

Konvergenz und regulatorische Folgen

Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder

Winfried Kluth / Wolfgang Schulz

INHALT

A.	GEGENSTAND: PROBLEM- UND KOLLISIONSFLÄCHEN	7
I.	Gutachtauftrag	7
II.	Auswahl der Regelungsbereiche	7
B.	ANALYSE VON PROBLEMLAGEN	9
I.	Empirische Beobachtungen	9
1.	Forschung	9
a)	Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung	9
b)	Reuters Institute Digital News Report 2014	10
c)	TNS convergence monitor	11
d)	Onlinebefragung: Journalismus im Internet aus Nutzersicht	11
e)	Medienvielfaltsmonitor der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM)	12
f)	Einschränkung der Rezeptionshorizonte?	12
2.	Branchenbefragung	13
a)	Kategorienbildung im Bereich Rundfunk und Telemedien	13
b)	Kooperationen im digitalen Umfeld	14
c)	Herausforderungen der Plattformregulierung	16
d)	Meinungs- und Marktmachtkontrolle	18
e)	Medienfinanzierung: Werblocker im Internet	19
II.	Begriffsverständnis	19
1.	Konvergenz	19
2.	Intermediäre	19
3.	Plattform	21
4.	Hybrid-TV und verwandte Begriffe	22
5.	Adblocker	23
6.	Dienstleistungen, Dienste, Angebote	23
7.	Angebote mit besonderem Mehrwert für die öffentliche Kommunikation	23
III.	Problemanalyse	24
1.	Kategorienbildung im Bereich Rundfunk und Telemedien	24
2.	Kooperationen im digitalen Umfeld	25
3.	Herausforderungen der Plattformregulierung	29
a)	Anwendungsbereich: neue Typen von Plattformen	30
b)	Technische Zugangsfreiheit	31
c)	Keine Berücksichtigung des Prinzips „Must-Be-Found“ und ggf. „Must-Offer“	32
d)	Insbesondere: Must-Carry im Kabel	33
e)	Signalintegrität und Autonomie der Aggregation	34
f)	Beispiel: Streaming Portale	34
g)	Kontext: Netzneutralität	35
4.	Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle	37
a)	Koordination der Regelungsmaterien	38
b)	Anpassung der Vielfaltsicherung und Meinungsmachtkontrolle an Digitalisierung und Konvergenz	38

c)	Nicht-publizistische Meinungsmacht/Intermediäre.....	39
d)	Mediaagenturen.....	43
5.	Medienfinanzierung: Werblocker.....	44
6.	Doppelung von Aufsichtszuständigkeiten und Rechtswegen.....	45
C.	NORMATIVER RAHMEN	48
I.	Handlungsspielraum des Gesetzgebers	48
1.	Handlungspflichten.....	48
a)	Meinungsmachtkontrolle.....	48
b)	Positive Vielfaltsicherung.....	52
c)	Weitere Ziele im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 GG.....	53
2.	Grenzen des Handlungsspielraums.....	55
II.	Materiell-rechtliche Vorgaben aus der Perspektive der föderalen Kompetenzordnung	57
1.	Die instrumentelle und historische Prägung der Kompetenzordnung.....	57
a)	Vorbemerkung zu Besonderheiten von Kompetenznormen.....	57
b)	Keine inhaltsbezogene Medienkompetenz des Bundes.....	58
2.	Die medienbezogene inhaltliche Gestaltungsverantwortung der Länder.....	59
3.	Die medienbezogene Rücksichtnahme- und Unterstützungspflicht des Bundes.....	60
4.	Das Phänomen des doppelten kompetenziellen Zugriffs.....	61
5.	Schlussfolgerungen.....	62
a)	Gesetzgebungsermessen der Länder und Kompetenzordnung.....	62
b)	Handlungspflichten und Gestaltungsoptionen.....	63
c)	Das Gebot der Verantwortungsklarheit und das daraus folgende Verbot der Mischverwaltung als Gestaltungsgrenze.....	64
d)	Schlussfolgerungen.....	65
III.	Die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen im Einzelnen	65
1.	Die Gesetzgebungskompetenzen der Länder in den einzelnen Problemfeldern unter Berücksichtigung des verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmens.....	65
2.	Die Gestaltungsspielräume der Länder im Grenzbereich Medien- und Wirtschaftsrecht.....	67
a)	Telekommunikationsrecht / Wettbewerbsrecht.....	67
b)	Rundfunk- und Medienrecht / Wettbewerbsrecht / TK-Recht.....	67
c)	Bewertungen der Koordinationsregelungen durch die Literatur.....	68
IV.	Gestaltungsmöglichkeiten der Länder im Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts der EU aufgrund des Art. 106 Abs. 2 AEUV	69
1.	Die systematische Stellung der Norm im Wettbewerbsrecht des AEUV.....	69
2.	Bedeutungsverstärkung durch Art. 14 AEUV.....	70
3.	Praktische Bedeutung jenseits des Beihilfenrechts.....	70
4.	Anwendungsvoraussetzungen im Einzelnen.....	71
a)	Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit Binnenmarktrelevanz.....	71
b)	Funktionsgefährdung.....	72
c)	„Besondere Aufgabe“ und „Betrauungsakt“.....	72
V.	Medienrechtliche Rahmenbedingungen des Europarechts	74
1.	Audiovisuelle Mediendienste-Richtlinie (AVMD-RL).....	75
2.	E-Commerce-Richtlinie (EC-RL).....	75
3.	Art. 31 Universaldienstrichtlinie (UDRL).....	76
4.	Art. 5, 6 Zugangsrichtlinie (ZugangsRL).....	76

D. LÖSUNGSOPTIONEN	78
I. Vorbemerkung: Strukturierung und Schwerpunktsetzung	78
II. Kategorienbildung im Bereich Rundfunk und Telemedien	78
1. Option 1: Beibehalten des Status quo mit Detailkorrekturen.....	79
2. Option 2: Schaffung neuer Regulierungskategorien	80
a) Unteroption a) Zuordnung per gesetzlicher Definition	83
b) Unteroption b) Anreizregulierung / „Opt-in-Regulierung“	84
3. Option 3: Kombinationsmodell mit Auslaufen der Altregelungen („Fade-out“).....	86
III. Kooperationen im digitalen Umfeld	86
1. Option 1: Optimierung des Prozesses	87
2. Option 2: Schaffung einer gemeinsamen Wissensbasis.....	87
3. Option 3: Stärkere Berücksichtigung medienpolitischer Aspekte im Kartellrecht	88
IV. Herausforderungen der Plattformregulierung	89
1. Grundsätze	89
a) Option 1: Enge gesetzliche Definition	90
b) Option 2: Weite Definition und Missbrauchsaufsicht	92
2. Inhalte der Plattformregulierung	92
a) Zugangsregulierung	92
b) Regulierung der Auffindbarkeit	93
c) Sicherung der Integrität der Angebote.....	94
V. Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle	95
1. Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle allgemein	95
2. Intermediäre	97
a) Option 1: Außergesetzliche Maßnahmen.....	98
b) Option 2: Schaffung von Sonderregelungen für Intermediäre	100
c) Option 3: Weitergehende Vorgaben	100
3. Mediaagenturen.....	101
a) Option 1: Implementation in Meinungsmachtkontrolle	101
b) Option 2: Einschränkung spezifischer Handelspraktiken	102
VI. Medienfinanzierung: Werbeblocker im Internet	103
1. Option 1: Warten auf gerichtliche Klärung	103
2. Option 2: Schaffung einer landesgesetzlichen Regelung	104
3. Option 3: Schaffung einer bundesrechtlichen Lösung	104
E. IMPLEMENTATION DER HANDLUNGSOPTIONEN	106
I. Rechtsrahmen der Koordination und Kooperation – zusammenfassende Übersicht	106
II. Übersicht zu den Gestaltungsoptionen – allgemein	107
1. Ebenen und zugehörige Instrumente der verbindlichen intraföderalen Koordination: Staatsvertrag und Verwaltungsvereinbarung.....	107
a) Staatsverträge	107
b) Verwaltungsvereinbarungen	109
c) Informelle Absprachen	109
2. Einzelfragen der Gestaltung und Instrumentenwahl, Entscheidungskriterien	110
4. Zusammenfassende Matrix.....	111

III. Die Gestaltungsoptionen im Einzelnen	111
1. Koordinierung von Gesetzgebung	111
2. Verbindliche Koordinierung von Gesetzesvollzug/-interpretation	111
3. Unverbindliche/informelle Koordinierung von Gesetzesvollzug/-interpretation	112
4. Insbesondere: Koordination der Aufsichtsbehörden	112
5. Insbesondere: Streitschlichtungsmechanismen für Unternehmen	113
IV. Schlussfolgerungen: Mögliche Inhalte einer Bund-Länder-Vereinbarung	114
1. Formen von Vereinbarungen	114
2. Möglicher Inhalt einer Vereinbarung	115

A. GEGENSTAND: PROBLEM- UND KOLLISIONSFLÄCHEN

I. Gutachtauftrag

Das folgende Gutachten wurde im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder erstellt. Es dient der Vorbereitung der Bund-Länder-Gespräche über die regulatorischen Folgen der Konvergenz im Kommunikationssektor. Vor diesem Hintergrund und angesichts des verfügbaren Zeitrahmens erfolgt die Darstellung ergebnisorientiert und gerafft.¹

Es werden Regelungsbereiche untersucht, die durch folgende Merkmale gekennzeichnet sind:

- Sie befinden sich im Kern des öffentlichen Medienrechts und betreffen den Erhalt freier öffentlicher und individueller Meinungsbildung, mithin Regulierungsziele wie Vielfaltssicherung, die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht und der Erhalt von für die öffentliche Kommunikation wichtiger Institutionen (wie etwa Massenmedien),
- die Materie berührt sowohl Landesrecht als auch Bundesrecht,
- Konvergenz von Technik, Branchen, Angeboten oder Nutzungsweisen beeinflussen die Bereiche strukturell.

Von Interesse sind Bereiche, bei denen gesetzgeberischer Handlungsbedarf angezeigt sein kann, vor allem wenn:

- Entscheidungen von Behörden oder Gerichten deutlich machen, dass Regulierungsziele oder -konzepte unterschiedlicher Regelungsmaterien nicht kompatibel sind oder Optimierungsbedarf sichtbar wird,
- durch Veränderungen von Nutzungs- und Anbieterstrukturen neuer Regelungsbedarf entsteht, bei dem zu klären ist, ob die Veränderungen in Bundes- oder Landesrecht umgesetzt werden,
- die Erreichung der Ziele angesichts der Konvergenz durch andere Regelungskonzepte bewerkstelligt werden kann oder der Regulierungsbedarf entfallen ist.

Basis ist die Auswertung von Entscheidungen von Gerichten und Behörden, wissenschaftlicher Analysen sowie Informationen aus den betroffenen Branchen.

II. Auswahl der Regelungsbereiche

In einem ersten Arbeitsschritt wurden anhand der beschriebenen Kriterien medienrechtliche Problemfelder herausdestilliert und vorgestellt. Die Auswahlergebnisse der 3. Sitzung der AG

¹ Wo dies vermerkt ist, lag die primäre wissenschaftliche Verantwortung bei Prof. Dr. Kluth, in allen übrigen Teilen bei Prof. Dr. Schulz. An dieser Stelle sei Kevin Dankert, Hans-Bredow-Institut, für seine engagierte Mitarbeit gedankt.

Medienstaatsvertrag (20.05.14) der Rundfunkkommission der Länder wurden im Gutachten berücksichtigt.

Als wichtige Anknüpfungspunkte für die Begutachtung wurden folgende Problembereiche identifiziert:

- Mängel in der Dienstebgrenzung, die durch die Konvergenz deutlich werden, einschließlich der künftigen Definition von Angeboten mit einem besonderen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation (zum Begriffsverständnis siehe unter B. II. 6.).
- Probleme der Digitalisierung der Übertragungswege, insbesondere die kartellrechtliche Beurteilung medienpolitisch möglicherweise erwünschter Kooperationen.
- Plattformregulierung, darin sollen auch die Problemkreise hybride Endgeräte und Netzneutralität verarbeitet werden.
- Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle, nicht-publizistische Meinungsmacht: speziell Intermediäre und Mediaagenturen.
- Probleme der Medienfinanzierung im Hinblick auf Werbeblocker im Internet.

Keine Berücksichtigung finden die Bereiche:

- Frequenznutzung, die bereits zwischen Bund, Ländern und Bedarfsträgern in einem weiteren Verfahren abgestimmt wird.
- Andere Aspekte wie Medienfinanzierung – das folgende Gutachten beschränkt sich in diesem Themengebiet auf den Teilaspekt der Werbeblocker im Internet.
- Die Problembereiche Pressevertrieb und Presse-Fusion sind ebenfalls kein Bestandteil des Gutachtens.
- Sonderfragen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Auftragsbereich und bei kommerzieller Betätigung, ungeachtet des Umstandes, dass etwa eine Absenkung der Anforderungen an private Rundfunkveranstalter sich auf dessen Aufgaben auswirkt.
- Von Anfang an ausgeklammert waren Fragen des Jugend- und Datenschutzes und des Urheberrechts, es sei denn, die Materien sind mit dem Untersuchungsgegenstand untrennbar verbunden.

B. ANALYSE VON PROBLEMLAGEN

I. Empirische Beobachtungen

1. Forschung

In die Analyse sind wissenschaftliche Untersuchungen vor allem der Veränderung der Nutzung von Kommunikationsangeboten eingegangen. Im Folgenden werden nur Kernergebnisse der aktuellsten Studien dargestellt.

a) Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung²

Die Studie „Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung“ hat 2012 untersucht, welche Angebote aus der Sicht der Bevölkerung für ihr eigenes Informationsverhalten am wichtigsten sind. Die Studie wurde im Rahmen des Vorhabens „Erfassung und Darstellung der Medien- und Meinungsvielfalt in Deutschland“ des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM) durchgeführt und basiert auf einer bundesweiten repräsentativen Befragung von ca. 1000 Personen ab 14 Jahren.

- Die Studie zeigt, dass das Fernsehen nach wie vor das wichtigste Medium für die Bevölkerung ist. In Bezug auf das allgemeine Informationsverhalten liegt das Fernsehen mit 30 % aller Nennungen vorn, sowohl für die politische Meinungsbildung als auch für Informationen über das Weltgeschehen und über Deutschland sogar mit 40 % der Nennungen aller Befragten. Zeitungen liegen hier mit rund 20 % der Nennungen dahinter, es folgen Hörfunk und Internet.
- Dass das Internet zu einem wesentlichen Faktor für die politische Meinungsbildung geworden ist, zeigt sich insbesondere bei den 14- bis 29-Jährigen: Für sie ist die Bedeutung des Internets deutlich größer als für die anderen Altersgruppen und stellt für 30 % dieser Altersgruppe die wichtigste Informationsquelle dar. Es fällt auf, dass mit Google und Facebook auch solche Angebote dazu gehören, die selbst keine politischen Inhalte anbieten.
- Zu den überraschenden Befunden gehören die folgenden Einschätzungen, wobei zu beachten ist, dass ganz offen nach der Relevanz von Quellen gefragt wurde, so dass ganz unterschiedliche Typen von Angeboten genannt werden konnten: In allen Altersgruppen wird die „Tagesschau“ am häufigsten als wichtigstes Einzelangebot für die politische Meinungsbildung genannt; es folgen dann Google Search und die BILD-Zeitung.

² Ergebnisse entnommen aus: *Hasebrink/Schmidt*, Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung. Konzept für eine regelmäßig durchzuführende bevölkerungsrepräsentative Befragung im Rahmen des Vorhabens „Erfassung und Darstellung der Medien- und Meinungsvielfalt in Deutschland“, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 24, 2012.

b) Reuters Institute Digital News Report 2014³

Die Reuters-Studie beobachtet Trends zur Nachrichtennutzung im internationalen Vergleich in insgesamt zehn Ländern.⁴ So wird eine Einordnung der Befunde der einzelnen Länder im internationalen Kontext möglich und diese können im Hinblick auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede interpretiert werden. Wegen der medienübergreifenden Informationsreper-toires der Mediennutzer nimmt die Studie eine medienübergreifende Perspektive ein, die somit das konvergente Nutzerverhalten der Bevölkerung berücksichtigt.

- Insgesamt zeigt die Reuters-Studie die Verstärkung der crossmedialen Mediennutzung der Bevölkerung in allen betrachteten Ländern. Diese überwiegt gegenüber der einseitigen Nutzung eines einzelnen Mediums. Dies zeigt sich auch bei den deutschen Ergebnissen der Studie. Der Normalfall ist die Nutzung von Nachrichten über mehrere verschiedene Verbreitungswege und Endgeräte. So nutzen 63 % derer, die sich mit dem Smartphone informieren, dabei Nachrichten von maximal zwei verschiedenen Endgeräten zur Informationsgewinnung. Insgesamt wird ein konvergentes Nutzungsverhalten deutlich: Mehr als 80 % der deutschen Bevölkerung mit Internetzugang nutzen für nachrichtliche Informationen regelmäßig mindestens zwei der unterschiedlichen Gattungen TV, Radio, Print, Online; über die Hälfte sogar drei.
- Die nationalen Ergebnisse der Reuters-Studie zeigen, dass klassisches lineares Fernsehen als Quelle für Nachrichten in Deutschland nach wie vor dominant ist und die wichtigste Nachrichtenquelle bleibt. 56 % aller Befragten sehen das Fernsehen zur Informationsgewinnung für Nachrichten als hochrelevant an. Insgesamt nutzen 88 % der deutschen Gesamtbevölkerung das Fernsehen als Nachrichtenquelle, 11 % sogar als exklusive Nachrichtenquelle.
- Bei jüngeren Altersgruppen zeigt sich national aber ein Rückgang der Bedeutung traditioneller Medien: Während bei der Altersgruppe 55+ noch 62 % der Befragten angeben, das Fernsehen sei ihre Hauptinformationsquelle für nachrichtliche Inhalte, sinkt die Relevanz dieses Mediums mit abnehmendem Alter. Bei den Befragten im Alter von 18 bis 24 Jahren ist traditionelles Fernsehen nur noch für 39 % die Hauptinformationsquelle. Hier überwiegen schon Online-Inhalte mit 40 %. Zudem werden auch besonders von jüngeren Altersgruppen (44 % der 18- bis 24-Jährigen) soziale Netzwerke als Quelle für Nachrichten genutzt.

³ Ergebnisse entnommen aus: Reuters Institute Digital News Report 2014, abrufbar unter: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Reuters%20Institute%20Digital%20News%20Report%202014.pdf>, zuletzt abgerufen am 01.8.2014 sowie Hasebrink/Hölig, Die Nutzung von Informationsangeboten. Ergebnisse des Reuters Digital News Survey 2014, 5. Hamburger Mediensymposium „Wie informiert sich die Gesellschaft?“, http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/1012, zuletzt abgerufen am 01.08.2014.

⁴ USA, Großbritannien, Deutschland, Frankreich, Dänemark, Finnland, Spanien, Italien, Brasilien und Japan.

c) TNS convergence monitor⁵

Der TNS convergence monitor stellt eine Gemeinschaftsstudie von ARD-Werbung Sales&Services, Deutscher Telekom, IP Deutschland, Vodafone GmbH und ZDF dar. Die Studie gibt einen Überblick über die Verbreitung konvergenter Techniken für Telekommunikation, Internet und Medien sowie die Einstellungen und Interessen der Konsumenten.

- Der Ergebnisse des aktuellen TNS convergence monitor bestätigen eine Parallelnutzung von Fernsehen und Internet. Dieses parallele Nutzungsverhalten spiegelt sich – jedenfalls gelegentlich – bei 28 % der 14- bis 64-Jährigen wider. Es zeigt sich jedoch auch, dass über 90 % der Fernseh-Nutzungszeit ohne Internetzugang stattfindet. Nur 12 Minuten der gesamten vermeintlich parallelen TV-Nutzungszeit (161 Min.) wird zeitgleich im Internet gesurft.
- Das Notebook wird noch am häufigsten als Zweitbildschirm genutzt. Dieser Möglichkeit bedienen sich 58 % der Befragten. Hier zeigt sich jedoch eine weitaus weniger dynamische Entwicklung, als es die Diskussionen zur Parallelnutzung vermuten lassen, da die Werte im Hinblick auf die Nutzung des Notebooks als Zweitbildschirm über die vergangenen Jahre in allen Altersgruppen konstant geblieben sind.

d) Onlinebefragung: Journalismus im Internet aus Nutzersicht⁶

Mittels einer Onlinebefragung wurde ermittelt, was Rezipienten, deren Vorstellungen von Journalismus bisher nur wenig erforscht sind, unter Journalismus verstehen. Anschließend wurden die Befragten um eine Beurteilung konkreter Internetangebote gebeten.

- Die Befragung verdeutlicht, dass die Rezipienten insgesamt klare Vorstellungen vom Journalismus haben. Dabei zeigt sich, dass die Websites der gedruckten Presse und des Rundfunks fast alle Erwartungen in hohem Maße erfüllen. Vor allem diese Online-Angebote sowie Nachrichtenportale und -suchmaschinen werden als „journalistisch“ eingestuft, während soziale Netzwerkdienste eher (eine Ausnahme bilden Vielnutzer dieser Angebote) als „journalismusfern“ eingeschätzt werden. Geringere Ansprüche an den Journalismus zeigen sich besonders bei Jugendlichen.
- Im Hinblick auf die Nutzungsmotive werden Presse und Rundfunk auch im Internet wegen ihrer Rolle als Gatekeeper ausgewählt. Nur bei der aktiven Informationssuche und zufälligen Informationsaufnahme wurden andere Angebote bevorzugt. So haben Social Media-Angebote ihre Stärken bei interaktiven Gratifikationen (z. B. Kommentare oder Angaben zum Beziehungsstatus).

⁵ Ergebnisse entnommen aus: Presseinformation zur siebten Auflage der Forschungsreihe TNS Convergence Monitor 2013, abrufbar unter: <http://www.tns-infratest.com/presse/presseinformation.asp?prID=3253>, zuletzt abgerufen am 28.07.2014.

⁶ Ergebnisse entnommen aus: *Neuberger, Journalismus im Internet aus Nutzersicht*, Ergebnisse einer Onlinebefragung, in: *Media Perspektiven 2012*, S. 40-55, abrufbar unter: http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/01-2012_Neuberger.pdf, zuletzt abgerufen am 01.08.2014.

- Zwei Drittel der Befragten sind der Auffassung, dass auch im Internet Berufsjournalisten unersetzlich sind, weil nur sie über die notwendigen Kompetenzen verfügen.

e) Medienvielfaltsmonitor der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM)⁷

Der Medienvielfaltsmonitor ermöglicht eine Darstellung des Gewichts aller Medien im Meinungsmarkt und verdeutlicht, dass nur eine Gesamtbetrachtung aller Medien eine realitätsnahe Einschätzung der Meinungsvielfalt im Medienmarkt ermöglicht.

Der Vielfaltsmonitor setzt sich aus einem vierstufigen Modell zusammen: Zunächst wird empirisch das Meinungsbildungsgewicht der einzelnen Medientypen ermittelt. In einer zweiten Stufe werden die Reichweiten und Marktanteile der Medien in den verschiedenen Gattungen anhand klassischer Reichweitenstudien festgelegt. Im Anschluss wird der Anteil der Medienunternehmen am Meinungsmarkt bestimmt. Auf der letzten Stufe soll sodann der Anteil der Medienunternehmen und Konzerne am gesamten Meinungsmarkt durch Addition der je Gattung festgestellten und gewichteten Anteile ermittelt werden.

Kernergebnisse:

- Der Medienvielfaltsmonitor zeigt, dass die Medienlandschaft in Deutschland von relativ hoher Vielfalt gekennzeichnet ist, allerdings in Teilmärkten eine deutliche Konzentration zu beobachten ist. Der Meinungsmarkt in Deutschland wird laut Studie von fünf Medienkonzernen⁸ geprägt, auf die rund 60 % der Anteile im Meinungsmarkt entfallen. Die Ergebnisse des Medienvielfaltsmonitors für das zweite Halbjahr 2013 zeigen, dass ARD und ZDF zusammen einen derzeitigen Marktanteil von fast 30 % haben.
- Diese Beobachtung spiegelt sich auch in der Fernsehnutzung der Bevölkerung wider, die durch die öffentlich-rechtlichen Programme von ARD und ZDF sowie die Angebote der privaten Konzerne RTL Group und ProSiebenSat.1 Media AG geprägt wird.
- Gezeigt wird auch, dass zu den publizistisch relevanten Internet-Angeboten hauptsächlich die Online-Portale sowie die Online-Ableger der Verlage und Rundfunkveranstalter zählen.

f) Einschränkung der Rezeptionshorizonte?

Ein wissenschaftlicher Diskussionsstrang sieht eine Verengung der öffentlichen Kommunikation in der „Digitalen Gesellschaft“ weniger darin, dass es an Vielfalt bei den Anbietern öffentlicher Kommunikation oder dem technischen Zugang zu ihnen fehlte. Vielmehr ermöglichte die Internet-Technologie eine Verengung der Informationsmenüs der Bürger nach ihren Präferenzen, so dass die durch die Massenmedien bekannte „erwartete Überraschung“ mit

⁷ Ergebnisse entnommen aus: Medienvielfaltsmonitor der BLM, 2. Halbjahr 2013, abrufbar unter: <http://www.blm.de/de/aktivitaeten/forschung/medienvielfaltsmonitor.cfm>, zuletzt abgerufen am 28.07.2014.

⁸ ProSiebenSat.1, Bertelsmann, Axel Springer, ARD sowie ZDF.

