolgen, damit die hohen Anforderungen der KJM die Anerkennung von Programmen nicht verhindern. Dieses Ziel wird auch nach dem Scheitern des neuen JMStV weiterverfolgt.³⁷⁵ Schließlich ist nach § 11 Abs. 4 JMStV auch der Widerruf der Anerkennung möglich, wenn sich nachträglich Bedingungen verändern.

³⁶⁹ Detailliert dazu *Schüttel*, in: Taeger 2011, 319 f.

³⁷⁰ *Liesching*, in: Liesching 2011, § 11 Rn. 4; *JuSchRL*, 15; *Ring/Hopf*, in: Büscher/ Dittmer/Schiwy 2011, Rn. 54a f.; *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 32.

³⁷¹ *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 11 JMStV Rn. 10.

³⁷² Vgl. etwa *Liesching*, in: Liesching 2011, § 11 Rn. 11; *Dreyer*, tvd 2011, 49.

³⁷³ KJM, Pressemitteilung 03/2012, München 9.2.2012, http://www.kjm-online.de/de/pub/aktuelles/pressemitteilungen/pressemitteilungen_2012/pm_032012.cfm

³⁷⁴ *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 126 f.; *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 11 JMStV Rn. 5; kritisch dazu *Liesching*, in: Liesching 2011, § 5 Rn. 7.

³⁷⁵ *Liesching*, in: Liesching 2011, § 11 Rn. 3a; *Braml/Hopf*, ZUM 2010, 652 f., 655; *Schüttel*, in: Taeger 2011, 318; zu zukünftigen Plänen KJM, Informationen für Betreiber und Anbieter von Jugendschutzprogrammen, München 2011, http://www.kjm-online.de/files/pdf1/Informationen-fr-JSP-Anbieter-Stand_2011-05-11.pdf.

Neben den technischen und sonstigen Mitteln nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV kann auch der Telemedienanbieter auf zeitliche Beschränkungen nach § 5 Abs. 3 Nr. 2 JMStV zurückgreifen.³⁷⁶ Problematisch daran ist zum einen, dass ja gerade der Vorteil von Telemedien in ihrer jederzeitigen Verfügbarkeit liegt.³⁷⁷ Zum anderen sind Telemedien typischerweise weltweit abrufbar. Eine zeitliche Beschränkung ist somit keinesfalls ein internationales Konzept. Gerade bei Angeboten, die Nutzer in verschiedenen Zeitzonen ansprechen sollen, ist eine Umsetzung nur schwierig möglich, wenn diese Länder identische Zeitbeschränkungen vorsehen.

Außerdem sieht § 5 Abs. 5 JMStV eine spezielle Pflicht für Telemedienanbieter vor, die Inhalte anbieten, welche entwicklungsbeeinträchtigend für Kinder unter 14 Jahren sind. Diese müssen getrennt von Inhalten für Kinder verbreitet werden.³⁷⁸ Das bedeutet in zeitlicher Hinsicht, dass sie nicht direkt vor oder nach Inhalten für Kinder gezeigt werden dürfen und in räumlicher Hinsicht, dass sie auf einer eigenständigen Webseite gezeigt werden müssen. Dabei ist eine Unterseite der eigentlichen Website ausreichend, solange es keine Verknüpfung auf das beeinträchtigende Angebot gibt oder umgekehrt.³⁷⁹

Die §§ 8 ff. JMStV sind nur für den Rundfunk anwendbar. Lediglich § 9 Abs. 1 JMStV ist aufgrund der Widerlegbarkeit der Vermutung zur Entwicklungsbeeinträchtigung in § 5 Abs. 2 JMStV analog auch auf Telemedien anzuwenden.³⁸⁰

Eine weitere Besonderheit stellt die Tatsache dar, dass Filme, die nur für die Verbreitung im Internet hergestellt werden, keine Altersklassi-

³⁷⁶ *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 140; *Schüttel*, in: Taeger 2011, 318 nennt die ARD-Mediathek als Beispiel.

³⁷⁷ *Schmittmann*, in: Schwartzmann 2011, 10. Kap. Rn. 126.

³⁷⁸ *Liesching*, in: Paschke/Berlit/ Meyer 2008, 84. Rn. 7; *Schmittmann*, in: Schwartzmann 2011, 10. Kap. Rn. 128.

³⁷⁹ *Liesching*, in: Liesching 2011, § 5 Rn. 13.

³⁸⁰ *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 9 JMStV Rn. 2 f. unter Bezugnahme auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG; *Liesching*, in: Liesching 2011, § 9 Rn. 5.

fizierung erhalten.³⁸¹ Nur bei Filmen und Spielen, die selbst Telemedien sind, aber einem nach § 12 JuSchG klassifizierten Trägermedium entsprechend oder inhaltsgleich sind, müssen nach § 12 JMStV die Alterskennzeichnung des Trägermediums übernehmen. Fraglich ist hier vor allem die konkrete Form der Kennzeichnung, also ob dasselbe Kennzeichen verwendet werden muss.³⁸² Für die Praxis empfiehlt sich, die Kennzeichnung zu übernehmen, da dies in jedem Fall alle Anforderungen des § 12 JMStV erfüllt.

5.5.3 Schaffen eines einheitlichen Jugendschutzniveaus

Obwohl der JMStV einheitliche Regelungen für den Jugendschutz in elektronischen Massenmedien geschaffen hat, konnte gezeigt werden, dass auch eine Vielzahl an Sonderregelungen für Angebote im Fernsehen und Internet vorgesehen ist. Man kann also von einem dienstübergreifenden Grundkonzept mit Beachtung der Eigenheiten verschiedener Medien sprechen.³⁸³ Bereits bei Einführung des JMStV gab es Stimmen gegen unterschiedliche Niveaus beim Jugendschutz, da es an einer entsprechenden Begründung fehle.³⁸⁴ Tatsächlich sind verschiedene Schutzniveaus nicht mehr zu vertreten, wenn alle Inhalte Kinder und Jugendliche zeitgleich auf demselben Bildschirm erreichen. Unterschiedliche Regelungen ausschließlich aufgrund der technischen Bedingungen sind hingegen weiterhin zu akzeptieren.

Fraglich ist deshalb, ob das Verbot relativ unzulässiger Inhalte im Fernsehen aufgehoben werden und etwa einfache Pornografie unter denselben Bedingungen wie im Internet zugelassen werden sollte. Durch den Red-Button können solche Inhalte auf den Fernsehbildschirm gelangen. Fernsehanbieter können so das Verbot umgehen, da es sich bei den ergänzenden Inhalte, die über den Red Button aufgeru-

³⁸¹ *Hans-Bredow-Institut* 2007, 220.

³⁸² *Liesching*, in: *Liesching* 2011, § 12 Rn. 2; *Erdemir*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 12 JMStV Rn. 4.

³⁸³ *Roßnagel/Kleist/Scheuer* 2007, 128; *Blaue*, ZUM 2005, 36; *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 743.

³⁸⁴ *Stender-Vorwachs/Theißen*, ZUM 2007, 620; *Bandehzadeh* 2007, 270 f.; *Dreyer*, tvd 2011, 53; a.A. *Eimeren/Frees*, MP 2011, 344.

fen werden, i.d.R. um Telemedien handelt.³⁸⁵ Gerade beim digitalen Fernsehen ließe sich auch eine geschlossene Benutzergruppe mit einmaliger Face-to-Face-Authentifikation und zusätzlicher Kontrolle bei jeder Nutzung einrichten. Allerdings müsste hier ein weiteres Merkmal als die Eingabe der PIN gefordert werden, um eine sichere Authentifizierung zu ermöglichen. Soweit Fernsehanbieter jedoch gleichermaßen sicherstellen, dass solche Angebote nur einem geschlossenen Benutzerkreis zugänglich sind, muss die Ausstrahlung auch dort erlaubt sein.³⁸⁶

Ob für entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte im Fernsehen auch ein nutzerseitig einzurichtendes Filterprogramm wie für Telemedien ausreichen sollte, ist fraglich. Eine unterschiedliche Behandlung der Medien könnte damit gerechtfertigt werden, dass Jugendliche und Kinder im Fernsehen über Inhalte „stolpern“ können, im Internet muss explizit danach gesucht werden. Dies ist im Zusammenhang mit dem Hybrid-TV jedoch nur teilweise richtig. Bedenkt man, dass der freie Internetzugang nur mit den wenigsten Geräten möglich ist, wird der Nutzer i.d.R. auf Apps zugreifen, die übersichtlich auf dem Portal des Betreibers angeordnet sind. Momentan bietet dieses Feld nur eine geringe Brisanz, da die Portalbetreiber jugendschutzrelevante Inhalte erst zulassen müssen. Die Verantwortung der Portalbetreiber soll jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden.³⁸⁷ M.E. sollte eine nutzerseitige Filterung weder für Internetanbieter noch für Fernsehsender ausreichend sein.³⁸⁸ Natürlich ist auch bei technischen Maßnahmen auf die Mitwirkungspflicht der Eltern zurückzugreifen, ebenso wie ihr Recht aus Art. 6 GG zu beachten ist. Dennoch sollte auch ohne elterliches Zutun ein gewisser Mindestschutz vorgesehen wer-

³⁸⁵ Dreyer, *vtv* 2011, 51; allgemein Klickermann, in: Taeger 2011, 717.

³⁸⁶ Bandehzadeh 2007, 141 ff., 270 f.; im Ergebnis zustimmend Gottberg, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 232; Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 4 JMStV Rn. 63 f. allerdings ungewiss bei der tatsächlichen Umsetzung.

³⁸⁷ Detailliert Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 333.

³⁸⁸ Vgl. Bandehzadeh 2007, 169 ff., 271 f.; a.A. Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 11 JMStV Rn. 2 und Schüttel, in: Taeger 2011, 321 mit Hinweis auf die Letztverantwortung der Eltern.

den. Schließlich sind Medien heutzutage allgegenwärtig. Eltern können ihre Kinder nicht immer und überall kontrollieren und Kinder und Jugendliche sollten die Möglichkeit haben, sich in der Welt der Medien zu orientieren, ohne auf Inhalte zu stoßen, die sich auf ihre Entwicklung schädlich auswirken können.

Die Vorgabe aus § 5 Abs. 5 JMStV, für Kinder bestimmte Angebote von denen zu trennen, die für Kinder entwicklungsbeeinträchtigend wirken können, gilt nur für Telemedienanbieter. Teilweise wird auch hier eine Ungleichbehandlung kritisiert.³⁸⁹ Warum für Telemedien nicht die Mittel des § 5 Abs. 3 JMStV gelten sollen, ist nicht ersichtlich.

Insgesamt sollte m.E. deshalb nicht generell jegliche Regulierung linearer Medien liberalisiert werden. Vielmehr muss genau überprüft werden, wie in zwei verschiedenen Medien trotz unterschiedlicher technischer Hintergründe dasselbe Niveau hergestellt werden kann.³⁹⁰ Denn schließlich können Eltern kaum kontrollieren, ob Kinder den Fernsehbereich verlassen und Internetinhalte aufrufen. Bisher sind keine Kindersperren, die den Zugang zum Internet einschränken, angedacht. Technisch ist hier sicherlich noch vieles möglich. Ob dies jedoch eine gute Lösung ist, bleibt zu bezweifeln.³⁹¹ Schließlich müssen Kinder und Jugendliche auch den Umgang mit anderen Medien, insbesondere dem Internet erlernen.

Hier bietet der JMStV einen guten Ausgangspunkt. Dennoch sollten Unterschiede weiter angeglichen werden, soweit es die technischen Bedingungen zulassen.

5.6 Aufsicht

Nicht nur der Rundfunk selbst muss nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts staatsfrei bzw. staatsfern organisiert sein. Dies gilt auch für die Kontrolle des Rundfunks. So soll verhindert

³⁸⁹ Bandehzadeh 2007, 186 ff., 272 f.

³⁹⁰ Vgl. Dreyer, tvd 2011, 53; Chardon, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 60; a.A. Klickermann, in: Taeger 2011, 717 f.

³⁹¹ Wagner, ZUM 2011, 463, 465; Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 333.

werden, dass der Staat unerlaubt in die Rundfunkfreiheit eingreift und Einfluss auf den Rundfunk nimmt.³⁹² Auch EW 94 AVMD-RL fordert für alle audiovisuellen Medien unabhängige Aufsichtsbehörden. Gleichzeitig ist aber auch eine effektive Aufsicht über den verfassungsrechtlichen Rundfunk nötig, damit es nicht zur Bildung vorherrschende Meinungsmacht kommt.³⁹³

Für die folgende Untersuchung wurden nur bestimmte Aufsichtsbe-
reiche herausgegriffen. So werden im Anschluss die Unterschiede bei
zwischen Fernsehen und Telemedien in den Bereichen der Inhaltsauf-
sicht und der Aufsicht über den Jugendschutz aufgezeigt.

5.6.1 Aufsicht über Anbieter von Fernsehinhalten

Privatrechtliche Fernsehveranstalter unterliegen, anders als der öffent-
lich-rechtliche Rundfunk, der sich selbst mit internen Aufsichtsgremi-
en kontrolliert,³⁹⁴ einer externen Aufsicht. Die Landesmedienanstalten
und deren gemeinsame Aufsichtsgremien ZAK, GVK, KEK und KJM
wurden bereits vorgestellt. Im Anschluss sollen nun speziell die Berei-
che der Inhaltsaufsicht und der Aufsicht über den Jugendschutz dar-
gestellt werden, da dort verschiedene Regulierungskonzepte verwen-
det wurden. Die Organisation der Aufsicht im Bereich des Fernsehens
ist Ländersache.

5.6.1.1 Aufsicht über den Inhalt

Die Aufsicht über Fernsehinhalte haben grundsätzlich die Landesme-
dienanstalten.³⁹⁵ Ihre Struktur wurde bereits dargestellt, ebenso die
Tatsache, dass auch sie nur einer beschränkten Rechtsaufsicht unter-
liegen. So soll die Unabhängigkeit der Landesmedienanstalten vom
Staat sichergestellt werden.³⁹⁶ Die jeweilige Landesmedienanstalt mit

³⁹² BVerfGE 73, 118, 159.

³⁹³ BVerfGE 57, 295, 326.

³⁹⁴ Vgl. Held, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 77. Rn. 2 ff.; für einen Überblick Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 90 ff.

³⁹⁵ Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, E Rn. 102; Held, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 77. Rn. 7; Holznapel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 156.

³⁹⁶ Vgl. 5.3.1.2 Medienrechtliche Konzentrationskontrolle.

der ZAK als ihr Entscheidungsorgan ist nach § 36 Abs. 2 RStV für die Aufsicht über bundesweit tätige Anbieter zuständig. Mit einer bundeseinheitlichen Stelle soll der Zersplitterung der Aufsicht und der Rechtsauslegung durch den Föderalismus entgegen gewirkt werden.³⁹⁷ Die Landesmedienanstalten und ihr gemeinsames Aufsichtsgremium sind unabhängig.

Im Rahmen der Inhaltsaufsicht wird nicht nur die konkrete Zulässigkeit einzelner Inhalte geprüft, sondern es erfolgt auch eine fortlaufende Prüfung der Vielfalt.³⁹⁸ § 38 Abs. 2 RStV sieht als Aufsichtsmittel bei bundesweiten Angeboten die Beanstandung, Untersagung, das Ruhen der Zulassung oder den Zulassungsentzug vor.³⁹⁹ Außerdem zählt auch die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 49 RStV zu den Aufgaben der Aufsichtsbehörden, die damit auf die Einhaltung des Rechts drängen können.⁴⁰⁰

Anhand der Aufsichtsgremien und der -mittel zeigt sich, dass im Bereich der Inhalte ein hoheitliches Regelungskonzept gewählt wurde. Auch wenn die Landesmedienanstalten und die ZAK nicht staatlich sind, so sind sie doch den Anbietern gegenüber hoheitlich tätig.

5.6.1.2 Aufsicht über den Jugendschutz

Ein anderes Konzept wurde im Bereich der Aufsicht über den Jugendschutz gewählt. Dort wird seit 2003 für das Privatfernsehen auf das Konzept der regulierten Selbstregulierung zurückgegriffen. Die regulierte Selbstkontrolle oder Co-Regulierung ist von der einfachen Selbstkontrolle zu unterscheiden. Letztere ist lediglich komplementär zur staatlichen Regulierung. Die regulierte Selbstregulierung hingegen führt zu einer geordneten Zusammenarbeit von staatlichen und nicht-staatlichen Stellen.⁴⁰¹ Die regulierte Selbstregulierung kann die immer

³⁹⁷ *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 157.

³⁹⁸ *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 169.

³⁹⁹ *Goldbeck*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 28. Rn. 12.

⁴⁰⁰ *Held*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 77. Rn. 11.

⁴⁰¹ *Blaue*, ZUM 2005, 38; *Kleist/Scheuer*, MMR 2006, 210; *Held*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 77. Rn. 20; *Schulz*, in: Klumpp et al. 2006, 169 f. nennt weitere synonyme Begriffe.

häufiger wirkungslosen, traditionell hoheitlichen Instrumente zum Teil ersetzen, da sie die Eigenverantwortung des Anbieters stärkt. Damit wird diesem auf der einen Seite ein gewisser Freiraum zugestanden, auf der anderen Seite trifft ihn auch eine höhere Verantwortung. Gerade im Bereich des Jugendschutzes ist ein möglichst frühes Einschreiten nötig, damit Inhalte gar nicht erst ausgestrahlt werden. Eine Vorabzensur ist jedoch grundrechtlich verboten. Außerdem können gegenläufige Interessen, nämlich der Schutz Minderjähriger und die Gewinnabsicht durch Ausstrahlung jugendgefährdender Inhalte harmonisiert werden.⁴⁰² Da dieses System 2003 noch nicht erprobt war, wurde ein Sonderkündigungsrecht in § 26 Abs. 1 S. 4 JMStV festgelegt. Außerdem wurde eine Evaluation nach fünf Jahren anberaumt. Diese ist mittlerweile erfolgreich durchgeführt worden.⁴⁰³

Die KJM agiert gem. § 20 Abs. 2 JMStV bei länderübergreifendem Rundfunk als Organ der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt. Die zulassende Landesmedienanstalt ist nach § 20 Abs. 1, 6 S. 1 Alt. 1 JMStV die zuständige Aufsichtsbehörde. § 14 Abs. 2 JMStV bestimmt, dass die KJM als Organ der Willensbildung für alle Bestimmungen des JMStV zuständig ist. Gem. § 16 S. 1 JMStV ist diese Zuständigkeit abschließend. Ihre Entscheidungen sind für die Landesmedienanstalten außerdem nach § 17 Abs. 1 JMStV bindend, da nach außen nur die Landesmedienanstalt tätig wird. Ziel dieser Regelung sind bundeseinheitliche, standortunabhängige Entscheidungen, die der Zersplitterung der Aufsichtsstrukturen entgegenwirken sollen, ohne die Landesmedienanstalten zu übergehen.⁴⁰⁴ Deshalb setzt sich die KJM auch nach § 14 Abs. 3 JMStV aus zwölf Sachverständigen zusammen, wobei sechs Direktoren der Landesmedienanstalten sind. Vier weitere Mitglieder entstammen den obersten Landesbehörden und zwei der

⁴⁰² *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 1 JMStV Rn. 11; *Schwartmann*, in: Schwartmann 2011, 7. Kap. Rn. 45; *Schulz*, in: Klumpp et al. 2006, 170 ff.; *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 48.