Inhalten ausbleibt.⁹ Danach findet im Extremfall eine Auseinandersetzung nur noch mit Inhalten statt, die einen Bezug zu persönlichen Präferenzen aufweisen, sodass der durch Medien beförderte demokratische Prozess unter der Ausblendung nicht präferierter Meinungen leiden kann.¹⁰ Dies wird unter dem Stichwort „Filter Bubble“ (oder auch „Echo Chamber“; „Ego Loop“) diskutiert. Dienste, die algorithmische Verfahren zur Informationssuche verwenden, verstärken dies, und die Anbieter solcher Dienste können zudem ein Interesse daran haben, dies zu befördern, um nutzungsbezogenen Werbung ausliefern zu können (sog. „Targeted Advertising“).

Allerdings zeigt sich in den oben zitierten empirischen Studien, dass die Nutzer sich der Überraschung etwa durch mediale Angebote weiterhin aussetzen, wenn auch verstärkt über Online-Medien. Bislang existieren für die Bundesrepublik keine Befunde, die bestätigen würden, dass durch Individualisierung der Informationssuche eine kommunikative Desintegration erfolgen würde.¹¹ Das beschriebene Phänomen ist aber jedenfalls plausibel und daher als zu beachtendes Risiko für die Ziele der Kommunikationsordnung relevant.

2. Branchenbefragung

Aus den Äußerungen von Branchenvertretern können Hinweise darauf entnommen werden, wo Regelungskonflikte oder -lücken bestehen. Der folgende Überblick hat nicht den Anspruch, die Positionen vollständig darzustellen, sondern greift derartige Hinweise auf.¹²

a) Kategorienbildung im Bereich Rundfunk und Telemedien

- Die derzeitige Regulierung mit ihren unterschiedlichen Regelungen für Angebote mit vergleichbaren Inhalten wird von einigen als unfair angesehen¹³, so bspw. im Hinblick auf die

⁹ M.w.N. *Meckel*, Vielfalt im digitalen Medienensemble, Medienpolitische Herausforderungen und Ansätze, 2012, S. 9 f., abrufbar unter: http://www.i-comp.org/wp-content/uploads/2013/07/Vielfalt_im_digitalen_Medienensemble_Meckel_September_2012_final.pdf, zuletzt abgerufen am 25.07.2014.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Vgl. m.w.N. auch *Neuberger*, Nach der Euphorie: Wie das Internet die politische Öffentlichkeit verändert, 2013, abrufbar unter: http://www.hss.de/fileadmin/media/downloads/Berichte/130620_Neuberger.pdf, zuletzt abgerufen am 29.07.2014.

¹² Die SPD-Bundestagsfraktion hat im Rahmen der AG Kultur und Medien/AG Digitale Agenda einen Fragenkatalog zur Reform der Medien- und Kommunikationsordnung in Deutschland entwickelt, mittels dessen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Verbände, Privatunternehmen, Journalisten- und Verlegerverbände, Jugendschutzeinrichtungen sowie Experten aus der Wissenschaft, Datenschutzbeauftragte und die Verwertungsgesellschaften befragt wurden. Die Gutachter haben die Auswertungsergebnisse den Antworten der Beteiligten entnommen. Der ausdrückliche Dank gilt den Abgeordneten des Deutschen Bundestages Martin Dörmann und Lars Klingbeil für die Möglichkeit, die Ergebnisse der Befragung für das Gutachten zu nutzen und so einen aktuellen und nahezu vollständigen Überblick über die Haltung der Branchen zu gewinnen. Werden im Folgenden Unternehmen oder Verbände ohne weitere Angaben genannt, bezieht sich die Referenz auf die Antwort zu dieser Befragung. Soweit andere Quellen unterstützend herangezogen wurden, werden diese explizit benannt. Zudem wurden auf deren Wunsch Hintergrundgespräche mit VPRT, BITKOM, ANGA, ARD und ZDF und KDG geführt sowie eine schriftliche Rückmeldung der DTAG einbezogen.

unterschiedliche rechtliche Behandlung von linearen und non-linearen Diensten.¹⁴ Eine unterschiedliche Behandlung könne jedoch nach wie vor dadurch gerechtfertigt werden, dass das Fernsehen immer noch das Leitmedium sei und bspw. die Suggestivkraft gegenüber dem Nutzer bei Telemedien signifikant kleiner sei.¹⁵

- Ein Problem bestehe überdies darin, dass „OTT-Anbieter“¹⁶ ähnliche Dienste wie TK-Netzbetreiber anböten, aber nicht den gleichen vielfältigen Regeln und Verpflichtungen unterfielen, so dass sie nicht zu gleichen Bedingungen konkurrierten.¹⁷
- Weiter wird gerügt, dass eine zu kleinteilige Regulierung einer zunehmend konvergenten Medienwelt und vor allem dem Markt nicht gerecht werde und für Innovationen sowie für die Marktdynamik hinderlich sei.¹⁸
- Problematisiert wird, dass die unterschiedlichen Regulierungsinstanzen wegen der verschiedenen, voneinander unabhängigen Regelungsbereiche (Kartellrecht, Urheberrecht, Medienrecht und Frequenzvergabe) kaum aufeinander abgestimmt arbeiteten und um Definitionsmacht und Vorherrschaft kämpften. Diese Problematik verstärkte sich insbesondere durch neue technische Möglichkeiten, die z. B. Hybrid-TV böte.¹⁹
- Derzeit zeigten sich aufgrund der partiell divergierenden Rechtsauffassungen der Aufsichtsbehörden der Länder und ihrer Auslegungspraxis des Rundfunkstaatsvertrags Regulierungsinterdependenzen zwischen einzelnen Bundesländern.²⁰
- Die Abgrenzung zwischen journalistisch-redaktionell gestalteten und sonstigen Telemedien wird als schwierig angesehen. In diesem Zusammenhang stelle sich insbesondere die Frage nach der Reichweite des datenschutzrechtlichen Medienprivilegs im Internet.²¹

b) Kooperationen im digitalen Umfeld

- Im Rahmen der Kooperationen im digitalen Umfeld wird bedauert, dass Online-Plattformen für legale Video-on-Demand-Dienste in den vergangenen Jahren durch die

13 Diesen Standpunkt vertreten der Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. (ANGA) und die Deutsche Telekom AG, auch die Äußerungen von Bertelsmann gehen in diese Richtung.

14 Fachverband Consumer Electronics (ZVEI).

15 Google.

16 Sog. „Over-the-top“ Angebote oder -Dienste sind meist kostenlose Internet-Dienstleistungen. Der Begriff wird dabei häufig genutzt, um darauf hinzuweisen, dass diese Dienste gleichzeitig auf einer Netzinfrastruktur aufsetzen und typischerweise kostenpflichtige Dienstleistungen von Netzinfrastrukturanbietern substituieren können; u. a. in Arthur D. Little Studie, The Future of the Internet, Innovation and Investment in IP Interconnection, 2014, abrufbar unter: http://www.adlittle.de/uploads/tx_extthoughtleadership/ADL_LibertyGlobal_2014_FutureOfTheInternet_01.pdf, zuletzt abgerufen am 9.10.14.

17 Telefonica.

18 ZVEI; anders das Bundeskartellamt, das die derzeitige nicht-konvergente Regulierung und fragmentierte Kontrolle der Märkte als ausreichend ansieht.

19 Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv).

20 Telefonica, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM).

21 Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit des Landes Rheinland-Pfalz.

Kartellaufsicht verhindert worden seien.²² Dadurch werde es deutschen Rundfunkveranstaltern wesentlich erschwert, im globalen Wettbewerb gegenüber Inhalteaggregatoren, wie z. B. Netflix oder Youtube wettbewerbsfähig zu bleiben. Hinsichtlich der Kooperationsmöglichkeiten wird kritisiert, dass das derzeitige Wettbewerbsrecht den nationalen Medienunternehmen nicht ermögliche, auf diese Weise miteinander zu kooperieren, um im Wettbewerb mit internationalen Wettbewerbern bestehen zu können.²³ Im Hinblick auf den Einfluss der Geschäftsmodelle und der Marktmacht amerikanischer Internetgiganten auf dem nationalen Markt wird die Marktbetrachtung des Kartellamts als zu kleinteilig angesehen.²⁴

- Zudem seien Branchenvereinbarungen zu neuen Verbreitungstechnologien im Bereich des klassischen Rundfunks (z. B. einheitlicher Umstieg von DVB-T auf DVB-T2; analoger „Switch-Off“ im Kabel) aufgrund des derzeitigen Kartellrechts nicht möglich.²⁵
- Ein Problem wird in diesem Zusammenhang auch in der derzeitigen Ausgestaltung des Rechts der Kabelweitersendung gesehen: Diesbezüglich wird moniert, dass eine nicht technologieneutrale Ausgestaltung von § 20b UrhG die rechtssichere Online-Weitersendung erschwere. Die mangelnde Auswahl an legalen Angeboten begünstige Umstände, die Nutzer dazu bewege, illegale Quellen für Inhalte zu nutzen.²⁶
- Gegen die Annahme einer Marktdominanz US-amerikanischer Unternehmen wird eingewendet, diese sei nicht per se zu unterstellen, sondern konkret zu ermitteln.²⁷ Als mögliches Problem sieht das Bundeskartellamt in diesem Bereich das Anknüpfen an herkömmliche Umsatzzahlen bei der Fusionskontrolle an. Bei der kartellrechtlichen Auswertung von Fusionen sei die Bindung an reine Umsatzzahlen zu überdenken, die dazu führe, dass die gesamtwirtschaftliche Relevanz (z. B. Verbreitung eines Angebots oder Verfügungsgewalt über erhebliche Datenmengen) von Unternehmenszusammenschlüssen nicht vollumfänglich gewürdigt werden könne. Beispielhaft wurde die Übernahme des Messenger-Dienstes „Whatsapp“ durch Facebook genannt, die durch die rein auf die Umsatzzahlen beschränkte Prüfung in Deutschland nicht anmeldepflichtig gewesen sei.²⁸
- Ein Problem sei zudem, dass das Kartellrecht die Zusammenarbeit kleinerer Medienunternehmen verhindere. Dem geltenden Kartellrecht widersprächen auch die Erwartungen der Medienpolitik im Hinblick auf eine möglichst umfassende Zusammenarbeit von ARD

²² Ver.di, Produzenten Allianz sowie der Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT).

²³ Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. (ANGA), Deutsche Telekom AG, Unitymedia kabel bw.

²⁴ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ) und der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger (BDZV).

²⁵ ZDF und auch die Mediengruppe RTL Deutschland.

²⁶ In diese Richtung gehen die Äußerungen des ZDF.

²⁷ Bundeskartellamt.

²⁸ Laut Bundeskartellamt war die Übernahme in Zypern, Großbritannien und Spanien anmeldepflichtig.

und ZDF im Sinne der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.²⁹ Vor allem im Bereich der kommerziellen Aktivitäten beschränke das Kartellrecht die Zusammenarbeit.

c) Herausforderungen der Plattformregulierung

- Im Rahmen der Frage nach einer zukünftigen Plattformregulierung wird auf die Problematik hingewiesen, dass bei der Verbindung der linearen mit der non-linearen Welt der Schutz gegen Veränderungen durch den Plattformanbieter nicht mehr ausreichend sei. Insbesondere neue Modelle wie das hybride Fernsehen würden derzeit unberücksichtigt gelassen.³⁰ Mittels der Technik würden vielzählige neue Werbemöglichkeiten eröffnet, die eine umfassende Kontrolle derzeit unmöglich machten.³¹ Daher sei auch das rundfunkstaatsvertragliche Veränderungs- und Vermarktungsverbot (§ 52a Abs. 3 RStV) anpassungsbedürftig.³²
- Es sei unklar, ob der Schutzbereich des Begriffs des Plattformbetreibers mit der Durchleitung des unveränderten Programms ende oder auch umfasse, dass der Zuschauer das Programm in unveränderter Form auf den Bildschirm sehen könne.³³
- Schwierig sei die asymmetrische Regulierung von linearen TV-Angeboten und Online-Diensten im Hinblick auf neue Angebote und Dienste wie Smart-TV und andere Endgeräte.³⁴
- Es wird auch gerügt, dass bspw. die deutschen Kabelnetzbetreiber als Plattformbetreiber derzeit einer deutlich strengeren Regulierung als die neuen „Plattformen“ unterliegen, die über das offene Internet an die Kunden herantreten.³⁵
- Für die Weitersendung von Fernsehinhalten bestehe im Online-Bereich Rechtsunsicherheit und dies gefährde Geschäftsmodelle von Streaming-Angeboten. Die derzeit nicht technologieneutrale Ausgestaltung des § 20b UrhG wird aufgrund der technischen Konvergenz als überholt angesehen.³⁶ Grund dafür sei die Konvergenz der Übertragungstechniken und -standards.³⁷ Schließlich eröffne die fortschreitende technische Konvergenz der Übertragungswege neben den Betreibern klassischer Breitbandkabelnetze neuen Marktteilnehmern die Möglichkeit, im Rahmen vergleichbarer Geschäftsmodelle sowohl kabelgebunden als auch kabellos Fernseh- und Hörfunkprogramme integral, d. h.

²⁹ ZDF.

³⁰ ZDF.

³¹ ZDF.

³² Diesen Standpunkt vertreten die ARD, das ZDF, der VPRT und die Medienanstalten in ihrem Positionspapier „Kernthesen zur Fortentwicklung der Plattformregulierung“.

³³ Mediengruppe RTL Deutschland.

³⁴ Deutscher Journalisten Verband (DJV).

³⁵ ANGA.

³⁶ ZDF, ANGA, Deutsche Telekom AG, Produzenten Allianz und die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA).

³⁷ ANGA.

zeitgleich, vollständig und unverändert, weiterzusenden.³⁸ Gegen eine technologieneutrale Anpassung des § 20b UrhG kann jedoch sprechen, dass die Rechtswahrnehmung dann nicht mehr durch den Urheber selbst möglich ist und daher einen erheblichen Einschnitt in das Urheberpersönlichkeitsrecht darstellt.³⁹

- Ein Problem sei, dass die derzeitige Plattformregulierung mangels technologieneutraler Ausgestaltung dem Ziel der Meinungsvielfalt nicht mehr gerecht würde.⁴⁰ Kritisiert wird ferner, dass die Sicherung des Wettbewerbs zum Erhalt der Meinungspluralität durch Monopolisierungstendenzen neuer marktmächtiger Akteure wie bspw. Google und Netflix bedroht werde.⁴¹ Ein Problem in diesem Zusammenhang sei auch, dass die derzeitigen medienregulatorischen Rahmenbedingungen solche neuen Plattformen nicht erfassten.⁴² Angesichts des großen Angebots sowohl von linearen Rundfunkprogrammen als auch von Abrufdiensten käme der Auffindbarkeit von Inhalten zentrale Bedeutung zu.⁴³ Die geltenden Must-Carry-Regelungen stellten eine solche Auffindbarkeit von vielfaltsfördernden Inhalten nicht sicher.⁴⁴
- Mit der zunehmenden Bedeutung von EPGs sowie Portalen über alle Plattformen hinweg steige auch das Diskriminierungspotenzial.⁴⁵ Die Rundfunkunternehmen seien bereits mit Umlistungen, Verschiebungen und mangelnder Abbildung von Genres konfrontiert gewesen.⁴⁶ Es wird kritisiert, dass derzeit vor allem die entsprechenden Leistungskriterien nicht hinreichend transparent gemacht würden.⁴⁷
- In der Welt des hybriden Fernsehens habe sich die „Gatekeeping-Problematik“ vom Netzbetreiber zum Gerätehersteller bzw. „Plattformbetreiber“ verlagert, daher müsse auch die Auffindbarkeit von audiovisuellen Inhalten garantiert werden⁴⁸ – eine Must-Carry-Regelung reiche nicht mehr aus.⁴⁹ Gegen eine angeordnete Hervorhebung bestimmter Angebote bei der Suche spräche jedoch die Verletzung grundrechtsrelevanter Interessen der Nutzer, Webseitenbetreiber und Suchanbieter.⁵⁰

38 GEMA.

39 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586.

40 RTL.

41 Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH (VG Media).

42 Mediengruppe RTL Deutschland.

43 ARD, ZDF, VPRT und die Medienanstalten in ihrem Positionspapier „Kernthesen zur Fortentwicklung der Plattformregulierung“.

44 DJV.

45 ARD, ZDF, VPRT und die Medienanstalten in ihrem Positionspapier „Kernthesen zur Fortentwicklung der Plattformregulierung“ sowie Mediengruppe RTL Deutschland.

46 Ebd.

47 VPRT.

48 Bertelsmann.

49 Ver.di.

50 Google.

- Angegriffen wird zudem die Praxis des Routerzwanges. Gemeint ist damit die Vorgehensweise einiger Netzbetreiber, ihren Kunden direkt oder indirekt vorzuschreiben, welches Endgerät sie an ihrem Breitbandanschluss zu verwenden haben. Diese Praxis sei nicht nur wettbewerbsrechtlich äußerst bedenklich, sondern setze auch die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher auf dem Endgerätemarkt faktisch außer Kraft.⁵¹
- Zur Frage der Vergütung im Must-Carry Bereich wird einerseits eine Kabeleinspeisung auch ohne Einspeiseentgelte für die Infrastrukturanbieter als hoch profitabel angesehen.⁵² Auf der anderen Seite sei jedoch zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf die Sicherstellung einer fairen Verteilung der Wertschöpfung den Inhalteanbietern eine Pflicht zur Zahlung eines angemessenen Entgelts für den Transport ihrer Inhalte auferlegt werden müsse.⁵³

d) Meinungs- und Marktmachtkontrolle

- Im Rahmen der Meinungsmachtkontrolle wird problematisiert, dass bei den bestehenden Instrumenten der Meinungsmachtkontrolle derzeit neue meinungsrelevante Märkte, wie der Online-Markt, nicht mit in die Berechnungen des Zuschauergesamtanteils miteinfließen würden.⁵⁴ Ein zeitgemäßes Medienkonzentrationsrecht müsse sich daher von der bisherigen Fernsehzentriertheit lösen.⁵⁵
- Die Medienkonzentrationskontrolle könne innerhalb eines Unternehmens oder verbundener Unternehmen derzeit zu schwach sein. Es wird daher moniert, dass eine interne Meinungsmachtkontrolle derzeit nicht vorhanden sei.⁵⁶
- Im Rahmen der Marktmachtkontrolle sei problematisch, dass das Bundeskartellamt nicht befähigt sei, gegen alle Missbräuche gleichermaßen vorzugehen. So bestünden derzeit Zweifel an der Durchsetzbarkeit der deutschen Regelungen gegenüber marktstarken US-amerikanischen Unternehmen.⁵⁷ Die bestehenden Beschränkungen im nationalen Medienkonzentrationsrecht führten wegen der strengeren Regulierung im internationalen Vergleich für deutsche Medienunternehmen zu einem schiefen Markt.⁵⁸

⁵¹ Diesen Standpunkt vertreten die Hersteller für ITK-Endgeräte wie bspw. Breitband-Router für Festnetz und Mobilfunk, WLAN-Router, Telefonendgeräte für Festnetz und Voice-over-IP, Telefonanlagen für Festnetz und Voice-over-IP, Heimvernetzungsprodukte, Alarmierungssysteme sowie Chip-Hersteller für Telekommunikationsendgeräte.

⁵² ZDF.

⁵³ ANGA, in diese Richtung gehen auch die Äußerungen der Deutschen Telekom AG.

⁵⁴ Ver.di.

⁵⁵ Bertelsmann.

⁵⁶ DJV.

⁵⁷ VG Media.

⁵⁸ VG Media.

e) Medienfinanzierung: Werblocker im Internet

- Als Problem wird die Gefährdung werbefinanzierter, insbesondere für den Nutzer kostenfreier Angebote durch Adblocker angesehen. Problematisch sei, dass hierdurch Verbraucherinteressen und Meinungsvielfalt nicht nur konterkariert, sondern auch große US-Anbieter wie Google privilegiert würden.⁵⁹
- Gleichwohl wird auch gesehen, dass das Problem vor allen Dingen kleine und mittlere Unternehmen betrifft, die auf die Finanzierung auch durch Werbung angewiesen sind. Daher würde eine aktive Annäherung der Politik begrüßt werden, sodass ein regulatorischer Ausgleich zwischen den Interessen der Nutzer sowie der Werbewirtschaft (sowie Webseitenbetreibern und Internet Service Providern) die verschiedenen Interessen Ausgleich erreicht werden könnte.⁶⁰

II. Begriffsverständnis

Viele der zentralen Begriffe, die im Folgenden verwendet werden, werden in der öffentlichen und der fachlichen Kommunikation mit unterschiedlichen Bedeutungen versehen. Im Folgenden wird das hier zugrunde gelegte Verständnis transparent gemacht.

1. Konvergenz

Sprechen wir von Konvergenz, muss zwischen verschiedenen Ebenen differenziert werden:

- Technische Konvergenz steht für die zunehmende Entgrenzung von technischen Übertragungswegen für kommunikative Inhalte.
- Basierend auf der technischen Entwicklung ist aber auch eine Konvergenz der Medienmärkte festzustellen durch die Veränderung von Geschäftsmodellen, die sich insbesondere durch vertikale Integration und crossmediale Verflechtungen auszeichnen.
- In diesem Zusammenhang sind Veränderungen der Nutzung von Kommunikationsangeboten zu beobachten, die keineswegs immer eindeutige Verläufe haben, aber doch Tendenzen erkennen lassen (abnehmende Relevanz linearer Nutzung junger Zielgruppen, Second Screen, zunehmend mobile Nutzung; siehe dazu B. I. 1. b)). Insgesamt zeigt sich ein mediensübergreifendes Informationsrepertoire der Mediennutzer (mehr dazu unter B. I. 1. c)).

Wird im Gutachten von Konvergenz gesprochen, wird auf diese durchaus heterogenen Entwicklungen Bezug genommen.

2. Intermediäre

Internet-Intermediäre nehmen eine vor- und nachgelagerte Vermittlungsfunktion zum Nutzer ein. In der Wissenschaft zeigen sich verschiedene Perspektiven, aus denen der Begriff der Intermediäre konkretisiert und differenziert werden kann, wobei eine abstrakt-generelle

⁵⁹ Mediengruppe RTL Deutschland.

⁶⁰ Google.

Begriffsbestimmung kaum möglich ist.⁶¹ Dabei geben einige Studien überblicksartig hilfreiche Hinweise darauf, welche konkreten Plattformen in Zukunft möglicherweise berücksichtigt werden müssen⁶²:

- Die erste Gruppe Intermediäre bilden bei dieser Betrachtung Suchmaschinen, die durch Algorithmen die Relevanz von Informationen für den Nutzer antizipieren, entsprechend selektieren und gewichten und diese so leichter auffindbar machen (z. B. Google).
- Eine zweite Gruppe von Intermediären können Nachrichtenübertragungsdienste (z. B. Twitter) bilden, sog. Micro-Blogs, die eine bedeutende Rolle spielen, wenn es darum geht, in der Öffentlichkeit meinungsrelevante Aufmerksamkeit zu erzeugen.
- Die dritte Gruppe von Intermediären in diesem weiten Verständnis stellen App-Plattformen dar (z. B. iTunes oder Google-Play). Diese lassen sich im weiten Verständnis als Intermediäre bezeichnen. Ihre Funktion geht über den bloßen App-Verkauf hinaus. Sie strukturieren nämlich damit auch den Zugang zu medialen Angeboten, so dass auch sie indirekt Einfluss auf die öffentliche Kommunikation haben können.
- Die vierte Gruppe von Intermediären bilden soziale Netzwerke (z. B. Facebook). Diese Akteure nehmen eine enorme Bedeutung für die Nutzer ein, indem sie das Identitäts- und Beziehungsmanagement von Nutzern erleichtern.
- Die letzte Gruppe von Intermediären stellen User-Generated-Content (UGC)-Plattformen dar (z. B. Youtube). Die Menge von nutzergenerierten Inhalten verdeutlicht die gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung dieser Akteure.

Intermediäre lassen sich aber auch abstrakter nach der Art der Vermittlung differenzieren. Es lassen sich so drei verschiedene Typen von Intermediären unterscheiden⁶³:

- Die erste Gruppe von Intermediären bilden Akteure, die mittelbar-strukturellen Einfluss auf die Wahrnehmbarkeit von Angeboten nehmen. Kennzeichnend ist, dass diese Akteure, insbesondere aufgrund ihrer Stellung im Verteilungsprozess vom Anbieter zum Endnutzer, diesen durch die Bereitstellung einer Infrastruktur ermöglichen und beeinflussen (z. B. Zugangsprovider und Endgerätehersteller).
- In die zweite Gruppe fallen Akteure, die mittelbar-inhaltliche Einflussnahmen begründen, obwohl sie keine inhaltlichen Veränderungen bewirken, aber durch auswertende und aggregierende Aktivitäten darauf Einfluss nehmen, ob und wie leicht Inhalte auffindbar sind (z. B. Suchmaschinen). Diese zweite Gruppe bezieht sich auf sogenannte Aggregatoren.

⁶¹ Ergebnisse entnommen aus: NoC-Studie, Online Intermediaries: Functions, Values and Governance Options, S. 1; Schulz/Dreyer/Hagemeyer, Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation, Studie für die Friedrich-Ebert-Stiftung 2011, S. 23, 28.

⁶² Ergebnisse entnommen aus: NoC-Studie, Online Intermediaries: Functions, Values and Governance Options, S. 2 f., <http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/NoC%20Rio%20Working%20Meeting%20Summary.pdf>, zuletzt abgerufen am 1.8.2014.

⁶³ Ergebnisse entnommen aus: Schulz/Dreyer/Hagemeyer, Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation, Studie für die Friedrich-Ebert-Stiftung 2011, S. 23, 28.

- Die dritte Gruppe umfasst Akteure, deren Aktivitäten unmittelbar-publizistische Einflussnahme begründen. Das ist anzunehmen, wenn die Tätigkeit der Intermediäre sich unmittelbar in der Produktion eigener Inhalte bzw. der Distribution zu eigen gemachter Inhalte erschöpft (z. B. Presse-Agenturen).

Wird im Folgenden von Intermediären gesprochen, beziehen sich die Darstellungen nur auf die zweite Gruppe der hier zuletzt dargestellten Intermediäre.

3. Plattform

- In der medienpolitischen Diskussion wird der Plattformbegriff zuweilen weit verstanden und erfasst alle Dienste, die zwischen einem Inhaltenanbieter und den Rezipienten in der Distributionskette stehen oder sogar Dienste, die eigene Inhalte eines Anbieters aggregieren. Damit umfasst dieses weite Begriffsverständnis z. B. auch Intermediäre im oben dargestellten Sinne.
- In einem engen juristischen Verständnis ist der Plattformbegriff des Rundfunkstaatsvertrages gemeint. Nach dem derzeitigen Knappheitsparadigma bezeichnet der Begriff „Plattformbetreiber“ all diejenigen Anbieter von Übertragungskapazitäten, die über Zugang und Zusammenstellung von Medieninhalten entscheiden. Eine Präzisierung des Begriffs ergibt sich in erster Linie aus der Abgrenzung zu ähnlichen Begriffen wie dem Rundfunkveranstalter, § 2 Abs. 2 Nr. 14 RStV, dem Programmbouquet, § 2 Abs. 2 Nr. 12 RStV und dem Telekommunikationsanbieter im Sinne des TKG.⁶⁴ Der rundfunkspezifische Plattformbegriff aus § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV beschränkt sich auf digitale Übertragungskapazitäten oder digitale Datenströme, wobei die Begriffsauslegung umstritten ist (zum Streit ausführlich unter B. III. 3. a)).
- Plattformen in offenen Netzen (wie z. B. dem Internet) werden von der Plattformregulierung ausgenommen, § 52 Abs. 1 Nr. 1 RStV. Nach dem Verständnis des Gesetzgebers liegt in einem solchen Netz gerade keine knappheitsbedingte Auswahlentscheidung vor. Die Rückausnahme sieht allerdings vor, den Ausnahmebereich nicht zu eröffnen, wenn der Anbieter über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.
- Zwischen dem medienpolitisch und dem rechtlich geprägten Plattformbegriff besteht eine erhebliche Divergenz. Im Folgenden wird der Begriff der Plattform in beiden Zusammenhängen verwendet. Welches Begriffsverständnis im Einzelnen anzulegen ist, wird durch den Kontext deutlich.

⁶⁴ Wagner, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 52 Rn. 8.

4. Hybrid-TV und verwandte Begriffe

- Sprechen wir von Hybrid-TV (auch Smart-TV oder Connected TV), verstehen wir darunter die Möglichkeit der zeitgleichen oder auch sequenziellen Nutzung von linearem Rundfunk und non-linearen Internetdiensten über einen (Fernseh-)Bildschirm.⁶⁵
- Aktuelle Fernsehgeräte verfügen zu einem hohen Anteil über integrierte Hybrid-TV-Funktionen, der Begriff stellt jedoch einen Sammelbegriff für die funktionale Kombination von linearen Rundfunkinhalten und non-linearen Internetinhalten dar, die auch anders – z. B. mittels einer Set-Top-Box oder eines Media-Players – nachgerüstet werden kann.
- Die divergente rechtliche Bewertung der verschiedenen Dienste ist aufgrund der technischen Diversifizierung hoch komplex. Hier sollen daher zum besseren Verständnis einige Grundbegriffe erläutert werden.
- EPGs (Electronic Program Guide) stellen – ebenso wie der klassische Videotext – über das Rundfunksignal hinaus Programminformationen bereit, wie z. B. Startzeit eines Programms, Sendedauer oder das Genre und haben damit eine Orientierungsfunktion für den Fernsehzuschauer.
- HbbTV (Hybrid broadcast broadband TV-Standard) ist ein offener technischer Standard, der der Bereitstellung programmlicher Zusatzinformationen dient, die sowohl über das Internet als auch über das DVB-Signal bezogen werden. Üblicherweise enthalten die individuellen HbbTV-Angebote der Sender zusätzliche Programminformationen, Zugang zu Streaming-Angeboten, aber auch Nachrichten, Wetterinformationen oder auch Spiele. Diese Angebote können ihrerseits einer ausdifferenzierten rechtlichen Beurteilung unterliegen.
- Hybrid-TV-Portale bezeichnen hingegen die in den Endgeräten vorinstallierten Benutzeroberflächen⁶⁶, die eigene Dienste des Endgeräteherstellers und Dienste Dritter zusammenfassen und sortieren. Hybrid-TV-Portale sind ihrerseits keine Internetdienste, enthalten typischerweise aber Zugang zu internetbasierten Diensten und oft auch einen Zugang zu einem offenen Internetbrowser. Innerhalb des offenen Netzzugangs per Internetbrowser trifft der Hybrid-TV-Endgerätehersteller typischerweise keine Auswahl der verfügbaren Angebote.
- Weitere Dienste in Hybrid-TV-Portalen können lineare oder nicht-lineare Streaming-Angebote sein, exklusive (vorinstallierte) Off- und Online-Applikationen; sogar Telefonieapplikationen zur Ermöglichung von Individualkommunikation über das Internet sind möglich.
- Overlays bezeichnen im Kontext von Hybrid-TV Überblendungen von klassischen Fernsehinhalten, z. B. mittels Werbung, die auf Telemedien basiert.

⁶⁵ So bspw. *Boos*, Divergenter Rechtsrahmen für Inhalte im konvergenten Fernsehgerät. Vorschläge zum gesetzlichen Umgang mit dem Hybrid-TV, in: MMR 2012, 364.

⁶⁶ Rein internetbasierte Betriebssysteme sind jedoch auch denkbar, die über eine Cloud direkt auf Servern des Anbieters vorgehalten werden (heute z. B. Chrome OS von Google).

5. Adblocker

- Adblocker im Sinne dieses Gutachtens bezeichnen Plugins für Internetbrowser, mit denen sich ungewünschte Werbung unterdrücken bzw. ausblenden lässt.

6. Dienstleistungen, Dienste, Angebote

Soweit dies trennscharf möglich ist, unterscheidet das Gutachten zwischen Dienstleistungen, Diensten und Angeboten.⁶⁷

- Dienstleistungen stehen für eine Sammelkategorie, die sowohl Angebote als auch Dienste umfassen kann. Der Begriff der Dienstleistung soll dabei grundlegend – ohne eine weitere Kategorisierung – für kommerzielle Leistungen mit Medienbezug stehen.
- Dienste bezeichnen Leistungen, die auf virtueller oder physisch-infrastruktureller Ebene erforderlich sind, um diese Inhalte zugänglich zu machen.
- Als Angebote sollen im Folgenden medial-kommunikative Leistungen nach einem weiten Verständnis bezeichnet und diese – soweit dies möglich ist – gedanklich von ihren Übertragungsmöglichkeiten getrennt werden. So bezeichnet dies etwa die Darreichung von audiovisuellen Inhalten, Artikeln oder sonstigen Medieninhalten.
- Einen Bereich in der Schnittmenge zwischen Angebot und Dienst stellen Aggregatoren (zum Begriff bereits B. II. 2.) dar. Sie bilden eine virtuelle „Infrastruktur“ für Angebote und wären nach diesem Verständnis eher als Dienste einzuordnen. Dabei geht ihre Funktion aber oft über die reine Bereitstellung eines „Marktplatzes für Inhalte“ hinaus – sie übernehmen eine Ordnungs- und Strukturierungsleistung, die eher als inhaltsbezogene kommunikative Leistung einzuordnen ist. Ob derartige Leistungen Dienste oder Angebote im dargestellten Sinne darstellen, muss hier nicht abschließend entschieden werden.

7. Angebote mit besonderem Mehrwert für die öffentliche Kommunikation

- Der Begriff „Angebote mit besonderem Mehrwert für die öffentliche Kommunikation“ soll hier für die grundlegende Idee stehen, dass bestimmte kommunikationsbezogene Dienstleistungen einen besonderen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation darstellen. Dies kann Privilegierungen, aber auch Bindungen rechtfertigen.
- Auch wenn der Begriff „Angebot“ darauf hinweist, es handle sich um eine kommunikativ-mediale Leistung, soll dies ein offener Begriff sein. Ein Angebot, das einen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation darstellt, kann z. B. grundsätzlich auch eine Sortier- und Ordnungsleistung sein (dazu bereits unter B. II. 6.).
- Das derzeitige Regulierungskonzept des Gesetzgebers orientiert sich an der besonderen Bedeutung von Rundfunk, verfolgt aber davon abgesehen weder ein einheitliches Verständnis von Angeboten mit besonderem Mehrwert für die öffentliche Kommunikation noch ein übergreifendes Konzept. Aus einzelnen Aspekten der Förderung oder Anknüp-

⁶⁷ Soweit im europarechtlichen Teil (insbesondere C. III. und IV.) auf die Begriffe Dienst und Dienstleistung abgestellt wird, wird das europarechtliche Verständnis herangezogen.

fung an bestimmte Kommunikation (z. B. Must-Carry bei Plattformen oder der Drei-Stufen-Test) lassen sich – wenn überhaupt – nur tentative Rückschlüsse auf ein Verständnis erhaltenswerter Kommunikation ziehen, da die bezeichneten Strukturen in anderen Kontexten entstanden sind.

- Aufgrund der politischen Vorprägung des Begriffs „Public Value“ wird bewusst nicht auf diesen Terminus rekurriert: Der Anglizismus selbst steht schon für ein bestimmtes konzeptionelles Vorverständnis. Stattdessen soll der Begriff des „Angebots mit besonderem Mehrwert für die öffentliche Kommunikation“ an vielen Stellen des Gutachtens darauf hinweisen, dass die Entscheidung für regulierende Optionen maßgeblich davon abhängt, welches Verständnis dieser Angebote zukünftig angelegt werden soll.
- Was im Recht als Angebot mit einem Mehrwert für die öffentliche Kommunikation angesehen wird, wird anhand der Leistung bestimmt, die ein Kommunikator oder auch Aggregator für den Prozess der öffentlichen Kommunikation beisteuert. Die rechtliche Perspektive kann dabei Hinweise darauf geben, welche Steuerungsoptionen aus europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Perspektive angezeigt oder auch unter welchen Bedingungen sie zulässig sind sowie auf die Wirksamkeit bestimmter regulatorischer Instrumente hinweisen. Die Art des rechtlichen „Framing“ der Kommunikationsordnung folgt letztlich aber politischen Leitlinien.

III. Problemanalyse

1. Kategorienbildung im Bereich Rundfunk und Telemedien

Strukturelle Defizite bei der Abgrenzung von verschiedenen Angeboten und Diensten nach dem Telemediengesetz und dem Rundfunkstaatsvertrag entstehen durch die schwer abgrenzbaren Begriffskategorien. Auf der Rechtsanwendungsebene folgen vor allem aus der Negativdefinition der Telemedien erhebliche Abgrenzungsprobleme, die sich mit einem Fortschreiten technischer Konvergenz vor allen Dingen in den folgenden Bereichen abzeichnen:

- Grundsätzlich stellt sich die Frage, wie – wenn der Gesetzgeber an Angebotstypen anknüpft – diese künftig definiert werden können.
- Der Begriff der Telemedien im TMG ist bisher nur negativ über die Abgrenzung zum Rundfunkbegriff im RStV bestimmbar. Potenziell ist also die offene Rundfunkdefinition geeignet, den Anwendungsbereich des Telemediengesetzes zu verengen.⁶⁸
- Die primäre Definition des Rundfunks – der AVMD-RL folgend – anhand der Linearität (§ 2 Abs. 1 RStV) ist der Frage ausgesetzt, ob damit – jedenfalls mittelfristig – tatsächlich die Angebote erfasst werden, die im Hinblick auf die hier relevanten Regelungsziele die regulierungsbedürftigen sind. Schon jetzt lässt sich bei als Rundfunk zugelassenen Teleshopping-Kanälen bezweifeln, ob sie im Hinblick auf Privilegierungen und Lasten in die richtige

⁶⁸ So auch *Engels*, Internet – (k)ein rechtsfreier Raum?, in: eco MMR Kongress, S. 2, abrufbar unter: http://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20100324_Stefan_Engeln_EcoMMR_Kongress.pdf, zuletzt abgerufen am 14.10.2014.

Kategorie fallen. Selbiges gilt auch für Near-Video-on-Demand Angebote, die technisch zwar der Kategorie „Rundfunk“ unterfallen, kommunikationswissenschaftlich aber den heutigen Streaming-Angeboten viel näher sind.⁶⁹

- In diesem Schnittbereich zwischen Rundfunkstaatsvertrag und Telemediengesetz bestehen auch Probleme bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der besonderen Anforderungen an Telemedien, §§ 54 ff. RStV. Der Begriff „journalistisch-redaktionell“ hat hier eine große Bedeutung erlangt, trifft aber in der Praxis auf Auslegungsschwierigkeiten.⁷⁰
- Besonders deutlich werden die benannten Abgrenzungsprobleme, in denen der Gesetzgeber mittels des Hybrid-Begriffs der „mit dem Rundfunk vergleichbaren Telemedien“ auf Ebene des Rundfunkstaatsvertrags eine Kategorie entwickelt hat, die eine vermittelnde Funktion zwischen den dichotomen Anwendungsbereichen erfüllen soll. Es wird jedoch deutlich – auch auf Ebene der Landesmediengesetze⁷¹ –, dass diese Lösung nicht trägt.⁷²
- Anwendungsprobleme ergeben sich auch beim Anbieterbegriff, vor allem wenn nutzer-generierte Inhalte vorliegen oder Inhalte Dritter aggregiert werden.⁷³ Parallel zeigt sich auf Nutzerseite, dass Aggregatoren (wie z. B. Google Search) trotz ihrer reinen Strukturierungs- und Sortierleistung auch als Anbieter wahrgenommen werden (siehe B. I. 1. a)).
- Auch das Verhältnis der Begriffe „Dienst“ und „Angebot“ erschließt im Hinblick auf die derzeitige, nicht klar differenzierende Rechtslage nicht leicht (zum Begriffsverständnis innerhalb des Gutachtens bereits B. II. 6.).

2. Kooperationen im digitalen Umfeld

Die im Sinne einer Vielfaltsoptimierung gewünschte Nutzung von Übertragungswegen kann es sinnvoll erscheinen lassen, dass Unternehmen – etwa aus dem Medien- und Infrastrukturbereich – kooperieren oder dass sie sich jedenfalls koordinieren. Eine solche Kooperation oder Koordination kann aus kartellrechtlicher Perspektive problematisch sein, da faktisch alle betroffenen Märkte hoch konzentriert sind. Beispiele hierfür sind etwa Kabelbetreiber

⁶⁹ Near-Video-On-Demand bezeichnet das Senden von linearen Programminhalten „in Dauerschleife“, so dass der Zuschauer den Zeitpunkt der Rezeption selbst wählen kann; *Ladeur*, Datenverarbeitung und Datenschutz bei neuartigen Programmführern in „virtuellen Videotheken“, Zur Zulässigkeit der Erstellung von Nutzerprofilen, in: MMR 200, 715, 715 ff.; *Schütz/Schreiber*, Smart TV: Diskriminierungsfreier Zugang zu Portalen auf TV-Endgeräten, Lösungsmöglichkeiten mit den bestehenden medien-, TK- und kartellrechtlichen Vorgaben?, in: MMR 2012, 659, 659.

⁷⁰ Vgl. zu Deutungsvarianten *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content?, 2013, S. 343 ff.; zur komplexen Einzelfall-Einordnung ausführlich *Holznapel/Ricke* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 1 TMG Rn. 19 ff., 2. Aufl. 2011.

⁷¹ Siehe dazu bereits *Schulz/Dankert*, Stellungnahme zur Novelle des Landesmediengesetzes Nordrhein-Westfalen, S. 2 f., abrufbar unter: <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-1665.pdf?von=1&bis=0> zuletzt abgerufen am 19.5.2014.

⁷² Zur Überarbeitungsbedürftigkeit der Begriffskategorie *Holznapel/Hahne* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 50 RStV Rn. 3 ff.

⁷³ *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content?, 2013, S. 37 ff., 75 f.

im Hinblick auf ihr Netz und der Fernsehwerbemarkt, der wegen der beiden großen Fernsehveranstalterfamilien als duopolistisch strukturiert angesehen wird.

Jede Kooperation ist bei den gegebenen Marktstrukturen mit dem Risiko behaftet, gegen kartellrechtliche Vorschriften zu verstoßen. Die gescheiterten Vorhaben „Germany’s Gold“ und „Amazonas“ sind aktuelle Beispiele hierfür.

- Bei der geplanten Streaming-Plattform Germany’s Gold von ARD und ZDF bestanden hinsichtlich des zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens keine fusionsrechtlichen Bedenken – das Zusammenschlussvorhaben ließ weder die Entstehung noch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung befürchten.⁷⁴ Das Angebot war als Streaming-Plattform geplant, in der sowohl die Inhalte von ARD und ZDF als auch von Drittanbietern (entgeltlich sowie unentgeltlich) bereitgestellt werden sollten. In der Möglichkeit von Preisabsprachen und Exklusivvereinbarungen sah das Bundeskartellamt jedoch einen Verstoß gegen das allgemeine Kartellverbot.⁷⁵
- Auch die für den Betrieb eines gemeinsamen Streaming-Portals geplante Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens der RTL interactive GmbH und der ProSiebenSat.1 Media AG wurde vom Bundeskartellamt untersagt.⁷⁶ Das Gemeinschaftsunternehmen zum Projekt „Amazonas“ stieß jedoch schon fusionsrechtlich auf Bedenken im Rahmen der Prüfung nach § 36 GWB: Laut Bundeskartellamt führe eine derart ausgestaltete Video-Plattform zu einer Verstärkung des zwischen den beiden Unternehmen bestehenden Duopolkonsenses.⁷⁷ Im Kern wurde dem Vorhaben vorgeworfen, die bestehenden wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Fernseh-Werbemarkt zu konservieren und diese auf den Online-Video-Werbemarkt zu übertragen.⁷⁸ Neben dieser fusionsrechtlichen Untersagung nach § 36 GWB hat das Bundeskartellamt die Gründung der Plattform nach einer Doppelkontrolle auch nach § 32 GWB in Verbindung mit § 1 GWB und Art. 101 AEUV untersagt. Den Beteiligten sei innerhalb des Verfahrens nicht gelungen, wettbewerbliche Bedenken gegen die Plattform auszuräumen. Weitere Planungen wurden nach der Ent-

⁷⁴ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 11.03.2013, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/11_03_2013_Germanys-Gold.html?nn=3591568, zuletzt abgerufen am 08.07.2014.

⁷⁵ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 16.09.2013, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/16_09_2013_Germanys-Gold-aufgegeben.html, zuletzt abgerufen am 08.07.2014.

⁷⁶ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 18.03.2011, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2011/18_03_2011_RTL_Pro7Sat1_Untersagung.html, zuletzt abgerufen am 29.07.2014.

⁷⁷ Bundeskartellamt, Entscheidung vom 17.03.2011, S. 55, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2011/B6-94-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 29.07.2014.

⁷⁸ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 24.02.2011, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2011/24_02_2011_RTL_Pro7Sat1.html?nn=3591568, zuletzt abgerufen am 08.07.2014.

scheidung des Bundeskartellamts und der vergeblichen Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf eingestellt.⁷⁹

Es ist – mit Ausnahme des Bereichs öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, der hier nicht behandelt wird – nicht erkennbar, dass das Bundeskartellamt landesrechtliche Rahmenbedingungen unzutreffend gewürdigt hätte. Das Handeln des Bundeskartellamts ist von dem Ziel geprägt, zu verhindern, dass sich oligopolistisch geprägte Strukturen aus den traditionellen Medienmärkten auf neue übertragen. Inwieweit die Voraussetzungen, die das Bundeskartellamt als notwendig ansah, um die Vorhaben als kartellrechtlich zulässig zu betrachten, rechtlich tatsächlich zwingend waren und die Annahmen etwa im Hinblick auf die einbezogenen Märkte zuträfen, kann hier nicht beurteilt werden.

- Das Bundeskartellamt rügte im Amazonas-Verfahren besonders die zu erwartende Übertragung des bestehenden Duopols von RTL und der ProSiebenSat.1 vom Fernseh-Werbemarkt auf den Online-Video-Werbemarkt für In-Stream-Video-Werbung. Als Voraussetzung für die Ausräumung wesentlicher wettbewerblicher Bedenken wurde vom Bundeskartellamt vorgeschlagen, Amazonas nicht als Vermarktungsplattform zu betreiben, die inhaltlich an die Interessen der Muttergesellschaften und letztlich an Fernsehhalte gebunden ist. Stattdessen sollte die Plattform unabhängig und technisch offen gestaltet werden. Positive Effekte auf die Märkte hat das Bundeskartellamt gesehen und in seiner Entscheidung berücksichtigt. Hier war der Vortrag von RTL und ProSiebenSat.1 schlüssig, ein bündelndes Gesamtangebot führe insgesamt zu einer höheren Aufmerksamkeit als die derzeitigen Einzelangebote. Die positiven Effekte auf die entsprechenden Märkte waren jedoch nicht ausreichend, um die zu erwartenden negativen Strukturveränderungen zu überwiegen im Rahmen der Prüfung von § 36 Abs. 1 1. Hs. GWB.
- Im späteren Verfahren zu Germany's Gold argumentierte das Bundeskartellamt vergleichbar. Im Rahmen der Verhandlungen wurde die „kartellrechtsfeste“ Ausgestaltung diskutiert. Der Bundeskartellamtspräsident Mundt äußerte sich wie folgt: „Möglich wäre der Betrieb eines offenen Marktplatzes auf der Grundlage einer technischen Plattform gewesen. Dies hätte im Übrigen auch den Anforderungen entsprochen, die an RTL und ProSiebenSat.1 gestellt wurden. Die Pläne von ARD und ZDF sahen aber Absprachen über Preise und bestimmte Exklusivitätsvereinbarungen vor, die wir nicht akzeptieren konnten. Diesen kartellrechtlichen Vorgaben müssen sich die kommerziellen Töchter von ARD und ZDF ebenso stellen wie andere private Unternehmen.“⁸⁰

Es ist absehbar, dass künftig wiederum Handlungen von Unternehmen, die möglicherweise medienpolitisch als sinnvoll erscheinen, sich kartellrechtlich als problematisch darstellen.

⁷⁹ OLG Düsseldorf vom 21.5.2014, VI-U (Kart.) 16/13.

⁸⁰ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 16.9.2013, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/16_09_2013_Germanys-Gold-aufgegeben.html, zuletzt abgerufen am 10.7.2014.

Denkbar ist dies – neben neuen Anläufen bei Video-Portalen – beispielsweise in folgenden Feldern:

- Aktuell laufen Gespräche über mögliche Koordination und Kooperationen von Anbietern bei der technischen Weiterentwicklung der Übertragung terrestrischer Signale (DVB-T2).
- Dazu gehören Aktivitäten der Hörfunkveranstalter, die darauf abzielen, Radio-Programme auf einer gemeinsamen Plattform im Internet verfügbar zu machen. Vergleichbar mit der britischen Plattform „Radioplayer“⁸¹ soll in Deutschland bis Ende 2014 eine Radio-Streaming-Plattform ins Leben gerufen werden, die alle großen Sender online bündelt und damit mit offenen und diskriminierungsfreien Plattformen wie Tuneln oder Radio.de konkurrieren soll.⁸²
- Die Kooperation von Unternehmen bzw. Unternehmensverbänden mit dem Ziel, „strukturell rechtsverletzenden“ Angeboten die Werbefinanzierung zu erschweren, wird als aussichtsreiches Mittel angesehen, Urheberrecht durchzusetzen, ohne die Nutzer in Anspruch zu nehmen, kann aber kartellrechtliche Bedenken im Hinblick auf § 1 und § 21 Abs. 1 GWB hervorrufen.

Hier stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich solche Kooperationen realisieren lassen, die möglicherweise medienpolitisch gewünscht sind. Besonders stellen sich die Fragen nach einer Realisation solcher Angebote, in denen die Ziele der Medienpolitik denen des Wirtschaftsrechts entgegenstehen können:

- Welche Möglichkeiten haben die Länder, ggf. „kartellrechtsfeste“ Rahmenbedingungen für Kooperationen zwischen Medienunternehmen zu schaffen?
- Welche Möglichkeiten bestehen im Bereich der Bundesregulierung?

Diese Fragen sind Ausprägungen des grundsätzlichen Verhältnisses von Kartellrecht und öffentlichem Medienrecht der Länder, das an verschiedenen Stellen dieser Untersuchung thematisiert wird.

Dass Vorhaben nach einer Entscheidung des Bundeskartellamtes eingestellt wurden, muss nicht bedeuten, dass diesen Vorhaben unüberwindliche kartellrechtliche Hürden im Wege stehen. Vielmehr erscheint es vor allem bei Vorhaben, die eine Vielzahl von Unternehmen einbeziehen, als denkbare Erklärung, dass eine kartellrechtskonforme Lösung, die das Ziel des Vorhabens realisiert, rechtlich möglich erscheint, aber ein erneutes „Aufschnüren“ des erreichten Konzeptes für die Unternehmen zu dem Zeitpunkt, zu dem sich das Kartellamt äußert, nicht mehr realisierbar erscheint.

⁸¹ <http://www.radioplayer.co.uk>, zuletzt abgerufen am 10.07.2014.

⁸² Fuhr, Deutsche Radiosender gründen gemeinsame Internetradio-Plattform Radioplayer, abrufbar unter: <http://www.teltarif.de/internet-radio-webradio-app/news/56168.html>, zuletzt abgerufen am 10.7.2014.