⁴⁰³ Vgl. *Hans-Bredow-Institut* 2007.

⁴⁰⁴ *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 19; *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 1 JMStV Rn. 4 f.

obersten Bundesbehörde für Jugendschutz. Außerdem sieht § 14 Abs. 4 JMStV auch hier Regeln zur Staatsferne vor.

Das Verfahren einer Überprüfung durch die KJM wird in § 17 JMStV normiert. Danach ist sie unter anderem gem. Abs. 2 zur Zusammenarbeit mit der BPjM verpflichtet.

Als Aufsichtsmittel sieht § 20 Abs. 1 JMStV erforderliche Maßnahmen vor. Dazu gehört ein einfacher Hinweis, eine Abmahnung oder Beanstandung, die Untersagung zukünftiger Ausstrahlung sowie das Ruhen oder den Widerruf der Zulassung.⁴⁰⁵ Außerdem kann die zulassende Landesmedienanstalt gem. § 24 Abs. 4 JMStV Bußgelder nach Abs. 3 erlassen.

Die regulierte Selbstregulierung bedarf jedoch der Übertragung von Kompetenzen auf Private. Diese sind hier die in § 19 JMStV geregelten Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle. Durch die Zugehörigkeit zu einer solchen Institution, die im eigenen Sitzland anerkannt ist, wird die Einhaltung der Jugendschutzvorgaben im Vorfeld sichergestellt. Im Gegenzug erlangen sie eine Rechtssicherheit, dass die staatliche Aufsicht nur in Ausnahmefällen eine eigene Bewertung vornehmen darf. Dies ist der Anreiz für Fernsehveranstalter, sich der kostenpflichtigen freiwilligen Selbstkontrollereinrichtung anzuschließen.⁴⁰⁶ Wegen dieser Wirkung bedürfen solche Einrichtungen der Anerkennung durch die KJM.⁴⁰⁷ Voraussetzungen dafür sind in § 19 Abs. 3 JMStV normiert. Danach sind die Unabhängigkeit und Sachkunde der Prüfer aus verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen (Nr. 1) sowie eine sachgerechte Ausstattung (Nr. 2) sicherzustellen. Es muss Entscheidungsvorgaben für die Prüfer (Nr. 3) und eine Verfahrensordnung (Nr. 4) geben. Darin müssen das Gehör für betroffene Anbieter (Nr. 5) und eine Beschwerdestelle (Nr. 6) vorgesehen sein. Ziel dieser

⁴⁰⁵ *Liesching*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 86. Rn. 2.

⁴⁰⁶ *Hans-Bredow-Institut* 2007, 169; *Gottberg*, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 243 kritisch zu den möglichen Vorteilen der Nichtteilnahme an einer Selbstkontrollereinrichtung.

⁴⁰⁷ *Goldbeck*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 28. Rn. 10; *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 1 JMStV Rn. 9 f.; *Bornemann*, NJW 2003, 790.

Regelungen ist es, ein faires, unabhängiges und sachkundiges Prüfergebnis sicherzustellen.⁴⁰⁸ Die Anerkennung erfolgt zunächst für vier Jahre (§ 19 Abs. 4 S. 4 JMStV). Ihr Widerruf ist gem. Abs. 5 bei bestimmten Veränderungen möglich. Im Bereich des Fernsehens besteht die FSF als anerkannte Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle.⁴⁰⁹

Diese kontrolliert nach § 19 Abs. 2 JMStV die Einhaltung der Bestimmungen des JMStV bei ihren Mitgliedern. So entscheidet sie unter anderem über die Bestimmung der Sendezeitbeschränkung der §§ 8, 9 Abs. 1 JMStV. Sie ist eigenverantwortlich und hat rechtsförmliche Entscheidungsbefugnisse. Ihre Entscheidungen begrenzen die Sanktionsmöglichkeiten der KJM gem. § 20 Abs. 5 S. 2 JMStV.⁴¹⁰ Solange der Selbstkontrollereinrichtung ein konkreter Sachverhalt vorgelegt wurde, kann die KJM durch die Landesmedienanstalt nur einschreiten, wenn die Einrichtung ihren Beurteilungsspielraum im Einzelfall überschritten hat (§ 20 Abs. 3 S. 1 JMStV). Die Entscheidung hat eine sogenannte Schutzschildwirkung.⁴¹¹ Der faktische Bewertungsvorrang wirkt sich auch bei nicht vorlagefähigen Sendungen aus. Wird eine solche Sendung, etwa eine Livesendung oder eine aktuelle Berichterstattung, im Nachhinein beanstandet, muss zunächst das Votum der Selbstkontrollereinrichtung von der KJM eingeholt werden, bevor sie selbst tätig werden darf (§ 20 Abs. 3 S. 2 JMStV). Die Arbeit der KJM ist bei vorhergehender Prüfung durch eine freiwillige Selbstkontrollereinrichtung auf die Missbrauchsaufsicht beschränkt. Dabei wurde auf den verwaltungsrechtlichen Begriff des Beurteilungsspielraums zurückgegriffen. Es können also ausschließlich Verfahrensfehler, unrichtige Sachverhaltsermittlung, nicht angewandtes Recht und die Verletzung von Bewertungsmaßstäben gerichtlich kontrolliert werden.⁴¹² Es ist bisher

⁴⁰⁸ *Gottberg*, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 240.

⁴⁰⁹ Zur Geschichte der FSF *Gottberg*, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 257 ff.; *Ring/Hopf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, Rn. 554; *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 60.

⁴¹⁰ *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 47.

⁴¹¹ *Schulz*, in: Klumpp et al. 2006, 176; *Held*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 77. Rn. 18.

⁴¹² *Cole*, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 63; *Liesching*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 86. Rn. 8 f.; *Gottberg*, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 194; *Bornemann*, NJW 2003, 790; allgemein zum Beurteilungsspielraum *Maurer* 2011, § 7 Rn. 31 ff.

nur ein Fall bekannt, in dem die KJM trotz einer vorherigen Prüfung durch die Selbstkontrollereinrichtung tätig wurde.⁴¹³

Neben der Möglichkeit, sich einer Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle anzuschließen, sieht der JMStV die Pflicht zur Bestellung eines Jugendschutzbeauftragten vor. Diese Pflicht trifft nach § 7 Abs. 1 S. 1 JMStV länderübergreifende Fernsehveranstalter. Bei nicht bundesweit tätigen Fernsehveranstaltern ist gem. Abs. 2 Alt. 2 auch eine Beauftragung der Selbstkontrollereinrichtungen möglich. Als Jugendschutzbeauftragter muss kein Angestellter berufen werden. Allerdings ist es wohl auch nicht ausreichend, wenn sich der Veranstalter selbst als Jugendschutzbeauftragter beruft.⁴¹⁴ Der Jugendschutzbeauftragte muss auch keine vorgeschriebene Qualifikation vorweisen können. Jedoch muss er nach § 7 Abs. 4 S. 1 JMStV die erforderliche Sachkunde besitzen. Dazu zählt auch ein Minimum an jugendschutzrechtlichen Kenntnissen.⁴¹⁵ Der Jugendschutzbeauftragte nimmt laut § 7 Abs. 3 JMStV eine Doppelfunktion als Ansprechpartner für Dritte und auch als interner Berater bei allen den Jugendschutz betreffenden Entscheidungen ein. Er muss frühzeitig eingebunden werden und über vollständige Information sowie ein Vorschlagsrecht verfügen. Er ist sowohl beim Programmeinkauf, der Programmplanung als auch bei der Gestaltung einzubeziehen.⁴¹⁶ Des Weiteren ist er weisungsfrei und genießt Schutz vor Benachteiligung (Abs. 4 S. 2, 3). Ihm müssen eigene Sachmittel zur Verfügung stehen und er muss zur Verrichtung seiner Aufgaben freigestellt werden (S. 4, 5 JMStV). Vorteil der Einführung eines Jugendschutzbeauftragten ist zunächst die Möglichkeit präventiven Jugendschutzes, ohne gegen das Zensurverbot zu verstoßen. Zudem wird unzweifelhaft das Staatsfernegebot erfüllt. Zuletzt fördert diese Institution auch die Eigenverantwortlichkeit des Anbieters.⁴¹⁷

⁴¹³ Gottberg, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 245, 249.

⁴¹⁴ Schmittmann, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 139; Liesching, in: Liesching 2011, § 7 Rn. 4 f.

⁴¹⁵ Vgl. Liesching, in: Liesching 2011, § 5 Rn. 9; Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 7 JMStV Rn. 17 f.; Schmittmann, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 138.

⁴¹⁶ Gottberg, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 223; Liesching, in: Liesching 2011, § 5 Rn. 7 f.

⁴¹⁷ Bornemann, NJW 2003, 791; Liesching, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 84. Rn. 15.

5.6.2 Aufsicht über Anbieter von Internetinhalten

Anders als beim Fernsehen ist die Kontrolle von Internetinhalten faktisch nicht konsequent umsetzbar.⁴¹⁸ Angesichts der Vielzahl an Angeboten, der fehlenden Anmeldepflicht und der Möglichkeit zur sekundlichen Änderung des gesamten Inhalts einer Homepage, ist eine hoheitliche Rechtsaufsicht nur stichprobenhaft möglich.

5.6.2.1 Aufsicht über den Inhalt

Die Aufsicht über alle die Telemedien betreffenden Regeln – außer dem Datenschutz – bestimmt § 59 Abs. 2 RStV. Danach ist die vom jeweiligen Landesrecht bestimmte Aufsichtsbehörde zuständig. Anders als beim Rundfunk wird also nicht einheitlich eine Stelle wie die Landesmedienanstalten in allen Bundesländern bestimmt.⁴¹⁹ Die Länder sehen vielmehr entweder die Landesmedienanstalten, so Baden-Württemberg, Berlin-Brandenburg, Bremen, Hamburg-Schleswig-Holstein, Hessen, das Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen, oder Regierungsstellen der Länder als Aufsichtsbehörden vor, so Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen.⁴²⁰ Es gibt also nicht in allen Ländern unabhängige Aufsichtsbehörden, wie sie EW 94 AVMD-RL fordert. Dasselbe gilt für die verfassungsrechtliche Vorgabe staatsferner Aufsicht.⁴²¹

Da Telemedien i.d.R. länderübergreifend sind, stellt § 59 Abs. 6 RStV zur Bestimmung des anzuwendenden Landesrechts auf das Sitzlandprinzip ab. Entscheidend ist also zunächst der Sitz, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Anbieters nach § 59 Abs. 6 S. 1 RStV. Ist danach kein Bundesland zu bestimmen, nennt S. 2 das Land, in dem der Anlass der Amtshandlung hervorgetreten ist.⁴²²

⁴¹⁸ Schulz, in: Hahn/Vesting 2008, § 59 Rn. 40; Gottberg, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 192.

⁴¹⁹ Holznagel/Ricke, MMR 2008, 20; Schulz, in: Hahn/Vesting 2008, § 59 Rn. 39.

⁴²⁰ Detailliert unter Angabe der einzelnen Stelle Volkmann, in: Spindler/Schuster 2011, § 59 RStV Rn. 33; Schulz, in: Hahn/Vesting 2008, § 59 Rn. 41.

⁴²¹ Vgl. auch Kunisch, MMR 2011, 796 ff.

⁴²² Holznagel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 168; Volkmann, in: Spindler/Schuster 2011, § 59 RStV Rn. 36.

Vollständig von § 59 Abs. 2 RStV ausgenommen sind journalistisch-redaktionell gestaltete Telemedien. Hier ist die Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten. Der deutsche Presserat hat die alleinige Aufsicht über solche Angebote.⁴²³ Außerdem sind für Telemedien, die nach § 20 Abs. 2 RStV dem Rundfunk zuzuordnen sind, die Bestimmungen für Rundfunk anzuwenden, wie sie zuvor bei der Aufsicht über Fernsehveranstalter vorgestellt wurden.

Wie bereits erwähnt ist ein präventives Tätigwerden der Aufsichtsbehörde aufgrund des Zensurverbots ausgeschlossen. Eine kontinuierliche Kontrolle ist jedoch aufgrund der Datenmenge und der einfachen Möglichkeit, neue Inhalte einzustellen, nicht umsetzbar. Als Mittel steht der jeweiligen Aufsicht gem. § 59 Abs. 3 S. 1 RStV die erforderlichen Maßnahmen zu. So soll eine flexible, eher punktuelle Aufsicht, die dennoch den verfassungsrechtlichen Ansprüchen genügt, ermöglicht werden.⁴²⁴ Nach § 59 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 RStV können Angebote unter den Voraussetzungen der S. 3-5 untersagt werden. Gem. S. 2 Alt. 2 kann auch die Sperrung des Angebots angeordnet werden. Von dieser Möglichkeit wurde bisher jedoch nur im Fall der sogenannten Düsseldorfer Sperrverfügungen Gebrauch gemacht.⁴²⁵ Bei allen Mitteln ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten. Dies ist besonders bedeutend, da es keine Fallgruppen für die Handhabung von Verstößen gibt.⁴²⁶ Zudem bestimmt S. 6, dass die Befugnis zur Durchsetzung der allgemeinen Gesetze unberührt bleibt.

Anders als beim Fernsehen, ist die Aufsichtsbehörde für Telemedien nicht gleichzeitig für die Vollzugskontrolle, also das Festsetzen von Ordnungsgelder nach §§ 49 RStV, 16 TMG, zuständig. Nach dem § 49 Abs. 3 S. 1 RStV ist die dafür zuständige Behörde die Landesmedienanstalt der Anmeldung oder Zulassung. Es sei denn, das Landesrecht

⁴²³ *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 59 Rn. 42, 46; *Volkman*, in: Spindler/Schuster 2011, § 59 RStV Rn. 39; *Thaenert*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 282 weist jedoch auch auf die Möglichkeit der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten hin.

⁴²⁴ *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 59 Rn. 44

⁴²⁵ *Held*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 77. Rn. 37 f.

⁴²⁶ *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 59 Rn. 48 ff.

sieht eine andere Behörde zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten vor. Allerdings sind Telemedien grundsätzlich zulassungsfrei und nicht anmeldepflichtig. Die Anwendung dieser Norm ist also problematisch. Einige Länder haben von der Abweichungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, sodass hier untersucht werden muss, welche Stelle für die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zuständig ist.⁴²⁷

5.6.2.2 Aufsicht über den Jugendschutz

Im Bereich des Jugendschutzes bestimmt § 20 Abs. 4 JMStV als Spezialvorschrift gegenüber § 59 RStV, dass § 59 Abs. 2-4 RStV unter Beachtung der Haftungsprivilegierung der §§ 7 ff. TMG entsprechend anzuwenden sind. Somit besteht eine einheitliche Aufsicht für den privaten Rundfunk und Telemedien im Bereich des Jugendschutzes.⁴²⁸ Zuständig ist die Landesmedienanstalt des Sitzlandes. Dabei ist für Telemedien stets die KJM als Organ der zuständigen Landesmedienanstalt zuständig.⁴²⁹ Als Aufsichtsmittel stehen die Untersagung und Sperrung nach § 59 Abs. 3 S. 2 RStV zur Wahl. Im Gegensatz zum Fernsehen ist es aber nicht möglich, Einfluss auf die Zulassung zu nehmen, da Telemedien keine Zulassung benötigen.

Ebenso wie für Fernsehveranstalter besteht auch für Anbieter von Telemedien die Möglichkeit, sich an einer von der KJM anerkannten Selbstkontrollereinrichtung zu beteiligen. Im Bereich der Telemedien wurde die FSM anerkannt.⁴³⁰ Anstelle des § 20 Abs. 3 JMStV tritt Abs. 5. Dieser gewährt auch bei Telemedien eine Schutzschildwirkung. Mögliche Verstöße durch Telemedienanbieter können zunächst der Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle vorgelegt werden. Der KJM obliegt dann auch hier nur die Missbrauchsaufsicht. Ein Einschreiten ist also nur möglich, wenn die anerkannte Selbstkontrollerein-

⁴²⁷ Holznapel/Ricke, MMR 2008, 21 legt in diesem Zusammenhang auch dar, dass es in NRW drei verschiedene, für Telemedien zuständige Behörden gibt.

⁴²⁸ Thaenert, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 280.

⁴²⁹ Holznapel/Nolden, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 162.