3. Herausforderungen der Plattformregulierung

Der Begriff des Anbieters einer Plattform ist in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV legaldefiniert und bezeichnet die Zugänglichmachung zusammengefasster Angebote in einem Gesamtangebot (zum Begriffsverständnis ausführlich B. II. 3.).⁸³

Mit der Reform der Plattformregulierung wollte der Landesgesetzgeber das für klassische Übertragungswege – vor allem das Breitbandkabel – geschaffene Regime der Vielfaltsicherung auf neue Phänomene übertragbar machen⁸⁴; dies erscheint nur begrenzt gelungen. Die Reform dieser Materie berührt in einigen Aspekten Bundesrecht.

Die Regulierungsbedürftigkeit von Übertragungswegen kann durch die technische Konvergenz zunehmend weniger an Typisierungen anknüpfen, etwa wenn TV-Übertragungen im „offenen Internet“ gebündelt werden.⁸⁵ Die Sicherung chancengleicher und fairer Regulierung⁸⁶ erfordert eine Betrachtung verschiedener Szenarien.

Zu den grundsätzlichen Fragen gehören:

- Welche Dienste sollen künftig mit Hilfe der Plattformregulierung privilegiert werden? Welche Spielräume ergeben sich hier durch höherrangiges Recht?
- Welche Angebote sollen als Plattformen zur Sicherung von Meinungsvielfalt Bindungen unterliegen?⁸⁷ Welche Spielräume ergeben sich hier durch höherrangiges Recht?
- Welche Regelungskonzepte sind hierfür adäquat?
- Wenn über Plattformregulierung in Wettbewerb eingegriffen wird, wie weitgehend muss der Eingriff dann sein (Notwendigkeit von Preisregulierung oder Preis-Missbrauchskontrolle)?

Ein diesen Fragen vorgelagerter Diskussionspunkt ist die Notwendigkeit der Finanzierung sowohl des Bestands als auch von Innovationen beim Betrieb und beim Ausbau der Infra-

⁸³ *Holznapel/Kibele*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl. 2011, § 2 RStV Rn. 95; *Wagner*, in Hahn/Vesting (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 161.

⁸⁴ Begründung zum zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 15.6.2007, S. 1 f., abrufbar unter: https://www.bitkom.org/files/documents/10__RAeStV_15_6_07_ges.pdf, zuletzt abgerufen am 01.08.2014.

⁸⁵ In diesem Zusammenhang können auch die Stichworte „*Triple Play*“, „*Next Generation Networks*“ und „*All-IP-Networks*“ genannt werden. Diese beschreiben (u.a.) die Bündelung von Angeboten wie Telefonie, Internetzugang und Fernsehen in einem Paket durch den Datentransport mittels des Internetprotokolls auf einer einheitlichen Infrastrukturebene.

⁸⁶ Zum derzeit ungleichen Wettbewerb siehe nur *BITKOM*, Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., Stellungnahme zu den Überlegungen der Medienanstalten zur Evaluation der Plattformregulierung, 25.10.2012, abrufbar unter http://www.bitkom.org/files/documents/20121025_BITKOM_Stellungnahme_Plattformregulierung_FINAL.pdf, zuletzt abgerufen am 20.5.2014; *ANGA*, Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V., Positionspapier zur Plattformregulierung und zu „*Connected TV*“, S. 1 ff., http://www.anga.de/media/file/712.ANGA_Stellungnahme_Plattformregulierung_Connected_TV.pdf, zuletzt abgerufen am 20.5.2014.

⁸⁷ So auch Prof. Gersdorf mit Bezug zu Endgeräteherstellern im Rahmen der Befragung zur Reform der Medien- und Kommunikationsordnung durch die SPD-Bundestagsfraktion.

struktur. Mit der Privatisierung und Liberalisierung im Bereich der Telekommunikation ist im Grundsatz klar, dass die technische Transportebene marktwirtschaftlichen Paradigmen gehorchen soll (Art. 87f Abs. 2 GG), wobei ein öffentliches Interesse an einer adäquaten Infrastruktur erhalten bleibt. Dies findet in der Rundfunkregulierung ebenso wenig einen systematischen Niederschlag wie die Effizienz der Kapazitätsnutzung. Letzteres ist vor dem Hintergrund relevant, dass mediale Inhalte einen hohen – und steigenden – Anteil am Internet-Datenverkehr haben (s. auch unten zu Netzneutralität).⁸⁸

a) Anwendungsbereich: neue Typen von Plattformen

Die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Plattformregulierung bereitet in der Praxis Probleme und sorgt somit insbesondere bei Anbietern neuer Medienangebote für Rechtsunsicherheit. An den Begriff des Plattformbetreibers knüpfen sich besondere Pflichten, die der Erhaltung von Vielfalt und kommunikativer Chancengleichheit dienen. Grundregeln für den Plattformbetreiber und Bestimmungen zu dessen Verantwortlichkeit und Umgang mit den zusammengefassten Angeboten ergeben sich aus § 52 RStV. §§ 52b, 52c RStV regeln die Belegung von Plattformen zur Gewährleistung von Meinungs- und Angebotsvielfalt. Reformüberlegungen machen sich an folgenden Punkten fest:

- Zur Rechtsunsicherheit im Bereich der Plattformregulierung trägt der Begriff der Plattform bei, § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV. Umstritten ist schon die bloße Einordnung als Plattformbetreiber durch die schwierige Auslegung des Plattformbegriffs. Die Landesmedienanstalten haben in § 2 Abs. 1 ihrer Zugangs- und Plattformsatzung eine abweichende Plattformdefinition bestimmt.⁸⁹
- Schwierigkeiten entstehen u. a. bei der Einordnung von Video-on-Demand-Anbietern und Videoplattformen. Eine enge Auslegung des Plattformbegriffs setzt eine Herrschaft über eine technische Infrastruktur voraus.⁹⁰ Nach anderer Ansicht sollen hingegen auch „virtuelle“ Plattformen erfasst sein.⁹¹ An dieser Stelle soll der Streit nicht entschieden werden. Deutlich werden hier aber Schwächen des Regulierungskonzepts: Zum einen soll ausweis-

⁸⁸ Die ökonomischen und technischen Grundlagen der Auslieferung von Inhalten über das Internet-Protokoll sind bislang wenig diskutiert, instruktiv dazu: Arthur D. Little Studie, The Future of the Internet, Innovation and Investment in IP Interconnection, 2014, abrufbar unter: http://www.adlittle.de/uploads/tx_extthoughtleadership/ADL_LibertyGlobal_2014_FutureOfTheInternet_01.pdf, zuletzt abgerufen am 9.10.14.

⁸⁹ Ausführlich dazu *Ricke*, Die rundfunkrechtliche Plattformregulierung auf dem Prüfstand – wird den neuen Entwicklungen richtig Rechnung getragen?, in: MMR 2011, 642, 643 ff.

⁹⁰ Dazu u. a. *Wagner*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 52 RStV Rn. 9.

⁹¹ *Broemel*, Vielfaltsgewährleistung auf virtuellen Plattformen – Anpassung des kartellrechtlichen Konzepts an die medienrechtliche Regulierung, in: MMR 2013, 83, 84 f.; dieser Auslegungsvariante folgt auch die zuständige Aufsichtsstelle ZAK, die u. a. die Streaming-Angebote Zattoo und Magine TV als Plattformen ansieht, vgl. Liste abrufbar unter: http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/ZAK_PDZ/Liste_Plattformanbieter.pdf, zuletzt abgerufen am 31.07.2014.

lich der gesetzgeberischen Begründung⁹² eine technische Infrastruktur Voraussetzung für die Anwendung des Plattformbegriffs sein, zum anderen liefe bei dieser engen Auslegung der Ausnahmereich von § 52 Abs. 1 RStV⁹³ leer.

- Unabhängig von der möglichen Weite des Plattformbegriffs dürfte klar sein, dass das gesetzgeberische Konzept der Plattformregulierung im Kern immer noch einem Knappheitsparadigma folgt. Must-Carry-Verpflichtungen nach § 52b RStV stehen im Mittelpunkt der Regulierung. Plattformen in offenen Netzen werden – insofern man überhaupt der weiten Auslegung des Plattformbegriffs folgt – nur erfasst, soweit sie über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 52 Abs. 1 Nr. 1 RStV verfügen.

Insgesamt stellt sich hier die Frage, wie unter Konvergenzbedingungen eine rechtssichere Plattformdefinition entwickelt werden kann, die zeitgemäße Elemente der Vielfaltsicherung implementiert.⁹⁴

b) Technische Zugangsfreiheit

Eine verwandte Fragestellung betrifft den Anwendungsbereich von § 52c RStV, der durch die bisherige Regulierung schwer bestimmbar erscheint.

- Zum einen wird hier an den schwierigen Begriff der vergleichbaren Telemedien angeknüpft: Dieser Begriff stellt eine Hybridlösung dar – der Annex „mit dem Rundfunk vergleichbar“ soll wohl klarstellen, dass diese Telemedien vom Wirkpotenzial⁹⁵ her mit dem Rundfunk artverwandt und daher besonders regulierungsbedürftig sind. Problematisch ist jedoch die Einordnung dieser Mischform⁹⁶, da zum einen Telemedien gerade keinen Rundfunk darstellen, § 1 Abs. 1 S. 1 TMG, zum anderen aber der Gesetzgeber wohl davon ausgegangen ist, dass die vergleichbaren Telemedien über Frequenzen übertragen werden, § 51a Abs. 1 RStV. Unabhängig vom Ergebnis – z. B. bei der Einordnung von Video-Streaming-Plattformen⁹⁷ – werden die Schwierigkeiten bei der Auslegung deutlich.

⁹² Begründung zum Zehnten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 15.06.2007, S. 4, abrufbar unter: https://www.bitkom.org/files/documents/10_RAeStV_15_6_07_ges.pdf, zuletzt abgerufen am 1.8.2014.; auch § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV spricht von einer „technischen Kapazität“.

⁹³ Begründung zum Zehnten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 15.6.2007, S. 26, abrufbar unter: https://www.bitkom.org/files/documents/10_RAeStV_15_6_07_ges.pdf, zuletzt abgerufen am 01.08.2014.

⁹⁴ Zu dieser Frage finden sich auch bereits einige Überlegungen in der Stellungnahme von ARD/ZDF, VPRT und Landesmedienanstalten, Kernthesen zur Fortentwicklung der Plattformregulierung.

⁹⁵ So auch *Broemel*, Vielfaltsgewährleistung auf virtuellen Plattformen – Anpassung des kartellrechtlichen Konzepts an die medienrechtliche Regulierung, in: MMR 2013, 83, 84.

⁹⁶ So auch *Holznapel/Hahne*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 50 RStV, Rn. 6 ff.; vgl. zur Diskussion VG Oldenburg, Urteil vom 16. Oktober 2012 – 1 A 2353/11 – nicht rechtskräftig; in der Anmerkung zum Urteil beschreibt *Assion*, in: ZUM 2013, 603, 604 bei dem Begriff der vergleichbaren Telemedien handele es sich um einen Begriff des Gesetzgebers ohne klares Konzept.

⁹⁷ M.w.N. für eine zumindest analoge Anwendung von § 52 ff. RStV *Schütz/Schreiber*, Smart TV: Diskriminierungsfreier Zugang zu Portalen auf TV-Endgeräten – Lösungsmöglichkeiten mit den bestehenden medien-, TK- und kartellrechtlichen Vorgaben?, in: MMR 2012, 659, 660 ff.

- Zum zweiten ist der Gedanke der technischen Zugangsfreiheit mit einem begrenzten und z. T. schwer definierbaren Anwendungsbereich verbunden, der mit der konzeptionellen Vagheit der Norm verbunden ist. § 52c RStV soll Maßnahmen zum diskriminierungsfreien Plattformbetrieb enthalten.
- Rechtsunsicherheit wird jedoch auch hier durch die Begriffe „Plattform“ und „vergleichbare Telemedien“ generiert (dazu bereits oben). Die Eigenschaft eines Plattformanbieters besteht bspw. bei elektronischen Programmführern (EPG) nur dann, wenn sie auch von einem Plattformanbieter auf den Markt gebracht werden⁹⁸, d. h. wenn sie mittels Kabel, Satellit oder Terrestrik direkt mit dem Programmangebot eingespeist werden.
- Mit der zunehmenden Trennung der Anbieter von programmlichen Inhalten und von Navigationshilfen, wie z. B. Smart-TV-Portalen (zum Begriff siehe B. II. 4.), stellt sich die Frage, ob der Anwendungsbereich von § 52c RStV noch die Diskriminierungspotenziale erfasst, auf die die Norm abzielt. Damit werden aktuelle Konvergenzentwicklungen, die neue Gefährdungspotenziale für die kommunikative Chancengerechtigkeit bergen, nicht hinreichend adressiert.
- Das Verhältnis zwischen § 52c Abs. 1 S. 1 und S. 2 RStV ist zudem nicht hinreichend klar ausdifferenziert und es fehlt an einer Regelung, die die Diskriminierung bei der Bündelung und Vermarktung von Programmen erfasst.⁹⁹

Hier gibt es Bezüge zur Diskussion um Netzneutralität (dazu mehr unter B. III. 3. g)).

c) Keine Berücksichtigung des Prinzips „Must-Be-Found“ und ggf. „Must-Offer“

Derzeit folgt das Regime der Plattformregulierung einer reinen „Must-Carry“-Systematik, orientiert sich also an der Zugangsöffnung. D. h. es wird Plattformbetreibern aufgegeben, bestimmte gesellschaftlich gewünschte Inhalte im Rahmen ihrer Kapazität aufzunehmen, § 52b Abs. 1 RStV. Die Vorzeichen begrenzter technischer Ressourcen zur Bereitstellung von Medieninhalten haben sich durch die Digitalisierung und stetig wachsende Zahl von Online-Angeboten gewandelt.¹⁰⁰ Das Problem der Verfügbarkeit von Angeboten mit einem besonderen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation wird im Rahmen der technischen und medialen Entwicklungen von einem Bedürfnis nach Auffindbarkeit ersetzt bzw. ergänzt.¹⁰¹

⁹⁸ Medienanstalten, Jahrbuch 2012/2013, ALM GbR (Hrsg.), S. 29, abrufbar unter: http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/ALM-Jahrbuch/Jahrbuch_2013/Jahrbuch_2012-13_Druckversion.pdf zuletzt abgerufen am 12.5.2014.

⁹⁹ Schulz, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 52c Rn. 58.

¹⁰⁰ Vgl. ANGA, Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V., Positionspapier zur Plattformregulierung und zu „Connected TV“, S. 5 f., abrufbar unter: http://www.anga.de/media/file/712.ANGA_Stellungnahme_Plattformregulierung_Connected_TV.pdf zuletzt abgerufen am 20.5.2014.

¹⁰¹ So auch die Stellungnahme von ARD/ZDF, VPRT und Landesmedienanstalten, Kernthesen zur Fortentwicklung der Plattformregulierung, S. 2.; so auch Fuchs, Raus aus dem Korsett: Auffindbarkeit als neues Paradigma der Medienregulierung, in: Hachmeister/Anschlag (Hrsg.), Rundfunkpolitik und Netzpolitik: Strukturwandel der Medienpolitik in Deutschland, 130, 135 f.

Da die Plattformregulierung nicht auf die neuen medialen Angebote zugeschnitten ist, findet dies derzeit keine Berücksichtigung.

Da das Verhältnis von Plattform und Inhabitantanbieter ganz unterschiedlich ausgestaltet sein kann, ergeben sich auch umgekehrt Forderungen nach einer Verpflichtung jedenfalls der Anbieter von solchen Angeboten, die einen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation darstellen, ihre Angebote allen Plattformbetreibern zur Verfügung zu stellen („Must-Offer“).¹⁰²

Insgesamt besteht die Herausforderung einen Regulierungsrahmen zu erstellen, der bei unterschiedlichen technischen und ökonomischen Rahmenbedingungen adäquate Lösungen produziert.

d) Insbesondere: Must-Carry im Kabel

Zu den Bereichen, in denen Reibungen zwischen den Regelungsmaterien deutlich geworden sind, gehört der der Einspeisung von Rundfunk und Telemedien in Kabelanlagen, insbesondere was die Entgeltlichkeit, aber auch den Umfang (HbbTV Signale) in Kabelanlagen angeht. Letztlich sind hier die Zivilgerichte problementscheidend geworden¹⁰³, obwohl es sich im Kern um ein Problem öffentlichen Medienrechts handelt. Dabei sind fast alle in dieses Gutachten einbezogenen Regelungsmaterien in ihrem Zusammenspiel betroffen:

- *Rundfunkrecht* (Plattformregulierung): Bei den rundfunkrechtlichen Regelungen des § 52b RStV ist streitig, inwieweit die ins Kabelnetz einzuspeisenden Inhabitantanbieter einem Kontrahierungszwang und einer daraus resultierenden Entgeltverpflichtung unterliegen. Zwar regelt § 52d RStV die Entgelterhebung als solche, jedoch nicht, ob und in welcher Höhe Entgeltforderungen der Kabelnetzbetreiber akzeptiert werden müssen.¹⁰⁴
- *Kartellrecht*: Für die kartellrechtliche Einschätzung spielt die Frage eine Rolle, inwieweit hier überhaupt angesichts der rundfunkrechtlichen Prägung der Beziehungen der Unternehmen ein Markt vorliegt und inwieweit die Regelungen des Rundfunkrechts im Kartellrecht Berücksichtigung finden.
- *Urheberrecht*: Urheberrechtlich ergeben sich jedenfalls Folgefragen, etwa ob sich selbst bei Anerkennung der Unentgeltlichkeit des Must-Carry gemäß §§ 87 Abs. 1, 5 i.V.m. § 20b UrhG noch gegenseitige Vergütungspflichten zwischen Sendeunternehmen und Kabelbetreibern ergeben können.

¹⁰² Dazu bereits 2007 ANGA, Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V., Stellungnahme zur Novelle des Rundfunkstaatsvertrags, abrufbar unter: http://www.anga.de/media/file/71.ANGA-Stellungnahme_RAESTV_15Juni07.pdf, zuletzt abgerufen am 19.05.2014.

¹⁰³ Siehe z. B. LG Berlin, ZUM 2013, 954; OLG München, MMR 2014, 201.

¹⁰⁴ Ladeur, Entgeltspflicht für die Kabeleinspeisung von Programmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten?, in: ZUM 2012, 939, 940.

- *Telekommunikationsrecht*: Auch wenn der Bereich nicht mehr von der Marktregulierung des TKG erfasst ist, können sich Folgefragen etwa im Hinblick darauf stellen, ob die Ungleichbehandlung von anderen, nicht Must-Carry-Privilegierten, angegriffen werden kann.

In diesem Bereich erscheinen die Regelungsmaterien wenig abgestimmt, obgleich es sich sowohl aus Sicht der Anbieter von Rundfunk und Telemedien als auch der Infrastrukturanbieter um eine relevante Weichenstellung in der Regulierung handelt – auch wegen der Folgeeffekte für Angebote außerhalb des Must-Carry Bereichs.

e) Signalintegrität und Autonomie der Aggregation

Ein mit der derzeitigen Plattformregulierung verbundenes Problem stellt die Sicherstellung der Signalintegrität und der Autonomie über die Inhalte dar. Zu den aktuell diskutierten¹⁰⁵ konkreten Problemen gehören folgende:

- Die Attraktivität von Fernsehen zur Generierung von Reichweite wird von anderen Angeboten ausgenutzt;
- das Fernsehbild wird überblendet, ggf. sogar mit Werbung (Overlay-Problematik);
- Inhalte werden durch Plattformanbieter disaggregiert und ggf. neu aggregiert.

Insbesondere für die Overlay-Problematik stellt sich die Frage, inwieweit bereits Ansprüche der Fernsehprogrammveranstalter bestehen:

- Liegt eine Verletzung des Leistungsschutzrechts nach § 87 Abs. 1 UrhG vor? Dies kann fraglich sein, wenn das Signal nicht verändert wird.¹⁰⁶
- Liegt eine unlautere geschäftliche Handlung gem. §§ 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 UWG vor?

Werden derartige Praktiken von der Integritätsschutzvorschrift der Plattformregulierung erfasst (§ 52a Abs. 3 RStV)? Hier ist zu klären, ob Handlungsbedarf besteht und in welcher Form und durch wen ggf. zu handeln ist (Erweiterung der Plattformregulierung der Länder oder des Leistungsschutzrechts durch den Bund).

f) Beispiel: Streaming Portale

Anschaulich wird der Abstimmungsbedarf zwischen Urheberrecht und einer zukünftigen Plattformregulierung, wenn möglicherweise medienpolitisch wünschenswertes Verhalten, z. B. das Angebot von Streaming-Portalen, durch eine nicht technologieneutrale Ausgestaltung des § 20b UrhG juristisch erschwert wird. Virulent geworden ist dieser Problembereich

¹⁰⁵ Überblick bei *Broemel*, Hybrid-TV als Regulierungsproblem? Medien-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen hybriden Fernsehens, in: ZUM 2012, 866 ff. und *Boos*, Technische Konvergenz im Hybrid-TV und divergenter Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet, Universität Kassel (Hrsg.), 2012, <http://www.uni-kassel.de/upress/online/frei/978-3-86219-332-5.volltext.frei.pdf>, zuletzt abgerufen am 14.5.2014.

¹⁰⁶ Vgl. dazu: *Weber*, Hybridfernsehen aus der Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, in: ZUM 2011, 452, 454.

durch den urheberrechtlich motivierten Streit zwischen der Streaming Plattform „Zattoo“ und den Filmunternehmen *Warner Bros. Entertainment* und *NBC Universal*.¹⁰⁷ Zattoo macht als Anbieter einer Streaming-Plattform einen Ausschnitt des deutschen Fernsehprogramms zeitgleich und unverändert über das Internet zugänglich. Im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen einerseits zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und andererseits der GEMA wurde die Weitersendung der Fernsehprogramme vereinbart. Alle Parteien gingen bei dem Sachverhalt davon aus, es handele sich um eine Kabelweitersendung im Sinne von §§ 20b, 87 UrhG, sodass die GEMA als Verwertungsgesellschaft zwischengeschaltet sei und die Kläger schon nicht aktivlegitimiert seien. Das Gericht nahm jedoch eine vorwiegend historisch motivierte Auslegung des Gesetzes vor und stellte fest, dass der Gesetzgeber zu dieser Zeit weder die öffentliche Wiedergabe per Internet-Protokoll im Blick hatte, noch eine dynamisch-offene Regelung angestrebt hat.¹⁰⁸

Weiter stellt das Gericht fest, dass § 20b UrhG im Katalog der Verwertungsrechte eng auszu-legen ist, da die kollektive Rechtswahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft einen erheblichen Eingriff in die Privatautonomie darstelle.¹⁰⁹ Es bedürfe hier einer Entscheidung des Gesetzgebers, die den Anwendungsbereich der Norm explizit ausweitet.¹¹⁰ Dement-sprechend hatte Zattoo laut des Landgerichts Hamburg keine Rechte an den Filmwerken der Warner Bros. sowie der NBC Universal.

- Es ist aus medienpolitischer Perspektive wünschenswert, insbesondere solche Angebote, die einen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation darstellen, auch über neue Über-tragungswege verfügbar zu machen. Hier liegt es zwar in der Autonomie der Anbieter, zu entscheiden, wo sie auftauchen möchten. Allerdings stellt sich die Frage, ob die rechtli-chen Regelungen dafür noch eine adäquate Grundlage schaffen.
- Derartige Rechtsunsicherheit durch eine technologiebasierte Regulierung kann die Ent-stehung von innovativen medialen Angeboten über neue Übertragungswege hemmen.¹¹¹

Fraglich ist, ob diesen Umständen entweder durch eine technologieneutrale Ausgestaltung des § 20b UrhG¹¹² oder durch eine abstimmende Lösung einer neuen Plattformregulierung Rechnung getragen werden kann.

g) Kontext: Netzneutralität

Die Grundsatzfragen von Netzneutralität sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Die hier behandelten Themen können sich aber mit denen der Netzneutralitätsdebatte berühren. Unter Netzneutralität wird die diskriminierungsfreie Datenübertragung im Internet verstan-

¹⁰⁷ Vgl. LG Hamburg, ZUM 2009, 582.

¹⁰⁸ LG Hamburg, ZUM 2009, 582, 585.

¹⁰⁹ LG Hamburg, ZUM 2009, 582, 586.

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ KG Berlin, Urteil vom 25.01.2010 – 24 U 16/09, Rn. 20 ff.

¹¹² Vgl. dazu auch §§ 17, 59a des österreichischen Urheberrechtsgesetzes.

den, wobei die Definitionen im Hinblick auf die Art möglicher Diskriminierungen deutlich und auch der zur Neutralität Verpflichteten variieren.¹¹³

Durch die Entwicklung des Internets und die durch veränderte Art der Nutzung steigende Netzauslastung ist zweifelhaft, ob auch in Zukunft eine angemessene Übertragungsqualität für alle Endnutzer gewährt werden kann. Während in der Vergangenheit größtenteils statische Daten und Text-Dateien übertragen worden sind, wird heute das Netz in erheblichem Maße durch (Video-) Streaming ausgelastet (z. B. Streaming von UGC, linearen Fernsehangeboten, Audio-Streaming). Während 2009 statische Datendienste noch etwa 68 % des Internet-Datenverkehrs ausmachten, war im Jahr 2012 die Übertragung von Medien der größte Traffic-Verursacher.¹¹⁴ Laut einer Studie soll der weltweite Anteil am Datenverkehr, der durch Mediendienste (also hauptsächlich Streaming von Audio- und Videodaten) verursacht wird, bis zum Jahr 2018 auf etwa 78 % steigen.¹¹⁵ Gleichzeitig steigt durch die erheblichen Datenmengen und die Zunahme der Beliebtheit dieser Dienste das absolut übertragene Datenvolumen erheblich.¹¹⁶ Die steigende Netzauslastung durch derartige Angebote wirft die Frage auf, ob eine zukünftige Plattformregulierung im Hinblick auf die Übertragungsqualität und/oder Übertragungsgeschwindigkeit von Daten Anknüpfungspunkte für die Privilegierung bestimmter Dienste liefert, z. B. solchen Diensten, die einen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation darstellen.