⁴³⁰ Zur Geschichte Ring/Hopf, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, Rn. 555; Gottberg, in: Wandtke 2011, Kap. 4 Rn. 289 ff.; Cole, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, H Rn. 61.

richtung ihren Bewertungsspielraum überschritten hat. Die Aufsichtsmittel der FSM reichen von einem Hinweis mit Abhilfeaufforderung über eine Rüge bis zur Vereinsstrafe.⁴³¹

Des Weiteren sieht § 7 JMStV auch für Telemedien die Bestellung eines Jugendschutzbeauftragten vor. Die Pflicht, einen solchen zu bestellen trifft nach Abs. 1 S. 2 Anbieter von geschäftsmäßigen, allgemein zugänglichen Telemedien mit entwicklungsbeeinträchtigenden oder jugendgefährdenden Inhalten, auch von Suchmaschinen. Geschäftsmäßig sind solche Angebote, die planmäßig, dauerhaft und i.d.R. gegen Entgelt erbracht werden. Die Gewinnerzielungsabsicht ist hingegen nicht entscheidend. Dies liegt nahe, da sie auch keinen Unterschied für die Beeinträchtigung von Jugendlichen macht.⁴³² Als allgemein zugänglich müssen auch solche Angebote zählen, die nur von geschlossenen Nutzergruppen genutzt werden können. Es ist also ausreichend, wenn sich Telemedien an einen unbestimmten Personenkreis richten.⁴³³ Im Hinblick auf einen vorsorgenden Jugendschutz sollten auch solche Anbieter zum Kreis der Verpflichteten zählen, deren Angebote gerade im Moment keine jugendgefährdenden Inhalte umfassen, sie aber zu erwarten oder regelmäßig vorhanden sind.⁴³⁴ Problematisch ist, dass die Pflicht zur Berufung eines Jugendschutzbeauftragten oft wohl nur von einem solchen erkannt werden kann.⁴³⁵

Zusätzlich sieht § 7 Abs. 2 Alt. 1 JMStV für Telemedien mit weniger als 50 Mitarbeitern oder durchschnittlich unter 10 Mio. Zugriffen pro Monat eine Erleichterung vor. Diese können anstelle eines Jugendschutzbeauftragten die Selbstkontrolleinrichtung beauftragen.

Als weitere Institution nennt der JMStV in § 18 jugendschutz.net. Dabei handelt es sich nach Abs. 1 S. 1 um die gemeinsame Stelle der Län-

⁴³¹ *Schwartmann*, in: Schwartmann 2011, 7. Kap. Rn. 47.

⁴³² *Liesching*, in: Liesching 2011, § 7 Rn. 2; vgl. auch Auslegung des Begriffs in § 5 TMG.

⁴³³ *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 7 JMStV Rn. 8; *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 132; *Liesching*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 84. Rn. 10.

⁴³⁴ *Liesching*, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 84. Rn. 11; *Schmittmann*, in: Schwartmann 2011, 10. Kap. Rn. 133; a.A. *Erdemir*, in: Spindler/Schuster 2011, § 7 JMStV Rn. 4.

⁴³⁵ *Hans-Bredow-Institut* 2007, 186.

der für Jugendschutz. Sie ist der KJM angebunden. Ziel dieser zusätzlichen Einrichtung ist eine frühzeitige Kooperation mit den Anbietern. Nach Abs. 3 sind ihre Aufgaben die Überprüfung der Angebote im Internet sowie die Schulung und Beratung der Anbieter. Jugendschutz.net ist ebenfalls Teil der regulierten Selbstregulierung, da von ihr keine rechtswirksamen Entscheidungen getroffen werden können, sondern vor allem die Eigenverantwortlichkeit der Anbieter gefördert werden soll.⁴³⁶

5.6.3 Neue Regelungsinstrumente und Umstrukturierung der Aufsicht

Wie dargestellt wurde, sind für Fernsehen und Telemedien teilweise unterschiedliche Einrichtungen mit der Aufsicht beauftragt. Hinzu kommt, dass sich diese für verschiedene Rechtsbereiche unterscheiden. Im Bereich des Jugendschutzes etwa bestehen jedoch nur geringe Unterschiede zwischen der Aufsicht über Fernsehen und Internet. Dafür wurde ein völlig neues Regelungskonzept gewählt.

Im Folgenden soll zunächst das Problem der verschiedenen Zuständigkeiten thematisiert und dabei nach einer Lösung gesucht werden. Danach soll untersucht werden, welche Vorteile die Implementierung einer regulierten Selbstregulierung anstelle eines hoheitlichen Aufsichtssystems bringen könnte.

5.6.3.1 Zusammenfassen der Zuständigkeiten

Durch die Einführung des Hybrid-TV werden, wie bereits ausführlich dargelegt, unterschiedliche Angebote gleichzeitig auf einen Bildschirm gebracht. Da sich die Vorgaben für Fernsehveranstalter und Internetanbieter in einigen Bereichen stark ähneln, könnte zumindest dort von einheitlichen Vorgaben ausgegangen werden. Doch sind zusätzlich verschiedene Institutionen mit der Aufsicht beschäftigt, nämlich dort, wo eine andere Stelle als die Landesmedienanstalten für die Aufsicht der Telemedien im Landesrecht bestimmt wurde. Dies führt zu

⁴³⁶ Erdemir, in: Spindler/Schuster 2011, § 1 JMStV Rn. 8.

einem weiteren Auseinanderfallen der tatsächlichen Rechtsauslegung und Kontrolle. Ein solches muss jedoch verhindert werden. Außerdem sind die journalistischen Grundsätze der Aufsicht entzogen. Hinzu kommt, dass die Aufsicht für Inhalte von Telemedien in jedem Land anders zugeordnet wurde und sich diese wiederum von der Zuständigkeit für den Vollzug unterscheidet.⁴³⁷

Nachteile dieser stark ausdifferenzierten Aufsichtskompetenzen sind hohe Verwaltungskosten, ein großer Zeitaufwand aufgrund des Abstimmungsbedarfs und eine gewisse Rechtsunsicherheit, wenn verschiedene Aufsichtsgremien zuständig sein können.⁴³⁸ Deshalb wird seit Längerem die Straffung und Bündelung der Kompetenzen gefordert. Angesichts der weiteren, räumlichen Annäherung von Fernsehen und Internet durch das Hybrid-TV sollte eine vereinheitlichte Aufsichtsstruktur gefunden werden. Die derzeitige Aufsichtsstruktur ist kaum dazu geeignet, Konvergenzproblemen entgegen zu treten.⁴³⁹ Außerdem wird das Gebot der staatsfernen Aufsicht des verfassungsrechtlichen Rundfunks zurzeit nicht von allen Bundesländern gewahrt, nämlich dort, wo eine Regierungsstelle als Aufsicht für Telemedien berufen wurde.⁴⁴⁰ Im Folgenden sollen deshalb mögliche Umstrukturierungen dargestellt werden.

Häufig wird eine Bund-Länder-Behörde diskutiert, die eine einheitliche Aufsicht über Rundfunk, Telemedien und den Telekommunikationssektor ermöglichen würde. Dies entspräche einer sogenannten One-Stop-Shop-Lösung.⁴⁴¹ Für die Praxis ergäben sich viele Vorteile,

⁴³⁷ *Thaenert*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 281 ff.; *Schulz*, in: Hahn/Vesting 2008, § 59 Rn. 39; *Volkmann*, in: Spindler/Schuster 2011, § 59 RStV Rn. 33 ff.; *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 165, 179; *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 20.

⁴³⁸ *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 19; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 41 f.; *Thaenert*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 284; *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber 2011, Teil 5 Rn. 179.

⁴³⁹ *Hain*, K&R 2006, 336; *Thaenert*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 285; *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 21 f.

⁴⁴⁰ *Kunisch*, MMR 2011, 796 ff.

⁴⁴¹ *Kamps*, in: Klumpp et al. 2006, 139; *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 21; *Kamps*, in: Klumpp et al. 2006, 142; *Thaenert*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 284 untermauert dies mit dem einheitlichen verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff.

was die Kriterien Zeit, Kosten und Rechtssicherheit betrifft. Außerdem könnte so die Regulierung der globalen Infrastruktur des Internets und seiner Angebote bundesweit einheitlich kontrolliert werden. Allerdings stehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken der Umsetzung dieses Modells entgegen. So müssten in einer Bund-Länder-Anstalt die Kompetenzen für die staatsferne Aufsicht über den Rundfunk und die staatliche Aufsicht über den Telekommunikationsbereich vermischt werden. Die Gewährleistung von staatsferner und staatlicher Aufsicht unter einem Dach ist jedoch nicht möglich.⁴⁴² Außerdem entstünde eine Mischverwaltung, also die gemeinsame Wahrnehmung von Kompetenzen des Bundes und der Länder. Dies ist grundsätzlich möglich, bedarf jedoch einer Änderung des Grundgesetzes, die mit einer 2/3-Mehrheit im Bundestag beschlossen werden muss. Dies war und ist wohl politisch kaum durchsetzbar.⁴⁴³

Als etwas weniger umfassende Vereinheitlichung wird eine länderübergreifende Aufsicht erwogen. Diese könnte die Inhalte von Fernsehen und Internet gemeinsam überwachen. Eine solche Behörde wäre grundsätzlich zulässig. Mit ihr könnten gerade bei bundesweiten Angeboten die Effizienz gesteigert werden. Dabei ist die Mehrzahl der Telemedien und des Rundfunks tatsächlich bundesweit aktiv.⁴⁴⁴ Die Behörde müsste staatsfern organisiert werden, etwa wie eine Landesmedienanstalt, um dem Gebot der staatsfernen Aufsicht des verfassungsrechtlichen Rundfunks zu entsprechen. Durch eine einheitliche Aufsicht könnte auch die Koordination mit der Bundesnetzagentur und den Kartellbehörden zentralisiert werden.⁴⁴⁵ Ein weiterer Vorteil ist die Standortunabhängigkeit der Entscheidungen, die ein potentiell durch Konkurrenz ausgelöstes „race to the bottom“ verhindern kön-

⁴⁴² *Holznagel*, NJW 2002, 2356; *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 21; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 43 f.; *Blaue*, ZUM 2005, 41; *Hain*, K&R 2006, 325, 334 f.

⁴⁴³ *BVerfGE* 63, 1, 39 ff.; zur politischen Lage *Hain*, K&R 2006, 335; *Kamps*, in: Klumpp et al. 2006, 140; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 44.

⁴⁴⁴ *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 45; *Hain*, K&R 2006, 335 f.

⁴⁴⁵ *Kamps*, in: Klumpp et al. 2006, 139 ff.; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 44 f.; *Hain*, K&R 2006, 336.

nen. Die Festlegung des Standorts der Länderbehörde würde auch nur kurzfristig zur Standorttrivalität führen.⁴⁴⁶

Insgesamt ist deshalb m.E. die Bündelung der Aufsichtskompetenzen in einer Länderbehörde zu verfolgen. Diese könnte als eine gemeinsame Einrichtung der Landesmedienanstalten organisiert werden.⁴⁴⁷ Eine Vereinheitlichung ist schon deshalb nötig, um eine bestmögliche Aufsicht mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen zu ermöglichen. Ressourcen, die aufgrund der zersplitterten Aufsichtsstruktur verbraucht werden, könnten für die eigentliche Aufgabe, die Kontrolle der Inhalte, genutzt werden. Unabhängig von etwaigen Vereinheitlichungen der Rechtsvorschriften für Fernsehveranstalter und Telemediendiensteanbieter, muss eine einheitliche Aufsichtsstruktur geschaffen werden, um der Konvergenz Rechnung zu tragen. Es darf nicht gegen ein Angebot vorgegangen werden, während auf der anderen Bildschirmhälfte dasselbe Angebot ungeahndet bleibt. Solange verschiedene Stellen mit der Aufsicht von Fernsehen und Telemedien beschäftigt sind, besteht jedoch die Gefahr, dass dies geschieht.⁴⁴⁸

5.6.3.2 Regulierte Selbstregulierung

Die Neustrukturierung der Aufsicht würde sicherlich große Vorteile bezüglich der Effizienz der Aufsichtstätigkeiten bringen. Allerdings kann sie nicht die Probleme traditioneller hoheitlicher Regelungen beheben. Dazu zählen der Verlust der Wirkkraft aufgrund der Globalisierung und der kostengünstige Informationsfluss auch zwischen verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen Regelungsniveaus. Unternehmen können also abwandern und sich damit der Kontrollmöglichkeit des deutschen Rechts vollständigen entziehen. Außerdem kommt es aufgrund der Datenflut im Internet zu bereits erwähnten Vollzugsdefiziten. Das kommt daher, dass bei Auseinanderfallen der Ziele von Regulierern und Reguliertem die Kontrolle der Einhaltung von Rege-

⁴⁴⁶ *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 45; *Kamps*, in: Klumpp et al. 2006, 141; *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 22 äußert Bedenken bezüglich der tatsächlichen Umsetzung.

⁴⁴⁷ Detailliert *Holznagel/Ricke*, MMR 2008, 18 ff.

⁴⁴⁸ *Klickermann*, in: Taeger 2011, 716.

lungen der Hauptgrund für deren Beachtung ist. Weiter erschwert wird eine hoheitliche Aufsicht durch die zunehmende Komplexität der Sachverhalte und die Tatsache, dass diese Aufsicht nur punktuelle Kontrollen ermöglicht.⁴⁴⁹

Deshalb ist zu überlegen, ob die regulierte Selbstregulierung vermehrt eingesetzt werden sollte und kann. Die Aufsicht über die Selbstregulierung könnte dann von der neuen Länderbehörde vorgenommen werden. Vorteil einer regulierten Selbstregulierung ist die Beachtung der Interessen der Regulierten, sodass diese eigenmotiviert handeln. So wird der gesamte Prozess intern begleitet, statt nur stichprobenhaft und im Nachhinein zu kontrollieren.⁴⁵⁰

Das Potential dieses Systems sieht auch die EU und hofft, darin ein wirksames Mittel gegen den Verlust der Wirkkraft traditioneller Regulierungsformen aufgrund der Internationalität der Medien, insbesondere des Internets, und die Schwierigkeiten beim Vollzug gefunden zu haben.⁴⁵¹

Allerdings hat auch die regulierte Selbstregulierung Nachteile. So muss sichergestellt werden, dass durch den Spielraum, den die Anbieter erhalten, das Schutzniveau nicht abgesenkt wird.⁴⁵² Andererseits führen zu hohe Anforderungen dazu, dass von der Möglichkeit der regulierten Selbstregulierung kein Gebrauch gemacht wird. Entscheidend für das Regulierungskonzept ist, dass die Interessen von Regulierer und Reguliertem zur Übereinstimmung gebracht werden⁴⁵³ und eine staatliche Aufsicht nicht unabdingbar ist.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ *Holznagel*, NJW 2002, 2353, 2355; *Dörr*, in: *Dörr/Kreile/Cole* 2008, B Rn. 44; allgemein *Blaue*, ZUM 2005, 37; *Holznagel/Nolden*, in: *Hoeren/Sieber* 2011, Teil 5 Rn. 180; *Schulz*, in: *Klumpp et al.* 2006, 172 ff.

⁴⁵⁰ *Bandehzadeh* 2007, 135 ff., 270; *Blaue*, ZUM 2005, 37; *Schulz*, in: *Klumpp et al.* 2006, 178 f.

⁴⁵¹ *Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz, 36; *Kommission*, Europäisches Regieren, Ein Weißbuch, Brüssel 31.7.2001, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001_0428de01.pdf.

⁴⁵² Vgl. auch *Bandehzadeh* 2007, 135 ff., 270

⁴⁵³ *Cole*, in: *Dörr/Kreile/Cole* 2008, H Rn. 49; *Schulz*, in: *Klumpp et al.* 2006, 182 f.

⁴⁵⁴ Vgl. *Hain*, K&R 2006, 331.

Im Bereich der Medien bietet die regulierte Selbstregulierung die Chance, effektive, effiziente und gleichzeitig grundrechtsschonende, weil staatsferne, Aufsicht zu gewährleisten.⁴⁵⁵ So versucht die Landesregierung Nordrhein-Westfalen bereits, Anreizmodelle auch im Bereich der Qualitätssicherung der Medien zu implementieren.⁴⁵⁶ Auch das zuvor dargestellte Media Concentration Governance-Konzept greift auf die Idee der regulierten Selbstregulierung zurück.⁴⁵⁷ Es sollte im Einzelnen überprüft werden, in welchen Bereichen eine Abschwächung der hoheitlichen Aufsicht möglich ist und wo Interessensübereinstimmung etwa durch Anreize geschaffen werden können.

5.7 Zusammenfassung

Aus dem zuvor Dargelegten geht eindringlich hervor, dass die Abgrenzung zwischen Fernsehinhalten und Internetangeboten entscheidend für das Medienrecht ist. Es wurde eine Vielzahl von Unterschieden verschiedener Intensität aufgezeigt. Klar ist, dass die bisher vorgesehene abgestufte Regelungsdichte beim Hybrid-TV die Möglichkeiten der Umgehung strengerer Regulierungen bietet.⁴⁵⁸ Ob dies jedoch bedeutet, dass Fernsehen und Internet gleichermaßen zu regeln sind und auf einen besonderen Schutz der Zuschauer beim Fernsehen verzichtet werden soll, ist m.E. fraglich.⁴⁵⁹ In den vorangegangenen Abschnitten wurden die verschiedenen Rechtsbereiche und ihre Regelungen differenziert betrachtet und bewertet. Die Forderung einer allgemeinen Konvergenz des Rechts ist daher m.E. abzulehnen.⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ Schulz, in: Klumpp et al. 2006, 175, 179 ff.

⁴⁵⁶ Ricke/Stammer, MMR-Aktuell 2011, 319494.

⁴⁵⁷ Vgl. 5.3.3 Standardmäßige medienkonzentrationsrechtliche Kontrolle von Internetangeboten.

⁴⁵⁸ Klickermann, in: Taeger 2011, 720.

⁴⁵⁹ So auch Hoffmann-Riem/Schulz/Held 2000, 26 f.; a.A. Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 333; Grewenig, Gottberg, tvd 2011, 47.

⁴⁶⁰ Vgl. etwa Hoffmann-Riem/Schulz/Held 2000, 151 ff.; Gundel/Heermann/Leible 2009; Schwartmann, in: Schwartmann 2011, 1. Kap. Rn. 16 ff.

6 Neue Rechtsfragen beim Hybrid-TV

Durch das Hybrid-TV verschiebt sich nicht nur das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Medienvorschriften. Vielmehr entstehen durch die technische Konvergenz von Fernsehen und Internet im Hybrid-TV auch neuartige Problemfelder.

Als größtes Problem werden Überblendungen des Programms angesehen, die nicht vom Fernsehveranstalter kontrolliert werden können. Konkrete Szenarien lässt die bisherige Literatur allerdings vermissen.⁴⁶¹ Es sind jedoch verschiedene Anwendungsfälle vorstellbar. Zum einen könnte ein Widget, welches Fernsehinhalte automatisch mit Internetinhalten überblendet, auf dem Hybrid-TV vorinstalliert und aktiviert sein. Dieses könnte etwa Fernsehwerbung durch personalisierte Werbung ersetzen. Denkbar ist auch, dass das Widget eine andere Funktion hat und die automatische Überblendung nur ein Nebenprodukt ist, um etwa auf verfügbare Updates hinzuweisen. Es sind aber auch Werbe-PopUps möglich. Zum anderen könnte der Nutzer auf dem Hybrid-TV ein solches Widget mit automatischen Einblendungen selbst installieren und aktivieren. Grund dafür könnte sein, dass ein bestimmter Inhalt für den Nutzer Vorrang vor dem Fernsehprogramm hat, etwa der Punktestand eines nicht übertragenen Fußballspiels. Aber auch hier ist denkbar, dass die Einblendungen nur ein Nebenprodukt des Widgets sind.

Der Anbieter des Internetdienstes macht sich jedenfalls die Vorleistung des Fernsehsenders, nämlich die von ihm generierte Reichweite, zu Nutze, ohne selbst erhöhte Kosten zu tragen. Dabei ist davon auszugehen, dass er keine Erlaubnis vom Fernsehsender hat oder eine Vergütung an ihn zahlt.⁴⁶²

⁴⁶¹ Weber, ZUM 2011, 454; Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 341 f.; Schmid, ZUM 2011, 458; Klickermann, in: Taeger 2011, 714; Chardon, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 59; Grewenig, Gottberg, tvd 2011, 44; ALM 2010, 25; Wagner, ZUM 2011, 2011, 465; Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 331.

⁴⁶² ALM 2010, 25; Klickermann, in: Taeger 2011, 719; Wagner, ZUM 2011, 462; Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 331; Grewenig, Gottberg, tvd 2011, 44.

Der einfachste Weg zur Vermeidung eines solchen „Reichweitenklaus“ führt über die Portalbetreiber, damit solche Widgets gar nicht erst für das Hybrid-TV zugelassen werden, so wie bei HbbTV.⁴⁶³ Diese Option fällt jedoch aus dem Rahmen der Arbeit. Vielmehr wird untersucht, welche Rechtsschutzmöglichkeiten dem Anbieter der Fernsehinhalte selbst zur Verfügung stehen, um sich gegen solche Programme zu wehren. In Frage kommen das Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens oder der wettbewerbsrechtliche Schutz.

6.1 Leistungsschutz für Fernsehinhalte

Im Folgenden soll der leistungsschutzrechtliche Integritätsschutz der Fernsehinhalte nach § 87 UrhG thematisiert werden, der durch das Hybrid-TV vor die beschriebenen Probleme gestellt wird.

6.1.1 Leistungsschutzrecht der Sendeunternehmen

Das in § 87 UrhG normierte Leistungsschutzrecht für Sendeunternehmen ist sowohl vom europäischen als auch vom internationalen Recht geprägt. In ihm wurden Vorgaben aus internationalen Verträgen wie dem Europäische Abkommen zum Schutz von Fernsehsendungen, dem Rom-Abkommen, dem WCT und TRIPS als auch europäische Richtlinien wie die AVMD-RL und FernsehRL umgesetzt.⁴⁶⁴

§ 87 Abs. 1 UrhG begründet ein originäres, ausschließliches Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens an seinen Funksendungen.⁴⁶⁵ Da es sich um ein unternehmerisches Leistungsschutzrecht handelt, ist es nur von vermögensrechtlicher Natur und hat keinen persönlichkeitsrechtlichen Gehalt.⁴⁶⁶ Dieses Recht ist zudem eigenständig. Es kommt also nicht auf einen zusätzlichen urheberrechtlichen Schutz an.⁴⁶⁷

⁴⁶³ *Sewczyk*, Kurp, Tz 2011, 21; *Grewenig*, *Gottberg*, tvd 2011, 44 ff.; *Chardon*, *Gottberg*/*Graubner*, tvd 2011, 59; allgemein *Klickermann*, in: *Taeger* 2011, 715.

⁴⁶⁴ Statt vieler *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger* 2009, § 87 UrhG Rn. 6.

⁴⁶⁵ Statt vieler *Hillig*, in: *Möhring/Nicolini* 2000, § 87 Rn. 2.

⁴⁶⁶ Vgl. etwa *Ungern-Sternberg/Vogel*, in: *Loewenheim/Schricker* 2010, § 87 UrhG Rn. 1, 12 f.

⁴⁶⁷ Statt vieler *Flechsigs*, in: *Loewenheim* 2010, § 41 Rn. 1.

Es umfasst nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG das Weitersenden, also die zeitgleiche, unveränderte Simultanausstrahlung. Dies schließt auch eine Ausstrahlung mit Zeitverzögerung aufgrund technischer Umstände mit ein.⁴⁶⁸ Es ist jedoch vom öffentlichen Zugänglichmachen i.S.d. § 19a UrhG zu unterscheiden. Darum handelt es sich, wenn einzig der Empfänger über den Zeitpunkt des Empfangs entscheidet und die Übermittlung veranlasst.⁴⁶⁹ Das Senden ist vielmehr eine „einseitige, allein vom Willen des Sendenden bestimmte Ausstrahlung“.⁴⁷⁰ Die Unterscheidung ist vergleichbar mit der Unterscheidung von linearen und nicht-linearen Diensten im Rundfunkrecht.⁴⁷¹ Außerdem hat das Sendeunternehmen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 UrhG das Recht, die Sendung auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, Lichtbilder von der Funksendung herzustellen, die Bild-, Tonträger oder Lichtbilder zu vervielfältigen und das Recht auf Verbreitung ohne das Vermietrecht. Außerdem hat das Sendeunternehmen auch das alleinige Recht, die Funksendung öffentlich wahrnehmbar zu machen, wo die Öffentlichkeit gegen Zahlung Eintritt erhält (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 UrhG).

Die Dauer des Leistungsschutzrechts beträgt nach § 87 Abs. 3 UrhG 50 Jahre ab der ersten Ausstrahlung. Die Frist beginnt nach § 69 UrhG mit Ablauf des Kalenderjahrs der ersten Ausstrahlung. Eine erneute Ausstrahlung lässt die Schutzfrist nicht neu beginnen.⁴⁷²

§§ 87 Abs. 4 i.V.m. 10 Abs. 1 UrhG sieht eine gesetzliche Vermutung der Rechtsinhaberschaft für das während der Sendung genannte Sendeunternehmen vor. Seine Schranken findet das Recht in den entsprechend anzuwendenden allgemeinen Schranken des Urheberrechts, den §§ 44a bis 63a UrhG mit Ausnahme der §§ 47 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 1 UrhG (§ 87 Abs. 4 UrhG).

⁴⁶⁸ Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, § 87 UrhG Rn. 13; Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 28 mit Verweis auf internationales und europäische Vorgaben.

⁴⁶⁹ Zur Abgrenzung auch Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, § 20 UrhG Rn. 3, 13 ff.; Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 10 auch zu Verwertungsmöglichkeiten Rn. 43 ff.

⁴⁷⁰ Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 10.

⁴⁷¹ Castendyk/Böttcher, MMR 2008, 15.

⁴⁷² Vgl. Ungern-Sternberg/Vogel, in: Loewenheim/Schricker 2010, § 87 UrhG Rn. 20, 43 f.

Grund für dieses besondere originäre und ausschließliche Recht des Sendeunternehmens ist der, dass die Rundfunkversorgung mit einem hohen und kostspieligen technischen und wirtschaftlichen Aufwand verbunden war und immer noch ist. Dritte sollen nicht die Möglichkeit haben, daraus mühelos einen Vorteil zu erlangen, indem sie die kostenintensiven Vorleistungen des Sendeunternehmens übernehmen. Bereits 1962 bezeichnete der Bundesgerichtshof die Weiterverwendung von ausgestrahltem Material als „Schmarotzen an fremder Leistung“. Er entschied damals in einem wettbewerbsrechtlichen Fall, dass dies nicht hingenommen werden muss.⁴⁷³ Der Schutzzweck des später in § 87 Abs. 1 UrhG eingefügten Rechts ist also der Schutz gegen unentgeltliche Übernahme der Leistung des Sendeunternehmens. Dieses Ziel und die Durchsetzung durch ein ausschließliches und originäres Recht sind allgemein anerkannt.⁴⁷⁴

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist Leistungsschutzberechtigter das Sendeunternehmen. Dabei ist die Rechtsform unerheblich ebenso wie die Frage, ob es sich um einen privaten oder öffentlich-rechtlichen Sender handelt.⁴⁷⁵ Es ist ebenso irrelevant, ob das Sendeunternehmen über eine Zulassung verfügt, obwohl der Zulassungsträger i.d.R. auch Rechtsträger des Sendeunternehmens und damit Rechteinhaber ist.

Voraussetzung für das Leistungsschutzrecht ist, dass das Sendeunternehmen eine Funksendung i.S.d. § 20 UrhG oder eine Satellitensendung i.S.d. § 20a Abs. 3 UrhG veranstaltet. Dabei ist die Art der Ausstrahlung, also ob dies etwa über Kabel oder kabellos geschieht, unerheblich. Telemedien zählen jedoch nicht zu Funksendungen.⁴⁷⁶ Die Funksendung muss unmittelbar gleichzeitig⁴⁷⁷ durch die Öffentlichkeit

⁴⁷³ BGHZ 37, 1, 11 ff.

⁴⁷⁴ Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 UrhG Rn. 7; Ungern-Sternberg/Vogel, in: Loewenheim/Schricker 2010, § 87 UrhG Rn. 1; Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 2; Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, § 87 Rn. 1; Hillig, in: Möhring/Nicolini 2000, § 87 Rn. 21.

⁴⁷⁵ Vgl. Ungern-Sternberg/Vogel, in: Loewenheim/Schricker 2010, § 87 UrhG Rn. 12, 18.

⁴⁷⁶ Statt vieler Wiebe, in: Spindler/Schuster 2011, § 20 UrhG Rn. 2 f.; zu Telemedien Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 UrhG Rn. 13.

⁴⁷⁷ Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 11.

empfangen werden können. Dabei ist auf den urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff i.S.d. § 15 Abs. 3 UrhG abzustellen. Danach muss der Empfängerkreis eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit umfassen und darf nicht durch persönliche Beziehung beschränkt sein.⁴⁷⁸ Der Rechteinhaber muss für die Ausstrahlung organisatorisch und wirtschaftlich verantwortlich sein.⁴⁷⁹ Fehlt es an einer eigenen Sendetätigkeit, so etwa bei der ausschließlichen Produktion für ein Sendeunternehmen, entsteht kein Leistungsschutzrecht. Andererseits sind aber keine eigenen Sendeanlagen nötig.⁴⁸⁰ Sicherlich sind alle bundesweiten, privatrechtlichen Fernsehsender Rechteinhaber am Leistungsschutzrecht ihrer Funksendungen.⁴⁸¹

Geschützt wird allerdings nur das selbst veranstaltete Programm des Sendeunternehmens. Dabei kann auf die Regeln des § 28 RStV zu verbundenen Unternehmen zurückgegriffen werden. Die Programminhalte werden unabhängig vom jeweiligen Aufwand und von der Form ihrer Verkörperung während des Sendevorgangs geschützt.⁴⁸² Sie werden auch unabhängig davon geschützt, wer sie erstellt hat. Wurden sie jedoch durch einen Dritten erstellt, wird das Sendeunternehmen regelmäßig ein abgeleitetes Nutzungsrecht am Programminhalt haben.⁴⁸³ Entscheidend ist jedoch einzig, dass die Sendung entsprechend den zuvor dargestellten Bedingungen ausgestrahlt wurde.

⁴⁷⁸ Ungern-Sternberg/Vogel, in: Loewenheim/Schricker 2010, § 87 UrhG Rn. 17; Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 UrhG Rn. 22 f.

⁴⁷⁹ Vgl. Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 UrhG Rn. 8 m.w.N. insb. Art. 3 li. f Rom-Abkommen, Art. 14 Abs. 3 TRIPS.

⁴⁸⁰ Vgl. etwa Boddien, in: Nordemann/Nordemann/Nordemann 2008, § 87 UrhG Rn. 12, 16; Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 7 f.

⁴⁸¹ Zur Problematik bei öffentlich-rechtlichen Anbietern Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 Rn. 11; Hillig, in: Möhring/Nicolini 2000, § 87 Rn. 11; Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 8.

⁴⁸² Detailliert Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 14 f.; Ungern-Sternberg/Vogel, in: Loewenheim/Schricker 2010, § 87 UrhG Rn. 1, 22 f.

⁴⁸³ Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, § 87 UrhG Rn. 1; Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 UrhG Rn. 17; Hillig, in: Möhring/Nicolini 2000, § 87 Rn. 21; Flechsig, in: Loewenheim 2010, § 41 Rn. 8.

6.1.2 Gezielte Überblendung der Funksendung

Bei der zuvor dargestellten Problematik wurden Fernsehinhalte durch Widgets mit anderen Inhalten, etwa Werbung, aus dem Internet überschrieben. Dies ist nach dem Leistungsschutzrecht dann verboten, wenn ein Recht nach § 87 UrhG verletzt wird und keine Schranke eingreift.

Wie bereits erwähnt, kann wohl davon ausgegangen werden, dass Inhalte, die im bundesweiten Privatfernsehen ausgestrahlt werden, die Voraussetzungen des § 87 UrhG erfüllen. Damit steht dem Sendeunternehmen, welches i.d.R. auch der Veranstalter im rundfunkrechtlichen Sinne ist, das Leistungsschutzrecht an ihren Funksendungen zu.

Allerdings wird das Funksignal des Sendeunternehmens nicht gestört. Es kommt beim Rezipienten an. Die Signale werden weder abgefangen noch weitergesendet oder aufgenommen.⁴⁸⁴ Selbst wenn die Funksignale ausgelesen werden, um den richtigen Zeitpunkt für die Einblendung abzapfen, liegt darin kein Eingriff in die leistungsschutzrechtliche Position des Sendeunternehmens.⁴⁸⁵ Die Integrität des Sendesignals ist also gewährleistet. Es liegt demnach kein Eingriff in die Rechte des § 87 Abs. 1 Nr. 1-3 UrhG vor.⁴⁸⁶

Außerdem ist fraglich, ob bei Überblendung der Werbung allein überhaupt ein Recht nach § 87 UrhG verletzt werden kann. Dazu müsste die Werbung selbst vom Leistungsschutzrecht geschützt sein. Der Schutz des Programms umfasst aber wohl nicht auch die Werbung,⁴⁸⁷ da sonst durch das Leistungsschutzrecht exakt die Werbung der Erstausstrahlung geschützt würde.

In sehr speziellen Einzelfällen könnte höchstens das Urheberpersönlichkeitsrecht des § 14 UrhG verletzt werden, wenn ein urheberrechtlich geschütztes Werk durch die Überblendung entstellt wird. Dazu

⁴⁸⁴ Klickermann, in: Taeger 2011, 719; Weber, ZUM 2011, 454.

⁴⁸⁵ Schmid, ZUM 2011, 460.

⁴⁸⁶ Chardon, Gottberg/Graubner, tvd 2011, 58; Schmid, ZUM 2011, 460.

⁴⁸⁷ Ladeur, GRUR 2005, 560.

sind jedoch besondere Umstände nötig. Außerdem kann dieser Verstoß einzig vom Urheber gerügt werden, nicht vom Sendeunternehmen, welches lediglich ein Leistungsschutzrecht genießt.⁴⁸⁸

6.1.3 Unzureichender Leistungsschutz für Funksendungen

Nachdem festgestellt wurde, dass es bei der eingangs dargestellten Situation zu keiner Rechtsverletzung kommt, stellt sich nun die Frage, ob dieses Ergebnis hinnehmbar oder eine Veränderung der Rechtslage nötig ist.

Auf der einen Seite sind die Produktionskosten für Fernsehprogramme in den letzten Jahren deutlich gesunken. Dennoch sind sie weitaus kostspieliger als etwa die Verbreitung über Internet. Auf der anderen Seite werden immer einfachere technische Möglichkeiten entwickelt, um sich fremde Leistungen anzueignen oder diese zu verwerten.⁴⁸⁹

In der Literatur besteht Einigkeit, dass der Schutz der Sendeunternehmen nötig ist, um die unentgeltliche Leistungsübernahme zur eigenen wirtschaftlichen Verwertung durch Dritte zu unterbinden.⁴⁹⁰ Jedoch hat sich gezeigt, dass die Norm den Anforderungen der Konvergenz, speziell durch das Hybrid-TV, nicht mehr genügt. So ist es einem Telemedienanbieter möglich, sich die Vorleistung des Sendeunternehmens legal zu Nutze zu machen. Er kapitalisiert somit fremde Leistung und greift in die Autorität des Senders ein.⁴⁹¹

Der Zweck des Leistungsschutzrechts wird jedenfalls nicht mehr sichergestellt. Für das Sendeunternehmen besteht keine Möglichkeit, sich durch das Recht aus § 87 Abs. 1 UrhG zu schützen, obwohl damit ja gerade die Investitionen der Sendeunternehmen geschützt werden

⁴⁸⁸ Vormbrock, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 58. Rn 10; Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 332; Weber, ZUM 2011, 454.

⁴⁸⁹ Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 344; Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 UrhG Rn. 7; Klickermann, in: Taeger 2011, 708.

⁴⁹⁰ Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 343 f.; Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 Rn. 7; Dreier, in: Dreier 2008, § 87 Rn. 1; Ungern-Sternberg/Vogel, in: Loewenheim/Schricker 2010, § 87 UrhG Rn. 1.

⁴⁹¹ Schmid, ZUM 2011, 459; Grewenig, Gottberg, tvd 2011, 44.

sollen.⁴⁹² Um eine vergleichbare Überblendung zu erzeugen, müsste beim einfachen Fernsehen in das Sendesignal eingegriffen werden. Dies wäre jedoch nach § 87 UrhG verboten.⁴⁹³ Das Hybrid-TV schafft damit eine neue Möglichkeit und auch eine gesetzliche Schutzlücke.

Die Norm wurde bereits in der Vergangenheit mehrfach geändert, um dem technischen Fortschritt gerecht zu werden und ihr Ziel weiterhin zu erreichen.⁴⁹⁴ Ein möglicher Änderungsvorschlag wäre die Ausweitung der Rechte des § 87 Abs. Nr. 1-3 UrhG auf jedwede Art der Verwertung.⁴⁹⁵ Allerdings könnte eine solche Formulierung zu umfassend sein und auch erwünschte Handlungen verbieten. Alternativ könnte auch ein Zustimmungsvorbehalt des Sendeunternehmens für die hier genutzte Art der Verwertung vorgesehen werden.⁴⁹⁶ Damit würde das Sendunternehmen die Möglichkeit erhalten, an neuen Finanzierungsmitteln mit zu verdienen. Es stünde ihnen aber auch frei, selbst ein solches Widget zu entwickeln und andere Anbieter dann von ihrer Leistung fern zu halten.