In der Vergangenheit kam es bereits zu diskussionswürdigen Unterschieden bei der Regulierung von Angeboten. So sah sich die Deutsche Telekom den Regulierungsbestrebungen des Bundeswirtschaftsministeriums ausgesetzt¹¹⁷, als sie ankündigte, ihren Dienst „Entertain“ von einer Geschwindigkeitsbegrenzung in der Datenübertragung auszunehmen.¹¹⁸ Im Gegensatz dazu ergab sich dieses Problem für ihre Konkurrenten, trotz einer Vergleichbarkeit der Leistungen, nicht, da diese teilweise dedizierte Übertragungskanäle nutzten.

¹¹³ Redeker, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 1070.

¹¹⁴ Vgl. dazu Arthur D. Little Studie, The Future of the Internet, Innovation and Investment in IP Interconnection, S. 5 ff; Zahlen beziehen sich jeweils auf die Netzauslastung in der „busy hour“ in Nordamerika, 2014, abrufbar unter: http://www.adlittle.de/uploads/tx_extthoughtleadership/ADL_LibertyGlobal_2014_FutureOfTheInternet_01.pdf, zuletzt abgerufen am 09.10.2014.

¹¹⁵ Vgl. dazu Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology 2013-2018, S. 10, abrufbar unter: http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/ip-ngn-ip-next-generation-network/white_paper_c11-481360.pdf?utm_source=Triggermail&utm_medium=email&utm_term=Tech%20Chart%20of%20The%20Day&utm_campaign=SAI_COTD_061314, zuletzt abgerufen am 25.07.2014.

¹¹⁶ Thesenpapier ZAK, veröffentlicht in: epd-Medien 2011, S. 37 ff.; Gersdorf, Netzneutralität: Juristische Analyse eines „heißen Eisens“, in: AfP 2011, 209, 214.

¹¹⁷ Das BMWi kündigte an, Verordnungen basierend auf § 41a Abs. 1 TKG zu erlassen und legte hierzu zwei Entwürfe vor. Diese wurden indes nie umgesetzt, vgl. hierzu etwa Koenig/Meyer, Bitte keine normativen Schnellschüsse in Sachen Netzneutralität!, in: CR 2013, 643; Wimmer/Löw, Die gescheiterte Netzneutralitätsverordnung 2013, in: MMR 2013, 636.

¹¹⁸ Vgl. hierzu für einen Überblick die Meldung bei Chip.de vom 22.04.2013, http://www.chip.de/news/Telekom-DSL-Drosselung-startet-offiziell-am-2.-Mai_61167711.html, zuletzt abgerufen am 15.04.2014.

Die jüngsten Verordnungsentwürfe des EU-Parlaments sehen aus diesen Gründen vor, dass Angebote, die über das Internet übertragen werden, aber bestimmter Qualitätsanforderungen bedürfen, unter strengen Voraussetzungen als „*Specialised Services*“ bei der Datenübertragung bevorzugt behandelt werden dürfen. Unterschiede in der Regulierung blieben dadurch indes dennoch bestehen.¹¹⁹

Die eben dargestellte und im deutschen TK-Recht (§ 41a TKG) und auch ansatzweise auf europäischer Ebene¹²⁰ geregelte (und weiter in der Diskussion befindliche) Netzneutralität weist zudem Bezüge zu den Zielen der Medienregulierung auf: So wird die Offenheit des Internets als Element der Vielfaltsicherung angesehen; die Abgrenzung zwischen telekommunikationsrechtlich regulierungsbedürftigen Plattformen und solchen, die der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung unterliegen, wird mit diesem Umstand erklärt. Die Sicherung einer – näher ausdifferenzierenden – Netzneutralität könnte im Bereich einer zukünftigen Plattformregulierung folglich ein wichtiges Element darstellen, um die Regulierungsbedürftigkeit von Netzinfrastruktur- oder auch auf Netzinfrastruktur aufsetzenden Angeboten zu beschreiben.

Zudem macht die Diskussion darauf aufmerksam, dass die inhaltsbezogene Betrachtungsweise des Rundfunkrechts – aber auch zuweilen der Netzneutralitätsdebatte – die Effizienz der Infrastrukturnutzung und die Anreize zum Ausbau der Infrastruktur nicht einbezieht, obgleich beide Aspekte mittelbar auch vielfaltsrelevant sind.

4. Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle

Die verfassungsrechtlichen Vorzeichen von Meinungsmachtkontrolle und Marktmachtkontrolle sind grundverschieden: Auf der einen Seite steht die verfassungsrechtlich mögliche, aber nicht zwingende Entscheidung¹²¹ zu einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung mit einem Kartellrecht, das sie gegen Wettbewerbsverengungen aufgrund von Marktmacht absichert und nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG in die Kompetenz des Bundes fällt. Auf der anderen Seite stehen objektive Gewährleistungsgehalte aus Art. 5 Abs. 1 GG, die zwin-

¹¹⁹ Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments vom 21.2.2014 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012, (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)), S. 229, 254ff., abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0190+0+DOC+PDF+V0//DE>, zuletzt abgerufen am 05.08.2014.

¹²⁰ Vgl. dazu Art. 20 Abs. 1 b, Abs. 2 sowie Art. 22 Abs. 3 Universaldiensterichtlinie (RL 2002/22/EG); zur Netzneutralitätsverordnung siehe *Wimmer/Löw*, Die gescheiterte Netzneutralitätsverordnung 2013, in: MMR 2013, 636 ff.

¹²¹ Zur wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes BVerfGE 7, 17 f.; 7, 377, 400; 14, 263, 275; 25, 1, 19 f.; 30, 292, 317 ff.; 50, 290, 337 f.; BVerfGE 4, 7, 17 f.; 7, 377, 400; vgl. dazu auch *Scholz* in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 12 Rn. 85.

gend gebieten, Instrumente zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht vorzuhalten und positiv Meinungsvielfalt zu sichern.¹²²

Diese verschiedenen Ansätze führen auch dazu, dass sich die Maßstäbe des Bundeskartellamts von denen der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) unterscheiden, wenn sie denselben Sachverhalt prüfen. Hier stellen sich materielle Fragen der Koordination von Regelungsmaterien und institutionelle Fragen der Kooperation.

a) Koordination der Regelungsmaterien

Dass GWB und Rundfunkrecht unterschiedlichen Maximen folgen, führt zu keinem grundsätzlichen Regelungskonflikt: Zusammenschlüsse von Medienunternehmen müssen den Vorgaben aus beiden Bereichen genügen. Obwohl anerkannt ist, dass die kartellrechtliche Kontrolle zugleich auch der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht dient¹²³, kann es dennoch zu Regelungskonflikten kommen, die mit den unterschiedlichen Regelungszielen beider Materien verknüpft sind. Konfliktpotenzial entsteht hier z. B. bei folgenden Fragen:

- *Reichweite von Vielfaltskriterien*: Wie ist der Konflikt aufzulösen, wenn eine kartellrechtlich richtige Lösung der Zielerreichung des Medienrechts zuwider läuft (bspw. wenn ein Zusammenschluss von Medienunternehmen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, aber der einzige Weg ist, journalistisch-redaktionelle Versorgung einer Region zu sichern). Hier stellt sich auch die Frage, inwieweit das Bundeskartellamt Argumente der Vielfalt in seine Prüfung einbeziehen kann oder sogar muss.
- *Marktabgrenzung*: Durchführung von Marktabgrenzungen, insbesondere dort, wo das Rundfunkrecht auf ökonomische Märkte rekurriert (§ 26 Abs. 2; § 52 Abs. 1 Nr. 1 RStV)
- *Koordination und Kooperation*: Zu prüfen wäre, ob die Verfahrensabstimmung bei gleichzeitiger Prüfung durch Kartellamt und KEK, etwa wenn es zu Verhandlungen mit den beteiligten Unternehmen kommt, optimierbar ist.

b) Anpassung der Vielfaltsicherung und Meinungsmachtkontrolle an Digitalisierung und Konvergenz

Die Prüfung der KEK erfasst mittelbar über das Zuschaueranteilsmodell in §§ 26 f. RStV auch andere medienrelevante verwandte Märkte. Zentral knüpft die Kontrolle der Meinungsmacht jedoch noch an das Fernsehen an, § 26 Abs. 2 RStV. Trotz steigender Nutzungszahlen im Bereich digitaler (Online-)Medien wird hier weiterhin anknüpfend an Fernsehen und am

¹²² BVerfGE 57, 295, 319 f., s. ausführlicher unten bei der Erörterung des Handlungsspielraums des Gesetzgebers.

¹²³ Vgl. etwa *Schulz/Held*, Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Die Zukunft der Kontrolle der Meinungsmacht, 2006, S. 56, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/04083.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.8.2014; *Schulz/Held/Laudien*, Landesmedienanstalt NRW (Hrsg.), Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation: Rechtliche Anforderungen an Zugangsoffenheit und Transparenz bei Suchmaschinen im WWW, S. 93 ff.

Maßstab rundfunkartiger Wirkungspotenziale (Aktualität, Suggestivkraft, Breitenwirkung) bewertet.¹²⁴

Gleichzeitig kann das Bundeskartellamt – auch mit Hilfe des Konstrukts des Substitutionswettbewerbs – alle Medien in seine Prüfungen eines Zusammenschlusses einbeziehen, hat aber keine spezifische Handhabe gegen das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht. Mit der sich verändernden Rolle von Fernsehen und neuen Angeboten in konvergierenden Medienumgebungen erscheint das Verhältnis von Meinungsmachtkontrolle und der Kontrolle von wirtschaftlicher Macht diskussionsbedürftig.

Hier stellen sich grundsätzliche Fragen im Grenzbereich von Rundfunk- und Kartellrecht angesichts der Konvergenz:

- Gibt es Anlass, das Konzept von Vielfaltsicherung und Meinungsmachtkontrolle grundsätzlich zu überdenken, etwa im Hinblick auf veränderte Nutzungsgewohnheiten und Angebotstypen?
- Wo unterstützt das Kartellrecht die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht und wo ist das Verhältnis der Regelungsmaterien zueinander dysfunktional?
- Welche verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen existieren in diesem Bereich? Welche Vorgaben zur Vielfaltsicherung und Meinungsmachtkontrolle sind geboten, welche verzichtbar?

c) Nicht-publizistische Meinungsmacht/Intermediäre

Während die gegenwärtigen Regularien an Rundfunkveranstalter als Risikoträger vorherrschender Meinungsmacht anknüpfen, geraten neue, internetbasierte Entwicklungen als neue Faktoren mit Einflusspotenzial auf die Meinungsbildung vermehrt in den Fokus.¹²⁵

Durch ihre den Inhalteanbietern vor- und nachgelagerte Vermittlungsfunktion zum Nutzer haben Intermediäre im Online-Bereich das Potenzial, den Meinungsbildungsprozess in verschiedener Weise zu verzerren, wenn sie die Meinungsvielfalt und die Freiheit der öffentlichen Meinungsbildung einschränken. Insofern ist der Maßstab, an dem eine Einflussnahme gemessen wird, das Prinzip der Gewährleistung kommunikativer Chancengerechtigkeit als Unterziel der Vielfaltsicherung. Zuweilen wird die Entwicklung zum Anlass genommen, eine grundsätzliche Neuorientierung der Vielfaltsicherung zu fordern (siehe bereits oben B. I. 1. d)). Empirische Evidenzen für eine tatsächliche Einflussnahme sind allerdings bislang rar.

Diese Intermediäre haben das Potenzial zu mittelbaren Einflussnahmen, die keine inhaltlichen Veränderungen des kommunikativen Inhalts bewirken, aber durch vermittelnde und aggregierende Aktivitäten darauf Einfluss nehmen, ob und wie leicht Inhalte auffindbar sind.

¹²⁴ Eine sehr enge Bindung an den Rundfunk statuiert BVerwG NVwZ-RR 2014, 473, 475 f. Inwieweit dies landesrechtlichen Nachsteuern bedarf, damit die Regulierung ihr Ziel erreicht, wird hier nicht geprüft.

¹²⁵ Vgl. zum Folgenden ausführlich *Schulz/Dreyer/Hagemeier*, Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), *Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation*, 2011, S. 11 ff.

Diskutiert werden unterschiedliche Typen (s. o. Begriffsverständnis), die im Hinblick auf ihre Funktion, die Wettbewerbsverhältnisse und die Einwirkungsmöglichkeiten durchaus Unterschiede aufweisen, aber auch wissenschaftlich noch nicht voll durchdrungen sind.

Der Vorwurf wirtschaftlicher Einflussnahme ist im Jahr 2010 Gegenstand eines Verfahrens der EU-Kommission gegen Google Inc. geworden, das wegen der möglicherweise kartellrechtswidrigen Ausnutzung seiner Marktmacht eingeleitet worden war.¹²⁶ Dabei ging es um vier Vorwürfe, die sich innerhalb des kartellrechtlichen Verfahrens als zentral dargestellt haben¹²⁷:

1. Die systematische Benachteiligung konkurrierender sog. vertikaler Suchmaschinendienste (d. h. spezialisierte Suchmaschinendienste, die in einen Themenbereich eingegrenzt sind, wie z. B. Hotel-Suchmaschinen) gegenüber eigenen Diensten.
2. Laut Europäischer Kommission hat Google Search gleichzeitig die Daten (z. B. Kundenrezensionen) konkurrierender Dienste ohne Einwilligung bzw. sogar gegen ihren expliziten Willen genutzt, um die Darstellung der eigenen Dienste zu verbessern.
3. Der dritte Vorwurf betrifft Exklusivitätsvereinbarungen zwischen Google Inc. und Vertriebspartnern. Diese sahen etwa vor, dass – wenn eine Google Suchbox in Websites integriert wird – ausschließlich oder zumindest überwiegend von Google vermittelte Werbung im Zusammenhang mit den Suchergebnissen angezeigt werden durfte.
4. Als letzter Punkt möglichen kartellrechtswidrigen Verhaltens wurde die eingeschränkte Offenheit der Google Werbepattform AdWords gesehen. Demnach wurde es Entwicklern nicht erlaubt, Dienste bereitzustellen, die einen Datentransfer zu anderen Diensten ermöglichten (z. B. Microsoft AdCenter).

Das Verfahren wurde mittlerweile bis auf Weiteres mit einem Kompromiss beendet.¹²⁸ Obwohl das Verfahren keine explizit meinungsmachtspezifische Komponente aufweist, so ist dieser wirtschaftlich geprägte Bereich dennoch mit solchen Fragen verwoben. Die oben aufgezeigten möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen zeigen diesen Problembe- reich auf.

Studien zeigen, dass die Dienste selbst als relevante Anbieter von Informationen wahrgenommen werden (ausführlich unter B. I. 1. a)).

Grundsätzlich stellen sich für das Kommunikationsrecht folgende Fragen:

¹²⁶ Übersicht zum Verfahrensablauf abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&case_title=Google, zuletzt abgerufen am 28.7.2014.

¹²⁷ Übersicht entnommen aus: Europäische Kommission, Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals – Frequently asked questions, 5.2.2014, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-87_en.htm?locale=en, zuletzt abgerufen am 28.7.2014.

¹²⁸ Zu den Details siehe *Miller/Scott*, Google Settles Its European Antitrust Case; Critics Remain, 5.2.2014, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2014/02/06/technology/google-reaches-tentative-antitrust-settlement-with-european-union.html>, zuletzt abgerufen am 28.07.2014.

- Inwieweit bestehen Risiken für die freie individuelle Meinungsbildung und welcher Art sind sie? Welche Rolle spielt dabei, dass Daten über die Nutzer die Adressierung erleichtern?
- Welche Formen der vertikalen Integration sind bei Intermediären erkennbar und welche Einflusspotenziale auf die Meinungsbildung bergen diese Entwicklungen?¹²⁹
- Wie ist der verfassungsrechtliche Rahmen – auch angesichts der Funktion, die die Intermediäre für die Informationserschließung erfüllen – beschaffen?
- Inwieweit bietet das Kartellrecht auch einen Schutz gegen mögliche Risiken für die freie Meinungsbildung und inwieweit bestehen Bedarf und Möglichkeit für landesrechtliche Regelungen?

Derzeit passt weder das auf publizistische Medien zugeschnittene Regime der §§ 26 ff. RStV noch die Plattformregulierung der §§ 52 ff. RStV auf Intermediäre der oben genannten Art. Inwieweit dies auf eine Lücke verweist oder nicht vielmehr deutlich macht, dass kein Problem der Meinungsmacht vorliegt, wäre durch eine Risikoanalyse zu klären.

Die Problemanalyse hat im Kern folgende Erkenntnisse zum Thema Meinungsmacht und Intermediäre hervorgebracht:

- Alle der oben genannten Intermediärtypen neigen zu der Herausbildung marktstarker Akteure, die – wie im Fall von Suchmaschinen – extrem hohe Nutzungsanteile von 90 % erreichen können. Die ökonomischen Strukturen können allerdings bei den unterschiedlichen Intermediärtypen unterschiedlich sein.
- Es gibt empirische Hinweise dafür, dass die Bedeutung von Intermediären – insbesondere von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken – für die Erschließung von Informationen hoch ist und zum Teil noch weiter zunimmt (Indizien in nahezu allen Studien unter B. I. 1.).
- Lock-In- und Netzwerkeffekte sorgen bei Intermediären typischerweise für eine starke Bindung der Nutzer. Dies gilt aufgrund der Tendenz zur Dienstediversifikation und Verknüpfung mit neuen Funktionen begrenzt auch für Suchmaschinen, die vom Nutzer grundsätzlich einfach zu wechseln sind. Deutlich sind die Effekte bei sozialen Netzwerkdiensten aufgrund der Online-Profilbildung. Diese Effekte sorgen auch dafür, dass ein Markteintritt neuer Konkurrenten auf den entsprechend besetzten Märkten erheblich erschwert wird.
- Speziell im Bereich der Suche ist zu beachten, dass die Zahl der beantworteten Suchanfragen die qualitative Optimierung der Suche beeinflusst. Dies bedeutet, dass eine hohe Zahl von Suchanfragen erforderlich ist, um die Dienstleistungen in einer wettbewerbsfähigen Qualität anzubieten.

¹²⁹ Mit dem Hinweis auf diese Problematik auch Prof. Dr. *Gersdorf* im Rahmen der Befragung zur Reform der Medien- und Kommunikationsordnung durch die SPD-Bundestagsfraktion.

- Mit einem potenziell steigenden Einflusspotenzial wird auch für das Risiko der Entstehung sog. „Echo Chambers“ höher (siehe unter B. I. 1. f)), auch wenn diese „Vereinseitigung“ von Informationskanälen derzeit noch nicht empirisch nachweisbar ist.

Damit ist grundsätzlich auch die Möglichkeit einer missbräuchlichen Beeinflussung der öffentlichen Kommunikation durch Intermediäre gegeben, etwa indem bestimmte Inhalte einfacher auffindbar gemacht werden als andere. Evidenzen für derartige „Missbräuche“ im Sinne einer Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Inhalte sind bei entsprechenden ökonomischen Interessen – etwa bei der Bevorzugung verbundener Unternehmen – ökonomisch rational.

Derartige Evidenzen fehlen bei der Differenzierung zwischen kommunikativen Inhalten aus nicht-ökonomischen, etwa politischen oder weltanschaulichen Gründen. Dies ist jedenfalls bei den Intermediären, die keine Nischenbedürfnisse befriedigen, nicht ökonomisch rational, aber technisch möglich. Zur Führung eines Nachweises, dass bestimmte Inhalte „ungerechtfertigt“ im Ranking auf- oder abgewertet werden, mangelt es jedoch an Transparenz der internen Auswertungsvorgänge.

Eine Forderung nach „Neutralität“ von Intermediären im Hinblick auf die durch sie vermittelten kommunikativen Inhalte kann nicht im Sinne einer Gleichbehandlung verstanden werden. Dies gilt jedenfalls für Intermediäre, die Nutzer bei der Auffindbarkeit von Inhalten unterstützen, da hier die Differenzierung zwischen unterschiedlichen Kommunikaten gerade den Mehrwert des Dienstes darstellt.

Aufgrund der Angebots- und Nutzungsstruktur im Internet ist es weder möglich noch sinnvoll, das Paradigma positiver Vielfaltsicherung im Rundfunk auf diesen Bereich zu übertragen. Zudem ist nicht nur das Risiko, sondern auch der Vielfaltsbeitrag zu beachten (s. u. zum normativen Rahmen). Es spricht allerdings viel dafür, aus der besonderen Strukturierungs- und Ordnungsleistung der Intermediäre auch – zumindest wenn aus Nutzersicht eine wie auch immer geartete „Wertneutralität“ erwartbar ist – besondere Anforderungen an solche Intermediäre abzuleiten, also diese Erwartung – ggf. auch regulatorisch – zu stabilisieren.

Die obigen Ausführungen beziehen sich auf Intermediäre, die algorithmisch Auffindbarkeit erleichtern. Bei anderen existieren zum Teil explizite kommunikative Grundstandards, die etwa in den Policies von Facebook oder Apple iTunes steuern, ob Inhalte rechtmäßig zur Verfügung gestellt werden bzw. Applikationen über die entsprechende Plattform vertrieben werden. Diese Standards enthalten explizite Maßstäbe für Bewertungen der Kommunikate durch den Intermediär. Auch hier kann sich die Frage stellen, ob sie Einflussnahme auf die Verbreitung kommunikativer Inhalte den Maßstäben kommunikativer Chancengerechtigkeit genügt.

Gesetzliche Maßnahmen, die primär eine Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht oder Sicherung kommunikativer Chancengerechtigkeit durch Intermediäre zum Ziel haben, fallen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Dies bedeutet nicht, dass nicht auch ggf.

spezielle, auf die Kontrolle von Marktmacht bezogene Regelungen, die in Kompetenz des Bundes erlassen werden, auch zur Verhinderung von Meinungsmacht beitragen können.

d) Mediaagenturen

Mediaagenturen beraten Werbetreibende und vermitteln im Auftrag Werbepakete an Medienunternehmen. Mit einer sich zunehmend etablierenden Handelsform (sog. „Trading“) werden Mediaagenturen gleichzeitig aber auch Abnehmer von Werbeflächen bei den Medienunternehmen. D. h. sie treten in beiden Stufen der Wertschöpfungskette sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager auf. Dies stellt nicht nur eine Entwicklung dar, die die traditionell eher beratende Rolle der Mediaagenturen tiefgreifend – hin zu Handelsunternehmen – verändert, sondern eröffnet auch wirtschaftsrechtliche und medienrechtliche Fragen.

Der Markt für Agenturleistungen ist erheblichen Konzentrationstendenzen ausgesetzt: Etwa 65 % der Agenturleistungen werden derzeit von drei dominanten Mediaagenturen vermittelt. Die Loslösung der Mediaagenturen von ihren werbetreibenden Kunden hin zu einer „eigenständige[n] Wirtschaftsstufe“¹³⁰ zwischen Werbetreibenden und Medienunternehmen sorgt für einen grundsätzlichen Interessenkonflikt, der folgende Problembereiche impliziert:

- Trading-Modelle sind, obgleich sie dank der Weitergabe von Programmflächen-Rabatten gerade für kleinere Werbekunden attraktiv sein können, durch hohe Rabattierungen der Werbeflächen geprägt. Diese Rabatte sind aufgrund der großen Marktmacht der Agenturen durchsetzbar und gefährden möglicherweise die Medienfinanzierung. Die mangelnde Transparenz der Rabattierung und der Rabatt-Weitergabe waren bereits Gegenstand von Gerichtsverfahren¹³¹, auch im Hinblick auf strafrechtliche Verantwortung¹³².
- Durch den breit angelegten Ankauf von Werbeflächen im Trading geraten Medienunternehmen in ein Abhängigkeitsverhältnis, das potenziell dazu geeignet ist, die – zweifellos auch ohne Mediaagenturen vorhandene¹³³ – Abhängigkeit von Werbetreibenden zu verstärken.
- Mediaagenturen sind an massenattraktiven oder unter Umständen auf bestimmte Werbekunden zugeschnittenen Werbeumfeldern interessiert. Mit dem massenhaften Ankauf der Werbeflächen einher geht die Gefahr der Einflussnahme der Mediaagenturen auf redaktionelle Inhalte¹³⁴. Dies kann eine Gefahr für die mediale Vielfalt darstellen.
- Die Gefahr einer einseitigen Einflussnahme auf den „Meinungsmarkt“ stellt sich aufgrund der breiten Angebotsleistung im „Mediamix“ (also Fernsehen, Radio, Internet, Plakate...) als ein qualitativ besonderes Einflussnahmepotenzial dar, da unternehmens- und medi-

¹³⁰ Janke, HORIZONT 35/2007, S. 13.

¹³¹ BGH, NJW 1974, 728; vorgehend OLG München, NJOZ 2010, 1621.

¹³² BGH, Urteil vom 15.12.2010, Az. 2 StR 196/10, abrufbar unter: <http://openjur.de/u/68696.html>, zuletzt abgerufen am 25.07.2014.

¹³³ Zur wirtschaftlichen Abhängigkeit des Privatfernsehens: BVerfGE 73, 118, 155.