6.2 Lauterkeitsrechtlicher Schutz für Fernsehinhalte

Soweit das UrhG nicht anwendbar ist, kann ergänzend das UWG zur Anwendung kommen.⁴⁹⁷ Da das UrhG, wie bereits festgestellt wurde, keinen Schutz vor der Reichweitenübernahme bietet, muss geprüft werden, ob ein solcher, wenn auch schwächerer Schutz, durch das UWG besteht.

Prinzipiell gelten die Regelungen des UWG online ebenso wie offline.⁴⁹⁸ Jedoch entsteht das hier thematisierte Problem erst durch die

⁴⁹² Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 332; Ehrhardt, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 87 Rn. 23; Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 344.

⁴⁹³ Ladeur, GRUR 2005, 560.

⁴⁹⁴ Kitz, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 343.

⁴⁹⁵ Klickermann, in: Taeger 2011, 719; ähnlich Weber, ZUM 2011, 454.

⁴⁹⁶ In Anlehnung an Grevenig, Gottberg, tvd 2011, 44.

⁴⁹⁷ Vgl. Ungern-Sternberg/Vogel, in: Loewenheim/Schricker 2010, § 87 UrhG Rn. 60; Hillig, in: Möhring/Nicolini 2000, § 87 Rn. 63; Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, § 87 UrhG Rn. 3; Boddien, in: Nordemann/Nordemann/Nordemann 2008, § 87 UrhG Rn. 52 f.

⁴⁹⁸ Mankowski, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 7.

Konvergenz von Fernsehen und Internet in einem Empfangsgerät und damit auch die Darstellung beider Medien auf einem Bildschirm. Deshalb muss untersucht werden, ob die vorhandenen Regeln auch in diesem Fall Schutz bieten.⁴⁹⁹

6.2.1 Schutz vor unlauterem Wettbewerb

Es kommen Verstöße gegen die §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Nr. 9, 10 UWG in Betracht.

6.2.1.1 Geschäftliche Handlung eines Mitbewerbers

Grundvoraussetzung für diese Normen ist das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung eines Mitbewerbers.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist ein Mitbewerber ein Unternehmer, welcher Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen ist und in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zu dem Schutzsuchenden steht. Internetinhalteanbieter sind Unternehmer, die ihre Inhalte anbieten. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis wird bejaht, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Leistungen an denselben Kundenkreis absetzen. Dies liegt hier jedoch nicht vor. Allerdings sind die Anforderungen an das konkrete Wettbewerbsverhältnis nur sehr gering, um einen effektiven Schutz zu gewährleisten. Danach ist es ausreichend, wenn zwei Unternehmen durch eine geschäftliche Handlung in Wettbewerb getreten sind, auch wenn sie sonst unterschiedlichen Branchen angehören.⁵⁰⁰ Die Marktdefinition des UWG entspricht demnach nicht der des Kartellrechts.⁵⁰¹ So bedienen Fernsehveranstalter grundsätzlich zwei Märkte. Zum einen treten sie auf dem Werbemarkt auf und verkaufen Werbeplätze gegen Entgelt. Zum anderen bieten sie den Zuschauern ein zumeist kostenloses Programm.

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zu Fernsehveranstaltern wurde etwa bei einem Unternehmen bejaht, welches Geräte produziert und

⁴⁹⁹ *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 341; *Mankowski*, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 1.

⁵⁰⁰ *BGH*, GRUR 2004, 877, 878 f. m.w.N.

⁵⁰¹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 2 Rn. 92; *Fritzsche*, LMK 2004, 193.

vertreibt, mit dem Fernsehwerbeblöcke automatisch ausgeblendet werden können.⁵⁰² Beide wenden sich an dasselbe Publikum und die geringere Anzahl von Werbezuschauern mindert die Attraktivität eines Werbeplatzes für Werbekunden.⁵⁰³ Dieselbe Argumentation lässt sich auf den vorliegenden Fall anwenden, wenigstens wenn es um das Überblenden von Werbung geht. Aber auch sonst wird die ökonomisch verwertbare Aufmerksamkeit der Rezipienten beeinträchtigt.⁵⁰⁴ Es liegt also ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor. Damit sind Fernsehveranstalter und Internetinhalteanbieter Mitbewerber.

Die Legaldefinition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bestimmt, dass ein Verhalten zugunsten eines Unternehmens und ein objektiver Bezug zur Absatzförderung oder Nachfrage vorliegen muss. Das subjektive Kriterium der Wettbewerbsförderungsabsicht ist nicht mehr nötig. Das Inverkehrbringen eines neuen Programms, mit dem Geld verdient wird, ist ein Verhalten zugunsten des Wettbewerbers. Es liegt also damit eine geschäftliche Handlung vor.

6.2.1.2 Wettbewerbsverstoß durch Nachahmung

Zunächst soll ein möglicher Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Nr. 9 UWG untersucht werden. § 4 Nr. 9 UWG schränkt den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ein.⁵⁰⁵ So ist es verboten, ein Leistungsergebnis nachzuahmen, wenn dies eine wettbewerbliche Eigenart aufweist und besondere Umstände vorliegen, die das Verhalten als unlauter erscheinen lassen.⁵⁰⁶

2004 entschied das OLG-Köln einen Fall, in dem es um eine Set-Top-Box ging, die den gleichzeitigen Empfang von Fernsehen und Internet

⁵⁰² BGH, GRUR 2004, 877, 879.

⁵⁰³ BGH, GRUR 2004, 877, 879; *Ladeur*, GRUR 2005, 560; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 2 Rn. 111 ff.

⁵⁰⁴ Zur ökonomischen Bedeutung der Aufmerksamkeit von Rezipienten *Ladeur*, GRUR 2005, 561.

⁵⁰⁵ *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza/Piper 2010, § 4 Rn. 9.2 f.; *Ullmann*, in: Ullmann 2009, § 4 Nr. 9 Rn. 31.

⁵⁰⁶ Detailliert *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 4 Rn. 9.17; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza/Piper 2010, § 4 Rn. 9.25; *Dittmer*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, § 4 Nr. 9 Rn. 6 ff.

auf einem Bildschirm ermöglichte. Es liegt also eine dem Hybrid-TV vergleichbare Konstellation vor. Das OLG verneinte eine „unzulässige Leistungsübernahme“ durch den Vertrieb der Set-Top-Boxen, weil die Leistungen des Fernsehveranstalters weder unmittelbar übernommen noch als eigenes Produkt präsentiert wurden. Der hinter den Internetinhalten weiter sichtbare Fernsehinhalt wurde vom Publikum nicht als Teil des Telemedienanbieters wahrgenommen.⁵⁰⁷

Es lag auch keine Rufausbeutung vor. Wäre jedoch das fremde Fernsehprogramm als Vorspann für das eigene Leistungsangebot genutzt worden, etwa indem nur die Werbung überblendet wird, läge der Fall anders.⁵⁰⁸ Eine einfache Verknüpfung von eigenen Angeboten mit denen eines anderen soll jedoch nicht ausreichen.⁵⁰⁹ Außerdem geht es in dem hier diskutierten Fall nicht um den Verkauf des Hybrid-TVs sondern den einzelner Programme.

Erheblich ist außerdem, dass die Entscheidung beim Fernsehzuschauer liegt.⁵¹⁰ Fraglich ist jedoch, ob dies im vorliegend diskutierten Fall zutrifft. Bei Widgets, die dauerhaft automatisch Inhalte einblenden, liegt der Wille des Nutzers wohl nur indirekt vor. Dasselbe gilt bei Widgets, die einen anderen Hauptzweck erfüllen. Insbesondere kann am Willen des Nutzers gezweifelt werden, wenn ein Widget bereits voreingestellt ist und der Nutzer aktiv werden müsste, um es zu deaktivieren oder zu löschen.

Das Verbot der „Rufausbeutung“ nach § 1 UWG aF sollte der „intuitiven, rational aber schwer zu begründende Überzeugung von der Unlauterkeit“ Rechnung tragen.⁵¹¹ Es wurde jedoch nicht in das heutige UWG übernommen. Deshalb muss auf andere Normen wie §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG beim Missbrauch von Kennzeichen, § 6 Abs. 2 S. 4 UWG bei vergleichender Werbung oder den hier be-

⁵⁰⁷ OLG Köln, GRUR-RR 2005, 228, 228 f.

⁵⁰⁸ Für den Gebrauch der Set-Top-Boxen allgemein OLG Köln, GRUR-RR 2005, 228, 229.

⁵⁰⁹ Köhler, GRUR-RR 2006, 34.

⁵¹⁰ OLG Köln, GRUR-RR 2005, 228, 229.

⁵¹¹ Ohly, in: Ohly/Sosnitza/Piper 2010, § 4 Rn. 10.14a.

handelten § 4 Nr. 9 UWG bei nachgeahmten Leistungen zurückgegriffen werden. Allerdings fordern alle diese Normen ein Täuschungselement, welches durch Einblendungen wohl i.d.R. nicht vorliegt.⁵¹² Etwas anderes gilt, wenn die Einblendungen so getarnt sind, als gehörten sie zum Inhalt des Fernsehprogramms. Dafür müsste ihr Inhalt jedoch zumindest im direkten Zusammenhang mit dem Inhalt des Fernsehveranstalters stehen. Dies wird aber ebenfalls regelmäßig nicht der Fall sein.⁵¹³ In bestimmten Fällen kann auch auf § 4 Nr. 10 UWG zurückgegriffen werden, der kein Täuschungselement voraussetzt.⁵¹⁴ Diese Norm soll im Anschluss thematisiert werden.

6.2.1.3 Behinderungswettbewerb

Nachrangig gegenüber §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Nr. 9 UWG kommt ein Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Nr. 10 UWG in Betracht.⁵¹⁵ Die Norm verbietet generalklauselartig gezielte Behinderungen.⁵¹⁶ Die normale behindernde Wirkung einer geschäftlichen Handlung auf einen Konkurrenten ist jedoch nicht ausreichend. Eine solche Wirkung ist dem Wettbewerb nämlich immanent. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, damit ein Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Nr. 10 UWG vorliegt. Dazu ist eine Bewertung des Einzelfalls mit einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Ziele des UWG nötig. Diese sind nach § 1 UWG der Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit.⁵¹⁷ Bei der Abwägung können sich Telemedienanbieter und Fernsehveranstalter nicht auf verschiedene Grundrechte beziehen, da beide unter den verfassungsrechtlichen

⁵¹² *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 342; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza/Piper 2010, § 4 Rn. 10.14a.

⁵¹³ *Schmid*, ZUM 2011, 460; *Weber*, ZUM 2011, 454.

⁵¹⁴ *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 342; *Loschelder*, in: Loschelder 2004, § 1 Fallgruppen III; *Müller-Bidinger/Seichter*, in: Ullmann 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 8.

⁵¹⁵ *Götting*, in: Fezer 2010, § 4-10 Rn. 12; *Müller-Bidinger/Seichter*, in: Ullmann 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 69.

⁵¹⁶ Vgl. etwa *Fritsche*, LMK 2004, 193; *Götting*, in: Fezer 2010, § 4-10 Rn. 1 f, 19.

⁵¹⁷ Statt vieler auch *BGH*, GRUR 2004, 877, 879; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 4 Rn. 10.7 ff., 10.13.

Rundfunkbegriff zu subsumieren sind und somit durch die Rundfunkfreiheit geschützt werden.

Bei der Auslegung des § 4 Nr. 10 UWG kann zum Teil auch die frühere Rechtsprechung zu § 1 UWG aF herangezogen werden. So etwa das Urteil des Bundesgerichtshofs zu Fernsehblockern.⁵¹⁸ Dabei wurde entschieden, dass der Vertrieb von Vorrichtungen, die bei Werbesendungen automatisch auf einen anderen Sender umschalten, nicht wettbewerbswidrig ist.⁵¹⁹ Diese Konstellation ist mit einem Widget vergleichbar, welches speziell während des Werbeblocks entweder eigene Werbung oder andere Inhalte einblendet. Allerdings sind durchaus auch Unterschiede zu erkennen. So wird als neuer Inhalt nicht irgendein Programm eines Dritten gezeigt, sondern es erscheint ein speziell ausgewählter Inhalt des Telemedienanbieters. Dies ähnelt eher dem Fall, der 2003 vor dem LG Berlin verhandelt wurde. Dabei hatte ein Hotel die Fernsehwerbung durch eigene Werbung ersetzt. Die ursprüngliche Werbung wurde nur auf einem schwer auffindbaren Sender gezeigt. Das Gericht ging von der Unlauterkeit eines solchen Vorgehens aus.⁵²⁰

Zum Behinderungswettbewerb sind auch produktbezogene Behinderungen zu zählen. Hier fehlt es jedoch sowohl an einer unmittelbaren als auch an einer mittelbaren Einwirkung auf die Sendung. Die Inhalte würden weiterhin ausgestrahlt. Es wird lediglich etwas anderes angezeigt.⁵²¹ Insoweit sind der Fall des Werbeblockers und der des Hybrid-TVs gleichgelagert. Allerdings tritt ein Internetinhalteanbieter, der ebenfalls Werbezeit oder Werbeflächen anbietet, beim Hybrid-TV auch auf dem Werbemarkt in Konkurrenz zum Fernsehveranstalter.⁵²² Aber auch hier kommt es nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren

⁵¹⁸ Müller-Bidinger/Seichter, in: Ullmann 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 8; zur Anwendbarkeit der Rechtsprechung OLG Köln, GRUR-RR 2005, 228, 229; Fritsche, LMK 2004, 193.

⁵¹⁹ BGH, GRUR 2004, 877, 878 ff.

⁵²⁰ LG Berlin, ZUM-RD 2004, 126, 126 ff.

⁵²¹ BGH, GRUR 2004, 877, 879; allgemein zur produktbezogenen Behinderung Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 4 Rn. 10.48.

⁵²² Vgl. auch LG Berlin, ZUM-RD 2004, 126, 128.

Einwirkung, da die Werbung weiterhin vom Zuschauer empfangen wird.

Der Bundesgerichtshof betont in Zusammenhang mit Werbeblockern auch die Tatsache, dass die Umschaltentscheidung weiterhin in den Händen des Zuschauers liegt.⁵²³ Hier könnte sich, wie bereits dargestellt, ein Unterschied zur Situation beim Hybrid-TV ergeben. Denn Widgets können bereits vorinstalliert und aktiviert sein. Dann müsste der Zuschauer zunächst das Richtige finden und dieses sodann deaktivieren. Fraglich ist jedoch, ob es dem Fernsehzuschauer tatsächlich möglich ist, die Herkunft des eingeblendeten Inhalts ohne erheblichen Aufwand zu entdecken und dieses dann zu deaktivieren. Es ist bereits ungewiss, ob er sich überhaupt immer darüber im Klaren ist, dass ihm etwa eine andere Werbung angezeigt wird, als ursprünglich im Fernsehen ausgestrahlt wurde. Ein besonderer Anreiz für die Hersteller, dies zu offenbaren, ist nicht zu erkennen. Das gilt zumindest bei einem vorinstallierten Widget. Anders gestaltet sich die Lage, wenn es vom Fernsehzuschauer installiert wurde. Dann muss sich dieser darüber bewusst sein und es besteht auch ein Anreiz, den Nutzer auf die Herkunft der eingeblendeten Inhalte hinzuweisen.

Wenn Pop-Ups ohne Einverständnis des Telemedienanbieters über den Inhalt einer Homepage gelegt werden, liegt eine gezielte Behinderung der Außendarstellung vor. Es sei denn die Entscheidung lag beim Nutzer des Telemediums.⁵²⁴ Wenn nun die Überblendung von Internetinhalten durch Inhalte anderer Telemedien gegen § 4 Nr. 10 UWG verstößt, dann muss dies auch für die Überblendung von Fernsehinhalten gelten. Allerdings kommt es hier eher selten zur Behinderung der Außendarstellung sondern eher des Produkts „Werbung“ selbst. Es könnte also auch eine Werbebehinderung, d.h. die gezielte

⁵²³ BGH, GRUR 2004, 877, 879; Funk/Zeifang, MMR 2004, 666; a.A. Ladeur, GRUR 2005, 561 f.

⁵²⁴ LG Köln, MMR 2004, 840, 840 noch zur alten Rechtslage; Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 4 Rn. 1.278; Götting, in: Fezer 2010, § 4-10 Rn. 144; Plog, in: Paschke/Berlit/Meyer 2008, 30. Rn. 8.

Ausschaltung fremder Werbung, vorliegen.⁵²⁵ Schließlich wird jedoch keine bestimmte Werbung überblendet und falls doch, dann wäre wohl selten die Werbung für den Fernsehveranstalter selbst betroffen.

Als weitere produktbezogene Behinderung kommt die Umleitung von Kundenströmen in Betracht. Grundsätzlich liegt eine gezielte Kundenabwerbung nur dann vor, wenn unlauter auf den Kunden eingewirkt wird.⁵²⁶ Zu einem solchen Verstoß kommt es, wenn sich ein Mitbewerber zwischen den Kunden und die Leistung eines anderen stellt.⁵²⁷ Überträgt man diese allgemeine Aussage auf den Fernsehbildschirm, kann festgehalten werden, dass die Überblendung eines Fernsehinhalts durch andere Inhalte auf demselben Bildschirm durchaus ein räumliches Dazwischenschieben zwischen den Kunden und die Leistung darstellt. Es ist jedoch fraglich, ob die Gerichte einer solchen Auslegung folgen würden.

Außerdem muss die Behinderung gezielt erfolgen. Die hier verwendete Technik ermöglicht es, Einnahmen zu erzielen, indem die Vorleistung der Fernsehsender genutzt wird, ohne selbst vergleichbare Aufwendungen zu tragen. Es kann auch systematisch sein, wenn etwa jede Werbung überblendet wird.⁵²⁸ Jedoch fordert § 4 Nr. 10 UWG das gezielte Behindern eines Mitbewerbers.⁵²⁹ Dies liegt hier wohl nicht vor. Schließlich wird i.d.R. kein Inhalt eines bestimmten Werbenden entfernt.

6.2.1.4 Allgemeine Marktbehinderung

Neben einer gezielten Behinderung nach § 4 Nr. 10 UWG kommt bei Maßnahmen, die nicht gezielt gegen einen Mitbewerber gerichtet sind, eine allgemeine Marktbehinderung nach § 3 Abs. 1 UWG in Betracht. Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG kommt nur zur Anwendung,

⁵²⁵ BGH, GRUR 2004, 877, 879; zustimmend Götting, in: Fezer 2010, § 4-10 Rn. 143; Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 4 Rn. 10.71.

⁵²⁶ LG Köln, MMR 2004, 840, 840; Köhler, GRUR-RR 2006, 35.

⁵²⁷ Müller-Bidinger/Seichter, in: Ullmann 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 47.

⁵²⁸ LG Berlin, ZUM-RD 2004, 126, 128 f.; ähnlich Ladeur, GRUR 2005, 561 f.

⁵²⁹ Müller-Bidinger/Seichter, in: Ullmann 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 20.

wenn keine konkretisierende Norm im UWG in Frage kommt.⁵³⁰ Beim Rückgriff auf die Generalklausel muss eine besondere Eingriffsintensität vorliegen, um einen Verstoß zu begründen. So muss durch das kritisierte Verhalten die ernsthafte Gefahr begründet sein, dass der Leistungswettbewerb eingeschränkt wird.⁵³¹ Der Markt muss in seinem Bestand gefährdet sein. Die Möglichkeit, dass Werbekunden abwandern oder die Preise für Fernsehwerbung sinken, ist allein nicht ausreichend.⁵³² Auch wenn die Abwanderung der Werbeinvestitionen in den Onlinewerbemarkt real ist, wird dies wohl noch nicht ausreichen, um die existenzielle Gefährdung des Fernsehwerbemarkts zu belegen. Außerdem ist auch bei der allgemeinen Marktbehinderung zu beachten, dass Entscheidungen, die vom freien Willen der Nutzer getragen sind, keinen unlauteren Wettbewerb begründen.⁵³³

6.2.2 Partieller Wettbewerbsschutz

Wie durch die vorangegangene Untersuchung gezeigt wurde, besteht ein wettbewerbsrechtlicher Schutz bisher nur in sehr geringem Umfang. Es wird nur eine einzige Konstellation verboten, nämlich wenn Fernsehwerbung durch Internetwerbung ersetzt wird. Des Weiteren schützt das Wettbewerbsrecht nur bei Verstößen gegen Werberegelungen. In diesem Fall liegt nämlich ein Rechtsbruch i.S.d. §§ 3 i.V.m. 4 Nr. 11 UWG vor, da alle Werberegelungen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Gemeinschaftsgut der Rundfunkfreiheit dienen.⁵³⁴ Ein solcher Fall ist denkbar, wurde jedoch hier nicht angenommen.

Es stellt sich die Frage, ob der kaum vorhandene wettbewerbsrechtliche Schutz aufgrund des zuvor Festgestellten ergänzt werden muss.

⁵³⁰ Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza/Piper 2010, § 3 Rn. 2, 7, 63; Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2011, § 3 UWG Rn. 6 ff.; Lehmler, in: Büscher/Dittmer/Schiwy 2011, § 3 UWG Rn. 1 f., 61, 64.

⁵³¹ St. Rechtsprechung Vgl. BGHZ 43, 278, 285.

⁵³² BGH, GRUR 2004, 877, 880 m.w.N.; OLG Köln, GRUR-RR 2005, 228, 229; Funk/Zeifang, MMR 2004, 665 f.; a.A. Ladeur, GRUR 2005, 562.

⁵³³ Mankowski, in: Fezer 2010, § 4-S12 Rn. 75.

⁵³⁴ Obert/Lamprecht-Weissenborn, in: Schwartmann 2011, 6. Kap. Rn. 32; Kreile, in: Fezer 2010, § 4-S5 Rn. 68.

Solange Einblendungen nur gelegentlich und zeitlich nicht abgestimmt, etwa aufgrund neuer Updates, auftreten, ist ein wettbewerbsrechtlicher Schutz wohl nicht nötig. Dasselbe gilt für Widgets, die beispielsweise personalisiert werden können, sodass während einer Werbepause eine bestimmte, vom Nutzer gewählte Seite erscheint. Dies ist ein einfaches technisches Hilfsmittel für eine Handlung, die der Nutzer auch manuell hätte herbeiführen können. Ein solches Widget ist – ähnlich einem Werblocker – nicht zu kritisieren. In allen anderen Konstellationen, insbesondere bei der Vorinstallation auf einem Fernsehgerät, scheint ein wettbewerbsrechtlicher Schutz jedoch nötig, da die Telemediendiensteanbieter auf die vom Rundfunkveranstalter durch entsprechend teures Programm generierte Aufmerksamkeit und Reichweite zurückgreifen, ohne selbst eine entsprechende Leistung zu bringen. Besonders deutlich wird dies, wenn der Telemedienanbieter seine eigenen Werbezeiten und Werbeflächen zu hohen Preisen anbieten kann, weil sie während eines bestimmten Fernsehprogramms gezeigt werden. Die maßgebliche Leistung, das Generieren der Reichweite, wird jedoch nicht von ihm, sondern von dem nicht am Gewinn beteiligten Fernsehveranstalter erbracht. Außerdem können Telemedienanbieter auch hier einen Vorteil aus dem strengeren Werberecht für Fernsehveranstalter ziehen.⁵³⁵

Deshalb sollten unter dem Gesichtspunkt der Veränderung des Wettbewerbs auch neue Unlauterkeitstatbestände entwickelt werden.⁵³⁶

Zunächst muss diskutiert werden, ob die Abgrenzung der Unlauterkeit anhand des Merkmals der Nutzerautonomie weiterhin Bestand haben soll. Dieses Kriterium ist durchaus förderlich bei der Abgrenzung von lauterem und unlauterem Handeln. Es sollte jedoch klargestellt werden, ob die einmalige Installation oder Aktivierung eines Widgets ausreicht, um einen Nutzerwillen zu bejahen. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Möglichkeit zur Deaktivierung ausreicht.⁵³⁷

⁵³⁵ *Schmid*, ZUM 2011, 459 f.

⁵³⁶ Ähnlich *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 342.

⁵³⁷ *Wagner*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 331; *Schmid*, ZUM 2011, 460.

Außerdem sollte die „Reichweitenübernahme“ als neue Form der Leistungsübernahme anerkannt werden. Denn auch die Aufmerksamkeit von Fernsehzuschauern ist eine ökonomische Ressource, die hier durch einen Mitbewerber zur Förderung seines Absatzes abgezogen wird. Dies wird dem Wettbewerber erst durch eine neue Technik möglich, sodass eine Täuschung nicht mehr nötig ist, um auf die Vorleistungen des Fernsehveranstalters zuzugreifen.⁵³⁸ Nur durch eine Erweiterung kann das Lauterkeitsrecht weiterhin einen fairen Wettbewerb oder ein „level playing field“ oder treffender einen „level playing screen“ sicherstellen.⁵³⁹

6.3 Schutz durch Leistungsschutz- und Wettbewerbsrecht

Betrachtet man die Ergebnisse der Überprüfung von Leistungsschutz- und Lauterkeitsrecht, wird deutlich, dass bereits die Änderung eines einzigen Gesetzes die Schutzlücke schließen würde. Die derzeitige Lage muss jedenfalls verändert werden, um einen Rechtsschutz und einen fairen Wettbewerb zu ermöglichen. Durch die Einführung eines erweiterten Leistungsschutzrechts würde den Fernsehveranstaltern ein absolutes Recht gewährt. Die Ergänzung des UWG würde lediglich ein relatives Recht erzeugen. Allerdings würden beide die Rechtsposition der Fernsehveranstalter verbessern. Wünschenswert wäre die Anpassung beider Rechte, um einen, der Situation vor Einführung des Hybrid-TV gleichkommenden, Zustand herzustellen.

⁵³⁸ *Ladeur*, GRUR 2005, 561; *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 342.

⁵³⁹ *Kitz*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 342; *Schmid*, ZUM 2011, 460.

7 Vorschläge zur Überarbeitung des Rechtsrahmens

Wie sich aus den Erkenntnissen der einzelnen Rechtsbereiche ergibt, muss eine massenhafte Einführung des Hybrid-TVs durch einige gesetzliche Anpassungen begleitet werden. Es kann nicht immer auf das Wirken der Marktkräfte gesetzt werden, da das Problem häufig erst durch die unterschiedlich starke Regulierung der Medien und den damit verbundenen Eingriff in den freien Markt verursacht wird.

7.1 Differenziertes Vorgehen

Eine allgemeine Deregulierung ist ebenso wenig zweckdienlich wie eine umfängliche Konvergenz des Rechts. Es ist vielmehr zwischen den verschiedenen Rechtsbereichen zu unterscheiden.

Es besteht zwar die Gefahr, dass die technische Konvergenz in Form des Hybrid-TVs dazu führt, dass bei einem abgestuften Regelungssystem strenger regulierte Medien durch die Wahl der Dienstart umgangen werden, da beide Inhalte auf demselben Fernsehbildschirm erscheinen.⁵⁴⁰ Allerdings würde die Deregulierung alle Ordnungsmacht den Marktmechanismen überlassen. Dies wäre jedoch verfassungswidrig, da der Gesetzgeber dazu verpflichtet ist, eine positive Ordnung zum Schutz des Bestands der Medien zu schaffen. Eine umfangreiche Konvergenz des Rechts missachtet hingegen den Zweck der Rundfunkfreiheit und somit auch des Medienrechts. Diese soll die Medienvielfalt erhalten und die öffentliche Meinungsbildung ermöglichen. Nicht vergessen werden darf, dass die Nutzer Maßstab für die Meinungsrelevanz von Medien sind. Ihr tatsächliches Verhalten entscheidet darüber, wie viel Einfluss ein Medium oder ein bestimmtes Angebot hat.⁵⁴¹

Bei der Regulierung der Medien ist außerdem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Medien dürfen also nur entsprechend ihres Einflusses auf die öffentliche Meinungsbildung reguliert werden.

⁵⁴⁰ Roßnagel/Kleist/Scheuer 2007, 332; Kleist, MMR 2006, 62.

⁵⁴¹ Vgl. Blaue, ZUM 2005, 34 f.

Dabei sind auch verschiedene technische Aspekte oder Unterschiede bei der Bedienung zu beachten.⁵⁴² Allerdings kann in Teilen des Medienrechts durchaus von der Deregulierung und Konvergenz des Rechts Gebrauch gemacht werden. So sollte etwa das Werberecht für Fernsehveranstalter dereguliert werden. Eine einheitliche Regelung ist hingegen nicht anzustreben. Andererseits sollte das Jugendschutzrecht weiter vereinheitlicht aber nicht unbedingt dereguliert werden.

7.2 Abstufung der medienrechtlichen Vorschriften

Das Hauptproblem eines abgestuften Regelungskonzepts ist die Abgrenzung der verschiedenen Stufen, genauer die Zuordnung einzelner Dienste zu bestimmten Stufen. Diese Problematik wurde bereits bei der Unterscheidung zwischen Teledienste und Mediendienste, ebenso wie bei linearen und nichtlinearen Diensten sowie bei der Abgrenzung von Rundfunk und Telemedien diskutiert.⁵⁴³

M.E. wäre eine Angleichung der medienrechtlichen Regelungen sinnvoll. Um zu vermeiden, dass eine besonders starke Regulierung durch die Wahl eines anderen Mediums oder einer anderen Dienstart umgangen wird, sollten die Unterschiede zwischen Rundfunk und Telemedien nicht zu stark ausfallen. Da eine Gleichstellung wohl verfassungsrechtlich nicht vertretbar wäre, müssen also verschiedene Stufen vorgesehen werden. Je geringer der Vorteil eines Wechsels des Mediums oder der Dienstart ist, desto weniger versuchen Anbieter, strengere Regelungen durch die Wahl des Mediums zu umgehen.

Denkbar sind auch einheitliche Mindeststandards, die durch Eingriffsschwellen oder Ausnahmevorschriften ergänzt werden und somit eine Abstufung des Rechtssystems ergeben.⁵⁴⁴ So wird in der Literatur auch vorgeschlagen, etwa im Bereich des Rundfunks zwischen „Kernrund-

⁵⁴² *Blaue*, ZUM 2005, 30, 41; *Gounalakis*, ZUM 2003, 183 f.; *Schmid/Kitz*, ZUM 2009, 743 f.; zu unterschiedlicher Regulierung wegen der Auswahl- und Kontrollmöglichkeit bei Internetinhalten *Kleist/Scheuer*, MMR 2006, 208; kritisch *Kogler*, K&R 2011, 622 ff.

⁵⁴³ So auch *Ory*, AfP 2011, 21.

⁵⁴⁴ *Schwartmann*, in: *Schwartmann* 2011, 1. Kap. Rn. 16 ff.

funk“ und „Randrundfunk“ zu unterscheiden und diesbezüglich verschieden strenge Vorgaben etwa für die Zulassungspflicht zu machen.⁵⁴⁵ Andererseits ist eine Vielzahl an Abstufungen der Rechtssicherheit abträglich. Deshalb muss ein eindeutiges Abgrenzungskriterium gefunden werden, anhand dessen die Abstufung erfolgt. Ergänzend sollten technische Hilfsmittel, etwa wie im Jugendschutz bereits vorgesehen, implementiert und die Medienkompetenz der Nutzer gefördert werden.⁵⁴⁶

7.3 Problematische Aufsicht im Internet

Hinzu kommt, dass gerade im Internet eine Regulierung aufgrund der Menge der Inhalte, ihrer ständigen Veränderung und der Internationalität der Angebote schwer fällt. Allerdings darf deshalb nicht auf jegliche Form der Regelung verzichtet werden.⁵⁴⁷ Vielmehr sollte vermehrt auf neue Regelungsinstrumente zurückgegriffen werden. Diese können zwar nicht in allen Bereichen eingesetzt werden, aber gerade durch die regulierte Selbstregulierung bleibt die hoheitliche Aufsicht zum Teil bestehen. Sie wird ergänzt und zu Teilen übertragen. Dabei dient sie auch als Drohmittel für die Einhaltung der Bestimmungen. Wichtig sind auch Anreize, welche die Einhaltung der Selbstregulierung belohnen. Es muss das „Verdienen“ und „Dienen“ zusammengebracht werden, um beim Medienunternehmen eine eigene Intention zu erzeugen, die Vorgaben zu befolgen. Nur so können weitere, nicht extern kontrollierbare Entwicklungen gelenkt werden.⁵⁴⁸

7.4 Zusammenwirken der Gesetzgeber

Eine weitere Schwierigkeit entsteht dadurch, dass es nicht einen einzigen Gesetzgeber in den betroffenen Rechtsbereichen gibt, sondern viele. Allein in Deutschland wäre das Zusammenwirken der 16 Bundes-

⁵⁴⁵ Gounalakis, ZUM 2003, 186; Vgl. auch Gersdorf, in: Gundel/Heermann/Leible 2009, 45.

⁵⁴⁶ Vgl. auch Holznagel, NJW 2002, 2356; Roßnagel/Scheuer, MMR 2005, 276 weisen auf das Tätigwerden der EU in diesem Bereich hin.

⁵⁴⁷ Detailliert Hain, K&R 2006, K&R 2006, 328 f. kritisch zu den Regulierungsmöglichkeiten Dörr, in: Dörr/Kreile/Cole 2008, B Rn. 44.

⁵⁴⁸ Wagner, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 334; Gounalakis, ZUM 2003, 187 f.

länder und des Bundes in einer verfassungsrechtlich zulässigen Weise nötig, um alle nötigen Änderungen umzusetzen, die im Anschluss konkret dargestellt werden sollen.

Zudem können auch nur wenige Teile des deutschen Medienrechts ohne das Mitwirken der EU geändert werden. Auch auf europäischer Ebene besteht durchaus Anpassungsbedarf, sodass es auch dort eine Chance zur Verbesserung des Rechts gibt.⁵⁴⁹ Diese Gelegenheit sollte von allen Akteuren gemeinsam genutzt werden, um eine ausgeglichene Regulierung der Medien zu ermöglichen.

7.5 Anpassung der einzelnen Rechtsgebiete

Im Folgenden sollen die dargestellten Rechtsgebiete noch einmal einzeln thematisiert werden, um konkrete rechtspolitische Forderungen an die Gesetzgeber zu formulieren.

7.5.1 Keine Veränderungen bei der Zulassung

Im Bereich der Zulassungspflicht wurde der eklatante Unterschied zwischen der Zulassungspflicht auf Seiten der Fernsehveranstalter und der grundsätzlichen Zulassungsfreiheit und Anmeldefreiheit auf Seiten der Telemedienanbieter festgestellt. Lediglich für Anbieter von Telemedien, die aufgrund ihrer Meinungsrelevanz dem Rundfunk zuzuordnen sind, ist eine Zulassungspflicht vorgesehen. Diese Regelungen sind trotz der technischen Konvergenz durch das Hybrid-TV gerechtfertigt. Eine rechtliche Veränderung ist deshalb nicht nötig.

Zum einen würde die Einführung einer allgemeinen Zulassungspflicht gegen die EC-RL verstoßen, da diese eine Zulassungs- und Anmeldepflicht verbietet. Zum anderen könnten Anbieter, die in Deutschland keine Zulassung erhalten oder dies zumindest befürchten, in das Ausland abwandern und ihren Dienst von dort aus erbringen. Der Sitz des

⁵⁴⁹ Zur Kompetenzproblematik *Klickermann*, in: Taeger 2011, 720; *Schmid*, ZUM 2011, 460 f.; *Wagner*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 335; *Grewenig*, Gottberg, tvd 2011, 47; zur europäischen Rechtsetzung *Wagner*, in: Kleist/Roßnagel/Scheuer 2010, 335; *Kogler*, K&R 2011, 626.

Anbieters beeinflusst schließlich nicht die Reichweite seines Dienstes im Internet. Außerdem wäre eine Zulassungspflicht etwa für Betreiber privater Internetseiten abschreckend. Auch die Mehrzahl der geschäftlichen Angebote ist für die Öffentlichkeit kaum meinungsrelevant. Der Grund für eine Zulassungspflicht fehlt somit. Für die wenigen Telemedien, die einen wesentlichen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung haben, ist bereits eine Zulassungspflicht vorgesehen. Die derzeitigen Regelungen sind also durchaus gerechtfertigt, obwohl Telemedien und Fernsehen durch das Hybrid-TV auf einem gemeinsamen Fernsehbildschirm zu sehen sind.