¹³⁴ In letzter Konsequenz bedeutet dies eine Bestimmung redaktioneller Inhalte durch die Mediaagenturen.

enübergreifend die redaktionelle Unabhängigkeit und damit die Vielfalt gefährdet werden kann.¹³⁵

Regulatorisch wurde weder aus Gesichtspunkten der Vielfaltsicherung noch aus solchen des Kartellrechts auf diese Situation reagiert:

- § 7 Abs. 2 RStV erfasst schon seinem Wortlaut nach genau das beschriebene Gefährdungsszenario.¹³⁶ Ein Verbot der Einflussnahme der Mediaagenturen auf redaktionelle Inhalte wird daraus jedoch nicht resultieren, da die Abhängigkeit der Medienunternehmen und die Intransparenz von Trading-Geschäften das effektive Vorgehen gegen eine solche Praxis verhindert.
- Mediaagenturen sind durch die Zentrierung der Regulierung auf das Fernsehen nicht von der Meinungsmachtkontrolle durch die KEK erfasst – die Verflechtung mit Medienunternehmen erscheint derzeit nicht als zentrales Problem.
- Die Prüfung des Bundeskartellamts kann diese Form der Einflussnahme möglicherweise nicht erfassen. In Betracht kommt zwar grundsätzlich eine Missbrauchs-Prüfung im vertikalen Verhältnis zwischen Mediaagenturen und Medienunternehmen, § 19 Abs. 1 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Erkennbar sind die Regelungen jedoch nicht auf solche Fälle der Einflussnahme auf Inhalte zugeschnitten.

5. Medienfinanzierung: Werbeblocker

Werbefinanzierte Angebote im Netz können in Refinanzierungsprobleme geraten, wenn die Werbung nicht ausgeliefert, sondern von Nutzern geblockt wird. Unternehmen haben sich darauf spezialisiert, dem Nutzer ein solches Blocking anzubieten. Sie treten dann an Anbieter heran und offerieren ihnen die Aufnahme in eine Positivliste (sogenannte „White List“) mit der Folge, dass für dieses Angebot die Werbung ausgeliefert wird, wenn der Nutzer nicht aktiv wird und auch dieses Angebot in das Blocking einbezieht.¹³⁷

Anbieter von werbefinanzierten Diensten sehen dies als Bedrohung ihres Erlösmodells an und halten das Vorgehen für rechtswidrig. Mehrere von ihnen haben 2014 Klage erhoben und stützen diese sowohl auf Urheber- und Leistungsschutzrechte, aber auch auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs (v. a. unter dem Gesichtspunkt der Marktbehinderung). Ob dies Erfolg hat, bleibt – auch vor dem Hintergrund von Entscheidungen zur Ausblendung von Werbung im Fernsehen – abzuwarten.

¹³⁵ Zur Verstärkung der Meinungsmachtbeeinflussung durch crossmediale Verflechtungen von Medienakteuren vgl.: *Neuberger/Lobigs*, Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (Hrsg.), Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Berlin 2010, S. 160.

¹³⁶ Vgl. dazu mit Beispielen: *Hartstein/Ring/Kreile*, in: Dörr/Stettner (Hrsg.), RStV-Kommentar I, § 7 RStV, Rn. 23 f.

¹³⁷ *Mey*, Das Spiel der Werbeblocker, in: *Internet World Business*, Ausgabe 26/2013, abrufbar unter: <http://heftarchiv.internetworld.de/2013/Ausgabe-26-2013/Das-Spiel-der-Werbeblocker>, zuletzt abgerufen am 15.5.2014.

Jedenfalls wenn die Klagen erfolglos bleiben, kann sich die Frage nach einem gesetzgeberischen Handeln stellen, da für mediale Angebote auch die Ziele des Medienrechts betroffen sind.

6. Doppelung von Aufsichtszuständigkeiten und Rechtswegen

Zu den Schnittstellenproblematiken, die zwischen den Regelungsbereichen von Bund und Ländern zu dysfunktionalen Effekten führen können, gehört – neben den in diesem Gutachten vertieft behandelten Kollisionsflächen – auch eine mögliche Dichotomie von staatlicher Aufsicht und privatrechtlichem Vorgehen und damit verbundener Spaltung von Rechtswegen. Dies betrifft insbesondere die Möglichkeit, dass Verbraucherschutzverbände – neben Konkurrenten von Unternehmen – die Möglichkeit nutzen, wettbewerbsrechtlich gegen Rechtsverletzungen vorzugehen, die zugleich Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Spezialvorschriften darstellen können, deren Durchsetzung wiederum speziellen Behörden obliegt. Dabei sind unterschiedliche Ergebnisse beider Verfahren und auch der zugeordneten Rechtswege denkbar.

Jedoch steht dieses Verfahren beispielhaft für einen weiter ausdifferenzierenden Problembereich: Halten Behörden ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten für zulässig, steht weiterhin die Möglichkeit offen, zivil- und insbesondere wettbewerbsrechtlich dagegen vorzugehen. Der behördlich gewährte Vertrauensschutz wirkt sich auf den zivilrechtlichen Rechtsweg nicht aus. Dies ist kein neues Phänomen, ist aber derzeit wieder verstärkt in der Diskussion. Es betrifft vor allem folgende Bereiche:

- Werberegelungen, etwa in §§ 7 ff., 44 ff. RStV
- Jugendmedienschutzrechtliche Verstöße aus dem JMStV
- Impressumsvorschriften nach § 5 TMG bzw. § 55 RStV
- Möglicherweise künftig verstärkt datenschutzrechtliche Regelungen, wenn das Verfahren zum Erlass eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung für Verbraucherschutzvorschriften des Datenschutzrechts weiter verfolgt wird.
- In diesem Gutachten nicht thematisch, aber dennoch der Vollständigkeit halber genannt: Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Auftrags- und im kommerziellen Bereich, § 16a RStV.

In allen diesen Fällen kann es dazu kommen, dass es zu abweichenden Entscheidungen unterschiedlicher Stellen kommt, dass etwa eine im Rahmen des § 55 RStV, § 5 TMG zuständige Landesmedienanstalt eine Impressumsgestaltung als rechtmäßig ansieht, während etwa ein Verbraucherschutzverband eine andere Rechtsauffassung vertritt und dies gestützt auf § 4 Nr. 11 UWG durchsetzt.¹³⁸ Wird in diesem Falle auch die Entscheidung der Landesmedienanstalt verwaltungsgerichtlich kontrolliert, kann es zu parallelen Entscheidungen auf unterschiedlichen Rechtswegen kommen. Nach den allgemeinen Lehren zur Rechtskraft wäre dabei ein Gericht nicht an eine vorherige Entscheidung im jeweils anderen Rechtsweg gebunden, mit der Folge, dass unterschiedliche und auch widersprüchliche Entscheidungen ergehen könnten.

Eine solche Parallelität von Zuständigkeiten muss nicht immer dysfunktional sein. Es sprechen auch Gründe dafür, vor allem folgende:

- In bestimmten Bereichen kann es sinnvoll sein, den Verfolgungsdruck dadurch zu erhöhen, dass unterschiedliche Instanzen das Verhalten von Unternehmen beobachten und ggf. in ihrem Zuständigkeitsbereich aktiv werden.
- Staatliche Aufsicht und wettbewerbsrechtliches Vorgehen folgen anderen Voraussetzungen, die unterschiedliche Interessengruppen abbilden. Marktinteressen lassen sich ideal durch Marktteilnehmer abbilden und können bestimmte behördliche Verhaltensvorgaben auch sinnvoll ergänzen oder konkretisieren.
- Gerade die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen erfordert es, dass zur Steigerung der Rechtssicherheit möglichst viele Entscheidungen produziert werden, damit viele Informationen für die Rechtsanwender zur Verfügung stehen.

Allerdings sprechen auch gewichtige Argumente dagegen, eine solche Doppelung zuzulassen:

- Divergierende Entscheidungen erhöhen das Risiko für Unternehmen und private Kommunikatoren, mit der Folge, dass ansonsten mögliche Kommunikationen und Innovationen unterbleiben.
- Gerade Aufsichtsbehörden, die regulierend tätig sind, können in ihrer Funktion geschwächt werden, wenn Zivilgerichte Entscheidungen treffen, die ein abweichendes Verhalten erfordern. Für ihr Handeln ist charakteristisch, dass sie bei jeder Einzelentscheidung übergeordnete Regulierungsziele in die Überlegungen mit einbeziehen, was ein Zivilgericht auf Grundlage des UWG strukturell nicht tut und nicht tun kann. Zudem schwächt es die Regulierungsbehörden in der Interaktion mit den von ihnen regulierten Unternehmen, wenn diese Unternehmen davon ausgehen müssen, dass die Behörde zwar

¹³⁸ Beispielhaft sei hier das Vorgehen der Bundeszentrale Verbraucherschutz (vzbv) gegen google.de genannt. Die streitige Norm zur Impressumspflicht aus § 5 TMG unterliegt der Aufsicht der Landesmedienanstalten, kann aber auch Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Verfahren sein, vgl. LG Berlin, Urteil vom 28.08.2014, Az. 52 O 135/13 (nicht rechtskräftig), abrufbar unter: http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/google-lg_berlin-2014-08-28.pdf, zuletzt abgerufen am 02.10.14.

abschließend entscheiden kann, dies aber keinen Schutz vor zivilrechtlichem Vorgehen bietet. Ob eine Unterordnung aller Spezialmaterien unter den Verbraucherschutz sinnvoll ist, kann bezweifelt werden.

Inwieweit Vor- und Nachteile überwiegen, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Es wird jedenfalls empfohlen, dass bei den Gesprächen zur Abstimmung zwischen Bund und Ländern mit dem Ziel, eine kohärente Kommunikationsordnung zu entwickeln, auch diese Punkte mit einbezogen werden. Ansonsten besteht das Risiko, dass Landesregulierung durch einen weit verstandenen Verbraucherschutz unterlaufen wird.

C. NORMATIVER RAHMEN

I. Handlungsspielraum des Gesetzgebers

Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers ergibt sich aus den durch höherrangiges Recht gesetzten Grenzen, wobei gerade im Medienbereich auch Handlungspflichten den Spielraum strukturieren.

1. Handlungspflichten

Bei der Gestaltung einer konvergenzgerechten Kommunikationsordnung haben die Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum. Insbesondere haben sie zu entscheiden, welche Ziele verfolgt werden, und ob dazu rechtliche Regulierung erforderlich ist. Es gibt allerdings zwei Begrenzungen: Zum einen enthält die Verfassung Schutzpflichten und Gewährleistungsaufträge (namentlich bei Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und 87f Abs. 1 GG). Zum anderen kann sich aus europäischem Recht die Notwendigkeit ergeben, zu handeln, um Ziele von Richtlinien zu erfüllen. Soweit der Gesetzgeber diese Vorgaben beachtet, ist eine weitgehende Deregulierung möglich.

An dieser Stelle sind die Gewährleistungsgehalte der Freiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG relevant. Die Rechtsprechung dazu ist vielfach analysiert worden¹³⁹, so dass hier nur die Grundlinien referiert werden müssen.

a) Meinungsmachtkontrolle

Die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht ist Pflichtaufgabe des Gesetzgebers.¹⁴⁰ Laut Bundesverfassungsgericht wird Meinungsvielfalt, deren Erhaltung und Sicherung Voraussetzung für Rundfunkfreiheit ist, in besonderem Maße gefährdet durch eine Entstehung vorherrschender Meinungsmacht. Der Gesetzgeber ist daher für den Rundfunk verfassungsrechtlich zu Vorkehrungen verpflichtet, welche geeignet sind, einer solchen Entwicklung entgegenzuwirken.¹⁴¹ Gerade weil einmal eingetretene Fehlentwicklungen – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden könnten, liege es in der Verantwortung des Gesetzgebers, dass ein Gesamtangebot bestehe, in dem die für die freiheitliche Demokratie konstitutive Meinungsvielfalt zur Darstellung gelangt.¹⁴² Hierzu bedarf es präventiver Maßnahmen, die etwa bei der Zulassung oder der Zu-

¹³⁹ Vgl. nur *Dörr*, Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleiches Recht für alle?, K&R-Beil. 2013, 9 ff.; die folgenden Überlegungen sind verkürzt entnommen *Held/Schulz*, Die Zukunft der Kontrolle der Meinungsmacht, Friedrich-Ebert-Stiftung Gutachten, <http://medienpolitik.eu/cms/media/pdf/Schulz%20Held%20Die%20Zukunft%20der%20Kontrolle%20der%20Meinungsmacht.pdf>, zuletzt abgerufen am 17.6.2014.

¹⁴⁰ *Dörr/Heer-Reißmann*, Das Hamburgische Mediengesetz und die Bestimmungen über die Meinungsvielfalt im Rundfunk, K&R 2004, 424, 427.

¹⁴¹ BVerfGE 73, 118, 172.

¹⁴² BVerfGE 57, 295, 323; 73, 118, 160; 95, 163, 172.

ordnung von Übertragungswegen greifen. Es muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass sich in dem gesetzlich geordneten Rundfunksystem eine gleichgewichtige Vielfalt einstellt.

aa) Crossmediale Meinungsmacht

Konzentration von Meinungsmacht kann nicht nur im Rundfunkbereich, sondern auch medienübergreifend entstehen. Der Gesetzgeber ist deshalb aber nicht dazu verpflichtet, Presseunternehmen den Zugang zum Rundfunk zu verwehren. Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Grundsatz einer „publizistischen Gewaltenteilung“.¹⁴³ Es sind laut Bundesverfassungsgericht aber gleiche, möglicherweise sogar größere Gefahren zu befürchten, wenn Meinungsmacht im Bereich des Rundfunks sich mit Meinungsmacht im Bereich der Presse verbindet. Demgemäß erfordert die verfassungsrechtliche Gewährleistung freier Meinungsbildung gesetzliche Vorkehrungen auch dagegen, dass vorherrschende Meinungsmacht sich aus einer Kombination der Einflüsse in Rundfunk und Presse ergibt.¹⁴⁴

Der Gesetzgeber verfügt bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung über einen weiten Beurteilungs- und Handlungsspielraum.¹⁴⁵ Seine Maßnahmen müssen aber geeignet sein, das Ziel freier öffentlicher und individueller Meinungsbildung zu erreichen. Angesichts der intendierten Offenheit dieser Zielbestimmung und der zahlreichen unterschiedlich zu berücksichtigenden Interessen ist nicht mit letzter Gewissheit zu bestimmen, inwieweit ergriffene Maßnahmen dem Ziel freier Meinungsbildung dienen. Laut Bundesverfassungsgericht muss aber eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die verfassungsrechtlichen Ziele erreicht werden.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in der vierten Rundfunkentscheidung aus dem Jahr 1986 über Bestimmungen des Niedersächsischen Landesrundfunkgesetzes zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht zu urteilen. Gegenstand der Untersuchung war u. a. eine Bestimmung, die besagte, dass wenn in einem Programm Sendungen mit lokalem oder regionalem Bezug verbreitet werden, diese nicht zu mehr als der Hälfte von einem Unternehmen zugeliefert werden dürfen, das für den Bereich der Sendungen bestimmte periodisch erscheinende Druckwerke mit einem Anteil von mehr als 20 % der Gesamtauflage aller für den Bereich bestimmten periodisch erscheinenden Druckwerke verlegt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Urteil Grundsätze zur Verhinderung crossmedialer Meinungsmacht aufgestellt. Für den Landesgesetzgeber kann im Rahmen seiner Rundfunkgesetzgebung eine Verpflichtung zu Vorkehrungen nur bestehen, soweit die Entstehung multimedialer Meinungsmacht zu Gefahren für die Meinungsvielfalt im Rundfunk zu führen

¹⁴³ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5, Abs. 1 u. 2, Rn. 196.

¹⁴⁴ BVerfGE 73, 118, 175.

¹⁴⁵ BVerfGE 83, 238, 324 f.

droht.¹⁴⁶ Grundsätzlich müssen die gesetzlichen Vorkehrungen zur Erhaltung der Meinungsvielfalt umso effektiver sein, je weiter der private Rundfunk von einer Lage der funktionierenden Außenpluralität entfernt ist.¹⁴⁷

Das Gericht hat dabei zwischen überregionalem und regionalem bzw. lokalem Bereich unterschieden.¹⁴⁸

Für den überregionalen Bereich bestehen verfassungsrechtlich weniger weitreichende Anforderungen an die Regulierung der Verbindung von Presse und Rundfunk, und zwar weil neben dem oder den Angeboten eines Presseunternehmens zumindest – für jedermann empfangbare – Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bestünden. Zudem seien im überregionalen Rahmen noch keine Pressemonopole entstanden.

Strengere Anforderungen stellt das Gericht an die Vorkehrungen gegen die Entstehung vorherrschender multimedialer Meinungsmacht im regionalen und lokalen Bereich, weil hier bereits zahlreiche Monopolstellungen von Zeitungsunternehmen entstanden seien. Hier sei der Gefahr eines „Doppelmonopols“ entgegenzuwirken.¹⁴⁹

Bei der niedersächsischen Regelung zur „Zulieferung“ von Beiträgen zu den lokalen oder regionalen „Fenster“-Sendungen sah das Bundesverfassungsgericht das Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung: Die Vorschrift müsse auch für am Veranstalter beteiligte Verlage und nicht nur für externe Verlage gelten.

bb) Grundsätze für die Kommunikationsordnung

Das Bundesverfassungsgericht hatte bislang keine Veranlassung, jenseits der Kombination der Beherrschung von Rundfunk und Presse Aussagen darüber zu machen, welche Vorgaben sich für die Gesetzgeber aus der Verfassung ergeben. Aus der Orientierung auf das Ziel, freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu sichern, wird zu Recht gefolgert, dass der Gesetzgeber generell verpflichtet ist, ausreichende Vorkehrungen zur Verhinderung vorherrschender multimedialer Meinungsmacht zu treffen, sofern dafür strukturell Anhaltspunkte bestehen.

Im Bereich der Ausgestaltung trifft den Gesetzgeber eine Prüfungspflicht, inwieweit technische, publizistische oder allgemein gesellschaftliche Veränderungen dazu führen, dass das gewählte Regulierungskonzept die Freiheit öffentlicher Kommunikation noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit sichert.¹⁵⁰

¹⁴⁶ BVerfGE 73, 118, 175 f.

¹⁴⁷ BVerfGE 73, 118, 174.

¹⁴⁸ BVerfGE 73, 118, 176 f.

¹⁴⁹ Vgl. auch BayVerfGH AfP 1987, 394, 405.

¹⁵⁰ *Schulz/Held/Kops*, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, S. 217 f.; allgemein zur „Nachbesserungspflicht“ BVerfGE 73, 118, 169; vgl. auch *Hoffmann-Riem*, Regulierung in der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 114 ff.

Daraus kann man für die Gestaltung der Kommunikationsordnung folgende Grundsätze ableiten:

- Vorherrschende Meinungsmacht müssen die Länder auch künftig regulieren; dies wird durch die Konvergenz nicht obsolet. Das bedeutet allerdings nicht, dass dazu immer eine präventive Kontrolle erforderlich wäre. Wichtig ist nur, dass die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.
- Dass der Gesetzgeber derzeit an Rundfunk anknüpft und ihn einem besonderen Kontrollregime unterwirft, erscheint angesichts aktueller empirischer Befunde¹⁵¹ (dazu s.o. unter B. I.) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Ob dazu ein präventives Vorgehen – also eine Kontrollerlaubnis in Form der Lizenzierung – noch erforderlich ist, wie es das BVerfG 1981 angenommen hat¹⁵², erscheint angesichts der relativierten tatsächlichen Einflusspotenziale etwa durch Parallelnutzung von Nachrichtenmedien¹⁵³ zu hinterfragen. Jedenfalls liegt es im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, daran festzuhalten.¹⁵⁴ Angesichts der Bedeutung des Mediums Rundfunk trotz Verschiebung der Nutzung für bestimmte Inhalte und Zielgruppen (s.o.) erschiene es kaum verfassungskonform, ihn in ein System der Meinungsmachtkontrolle überhaupt nicht einzubinden.
- Meinungsmacht ist da zu bekämpfen, wo sie tatsächlich besteht oder zu entstehen droht. Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers weist über den Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne hinaus und erfasst etwa auch die Presse.¹⁵⁵ Auch die Meinungsmacht, die durch die Beherrschung unterschiedlicher Medien entsteht oder verstärkt wird, ist einzu-beziehen.¹⁵⁶
- Inwieweit Intermediäre in den Schutzbereich der Medienfreiheiten gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fallen und damit auch durch sie vermittelte Meinungsmacht zu beobachten ist, kann hier nicht abschließend geklärt werden.¹⁵⁷ Viel spricht dafür, dass sie besonderen Schutz genießen, wenn und soweit sie strukturelle Bedeutung für die öffentliche Kommunikation erlangen; ihre besondere Rolle fällt dann aber auch in den Beobachtungsbereich des Gesetzgebers, der zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht berufen ist. Dabei ist

¹⁵¹ Etwa *Hasebrink/Hölig*, Reuters Digital News Report 2014, abrufbar unter: [https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/fileadmin/documents/report2014/Reuters%20Institute%20Digital%20News%20Report%202014%20-%20Full%20Report%20\(low%20resolution\).pdf](https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/fileadmin/documents/report2014/Reuters%20Institute%20Digital%20News%20Report%202014%20-%20Full%20Report%20(low%20resolution).pdf), zuletzt abgerufen am 18.6.14; *Neuberger*, Journalismus im Internet aus Nutzersicht, abrufbar unter: http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/01-2012_Neuberger.pdf, zuletzt abgerufen am 18.06.2014.

¹⁵² BVerfGE 57, 295.

¹⁵³ *Hasebrink/Hölig*, a.a.O.

¹⁵⁴ Vgl. BVerfGE 121, 30, 51.

¹⁵⁵ BVerfGE 73, 118, 175.

¹⁵⁶ BVerfGE 73, 118, 175.

¹⁵⁷ Dazu *Dörr*, Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleiches Recht für alle?, in: K&R-Beih. 2013, 9 ff.; *Schulz*, Staatsfreiheit – zu Grenzen eines spannungsreichen Rechtsbegriffs im Medienrecht, in: AfP 2013, 457, 463; *Schulz*, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre?, in: CR 2008, 470 ff.

zu beachten, dass die unter dieser Bezeichnung zusammengefassten Dienste sehr unterschiedliche Funktionen erfüllen. Zudem bedeutet die Zuordnung zum Beobachtungsbereich der Meinungsmachtkontrolle ebenso wenig wie bei der Presse, dass damit Regulierungskonzepte wie beim Rundfunk verfassungsrechtlich angezeigt wären. Vielmehr kann etwa der ökonomische Wettbewerb und wettbewerbsrechtliche Kontrolle ausreichen oder andere Instrumente – etwa solche der Transparenzsicherung – in Betracht kommen.

b) Positive Vielfaltsicherung

Neben der verfassungsrechtlich geforderten Funktion, Meinungsmachtmonopole zu verhindern, hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber schon früh dazu angehalten, Vielfalt beim Rundfunk auch positiv sicherzustellen. D. h. um ein Mindestmaß an Meinungsvielfalt zu garantieren, folgen schon aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG einige Mindeststandards, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung zu beachten hat. Diese positive Ordnung setzt sich aus materiellen und organisationsbezogenen Regeln zusammen, die sicherstellen, dass die Ziele von Art. 5 Abs. 2 S. 1 GG erreicht werden.¹⁵⁸ Als Eckpfeiler dieser positiven Ordnung gelten folgende Grundsätze:

- Sollte sich der Gesetzgeber für eine duale Rundfunkordnung entscheiden, so ist privater Rundfunk durch eine staatsfern organisierte Aufsicht zu überwachen.¹⁵⁹
- Rundfunk darf aufgrund seiner besonderen Wirkung weder dem Staat noch einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert werden¹⁶⁰ – das Bundesverfassungsgericht sieht neuerdings auch die Staatsferne als Teil der Vielfaltsicherung.¹⁶¹ Vielfalt bezieht sich nicht nur auf Meinungen, sondern auch auf andere Differenzierungen, so dass auch regionale Vielfalt, Genrevielfalt und auch Anbietervielfalt relevant sind.
- Offen gehalten hat das Bundesverfassungsgericht hingegen, in welchem Modus diese Regulierung zu erfolgen hat. Gleichzeitig hat es aber die Grundvoraussetzungen eines binnen- und eines außenpluralen Modells entwickelt¹⁶², an denen sich heute die Rundfunkregulierung maßgeblich orientiert. Dabei hält das Bundesverfassungsgericht am Junktim fest, dass die Zulässigkeit privaten Rundfunks von der Funktion abhängig ist, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk erfüllt. Insofern kann eine Absenkung von Vielfaltsstandards beim privaten Rundfunk Folgen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk haben.
- Die Sicherung eines Mindestmaßes an Ausgewogenheit erscheint beim Rundfunk als Pflichtaufgabe des Gesetzgebers. Wie oben dargestellt, ist angesichts der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des – möglicherweise immer noch

¹⁵⁸ BVerfGE 57, 295, 320.

¹⁵⁹ BVerfGE 57, 295, 326.

¹⁶⁰ Schon 1981 betonte das Bundesverfassungsgericht, die Begründung der besonderen Anforderungen an die positive Rundfunkordnung sei nicht zwingend von der Sondersituation des Rundfunks abhängig, vgl. BVerfGE 57, 295, 321.

¹⁶¹ BVerfG NVwZ 2014, 867.

¹⁶² BVerfGE 57, 295, 325 f.

bestehenden – Wirkungspotenzials davon auszugehen, dass diese verfassungsrechtlich fortbesteht. Allerdings beschränkt sich dies auf Bereiche, bei denen Vielfaltsverengungen tatsächlich zu beobachten sind.

- Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben laut Bundesverfassungsgericht einen Grundversorgungsauftrag.¹⁶³ Dieser kann nur erfüllt werden, wenn der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung die „technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Vorbedingungen“¹⁶⁴ sicherstellt.
- Ausgangspunkt der nationalen Vollregulierung der Rundfunkverbreitung war die Unterstellung, dass es einige wenige Verbreitungswege¹⁶⁵ gibt, die jeweils große Bevölkerungsgruppen mit Rundfunkangeboten versorgen. Für jeden Haushalt und damit jeden Rezipienten gab und gibt es einen primären Verbreitungsweg, so dass Vielfaltsverengungen aufgrund mangelnder Wahlmöglichkeiten der Rezipienten entstehen können. Dies beginnt erst, sich zu verändern, so dass Anbieter, die – mit welcher Technologie auch immer – dem Nutzer Fernsehen als eigenständiges Angebot offerieren, jedenfalls noch Vielfaltsrisiken produzieren können.
- Allerdings aber zwingt die verfassungsrechtliche Argumentation nicht, alle technischen Wege, über die Rundfunk übertragen werden kann, einer Vielfaltsregulierung zu unterwerfen. Es ist denkbar, dass eine Diversifizierung oder Entwicklung zu offenen Übertragungsformen die Abhängigkeit von bestimmten Übertragungswegen in Zukunft verringert.

c) Weitere Ziele im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 GG

Das BVerfG sieht als objektiven Zielwert der Kommunikationsfreiheiten (nicht nur der Rundfunkfreiheit) an, dass freie und offene individuelle und öffentliche Meinungsbildung erfolgt.¹⁶⁶ Was dazu erforderlich ist, hängt von den tatsächlichen Strukturen im Kommunikationsbereich ab. Soweit und solange Rundfunk eine besondere Bedeutung für die öffentliche Kommunikation zukommt, ist die Sicherung kommunikativer Chancengerechtigkeit in diesem Sektor zentral für die Erreichung des Zielwertes.

Mit der Veränderung der realen Strukturen verändern sich aber auch die Faktoren, die die Erreichung des Zielwertes steuern und damit auch die Gewährleistungsgehalte des Grundrechts konturieren:

¹⁶³ BVerfGE 73, 118, 157

¹⁶⁴ BVerfGE 73, 118, 158.

¹⁶⁵ Vgl. auch Erwägungsgrund 44 der Universaldienstrichtlinie: „Zu den Netzen für die öffentliche Verbreitung von Hörfunk- oder Fernsehsendungen gehören Kabelfernsehnetze, Satellitenrundfunknetze und terrestrische Rundfunknetze. Hierzu können auch andere Netze gehören, sofern diese von einer erheblichen Zahl von Endnutzern als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und Fernsehsendungen genutzt werden.“

¹⁶⁶ BVerfGE 57, 295, 319.

- So zeigt es sich, dass die Finanzierung von journalistisch-redaktionellen Angeboten prekär werden kann. Insoweit kann die Absicherung der Refinanzierbarkeit publizistischer Leistungen ein Ziel des Art. 5 GG sein.
- Öffentliche Kommunikation verändert sich dergestalt, dass durch Internetangebote kommunikative Bedürfnisse ergänzend zu dem medialen Angebot befriedigt werden können. Dies führt nicht zu einer Substitution traditioneller Medien, wohl aber zu einer strukturellen Erweiterung der kommunikativen Möglichkeiten (bspw. Zugang zu Originalquellen, direkter Zugriff auf Informationsangebote von Minderheiten). Schon aus diesem Grund leistet der Zugang zum offenen Internet einen spezifischen Beitrag zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung.
- Dazu kommt, dass der leichte Zugang zum Weltwissen für die Entwicklung der Persönlichkeit, Bildungsmöglichkeiten und die Arbeitswelt essentiell geworden ist.
- Zu einer freien und offenen individuellen und öffentlichen Meinungsbildung gehört auch, dass eine funktionierende Öffentlichkeit existiert. Der vom BVerfG in der Spiegel-Entscheidung¹⁶⁷ beschriebene prototypische Prozess der Meinungsbildung kann die demokratische Selbstverständigung der Gesellschaft nur tragen, wenn diese Öffentlichkeit tatsächlich ein „gesellschaftliches Gespräch“ darstellt. Fragmentierungsprozesse bis hin zu der „Echo Chamber“ (zum Begriff bereits unter B. I. 1. f)), in der Einzelne oder Gruppen sich nur noch mit den eigenen Argumenten und Weltdeutungen konfrontieren, können daher die individuelle und öffentliche Meinungsbildung gefährden.
- Die Möglichkeit für jeden Bürger, selbst durch Internetangebote ohne hohe Kosten die eigene Meinung öffentlich zugänglich zu machen, hat die öffentliche Kommunikation ebenfalls strukturell verändert. Die entstandenen „persönlichen Öffentlichkeiten“¹⁶⁸ haben dazu beigetragen, dass die „vernetzte Öffentlichkeit“¹⁶⁹ der heutigen Gesellschaften anders funktioniert, als in traditionellen Modellen bürgerlicher Öffentlichkeit unterstellt, an denen sich auch die Verfassungsinterpretation bislang orientiert hat.
- Der Wert der traditionellen Medien für die öffentliche Kommunikation liegt gerade darin, diese Kommunikation verlässlich zu strukturieren, ihren Rhythmus zu definieren und sich dabei an normativen Erwartungen zu orientieren. Die Offenheit der (nicht-medialen) Internet-Kommunikation ergänzt dies, indem nicht nur ökonomische, sondern auch kommunikative Innovationen hervorgebracht werden.
- Da das Vertrauen des Nutzers in die Funktion eines Angebotes für die Meinungsbildung in der öffentlichen Kommunikation relevant ist, gehört es zu den Aufgaben des Gesetzge-

¹⁶⁷ BVerfGE 20, 162 ff.

¹⁶⁸ Zum Begriffsverständnis vgl. *Schmidt*, Persönliche Öffentlichkeiten und Privatsphäre im Social Web, in: Halft/Krah (Hrsg.), *Privatheit, Strategien und Transformationen*, 2013, S. 121 ff., der den Begriff geprägt hat und darunter das Öffentlichmachen von privaten Daten im Internet versteht.

¹⁶⁹ Zu diesem Begriff vgl. *Benkler*, *Political Freedom Part 2: Emergence of the Networked Public Sphere In The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, in: Yale University Press 2006, S. 212 ff.

bers, dies wo nötig abzustützen. Dies geschieht etwa im Bereich der Werbung, bei der Einflussnahme von Werbetreibenden auf mediale Inhalte ausgeschlossen werden muss.¹⁷⁰ Bei neuen Angebotstypen ist noch unklar, welche Funktionserwartungen die Nutzer haben.

All diese Aspekte sind bislang weder in der Rechtsprechung des BVerfG noch in der Literatur vollständig verarbeitet. Eine an Art. 5 Abs. 2 GG orientierte Ausgestaltung der Kommunikationsordnung kann sich jedenfalls sicherlich nicht allein darauf stützen, die besondere Rolle von Rundfunk und anderen publizistischen Medien abzusichern.

2. Grenzen des Handlungsspielraums

Grenzen des Handlungsspielraums bilden auf der Ebene des nationalen Rechts vor allem die Grundrechte von Vielfaltsregulierung betroffener Unternehmen.

Dies betrifft zunächst wiederum die Rundfunkfreiheit:

- Sofern diese Unternehmen selbst Träger der Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG sind, hat der Gesetzgeber aufgrund der Ausgestaltungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts einen sehr weiten Gestaltungsspielraum.¹⁷¹ Erst wenn Maßnahmen zur Erreichung der Ziele aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ungeeignet sind oder kommunikative Interessen untermäßig berücksichtigt werden, verlässt der Gesetzgeber den ihm zugewiesenen Entscheidungskorridor.¹⁷²
- Solange private Veranstaltung von Rundfunk durch die Regulierung nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden kann, sind Veranstalter bei Ausgestaltungsmaßnahmen nicht in subjektiven Verfassungsrechten betroffen.
- Inwieweit Plattformbetreiber in ihrer inhaltlichen Selektion selbst – direkt oder als Annexfunktion – durch die Rundfunkfreiheit geschützt sind, ist umstritten.¹⁷³ Hier ist davon auszugehen, dass sie insoweit auch der Ausgestaltungsdogmatik unterfallen, die eine Vielfaltsoptimierung des Gesamtsystems zum Ziel hat. Zu beachten ist dabei, dass die Programmfreiheit als Kern der subjektiven Rundfunkfreiheit wegen der Orientierung an publizistischen Kriterien geschützt ist, was sich von der Selektionsleistung von Plattformen unterscheidet. Dies rechtfertigt, etwa Kabelbelegungsentscheidungen verfassungsrechtlich nicht wie Eingriffe in die Programmautonomie zu betrachten.

¹⁷⁰ Zimmermann m.w.N., Schutz des publizistischen Systems vor Werbeplatzierungen, 2014 (im Erscheinen).

¹⁷¹ BVerfGE 57, 295, 321; Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, 1988, S. 313 ff.; Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 235.

¹⁷² Hoffmann-Riem spricht von einem durch das Über- und Untermaß geprägten Korridor rechtmäßigen Verhaltens: Hoffmann-Riem, in: Stein/Denninger/Hoffmann-Riem (Hrsg.), AK-GG, 2001, Art. 5 Rn. 158; Hoffmann-Riem, Regulierung in der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 107 ff.

¹⁷³ Dörr (lehnt einen solchen Schutz nicht direkt ab), Die rechtliche Einordnung der Must-Carry-Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag und in den Landesmediengesetzen, in: ZUM 2013, 81, 100 ff.; dagegen Trute/Broemel, Der Verbreitungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Einspeisung und Vergütung von Programmen mit Must-Carry-Status in Kabelnetzen, in: MMR-Beil. 2012, 1, 9 f.

Bei Plattformbetreibern können zudem Art. 14 und Art. 12 GG betroffen sein:

- Soweit wie etwa bei Betreibern von Telekommunikations-Infrastruktur, im Eigentum der Unternehmen stehende Gegenstände nicht mehr frei von ihnen verwendet werden können, ist die Eigentumsfreiheit betroffen. Dass Vielfaltsregulierung ein Zweck sein kann, das Eigentum inhaltlich zu bestimmen und zu beschränken, wird nicht ernsthaft bestritten.¹⁷⁴
- Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen eine Inhalts- und Schrankenbestimmung als verhältnismäßig erscheint. Dies hängt insbesondere davon ab, wie hoch der Sozialbezug der in Rede stehenden Eigentumsposition ist.¹⁷⁵ Dabei wiederum ist ausschlaggebend, inwieweit das Eigentumsobjekt die persönliche Sphäre des Eigentümers betrifft und andersherum, wie sehr Dritte bzw. die Allgemeinheit auf die Nutzung angewiesen sind.
- Für Kabelnetze wird daraus ein weiterer Spielraum des Gesetzgebers geschlossen, wobei umstritten ist, ob alle Netze einbezogen sind und ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 14 GG eine Ausgleichspflicht für eine Inanspruchnahme des Eigentums statuiert.¹⁷⁶
- Für andere als die „klassischen“ Plattformen gelten dieselben verfassungsrechtlichen Grundsätze.¹⁷⁷ Es kommt also auch hier zentral darauf an, wie relevant die Infrastruktur für die Vielfaltsicherung ist.
- Bei Kabelnetzbetreibern wird auf das europarechtliche Kriterium aus Art. 31 Abs. 1 UDRL verwiesen, dass Übertragungspflichten nur voraussetzt, wenn (1) eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Infrastruktur als (2) Hauptmittel zum Rundfunkempfang nutzt. Angesichts der Diversifizierung der Rundfunkempfangswege wird dieses Kriterium hoch relevant werden.
- Zu beachten ist dabei, dass dies für den eingriffsintensiven Fall der Zugangsverpflichtung gilt, Regelungen zur Auffindbarkeit berühren die Eigentumsfreiheit weit weniger intensiv (sofern hier das Eigentum überhaupt betroffen ist).
- Ist Art. 12 Abs. 1 GG betroffen, stellt sich auch hier die Frage der Verhältnismäßigkeit einer Vielfaltsregulierung. Dass Vielfaltsicherung eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls und damit einen legitimen Zweck für eine Beschränkung darstellt, ist wiederum unstrittig. Bei der Abwägung sind dieselben Topoi wie bei der Eigentumsfreiheit rele-

¹⁷⁴ *Spoerr/Luczak* m.w.N., Die Digitalisierung der Rundfunkübertragung in Kabelnetzen 2010 - 2020: Staatliche Handlungsoptionen, in: ZUM 2010, 553, 557 ff.

¹⁷⁵ *Gersdorf*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Kabel, 1998, S. 99 ff.; *Dörr*, Die Kabelbelegungsregelungen in den Landesmediengesetzen und der Anspruch auf unentgeltliche Durchleitung des Fernsehprogramms PREMIERE zu den angeschlossenen Haushalten, in: ZUM 1997, 337, 352 ff.; *Stettner*, Die Rechtspflicht der Landesmedienanstalten zur Kabelbelegung, 1998, S. 63.

¹⁷⁶ *Trute/Broemel*, Der Verbreitungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Einspeisung und Vergütung von Programmen mit Must-Carry-Status in Kabelnetzen, in: MMR-Beil. 2012, 1, 10.

¹⁷⁷ Nur insoweit die Argumentation beim Kabel darauf abstellt, dass Teile der Infrastruktur vormals staatlich finanziert wurden, gilt etwas anderes.

vant.¹⁷⁸ Insbesondere die Frage, wie relevant die Dienstleistung für die Vielfaltsicherung erscheint, muss dazu geklärt werden.

Vor diesem Hintergrund ist die Einbeziehung neuer Dienstleistungen in eine Plattformregulierung zu prüfen.

II. Materiell-rechtliche Vorgaben aus der Perspektive der föderalen Kompetenzordnung¹⁷⁹

1. Die instrumentelle und historische Prägung der Kompetenzordnung

a) Vorbemerkung zu Besonderheiten von Kompetenznormen

Die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG bilden in ihrer normtextlichen und systematischen Konstruktion die historische Bestandsaufnahme des Jahres 1949 ab, die durch eine klare Trennung der Erscheinungsbilder und Funktionsweisen von Presse, Film und Rundfunk bestimmt war.¹⁸⁰ Dies wirkt sich auch im Bereich der Kompetenzverteilung aus, sind Kompetenznormen doch noch stärker als andere Normen des Verfassungsrechts historisch und entstehungsgeschichtlich geprägt.¹⁸¹ Dies hängt damit zusammen, dass sich der Verfassungsgeber bei seinen Zuordnungen positiv oder negativ an der zuvor bestehenden einfachgesetzlichen „Lage“ orientiert hat.

Im Bereich des Medienrechts ist insoweit vor allem von Belang, dass unter dem Einfluss der Alliierten eine inhaltliche Zuständigkeit des Bundes für das Medienrecht bewusst vermieden und dieses machtbeschränkend föderal ausgerichtet werden sollte. Mit Bezug auf diesen Gesichtspunkt führt das Bundesverfassungsgericht in seinem ersten Rundfunkurteil aus:

„Es kommt hinzu, dass der Rundfunk *auch* ein kulturelles Phänomen ist. Soweit kulturelle Angelegenheiten überhaupt staatlich verwaltet und geregelt werden können ..., fallen sie nach der Grundentscheidung des Grundgesetzes (Art. 30, 70 ff. und Art. 83 ff. GG) in den Bereich der Länder (...), soweit nicht besondere Bestimmungen des Grundgesetzes Begrenzungen und Ausnahmen zugunsten des Bundes vorsehen. Diese Grundentscheidung, die nicht zuletzt eine Entscheidung zugunsten des föderalistischen Staatsaufbaus im Interesse einer wirksamen Teilung der Gewalten ist, verbietet es gerade im Bereich kultureller Angelegenheiten, ohne eine hinreichend deutliche grundgesetzliche Ausnahmeregelung anzunehmen, der Bund sei zuständig.“¹⁸²

¹⁷⁸ Im Einzelnen *Dörr*, Die Kabelbelegungsregelungen in den Landesmediengesetzen und der Anspruch auf unentgeltliche Durchleitung des Fernsehprogramms PREMIERE zu den angeschlossenen Haushalten, in: ZUM 1997, 337, 365 und *Trute/Broemel* m.w.N., Der Verbreitungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Einspeisung und Vergütung von Programmen mit Must-Carry-Status in Kabelnetzen, in: MMR-Beil. 2012, 1, 13.

¹⁷⁹ Die folgenden Teile II. bis IV. stammen von Prof. Dr. Kluth.

¹⁸⁰ Zu den Auswirkungen der Medienkonvergenz auf das Grundrechtsverständnis: *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 5, Rn. 73a; *Hain*, Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Kontinuität in den Zeiten der Konvergenz, in: JZ 2008, 128 ff.

¹⁸¹ Zu den Besonderheiten der Kompetenznormen siehe auch *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 70, Rn. 50 ff.

¹⁸² Siehe BVerfGE 12, 205, 229.

Die wissenschaftliche Literatur ist dieser Sichtweise einhellig gefolgt.¹⁸³

b) Keine inhaltsbezogene Medienkompetenz des Bundes

Aus dieser Zuordnung der Materie folgt, dass es unter dem Grundgesetz keine Kompetenz des Bundes gibt, den Medienmarkt *inhaltlich zu regeln* bzw. *positiv zu ordnen*.¹⁸⁴ Bezogen auf die klassischen Referenzmaterien der Gesetzgebung bedeutet dies, dass es weder eine Bundeskompetenz für das Presserecht noch für das Rundfunkrecht gibt. Das gleiche gilt aber auch dort, wo andere Techniken bzw. Medien genutzt werden, um eine *öffentliche Kommunikation* zu gestalten, da es auch insoweit an einer Bundeskompetenz fehlt und sich diese auch nicht daraus ableiten lässt, dass der Bund für die technischen und wirtschaftlichen Aspekte der genutzten Techniken eine Gesetzgebungskompetenz besitzt. Insoweit ist an die Argumentation im ersten Rundfunkurteil zur dienenden Funktion des Fernmelderechts zu erinnern und an sie anzuknüpfen.

Nicht ausgeschlossen sind auch vor diesem Hintergrund indes bundesgesetzliche Regelungen, die die Tätigkeit von Medienunternehmen unter einem anderen Blickwinkel erfassen, für den eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach dem Grundgesetz besteht und bei denen es sich um allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG¹⁸⁵ handelt.

Den Kern der Medien- und Kommunikationsfreiheit bildet der öffentliche Informations- und Meinungsbildungsprozess. Diesen als einen offenen und im Hinblick auf den Zugang, die Standpunkte und die Akteure ausreichend vielfältigen Prozess zu garantieren, ist die zentrale Vorgabe für das materielle Medienrecht, für das (primär) die Länder zuständig sind.

Die materielle Vielfaltsgewährleistung setzt eine Struktur voraus, die drei Aspekte umfasst:

- eine ausreichende Zahl voneinander unabhängiger Akteure bzw. Unternehmen,
- ein freier Zugang der Nutzer zu den medialen Angeboten,
- eine ausreichende Rechtssicherheit als Grundlage für einen fairen Wettbewerb und eine transparente Nutzung.

In allen diesen Bereichen besteht eine enge Wechselwirkung zu anderen Kompetenzfeldern, die aus dem Blickwinkel des materiellen Medienrechts einen instrumentellen Charakter besitzen, d. h. sich auf die für den Zweck der Kommunikation genutzten Instrumente beziehen.

Es handelt sich dabei insbesondere um die folgenden Bereiche:

- das *Telekommunikationsrecht*: es sichert den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen sowie den freien Nutzerzugang als Grundlage für die Bereitstellung und Nutzung von Medieninhalten auf diesem technischen Wege;

¹⁸³ Siehe nur *Fehling*, Rundfunkrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 59, Rn. 14 ff.

¹⁸⁴ Zu der für den Rundfunk- und (elektronischen) Medienbereich notwendigen „positiven Ordnung“ siehe auch BVerfGE 57, 295, 320; 83, 238, 296; 95, 220, 236; 119, 181, 218; *Bethge*, a.a.O., Art. 5, Rn. 97.

¹⁸⁵ Insoweit wird die Kompetenzgrenze durch einen inhaltlichen Aspekt verstärkt.

- das *Jugendschutzrecht*: es sichert die besonders schützenswerten Rechte von Kindern und Jugendlichen in Umsetzung einer grundrechtlichen und sozialstaatlichen Schutzpflicht;
- das *Datenschutzrecht*: es dient der Umsetzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht;
- das *Urheberrecht*: es dient der Umsetzung einer eigentumsgrundrechtlichen Schutzpflicht;
- das *Recht des unlauteren Wettbewerbs*: es sichert verhaltensbezogen die Fairness des Wettbewerbs.

Soweit der Bund die Gesetzgebungskompetenz für diese Bereiche besitzt und ausübt, darf er sie zwar nicht nutzen, um eine *positive Ordnung* des Medienrechts zu verwirklichen. Dies bedeutet aber nicht, dass sich die bundesgesetzlichen Regelungen in keiner Weise auf die derzeitige Rundfunkordnung auswirken dürfen. Dies ist vielmehr möglich und verfassungsrechtlich zulässig, soweit es die Verwirklichung der dem Bund zustehenden Sachgesetzgebungskompetenz verlangt und die medienbezogene Gesetzgebungskompetenz der Länder dadurch nicht unverhältnismäßig beschränkt wird.¹⁸⁶ Den damit grob vorgezeichneten Rahmen der Rücksichtnahme gilt es näher zu betrachten.

2. Die medienbezogene inhaltliche Gestaltungsverantwortung der Länder

Da das Grundgesetz dem Bund keine auf den Inhalt bezogene medienbezogene Gestaltungskompetenz zuweist, liegt eine ausschließliche Landesgesetzgebungskompetenz vor, die eine Letzt- und Gesamtverantwortung der Länder für die Vielfaltssicherung im gesamten Medienbereich begründet, die sie unabhängig von ihren thematisch begrenzten Regelungsmöglichkeiten wahrnehmen können müssen.¹⁸⁷

Die hinreichende Konkretisierung der Ordnungsvorstellungen der Länder für den Medienbereich ist vor allem deshalb wichtig, weil andere Kompetenzebenen (konkret: Bundesbehörden und der Bundesgesetzgeber) verfassungsrechtlich jenseits *allgemeiner Rücksichtnahmepflichten*, wie sie im Bund-Länder-Verhältnis aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens abgeleitet werden¹⁸⁸, nur verpflichtet werden können, hinreichend konkretisierte Ordnungsvorgaben zu berücksichtigen.

Insoweit kann zum Vergleich der Schutz der kommunalen Planungshoheit herangezogen werden, auf die sich eine Gemeinde nur dann berufen kann, wenn sie auf hinreichend kon-

¹⁸⁶ Zu diesen Grenzen der Kompetenzausübung siehe auch *Degenhart*, a.a.O., Art. 70, Rn. 64 ff.; *Jarass*, Kartellrecht und Landesrundfunkrecht, 1991, S. 45 ff.

¹⁸⁷ Siehe dazu auch *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, 2012, S. 595.

¹⁸⁸ Dazu eingehender *Bauer*, Die Bundestreue, 1992. Es ist zu beachten, dass die Ableitung detaillierter Verhaltenspflichten sich durchweg auf Fälle der Bundesauftragsverwaltung bezieht, die verfassungsrechtlich besonders intensiv vorgeprägt ist. Die dort herausgearbeiteten Anforderungen lassen sich nicht im Detail auf die hier behandelten Kompetenzausübungskonflikte übertragen.

kreterisierte eigene Planungen verweisen kann.¹⁸⁹ Daraus kann der verallgemeinerungsfähige Gedanke abgeleitet werden, dass nicht abstrakte Verfassungsgebote („Vielfaltsicherung als solche“), sondern nur sie konkretisierende Ordnungsmodelle eine Beachtungs- und Rücksichtnahmepflicht in der föderalen Ordnung überhaupt auslösen können, wobei damit über die Reichweite der Beachtungspflicht noch keine abschließende Aussage getroffen ist. Dies entspricht auch der anderweitig durch das Bundesverfassungsgericht unter Bezugnahme auf ein Widerspruchsverbot formulierten Maßgabe, wonach das Gebot der Bundestreue nur ausnahmsweise eine Kompetenzausübungsschranke begründet.¹⁹⁰

3. Die medienbezogene Rücksichtnahme- und Unterstützungspflicht des Bundes

Auch wenn der Bund nach dem Gesagten über keine medienbezogene Gestaltungskompetenz verfügt, ist er dennoch Adressat des im Verfassungsrecht verwurzelten Vielfaltsgebotes. Vielmehr muss der Bund als Gesetzgeber und auch bei der Wahrnehmung von Verwaltungskompetenzen dem Vielfaltsgebot in der konkreten Gestalt, die die Landesgesetzgeber ihm gegeben haben, Rechnung tragen.

Allerdings sind die damit verbundenen konkreten Folgen nicht besonders gravierend, da die Bundeskompetenzen nur in wenigen, eher theoretisch denkbaren Fällen in einen *direkten* Widerspruch zu den landesgesetzlichen medienrechtlichen Vorgaben treten und damit eine durchsetzbare Rücksichtnahmepflicht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auslösen.

Eigentliches Problem sind Fälle des *doppelten kompetenziellen Zugriffs*, bei denen auf ein und denselben „Gegenstand“ ausgehend von unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen durch Bund und Länder normativ zugegriffen werden kann.

Regeln Bund und Länder einen Gegenstand auf der Grundlage eigenständiger Kompetenzen, so werden unterschiedliche Sachaspekte normiert, so dass kein Fall des Art. 31 GG vorliegt, der einen identischen Regelungsgegenstand voraussetzt.¹⁹¹ Der kompetenzielle Zugriff des Bundes setzt folglich die landesrechtlichen Regelungen nicht normativ außer Kraft, sondern wirkt sich aus der Sicht des Landesgesetzgebers lediglich „faktisch“ begrenzend auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit der landesgesetzlichen Regelungen und der mit ihnen verfolgten Zielsetzungen aus. Genau an dieser Stelle setzt das Anliegen an, die Kompetenzausübung besser aufeinander abzustimmen.

¹⁸⁹ Dazu näher *Stüer*, Planungshoheit und Planungspflicht in der Abwägungs- und Rechtsschutzpyramide, Gemeindliche Belange in der internationalen Abstimmung und in der Fachplanung, in: NVwZ 2004, 814 ff.

¹⁹⁰ BVerfGE 106, 1, 27. Diese Entscheidung ist singulär geblieben und überdies in der Literatur überwiegend kritisch kommentiert worden.