7.5.2 Einführung der Medienkonzentrationskontrolle bei Anbietern im Internet

Auch im Bereich des Konzentrationsrechts ist ein wesentlicher Unterschied zwischen den für Fernsehveranstalter und für Telemedienanbieter geltenden Bestimmungen zu verzeichnen. Private, bundesweit tätige Fernsehveranstalter unterliegen zusätzlich zur Fusionskontrolle des Kartellrechts auch der medienspezifischen Konzentrationskontrolle der §§ 25 ff. RStV. Telemedienanbieter, die nicht aufgrund ihrer Meinungsrelevanz dem Rundfunk zugeordnet werden, unterliegen hingegen lediglich der Fusionskontrolle des Kartellrechts. Sie werden nur dann in die medienrechtliche Konzentrationskontrolle eingebunden, wenn sie mit einem Fernsehveranstalter verbunden sind.

Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. Auch Telemedien sollten der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle unterliegen. So können Telemedien, die nicht mit einem Fernsehanbieter verbunden sind und auch allein keine Meinungsmacht haben, sich mit anderen Medien oder Telemediendiensten vereinen und so meinungsrelevant werden. Telemedien sind nicht per se ohne Meinungsrelevanz, wie die in § 20 Abs. 2 RStV vorgesehene Ausnahmeregelung für Telemedien zeigt. Die Meinungsmacht des Internets steigt kontinuierlich an. Es herrscht auch nicht automatisch Meinungsvielfalt aufgrund der Vielzahl der Inhalte des Internets.

Deshalb ist es nötig, das Gesetz insoweit zu verändern, dass auch Telemedien grundsätzlich der Medienkonzentrationskontrolle unterliegen. Angesichts der Vielzahl der Internetangebote müssen jedoch auch Aufgreifschwellen eingeführt werden. Als Maßstab darf nicht auf das Kriterium der Seitenaufrufe zurückgegriffen werden. Vielmehr muss ein Kriterium herangezogen werden, welches auch die im Internet typischen Verlinkungen und damit die Präsenz auf anderen Seiten einbezieht. Gegebenenfalls sind für verschiedene Dienstetypen auch unterschiedliche Maßstäbe zu setzen. So sind Computerspiele sicherlich weniger entscheidend für die öffentliche Meinungsbildung als etwa Angebote der elektronischen Presse.

Zusätzlich sollte aufgrund der Vielzahl an Angeboten, die trotz der Aufgreifschwelle weiterhin zu überprüfen wären, die regulierte Selbstregulierung als neues Regelungsinstrument eingeführt werden. So könnte sich die staatliche Aufsicht auf die Missbrauchsaufsicht beschränken und gleichzeitig würde der Gedanke der Vielfalt in die Unternehmen getragen. Als Anreiz dafür bietet sich eine Beweislastumkehr bei der Bestimmung der vorherrschenden Meinungsmacht an.

7.5.3 Keine quantitativen Werbebeschränkungen im Fernsehen

Bezüglich der Werbebeschränkungen wurde festgestellt, dass die Vorgaben für das Fernsehprogramm deutlich strenger sind als die für Telemedien. Besonders quantitative Bestimmungen bestehen nur im Bereich des Rundfunks. Eine solche Ungleichbehandlung erscheint jedoch nicht angemessen. Hier ist es nötig, dass der Gesetzgeber ein einheitliches Niveau für die Anbieter von Fernsehinhalten und Inhalten im Internet vorschreibt. M.E. ist an dieser Stelle eine Deregulierung des Rundfunks angebracht. Der Fernsehzuschauer wird bereits durch die qualitativen Werbebestimmungen ausreichend vor Manipulation durch das Fernsehprogramm und die darin enthaltene Werbung geschützt, da diese erkennbar und vom Inhalt getrennt werden muss. Dasselbe gilt für die redaktionelle Unabhängigkeit des Fernsehveranstalters. Auch sie wird durch die qualitativen Grundsätze geschützt.

Zu bedenken ist, dass Fernsehwerbung durch das Hybrid-TV in unmittelbare Konkurrenz mit Internetwerbung tritt. Werbeeinnahmen tragen einen wesentlichen Teil zur Finanzierung von Inhalten bei. Diese Mittel werden also vor allem von den Branchen benötigt, die publizistisch wertvolle Inhalte erzeugen. Wie festgestellt wurde, geschieht dies im Internet nur selten, dafür jedoch bei Fernsehinhalten.

Der Rezipient muss außerdem nicht vor zu viel Werbung geschützt werden. Es gibt ausreichende Möglichkeiten, der Werbung eines Programms zu entgehen. Durch diese können die Zuschauer auch den Fernsehveranstalter abstrafen, wenn er zu viel Werbung zeigt. Denn wenn zu wenige Personen sein Programm rezipieren, sinken seine Werbeeinnahmen. Die Kräfte des Marktes reichen im Fernsehen wie im Internet aus, um ein Übermaß an Werbung zu unterbinden.

Konkret sollte also die Beschränkung auf 12 min Werbung pro Stunde gem. § 45 Abs. 1 RStV aufgegeben werden, außerdem die Anzahl der Unterbrechungen pro 30 min nach § 7a Abs. 3 RStV und der Grundsatz der Blockwerbung des Abs. 2.

7.5.4 Vereinzelte, weitere Vereinheitlichung des JMStV

Im Bereich des Jugendschutzes liegt bereits ein einheitliches Konzept in Form des JMStV vor. Deshalb ergeben sich dort nur wenige Unterschiede für Angebote im Fernsehen und im Internet. Allerdings sollte auch ein Teil dieser wenigen Divergenzen vereinheitlicht werden.

So muss die Ausstrahlung relativ unzulässiger Inhalte auch im Fernsehen ermöglicht werden, wenn – wie im Internet – sichergestellt wird, dass die Rezeption ausschließlich Erwachsenen möglich ist. Dazu müssen auch im Fernsehen zwei Stufen der Authentifizierung durchlaufen werden. Zunächst ist eine Face-to-Face-Kontrolle nötig und dann bei jeder Nutzung eine weitere Überprüfung des Rezipienten, wobei jedoch mehr als die Eingabe der PIN nötig ist, um ein vergleichbares Sicherheitsniveau zu schaffen. Denkbar wäre die Ergänzung des Hybrid-TV um ein Kartenlesegerät, um den Rezipienten durch eine Chipkarte und den PIN zu authentifizieren.

Es ist auch nicht ersichtlich, warum lediglich im Internet ein nutzerseitig einzurichtendes Filtersystem ausreicht, um die Veröffentlichung jugendgefährdender Inhalte zu erlauben. Die Vorschriften sind zu vereinheitlichen, indem das Schutzniveau der Telemedien auf das Niveau des Fernsehens angehoben wird. Dazu sind nutzerseitige Filtersysteme aus der Liste möglicher Mittel zur legalen Verbreitung von jugendgefährdenden Inhalten i.S.d. § 5 Abs. 3 JMStV zu streichen.

Zuletzt muss auch das eigenständige Trennungsgebot für kindergefährdende Inhalte im Bereich der Telemedien hinterfragt werden. Es ist nicht ersichtlich, warum im Internet eine Veröffentlichung solcher Inhalte nicht erlaubt werden soll, wenn eines der im JMStV genannten Mittel gewählt wird. Damit ist der Inhalt für die gefährdete Gruppe wie im Fernsehen üblicherweise nicht wahrnehmbar. Das Trennungsgebot für kindergefährdende Inhalte in Telemedien des § 5 Abs. 5 JMStV ist demnach aufzuheben.

7.5.5 Vereinheitlichte Aufsicht über Fernsehen und Internet

Die Aufsicht über Fernsehen und Telemedien ist nicht einheitlich geregelt. Für das Fernsehen sind die Landesmedienanstalten und die verschiedenen Gremien als interne Entscheidungsfindungsorgane zuständig. Die Aufsicht über Telemedien unterscheidet sich je nach Bundesland und ist teilweise von der über die Ordnungswidrigkeiten des TMG getrennt. Da Telemedien und Fernsehen häufig denselben oder ähnlichen Regelungen unterliegen, ist jedoch eine einheitliche Zuständigkeit nötig. Sonst ist davon auszugehen, dass zwei identische Angebote trotz gleicher Vorschriften nicht gleichermaßen geahndet werden. Am geeignetsten für diese Aufgabe sind die staatsfern organisierten Landesmedienanstalten, die bereits für das Fernsehen und in vielen Bundesländern auch für Telemedien zuständig sind. Eine einheitliche Aufsicht würde diese effektiver machen und eine medienübergreifend einheitliche Handhabung garantieren. Bedenkt man zudem die i.d.R. nationale oder sogar internationale Reichweite der Medien, muss wenigstens eine deutschlandweite Lösung gefunden werden.

Deshalb sollte eine gemeinsame Ländermedienanstalt gegründet werden, die sich zentral mit der Einhaltung der Vorschriften im Fernsehen und Internet beschäftigt. Nur so können medienübergreifende und bundesweit einheitliche Entscheidungen getroffen werden, die zu höherer Rechtssicherheit für die Betroffenen führen und die Arbeit der Aufsicht effektiver macht.

Wie bereits zum Konzentrationsrecht ausgeführt wurde, bietet sich im Internet zusätzlich zu einer einheitlichen Aufsichtsstelle die Einführung von Instrumenten der regulierten Selbstregulierung an. Diese reduziert den Umfang der Aufsicht und fördert bereits im Unternehmen und während des Entstehens der Inhalte die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.

7.5.6 Verbot unkontrollierter Einblendungen durch Dritte

Bei der Problematik der Reichweitenübernahme durch automatische Einblendungen von Telemedien über das Fernsehbild wurden sowohl ein lauterkeits- als auch der leistungsschutzrechtliche Ansprüche der Fernsehveranstalter gegen den Telemedienanbieter geprüft. Beide Gebiete bieten dem Anbieter der Fernsehinhalte gar keinen oder nur in Ausnahmefällen Schutz gegen das Handeln des Telemedienanbieters.

Deshalb ist es nötig, nicht vom Willen des Nutzers gesteuerte Einblendungen, die sich über oder neben das Fernsehbild auf dem Hybrid-TV legen, zu verbieten. Dabei sollte das Recht zur Überlagerung des Fernsehbildes einzig dem Anbieter eben dieses Inhalts zustehen. Deshalb sollte dieses Recht in den Katalog der Rechte des Sendeunternehmens nach § 87 UrhG aufgenommen werden, um ein absolutes Recht gegen solche Maßnahmen zu gewähren. Dieses wäre auch unabhängig von einem zusätzlichen urheberrechtlichen Schutz des Fernsehinhalts. Ausnahmen könnten für solche Einblendungen vorgesehen werden, die unabhängig vom Fernsehinhalt und nur gelegentlich, aufgrund von Updates für die Programme des Hybrid-TVs erscheinen. Diese dürfen jedoch nur in angemessener Weise, etwa am Bildschirmrand, erscheinen.

Soweit die Reichweitenübernahme durch das Leistungsschutzrecht verboten wird, liegt bei einem Verstoß automatisch auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG vor, der jegliches geschäftliches Handeln eines Mitbewerbers verbietet, wenn damit gegen gesetzliche Regeln verstoßen wird. Allerdings sind die Regeln des UWG nur subsidiär gegenüber dem Leistungsschutzrecht, sodass Letzteres allein ausreichenden Rechtsschutz gewährleistet.

7.6 Entwicklungssoffene aber konkrete Regelungen

Häufig ist es dem Gesetzgeber kaum möglich, die Gesetzgebung an die aktuellsten Entwicklungen anzupassen. Manchmal ist ihm jedoch auch möglich, Technik bereits zu regulieren, bevor sie sich durchgesetzt hat.⁵⁵⁰ Dabei müssen dauerhafte von vorübergehenden Entwicklungen unterschieden werden, da Erstere die bedeutenderen darstellen. Die massenhaft stattfindende Verbreitung des Hybrid-TV scheint zu einer dauerhaften Veränderung zu führen. Noch hätte der Gesetzgeber auch die Chance auf diese Entwicklung zu reagieren, bevor sich beispielsweise ungewollte Verhaltensweisen etablieren.

Beim Erlass der Vorschriften müssen diese aber so formuliert werden, dass sie entwicklungssoffen sind und sich nicht nur auf eine einzige technische Form anwendbar. Denn die hier diskutierten Probleme bestehen etwa auch bei der Nutzung von internetfähigen Set-Top-Boxen, Digitalreceivern oder Blu-Ray-Playern.

Einerseits konkrete andererseits aber nicht auf einen Sachverhalt beschränkte Formulierungen zu finden, ist gerade in den letzten Jahren aufgrund der rasanten Entwicklung der Technik und der Märkte schwierig, aber auch umso wichtiger geworden.⁵⁵¹ So müssen einerseits klare Definitionen, insbesondere des Anwendungsbereichs, vorliegen. Andererseits muss auch ein gewisser Spielraum bestehen, um auch zukünftige Entwicklungen darunter subsumieren zu können.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Vgl. Roßnagel, in: Sauer/Lang 1999, 193 ff.

⁵⁵¹ Vgl. Roßnagel, in: Eifert/Hoffmann-Riem 2009, 323 ff.

⁵⁵² Vgl. auch Gounalakis, ZUM 2003, 183; Roßnagel/Kleist/Scheuer 2007, 147.

8 Resümee

Nicht zum ersten Mal zeigt sich, dass technischer Fortschritt das Recht vor neue Herausforderungen stellt. Um die Frage zu beantworten, ob der bestehende Rechtsrahmen den Anforderungen der Konvergenz durch das Hybrid-TV gewachsen ist, wurde erörtert, welche Entwicklungen die Verbreitung des Hybrid-TVs ermöglichten. Nachdem der Hybrid-TV dargestellt wurde, folgte ein Überblick über den nationalen und europäischen Medienrechtsrahmen. Es folgte ein Vergleich divergenter Vorschriften für Fernsehen und Internet. Nachdem eine Zulassungspflicht für Telemedienanbieter zu beschränkend wirken würde, zeigte sich, dass eine medienspezifische Konzentrationskontrolle von Internetangeboten jedoch nötig ist. Im Bereich der Werbung sollte den Fernsehveranstaltern durch eine Liberalisierung der quantitativen Werbebeschränkungen entgegen gekommen werden. Anders verhält sich dies beim Jugendschutz. Hier sollten die wenigen Unterschiede zwischen Fernsehen und Internet weiter angeglichen werden, soweit sie nicht durch technische Besonderheiten gerechtfertigt sind. Die Aufsicht über den Rundfunk ist teilweise vereinheitlicht. Dennoch sind sehr viele verschiedene Gremien zuständig. Bei Telemedien ist bereits die Aufsicht auf verschiedene Stellen verteilt, sodass die beiden Medien zum Teil von verschiedenen Instituten überwacht werden. Dies sollte vereinheitlicht werden. Dazu könnte auch ein Konzept der regulierten Selbstregulierung helfen, wie es etwa im JMStV vorgesehen ist. Was die Problematik unkontrollierter Einblendungen angeht, muss entweder das Leistungsschutzrecht oder das Wettbewerbsrecht erweitert werden, um den Fernsehveranstaltern hier eine sichere Rechtsposition zu gewähren. Das derzeitige Recht bietet keinen ausreichenden Schutz vor den neuen Möglichkeiten, Vorleistungen von Fernsehveranstaltern auszunutzen.

Der Gesetzgeber muss sich nun mit dem technischen Fortschritt, insbesondere der Konvergenz auseinandersetzen und ein Konzept für eine Anpassung des Rechts entwickeln, welches auch kommende technische Entwicklungen regeln kann.

Literatur

- ALM, Jahrbuch 2009/2010, Landesmedienanstalten und privater Rundfunk in Deutschland, Berlin 2010.
- Amlung, Robert/ Fisch, Martin, Digitale Rundfunkangebote im Netz, Bewegungsbild in der digitalen Welt, ZUM 2009, 442 - 447.
- Baetz, Brigitte, Vom Lückenfüller zum Füllhorn, Tz 2011, 17 - 18.
- Bandehzadeh, Mona, Jugendschutz im Rundfunk und in den Telemedien, Frankfurt am Main 2007.
- Bechtold, Rainer, GWB, Kommentar, München 2010.
- Becker, Jürgen, Rechtliche Herausforderungen des Hybridfernsehens, ZUM 2011, 449.
- Beckmann, Kirsten/ Müller, Ulf, Kartellrecht, in: Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München vom 2011.
- Berliner Morgenpost Online, Funkausstellung, Mit diesen Trends wartet die IFA 2011 auf, 25.8.2011.
- Blaue, Andreas, Meinungsrelevanz und Mediennutzung, Zu Konvergenz und Regulierung elektronischer Medien, ZUM 2005, 30 - 41.
- Blödorn, Sascha/ Mohr, Inge, HbbTV: Mehr als nur Internet auf dem Fernseher, MP 2011, 242 - 250.
- Bornemann, Roland, Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag der Länder, NJW 2003, 787 - 791.
- Braml, Birgit/ Hopf, Kristina, Der neue Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Fort- oder Rückschritt für den Jugendmedienschutz?, ZUM 2010, 645 - 655.
- Brocke, Doris, Privater Rundfunk, in: Schwartmann, Rolf (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2011, 91 - 112.

- Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2010, Bonn 2011, <http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/195950/publicationFile/10486/Jahresbericht2010pdf.pdf>.
- Büscher, Wolfgang/ Dittmer, Stefan/ Schiwy, Peter (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht 2011.
- Castendyk, Oliver, Die Neuregelung der Produktplatzierung im Fernsehen, ZUM 2010, 29 - 38.
- Castendyk, Oliver/ Böttcher, Kathrin, Ein neuer Rundfunkbegriff für Deutschland?, MMR 2008, 13 - 18.
- Die Medienanstalten, Jahrbuch 2010/2011, Berlin 2011.
- Dörr, Dieter/ Kreile, Johannes/ Cole, Mark D. (Hrsg.), Handbuch Medienrecht, Frankfurt am Main 2008.
- Dreier, Thomas/ Schulze, Gernot (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2008.
- Dreyer, Stephan, Neue Technik, alte Rechtsfragen, Jugendschutz bei Hybrid-TV, tvd 2011, 48 - 53.
- Dürig, Günter/ Maunz, Theodor (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 62. Ergänzungslieferung, München 2011.
- Ecke, Oliver, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung, München 15.7.2011, http://www.blm.de/de/pub/grundfunktionen/download_center.cfm?eventdocumentbase=documentbase.detail&doc_id=1155.
- Eimeren, Birgit van/ Frees, Beate, Drei von vier Deutschen im Netz – ein Ende des digitalen Grabens in Sicht?, MP, 334 - 349.
- Federrath, Hannes/ Pfitzmann, Andreas, Technische Grundlagen, in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, 61 - 84.
- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., München 2010.

- Fritsche, Jörg, Zulässigkeit des Ver- und Betriebs von Fernseh-Werbeblockern - Werbeblocker, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.6.2004 - AZ I ZR 26/02 (KG), LMK 2004, 192 - 194.
- Funk, Axel/ Zeifang, Gregor, BGH: TV-Werbeblocker sind nicht wettbewerbswidrig, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.6.2004 - AZ I ZR 26/02 (KG), MMR 2004, 665 - 666.
- Georges, Karl E., Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, 7. Aufl., Hannover 1985.
- Gersdorf, Hubertus, Auswirkungen der Medienkonvergenz auf den Rundfunkbegriff und die Medienregulierung, in: Gundel, Jörg/ Heermann, Peter W./ Leible, Stefan (Hrsg.), Konvergenz der Medien - Konvergenz des Rechts?, Jena 2009, 31 - 45.
- Glockzin, Kai, „Product Placement“ im Fernsehen, Abschied vom strikten Trennungsgebot zwischen redaktionellem Inhalt und Werbung, MMR 2010, 161 - 166.
- Gottberg, Joachim von, Jugendmedienschutz (ohne Strafrecht), in: Wandtke, Artur-Axel (Hrsg.), Medienrecht Praxishandbuch, Band 4, Berlin 2011, 393 - 476.
- Gottberg, Joachim von, Unterschiedliche Regulierung für Inhalte aus demselben Gerät, Gespräch mit Claus Grewenig, tvd 2011, 43 - 47.
- Gottberg, Joachim von/ Graubner, Camilla, Konvergenz zweier Welten im Hybrid-TV, Konsequenzen für Finanzierung und Regulierung, Gespräch mit Carine Lea Chardon, tvd 2011, 54 - 60.
- Gottberg, Joachim von/ Graubner, Camilla, Wie TV und Internet zusammenwachsen, Mit Hybridfernsehen in die mediale Konvergenz, Gespräch mit Robert Strzebkowski, tvd 2011, 38 - 42.
- Gounalakis, Georgios, Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung, ZUM 2003, 180 - 192.

- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 40. Aufl., München 2009.
- Hahn, Werner/ Vesting, Thomas (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl., München 2008.
- Hain, Karl-E., Regulierung in Zeiten der Konvergenz, Wirtschaftsrechtliche und/oder medienrechtliche Steuerung?, K&R 2006, 325 - 337.
- Hans-Bredow-Institut, Analyse des Jugendmedienschutzsystems, Hamburg 30.10.2007, http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/104.
- Hartstein, Reinhard/ Ring, Wolf-Dieter/ Kreile Johannes/ Dörr, Dieter/ Stettner, Rupert, Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, München 53. Ergänzungslieferung 2010.
- Hau, Rita/ Cyffka, Andreas, PONS Wörterbuch für Schule und Studium, Barcelona 2007.
- Hirsch, Günter/ Montag, Frank/ Säcker, Franz J. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, München 2007.
- Hirsch, Günter/ Montag, Frank/ Säcker, Franz J. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2, München 2008.
- Hobe, Stephan, Europarecht, 5. Aufl., Köln 2011.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schulz, Wolfgang/ Held, Thorsten, Konvergenz und Regulierung, Baden-Baden 2000.
- Holznagel, Bernd, Die Zukunft der Mediengrundrechte in Zeiten der Konvergenz, MMR 2011, 1 - 2.
- Holznagel, Bernd, Konvergenz der Medien - Herausforderungen an das Recht, NJW 2002, 2351 - 2356.

- Holznagel, Bernd/ Nolden, Christine, Vorfragen zu Rundfunk und Telemedien, in: Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 2011.
- Holznagel, Bernd/ Ricke, Thorsten, Die Aufsicht im Internet, Wer hat noch nicht, wer will noch mal?, MMR 2008, 18 - 22.
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 2: GWB, 4. Aufl., München 2007.
- Kamps, Klaus, Rundfunkaufsicht, Ordnungsstrukturen im digitalen Zeitalter, in: Klumpp, Dieter/ Kubicek, Herbert/ Roßnagel, Alexander/ Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Medien, Ordnung und Innovation, Berlin, Heidelberg 2006.
- KEK, 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, Potsdam 5.10.2010, http://www.kek-online.de/Inhalte/mkbericht_4_gesamt.html.
- Kibele, Babette, Multimedia im Fernsehen, Die gesetzlichen Grundlagen audiovisueller Informations- und Kommunikationsdienste auf der Basis des deutschen und europäischen Medienrechts, München 2001.
- Kitz, Volker, Das neue Recht der elektronischen Medien in Deutschland – sein Charme, seine Fallstricke, ZUM 2007, 368 - 375.
- Kitz, Volker, Hybride Empfangsgeräte, Prüfstein für eine moderne Medienordnung, in: Kleist, Thomas/ Roßnagel, Alexander/ Scheuer, Alexander (Hrsg.), Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog, Baden Baden 2010, 337 - 344.
- Kleist, Thomas, Fernsehrichtlinie, Konvergenz und Wettbewerb bei audiovisuellen Angeboten, MMR 2006, 61 - 62.

- Kleist, Thomas/ Scheuer, Alexander, Neue Regelungen für audiovisuelle Mediendienste, Vorschriften zu Werbung und Jugendschutz und ihre Anwendung in den Mitgliedstaaten, MMR 2006, 206 - 212.
- Klickermann, Paul H., Hybrides Fernsehen, Die Verschmelzung von Rundfunk und Internet, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Welt im Netz - Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, Tagungsband Herbstakademie 2011, Edeweicht 2011, 707 - 721.
- Kogler, Michael R., Hybrid-TV - Modernes "Fernsehen" im unmodernen EU-Rechtsrahmen?, K&R 2011, 621 - 626.
- Köhler, Helmut, Rechtsprechungsbericht zum Recht des unlauteren Wettbewerbs (Teil 2), GRUR-RR 2006, 33 - 39.
- Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 29. Aufl., München 2011.
- Kunisch, Kaspar, Verfassungswidrige Telemedienaufsicht durch Regierungsstellen, Aufsicht über Internetdienste im Schutzbereich der Rundfunkfreiheit, MMR 2011, 796 - 799.
- Kurp, Matthias, Jeden Tag neues Wachstum, Gespräch mit Jürgen Sawczyk, Tz 2011, 20 - 21.
- Kurp, Matthias, Zappen zwischen TV und World Wide Web, Tz 2011, 6 - 10.
- Ladeur, Karl-Heinz, Der rechtliche Schutz der Fernsehwerbung gegen technische Blockierung durch die „Fernsehfee“, GRUR 2005, 559 - 564.
- Lange, Knut W., Crossmediale Zusammenschlusskontrolle, in: Gundel, Jörg/ Heermann, Peter W./ Leible, Stefan (Hrsg.), Konvergenz der Medien - Konvergenz des Rechts?, Jena 2009, 135 - 150.
- Latzer, Michael, Mediamatik, Die Konvergenz von Telekommunikation, Computer und Rundfunk, Opladen 1997.
- Liesching, Marc (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, JMStV, 3. Aufl., München 2011.

- Liesching, Marc, Jugendschutzregulierung im Zeitalter der Medienkonvergenz, MMR-Aktuell 2010, 298016.
- Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010.
- Loewenheim, Ulrich/ Meessen, Karl M./ Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, Deutsches und Europäisches Recht, Kommentar, 2. Aufl., München 2009.
- Loewenheim, Ulrich/ Schricker, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar, 4. Aufl., München 2010.
- Loschelder, Michael (Hrsg.), UWG-Synopse, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in alter und neuer Fassung mit Begriffs- und Paragraphensynopse, München Juli 2004.
- Mailänder, K. Peter, Crossmediale Zusammenschlusskontrolle, Kommentar zum Referat von Knut Werner Lange, in: Gundel, Jörg/ Heermann, Peter W./ Leible, Stefan (Hrsg.), Konvergenz der Medien - Konvergenz des Rechts?, Jena 2009, 151 - 158.
- Matzneller, Peter, Bundeskartellamt untersagt gemeinsame Videoplattform von RTL und ProSiebenSat.1, IRIS 2011, 5/15.
- Matzneller, Peter, ZAK beanstandet Sendungen wegen Verstoß gegen das Trennungsgebot, IRIS 2011, 8:1/22.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.
- Meier, Werner A./ Trappel, Josef, Medienkonzentration, in: Klumpp, Dieter/ Kubicek, Herbert/ Roßnagel, Alexander/ Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Medien, Ordnung und Innovation, Berlin, Heidelberg 2006, 227 - 247.
- Merkel, Klaus, HbbTV bündelt Kräfte, Deutsch-Französische Freundschaft bei der Medienkonvergenz, IRT Jahresbericht 2009, 22 – 23, http://www.irt.de/fileadmin/media/downloads/presse/Jahresbericht_2009.pdf.

- Merkel, Klaus, HbbTV, Aktueller Stand der Marktentwicklung, IRT Jahresbericht 2010, 16 – 19, http://www.irt.de/fileadmin/media/downloads/presse/IRT_Jahresbericht_2010.pdf.
- Merkel, Klaus/ Roßnagel, Alexander/ Scheuer, Alexander/ Schweda, Sebastian, Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung, München, Saarbrücken 2009, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/sicherung-und-interoperabilitaet-der-rundfunkuebertragung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.
- Michel, Eva-Maria, Günter Herrmann zum 80. Geburtstag, Eröffnungsvortrag auf der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 25. März 2011, ZUM 2011, 450 - 451.
- Möhring, Philipp/ Nicolini, Käte (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2000.
- Müller, Ulf, Deutsches Medienkartellrecht - ein Scherbenhaufen?, MMR 2006, 125 - 126.
- Nehl, Hanns Peter, Rechtsschutz im Bereich grenzüberschreitender Medienzusammenschlüsse, Wien, 2.12.2003, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_041_de.pdf.
- Neuberger, Christoph/ Lobigs, Frank, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, Berlin 2010.
- Nordemann, Wilhelm/ Nordemann, Axel/ Nordemann, Jan B. (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar, 10. Aufl., Stuttgart 2008.
- Obert, Anne/ Lamprecht-Weißborn, Nicola, Recht der Rundfunkwerbung, in: Schwartmann, Rolf (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2011, 113 - 147.
- Ohly, Ansgar/ Sosnitza, Olaf/ Piper, Henning (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 5. Aufl., München 2010.
- Ory, Stephan, Herausforderungen der Medienfreiheit oder: Der Rundfunk als Endpunkt der Konvergenz?, AfP 2011, 19 - 22.

- Ory, Stephan, Rundfunkrecht, in: Wandtke, Artur-Axel (Hrsg.), Medienrecht Praxishandbuch, Band 4, Berlin 2011, 1 - 42.
- Oster, Jan, Telekommunikationsrechtliche Vorfragen, in: Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 2011, 15- 26.
- Paal, Boris P., Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2010.
- Palzer, Carmen, Marktdefinition im Bereich der audiovisuellen Medien nach dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft, ZUM 2004, 279 - 290.
- Paschke, Marian/ Berlit, Wolfgang/ Meyer, Claus (Hrsg.), Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, Baden-Baden 2008.
- Renck-Laufke, Martha, Probleme der Konzentrationskontrolle im privaten Fernsehen, ZUM 2000, 105 - 114.
- Ricke, Thorsten, Die rundfunkrechtliche Plattformregulierung auf dem Prüfstand, MMR 2011, 642- 648.
- Ricke, Thorsten/ Stammer, Jens, Novellierung des Medienkonzentrationsrechts, MMR-Aktuell 2011, 319494.
- Rossen-Stadtfeld, Helge, Medienaufsicht unter Konvergenzbedingungen, ZUM 2000, 36 - 46.
- Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Recht der Multimedia-Dienste, Kommentar zum IuKDG und zum MDStV, 7. Ergänzungslieferung, München 2005.
- Roßnagel, Alexander, „Technikneutrale“ Regulierung: Möglichkeit und Grenzen, in: Eifert, Martin/ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, Berlin 2009, 323-327.
- Roßnagel, Alexander, Das Neue regeln, bevor es Wirklichkeit geworden ist, Rechtlich Regelungen als Voraussetzung technischer Innovation, in: Sauer, Dieter/ Lang, Christa (Hrsg.), Frankfurt am Main, New York 1999, 193-209.

- Roßnagel, Alexander/ Kleist, Thomas/ Scheuer, Alexander, Die Reform der Regulierung elektronischer Medien in Europa, Berlin 2007.
- Roßnagel, Alexander/ Scheuer, Alexander, Das europäische Medienrecht, MMR 2005, 271 - 278.
- Schächter, Markus, Medien und Macht, Journalismus in der vernetzten Gesellschaft, Mainz 12.5.2006, http://mediaculture-online.de/fileadmin/bibliothek/schaechter_journalismus/schaechter_journalismus.pdf.
- Schiwy, Peter/ Schütz, Walter J./ Dörr, Dieter (Hrsg.), Medienrecht, Lexikon für Wissenschaft und Praxis, 4. Aufl., Köln, Berlin, München 2006.
- Schmid, Tobias, Rechtliche Herausforderungen des Hybridfernsehens aus der Sicht des privaten Rundfunks, ZUM 2011, 457 - 462.
- Schmid, Tobias/ Kitz, Volker, Von der Begriffs- zur Gefährdungsregulierung im Medienrecht, ZUM 2009, 739 - 744.
- Schmittmann, Michael, Telemedienrecht, in: Schwartmann, Rolf (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2011, 325-273.
- Schulz, Wolfgang, Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZW 2008, 107 - 111.
- Schulz, Wolfgang, Was leisten Selbst- und Co-Regulierung im Vergleich zu den bisherigen Regulierungsformen?, in: Klumpp, Dieter/ Kubicek, Herbert/ Roßnagel, Alexander/ Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Medien, Ordnung und Innovation, Berlin, Heidelberg 2006, 169 - 83.
- Schüttel, Nadine, Technische Möglichkeiten beim Jugendmedienschutz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), D.A.CH Security 2011, 314 - 322.
- Schütz, Raimund, Rundfunkbegriff: Neutralität der Inhalte oder der Übertragung? Konvergenz und Innovation, MMR 2009, 228 - 232.

- Schwartmann, Rolf, Jugendschutzrecht, in: Schwartmann, Rolf (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2011, 149 - 163.
- Schwartmann, Rolf, Rahmenbedingungen der Rundfunkregulierung, in: Schwartmann, Rolf (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2011, 3 - 11.
- Seidl, Alexander/ Maisch, Michael M., Fernsehen der Zukunft, Aufnahme der audiovisuellen Mediendienste auf Abruf in das Telemediengesetz, K&R 2011, 11 - 16.
- Sewczyk, Jürgen, Das Fernsehen wächst über sich hinaus, Eine Einführung in die Technik des Hybrid-TV, tvd 2011, 32 - 37.
- Sieber, Ulrich, Technische Grundlagen, in: Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 2011, 6 - 8.
- Spindler, Gerald/ Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 2. Aufl., München 2011.
- Stender-Vorwachs, Jutta/ Theißen, Natalia, Die Revision der Fernsehrichtlinie, Ist die Revision eine Reform?, ZUM 2006, 362 - 369.
- Stender-Vorwachs, Jutta/ Theißen, Natalia, Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste, »Fernsehrichtlinie reloaded?«, ZUM 2007, 613 - 620.
- Thaenert, Wolfgang, Der Einfluss der EU-Medienpolitik auf die nationale Rundfunkordnung, MMR 2005, 279 - 284.
- Thaenert, Wolfgang, Einer muss es machen, Herausforderungen für die Aufsicht über nichtlineare audiovisuelle Mediendienste, in: Kleist, Thomas/ Roßnagel, Alexander/ Scheuer, Alexander (Hrsg.), Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog, Baden Baden 2010, 277 - 285.
- Trafkowski, Armin, Die sachliche Abgrenzung der Märkte im Internet, MMR 1999, 630 - 636.

Ullmann, Eike (Hrsg.), UWG - Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Juris Praxiskommentar, Saarbrücken 2009.

Wagner, Michael A., Europäische Perspektive des Hybridfernsehens, ZUM 2011, 462 - 465.

Wagner, Michael A., Hybrides Fernsehen und das Europäische Medienrecht, in: Kleist, Thomas/ Roßnagel, Alexander/ Scheuer, Alexander (Hrsg.), Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog, Baden Baden 2010, 325 - 335.

Wandtke, Artur-Axel/ Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009.

Weber, Peter, Hybridfernsehen aus der Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2011, 452 - 457.

Zagouras, Georgios, Konvergenz und Kartellrecht, Die Regulierung des Wettbewerbs im Bereich der Medien und Kommunikationsplattformen nach GWB, TKG und RStV sowie Optionen für eine Umstrukturierung, München 2002.

Das Hybrid-TV bietet die Möglichkeit, neben dem Fernsehprogramm auch Internetinhalte aufzurufen. Während sich diese neue Technologie immer weiter in den deutschen Haushalten verbreitet, bleiben die rechtlichen Vorgaben für Fernsehveranstalter auf der einen und Anbieter von Internetinhalten auf der anderen Seite bestehen. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den durch diese neue Form der Konvergenz entstandenen Rechtsproblemen.

Anbieter von Internetinhalten können ohne wesentliche Zusatzkosten Fernsehzuschauer erreichen, müssen dabei aber weniger starke Vorgaben erfüllen. Es fragt sich daher, ob der bestehende divergente Rechtsrahmen an diese neue Wirklichkeit angepasst werden muss oder ob er den neuen Anforderungen noch gewachsen ist. Außerdem wird untersucht, wie mit neu entstandenen Rechtsproblemen umgegangen werden soll. Zu beiden Themenkomplexen werden rechtspolitische Handlungsempfehlungen formuliert.