¹⁹¹ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 31, Rn. 13 m.w.N.

4. Das Phänomen des doppelten kompetenziellen Zugriffs¹⁹²

Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen durch das Grundgesetz ist durch zahlreiche Überlappungen in den Wirkungsreichweiten der einzelnen Kompetenztitel gekennzeichnet. Dies hat zur Folge, dass die Normadressaten die Vorgaben der Anordnungen verschiedener Normsetzer beachten müssen und ihr Verhalten dabei maßgeblich durch die jeweils „strengeren“ Vorgaben determiniert wird.

Dieses „Phänomen“ wirkt sich im vorliegenden Zusammenhang insbesondere im Verhältnis des Medienrechts der Länder zum Wettbewerbsrecht des Bundes und der Europäischen Union aus.

So müssen die im Medienbereich tätigen Unternehmen neben den bereichsspezifischen Regelungen des Presse- und Rundfunkrechts auch die „allgemeinen Gesetze“ (wie z. B. das Wettbewerbsrecht) beachten.

Der institutionelle Schutz des Wettbewerbs durch Kartellverbote (§§ 1 ff. GWB) und Fusionskontrolle (§§ 35 ff. GWB) sichert den ökonomischen Wettbewerb als Grundlage des Meinungswettbewerbs und steht damit von seiner Regelungsintention grundsätzlich nicht in Widerspruch zu den Zielen und Vorgaben des Medienrechts.¹⁹³ Dies gilt auch, soweit das Wettbewerbsrecht unionsrechtlich determiniert und dem Zugriff des deutschen Gesetzgebers entzogen ist.

Die Wechselwirkungen zwischen dem Wettbewerbsrecht (bzw. seiner Anwendung im Einzelfall) und dem Medienordnungsrecht sind in den verschiedenen Anwendungsbereichen des GWB unterschiedlicher Art:

- Wird ein Unternehmenszusammenschluss nach dem GWB/AEUV i.V.m. der FusionsVO untersagt, so kann dies durch die Medienfusionskontrolle nicht verändert werden. Das Kartellrecht erzeugt damit eine wirksame Gestaltungsgrenze.
- Wird ein Unternehmenszusammenschluss nach dem GWB erlaubt, so kann gleichwohl eine Untersagung nach dem Medienkonzentrationsrecht im RStV erfolgen.
- Wird eine Kooperation zwischen Unternehmen durch das Bundeskartellamt untersagt (Kartell), so finden daran positive Gestaltungen des Medienrechts grundsätzlich¹⁹⁴ ihre Grenze.

Als normative und praktische Folge ist somit festzuhalten, dass nach derzeitigem Stand negative (untersagende) Entscheidungen des Bundeskartellamtes die Umsetzung einer abwei-

¹⁹² Das in diesem Bereich nicht relevante Phänomen der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 GG wird hier ausgeklammert; siehe dazu *Huber, Abweichungsgesetzgebung*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 29. Man spricht in diesen Fällen von paralleler Gesetzgebungskompetenz. Siehe dazu näher *Hahn-Lorbeer, Parallele Gesetzgebungskompetenzen*, 2012.

¹⁹³ So auch *Jarass, a.a.O.*; *Zohm, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Pressefusionskontrolle*, 2010; *Jungheim, a.a.O.*, S. 489 ff.

¹⁹⁴ Abweichungsmöglichkeiten werden indes durch Art. 106 Abs. 2 AEUV eröffnet, auf den noch eingegangen wird.

chenden positiven Gestaltungskompetenz der Länder bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung verhindern und damit die medienpolitischen Gestaltungsfreiheiten beschränken.

Da das (allgemeine) Wettbewerbsrecht als allgemeines Gesetz auf einer selbständigen Legitimationsgrundlage basiert, die als solche nicht in Widerspruch zu der Verpflichtung der Länder steht, eine positive Rundfunkordnung zu schaffen, die Vielfalt sichert, ergeben sich daraus keine verfassungsrechtlichen Konflikte, zumal das Bundeskartellamt im Rahmen seiner auf den Einzelfall bezogenen Marktanalyse die Besonderheiten der Medienmärkte ermittelt und berücksichtigt.

Das Gleiche gilt grundsätzlich auch bei der Anwendung anderer Rechtsmaterien. Da es an einer eigenen medienpolitischen Gestaltungskompetenz des Bundes und damit auch des Bundeskartellamtes fehlt, ist es ihm jedenfalls verwehrt, entsprechende Erwägungen in seine Entscheidung einzubeziehen, soweit diese im Widerspruch zu Gestaltungsentscheidungen der primär zuständigen Länder stehen. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch bei der Anwendung anderer Rechtsmaterien.

5. Schlussfolgerungen

Im Ergebnis führt das unkoordinierte Nebeneinander verschiedener Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern im Medienbereich dazu, dass der positive Gestaltungsspielraum der Länder begrenzt wird, sobald und soweit aus dem Bundesrecht Verhaltensrestriktionen folgen.

Weitergehende Verhaltensrestriktionen der Länder werden durch das Bundesrecht nicht verhindert.

Das zentrale Problem besteht demnach derzeit darin, dass die von den Ländern zu verantwortende positive Ordnung der Medien im Sinne einer Vielfaltsicherung in einigen Fällen ihre Grenzen an restriktiven Vorgaben des Bundes- und Unionsrechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts, findet.

Es muss deshalb nach Wegen gesucht werden, wie die Durchsetzungskraft der Gestaltungsoptionen der Länder ohne Aufgabe der legitimen Gestaltungsziele des Bundesrechts erhöht werden kann.

a) Gesetzgebungsermessen der Länder und Kompetenzordnung

Das gesetzgeberische Ermessen der Länder findet seine Grundlage und Grenze zunächst in der grundgesetzlichen Kompetenzordnung: Grundlage sind die eigenen Gesetzgebungskompetenzen der Länder, die indes nach der Systematik der Art. 70 ff. GG durch den Gebrauch des Bundesgesetzgebers von den ihm zugewiesenen Kompetenzen beschränkt sind. Die sachliche Reichweite der Landesgesetzgebungskompetenz ist insoweit eine Variable im bundesstaatlichen System, die nicht jede konkurrierende Regelung mit Auswirkungen im Sachbereich Medien ausschließt.

Dies gilt indes nicht für die sog. „ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder“, zu denen das Medienrecht mit seiner kulturellen Komponente gehört.¹⁹⁵ Hier ist ein (direkter) Zugriff des Bundes ausgeschlossen.

Gegenüber dem Bund ist die damit verbundene Gestaltungshoheit indes nur dann *stark* geschützt, wenn und soweit die Länder von ihrem Gestaltungsrecht positiv Gebrauch gemacht haben. Und auch dies gilt nur unter dem Vorbehalt, dass das Bundesrecht nicht auf der Grundlage anderer Kompetenzen, wie z. B. dem Wettbewerbsrecht, Schranken auferlegt, die als allgemeine Gesetze zu qualifizieren sind.

Innerhalb dieser Rahmenvorgaben kann und muss sich Landesmedienpolitik entfalten.

b) Handlungspflichten und Gestaltungsoptionen

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört es zu den aus Art. 5 Abs. 1 GG folgenden Pflichten der Länder, eine positive Rundfunkordnung zu schaffen, die eine Funktionsbedingung demokratischen Lebens ist.

Für die Bereiche Privatfernsehen und Presse kommt – anders als im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – das Wettbewerbsrecht insgesamt zur Anwendung.

Vor dem Hintergrund der aus dem Verfassungsrecht folgenden Pflicht der Bundesbehörden, die zur Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Vielfaltgebots entwickelte positive Rundfunkordnung zu respektieren, d. h. ihre Umsetzung soweit wie möglich nicht durch bundesrechtliche Vorgaben und ihre Anwendung zu behindern, und der in diesem Zusammenhang herausgearbeiteten Erkenntnis, dass der Bund zwingend nur solche Vorgaben berücksichtigen kann und muss, die hinreichend konkret ausgestaltet sind, stellt sich im Folgenden die Frage, wie diese Anforderungen durch konkrete Akte der Gesetzgebung und Verfahrensgestaltung konkretisiert werden können. Dabei geht es insbesondere auch darum, wie die Beurteilung des Einzelfalles im Hinblick auf die Meinungsmacht und die Vielfaltsicherung durch die Landesmedienbehörden zu einer verbindlichen Richtschnur für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte¹⁹⁶ gemacht werden kann.

Dabei kann es nicht Aufgabe der Länder bzw. der Landesgesetzgeber sein, die Einzelheit der medialen Ordnung durch gesetzgeberische „Gestaltungen“ abzusichern und auf diesem Wege ihre Berücksichtigung durch die Bundesorgane zu erzwingen. Angesichts der schnellen Veränderungen, die auf den betroffenen Märkten zu gewärtigen sind, wäre eine solche Vorgehensweise nicht geeignet, den aktuellen Bedürfnissen der Medienmärkte dynamisch Rechnung zu tragen.

¹⁹⁵ Jarass, a.a.O., S. 19 ff.; Jungheim, a.a.O., S. 595.

¹⁹⁶ Siehe den exemplarischen Fall BGH NJW 1990, 2815. Der BGH war hier der Ansicht, dass die vom Bundeskartellamt vertretene, von den Landesbehörden abweichende Position die Meinungsvielfalt besser sichert. Damit wurde eine eigene Konkretisierungskompetenz im Bereich der ausschließlichen Länderzuständigkeit in Anspruch genommen.

Sinnvoller erscheint es deshalb, dass die Landesgesetzgeber dort ansetzen, wo die Normanwendung durch die zuständigen Bundesbehörden an Tatbestandsmerkmalen anknüpft, die ein Gegenstand der positiven Rundfunkordnung sind und daher auch der Landesgesetzgebung unterfallen.

Dies betrifft insbesondere die Beurteilung der für die Vielfaltsicherung relevanten Märkte und der Marktmacht der einzelnen Akteure in und auf diesen Märkten. In Bezug auf diese Aspekte könnten die Länder ein Beurteilungsverfahren einrichten (zu Einzelheiten später), das aufgrund einer bundesgesetzlichen Vorgabe in die Beurteilung von Fusionen und Kooperationen durch das Bundeskartellamt einfließen und damit die positive Ordnung der Länder in das Entscheidungsverfahren des Bundeskartellamtes integrieren könnte.

Eine solche Vorgehensweise würde einerseits die positive Mediengestaltung durch die Länder fallbezogen konkretisieren und damit eine Einbeziehung durch das Bundeskartellamt ermöglichen. Andererseits würden die Entscheidungen des Bundeskartellamtes nicht vollständig determiniert und es könnten die weiteren, auf der Bundeskompetenz für das Wirtschaftsrecht basierenden Wertungen eingebracht werden.

c) Das Gebot der Verantwortungsklarheit und das daraus folgende Verbot der Mischverwaltung als Gestaltungsgrenze

Bei allen Gestaltungen, die ein Zusammenwirken von Behörden der Länder und des Bundes beinhalten, ist zu beachten, dass die von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Anforderungen an die Verantwortungsklarheit beachtet werden. Diese schließen ein Zusammenwirken von Behörden des Bundes und der Länder nicht kategorisch aus, verlangen aber, dass die getroffenen Entscheidungen klar den jeweiligen Verantwortungsbereichen zurechenbar sind.

Dabei ist im vorliegenden Zusammenhang die äußerste Grenze, die das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet hat, nicht tangiert. Mischverwaltung im engeren Sinne ist nämlich dann ausgeschlossen, wenn die Verfassung entsprechende Kompetenzen dem Bund nicht übertragen hat.¹⁹⁷ Da es im vorliegenden Zusammenhang gerade darum geht, die Kompetenzausübung in Bereichen zu koordinieren, in denen Bundes- und Landeszuständigkeiten einschließlich entsprechender Verwaltungskompetenzen vorhanden sind, greift dieses allgemeine Verbot nicht.

Entscheidend ist deshalb, dass bei allen Formen der Kooperation und Koordination transparent normiert und nachvollziehbar ist, welche Stelle welche Entscheidung trifft und zu verantworten hat.¹⁹⁸ Im Falle von gesetzlich geregelten Entscheidungsverfahren, bei denen eine Bundesbehörde mit eigenen Stellungnahmen oder Entscheidungsrechten zu Einzelfragen in das Entscheidungsverfahren einer Landesbehörde eingebunden ist, bestehen aus die-

¹⁹⁷ BVerfGE 108, 169 (182).

¹⁹⁸ Grundlegend zum Grundsatz der Verantwortungsklarheit BVerfGE 119, 331, 378 ff.

sem Blickwinkel keine Bedenken, da jede Entscheidungsstufe eindeutig zugeordnet werden kann. Das gleiche gilt für die umgekehrte Situation der Einbeziehung von Landesbehörden in das Verwaltungsverfahren einer Bundesbehörde, etwa der Landesmedienanstalten in die Entscheidungsverfahren des Bundeskartellamtes oder der Bundesnetzagentur.

In Fällen einer ohne bindende Entscheidungswirkungen ausgestatteten Koordination, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt, wird der Grundsatz der Verantwortungsklarheit jedenfalls dann gewahrt, wenn förmlich gesichert ist, dass die Entscheidung der zuständigen Stellen nicht verbindlich präjudiziert wird.

d) **Schlussfolgerungen**

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass eine bessere Umsetzung der positiven Ordnungsmacht der Länder im Medienbereich ein Instrument verlangt, das eine fallbezogene Konkretisierung als Grundlage einer Berücksichtigungspflicht ermöglicht, und das ergänzend im Bundesrecht eine Pflicht zur Berücksichtigung dieser Vorgaben im Entscheidungsverfahren des Bundeskartellamtes eingeführt wird.

III. Die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen im Einzelnen

1. Die Gesetzgebungskompetenzen der Länder in den einzelnen Problemfeldern unter Berücksichtigung des verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmens

Die Länder verfügen über die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das (positive) Medienordnungsrecht mit dem Ziel der Vielfaltsicherung.

Auf dieser Grundlage kann ein Medienkartellrecht erlassen werden, das ein Fusionskontrollrecht und ein Kooperationskontrollrecht einschließt und sich auf alle Akteure erstreckt. Es ist also nicht zwingend auf Presse und Rundfunk im herkömmlichen Sinne beschränkt. Dagegen gibt es keine Länderkompetenz für ein das GWB ersetzendes wirtschaftsbezogenes Medienkartellrecht.¹⁹⁹

Bezieht man zudem die Kompetenzen der EU in die Betrachtung ein, so ergibt sich das folgende Gesamtbild:

¹⁹⁹ Jungheim, a.a.O., S. 59 1 ff. m.w.N.

Übersicht zu den Regelungskompetenzen im Medienbereich

	EU-Zuständigkeit*	Bundeszuständigkeit	Länderzuständigkeit
Medienrecht	+ aufgrund der wirtschaftsrechtlichen Komponente auf der Grundlage der Art. 103 sowie Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV	– nur Kompetenz für die Übertragungstechnische und die allgemeine wirtschaftliche Dimension aufgrund des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG	+ für die inhaltliche Dimension (umfassend) – Vielfaltsicherung als ausschließliche Landeszuständigkeit
Fusionskontrolle / Medienkonzentrationsrecht	+ Art. 103 AEUV	+ unter Beachtung der Vorgaben des Unionsrechts und mit der Möglichkeit, ergänzende Regelungen zu erlassen aufgrund des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG	+ in Bezug auf die Meinungsmachtaspekte als ausschließliche Landeszuständigkeit
Kartellverbot	+ Art. 103 AEUV	+ unter Beachtung der Vorgaben des Unionsrechts und mit der Möglichkeit, ergänzende Regelungen zu erlassen aufgrund des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG	–
TK-Recht	+ Art. 106 Abs. 3, Art. 114 AEUV	+ unter Beachtung der Vorgaben des Unionsrechts aufgrund des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG	–

* Bezogen auf Fälle mit Binnenmarktrelevanz

Auszugehen ist vom Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Verhältnis zu nationalem Recht.

Das Wettbewerbsrecht gehört gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV in Bezug auf die „für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ zu den ausschließlichen Zuständigkeiten der Europäischen Union. Darüber hinaus liegt eine geteilte Zuständigkeit gem. Art. 4 AEUV vor.

Soweit Regelungsspielräume verbleiben, sind ergänzende Regelungen, die die Mindeststandards achten, zulässig. Dies ist in der Regel für reine Inlands Sachverhalte ohne Binnenmarktrelevanz relevant.

Eine praktisch wenig bedeutsame Pflicht zur Achtung abweichender mitgliedstaatlicher Rechtstraditionen oder Strukturen als Ausdruck der „nationalen Identität“ eines Mitgliedstaats, die in den „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“, folgt aus Art. 4 Abs. 2 EUV.

Eine bislang im Medienbereich jenseits beihilferechtlicher Aspekte begrenzt relevante Ausnahmevorschrift findet sich in Art. 106 Abs. 2 AEUV. Diese Regelung gestattet begrenzte Ab-

weichungen vom Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht des AEUV. Darauf wird unter IV. näher einzugehen sein.

Das Unionsrecht wird grundsätzlich durch die Behörden der Mitgliedstaaten angewendet.

Im Bereich des Wettbewerbsrechts wird bei Fällen mit Binnenmarktrelevanz ab einer sekundärrechtlich bestimmten Schwelle eine Zuständigkeit der EU-Kommission begründet.

2. Die Gestaltungsspielräume der Länder im Grenzbereich Medien- und Wirtschaftsrecht

In diesem Rahmen sind die Länder befugt, gesetzliche Regelungen zu erlassen, die abstrakte Vorgaben für die Vielfaltsicherung enthalten und daraus auch konkrete Handlungs- und Unterlassungspflichten ableiten.

Vor allem aber ist es möglich, eine *Institution* oder ein *Verfahren* (z. B. in Form einer externen wissenschaftlichen Begutachtung) einzurichten, das eine Grundlage für die Bestimmung der Vielfaltsicherung in einzelnen Märkten liefert und bei der Beurteilung von Einzelfällen der Fusion und Kooperation durch Landes- und Bundesbehörden zugrunde gelegt werden kann.

a) Telekommunikationsrecht / Wettbewerbsrecht

Regelung	Adressaten	Sachbereich	Verfahren
§ 50c GWB	Kartellbehörden und Regulierungsbehörden	GWB	Informationsaustausch
§ 123 TKG	Kartellbehörden und Regulierungsbehörden		Einvernehmen (Abs. 1 S. 1), Stellungnahme (Abs. 1 S. 2), einheitliche Gesetzesauslegung, gegenseitige Information (Abs. 1 S. 3 + 4)

b) Rundfunk- und Medienrecht / Wettbewerbsrecht / TK-Recht

Regelung	Adressaten	Sachbereich	Verfahren
Landesrecht			
§ 39a RStV	LMA	Schnittstelle Medienrecht / TK-Recht und Kartellrecht	Übermittlung von „Erkenntnissen“
§ 52e RStV	LMA	Verstöße durch Plattformbetreiber	Entscheidung im Benehmen mit Regulierungsbehörde
Korrespondierendes Bundesrecht			
§ 50c Abs. 2 GWB	BKartA	Zusammenarbeit mit den LMA	Auf Anfrage gegenseitiger Austausch von Erkenntnissen
§ 123 Abs. 2 TKG	BNetzA	Zusammenarbeit mit den LMA	Auf Anfrage Übermittlung von Erkenntnissen

c) Bewertungen der Koordinationsregelungen durch die Literatur

Die im Rundfunkstaatsvertrag, TKG und GWB verankerten Regelungen zur Zusammenarbeit und Koordination werden in der wissenschaftlichen Literatur grundsätzlich positiv eingestuft und als angemessene Reaktion des Gesetzgebers auf die Medienkonvergenz begrüßt.²⁰⁰ Dabei wird auch verdeutlicht, dass der weitergehenden Koordination durch die Schaffung einer Bund-Länder-Medienaufsichtsbehörde verfassungsrechtliche Hindernisse zwingend im Wege stehen²⁰¹ mit der Folge, dass die Etablierung eines „Regulierungs- und Aufsichtsverbundes“ der angemessene Weg ist.²⁰²

Der positiven Einschätzung im Grundsatz stehen aber kritische Stellungnahmen im Hinblick auf die bislang eher geringe praktische Wirksamkeit der Regelungen zur Seite.²⁰³ Selbst dort, wo das Gesetz – wie in § 123 Abs. 1 S. 1 TKG – zwischen Bundesbehörden eine einvernehmliche Entscheidung und damit die intensivste Form der Koordination und Kooperation vorschreibt, erweist sich die Zusammenarbeit in der Praxis als schwierig – bis zu den Fällen der Erteilung eines Einvernehmens aus rein formalen Gründen („um das Verfahren nicht zu blockieren“) trotz offenen inhaltlichen Dissenses.²⁰⁴

In der Zusammenarbeit von Regulierungs- und Kartellbehörden, die als Bundesbehörden auf gleicher gesetzlicher und institutioneller Ebene kooperieren (sollen), scheinen sich die unterschiedlichen Konzeptionen der jeweiligen Rechtsgebiete und „Aufträge“, die sich auch in der Arbeitsmethodik niederschlagen, als Hindernis für eine konstruktive Zusammenarbeit auszuwirken, obwohl der formale Rahmen der Arbeitsweise (Beschlusskammern usw.) vom Gesetzgeber sehr ähnlich ausgestaltet wurde. Der positive Gestaltungsauftrag der Regulierungsbehörden und der eher institutionelle und defensive Schutzauftrag des Bundeskartellamts scheinen aber die Sichtweisen der Behörden unterschiedlich zu prägen und eine effektive und konstruktive Kooperation zu behindern. Dies ist angesichts der Tatsache, dass auch die Landesmedienanstalten stärker durch einen positiven Gestaltungsauftrag geprägt sind, für die intensivere Ausgestaltung ihrer Kooperation mit dem Bundeskartellamt zu beachten. Es ist deshalb nach Bereichen und Formen der Kooperation zu suchen, die dieses strukturelle Hindernis berücksichtigen und gleichwohl eine wirksame Zusammenarbeit in den relevanten Themenfeldern ermöglichen bzw. fördern.

²⁰⁰ Siehe exemplarisch *Schuler-Harms*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), *Rundfunkrecht*, 3. Aufl. 2012, § 39a RStV, Rn. 3, 6 m.w.N.

²⁰¹ U. a. das aus dem Gebot der Verantwortungsklarheit abgeleitete Verbot der Mischverwaltung, siehe BVerfGE 119, 331, 365 f. An einer verfassungsrechtlichen Ausnahmeregelung, wie sie z. B. Art. 91c GG enthält, fehlt es im Medienbereich.

²⁰² *Schuler-Harms*, a.a.O., § 39a, Rn. 6.

²⁰³ Skeptisch wegen der geringen Verbindlichkeit in Bezug auf § 39a RStV *Schuler-Harms*, a.a.O., § 39a, Rn. 28. Kritisch hinsichtlich der Art und Weise der Handhabung der Einvernehmensregelung des § 123 Abs. 1 S. 1 TKG *Attendorn/Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 123, Rn. 8 ff.

²⁰⁴ *Attendorn/Geppert*, a.a.O., § 123, Rn. 10 betreffend einen Fall der Marktanalyse.

Die lediglich auf den Austausch von Erkenntnissen ausgerichtete Kooperation zwischen den Landesmedienanstalten und dem Bundeskartellamt bzw. den Regulierungsbehörden hat zwar den Vorteil, dass ein auch ohne entsprechende Regelungen möglicher und zulässiger Dialog zusätzlich legitimiert wird. Es ist aber schwer, konkrete Wirkungen dieser Praxis im Hinblick auf eine Stärkung der „Durchsetzung“ der im (alleinigen) Zuständigkeitsbereich der Landesmedienanstalten liegenden Zielsetzungen auszumachen.

IV. Gestaltungsmöglichkeiten der Länder im Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts der EU aufgrund des Art. 106 Abs. 2 AEUV

1. Die systematische Stellung der Norm im Wettbewerbsrecht des AEUV

Mit Art. 106 Abs. 2 AEUV, einer von Beginn an im Primärrecht enthaltenen Norm, eröffnet das EU-Wettbewerbsrecht den Mitgliedstaaten und damit auch den Bundesländern unmittelbar, d. h. grundsätzlich²⁰⁵ ohne vorherige Genehmigung durch die EU-Kommission²⁰⁶, einen tatbestandlich begrenzten Gestaltungsfreiraum, um wichtige wirtschaftliche Dienste auch dort zu erhalten und sicherzustellen, wo diese bei vollständiger Anwendung des Wettbewerbsrechts (sowie anderer Vorschriften des Primärrechts) nicht wirtschaftlich erbracht werden können. Aus der deutschen Perspektive geht es um die Gewährleistung eines Kernbereichs der sog. Daseinsvorsorge.²⁰⁷ Dazu gehören nach heutigem Verständnis auch Teile der Medienversorgung der Bevölkerung.²⁰⁸

Die Regelung ist mit der „Hypothek“ belastet, dass sie nur auf Fälle anzuwenden ist, in denen das ausführende Unternehmen durch einen staatlichen Betrauungsakt zu den in Frage stehenden Dienstleistungen „verpflichtet“ wird. Damit sind besondere Herausforderungen im Zusammenhang mit Rundfunkveranstaltungen verbunden, weil die Rundfunkfreiheit gewahrt werden muss. Gleichwohl ergeben sich Gestaltungsoptionen, die genauer zu betrachten sind.

Neben der Eröffnung von nationalen Gestaltungsspielräumen kommt der Regelung eine weitere, weniger beachtete Systemfunktion zu, indem sie dazu verpflichtet, die Erforderlichkeit von Ausnahmen von den allgemeinen Wettbewerbsregeln zur Sicherstellung des Funktionierens der Dienste nachvollziehbar darzulegen. Damit führt die Norm zu einem Rationalitäts-

²⁰⁵ Anders verhält es sich, wenn zugleich das Beihilfeverbot betroffen ist.

²⁰⁶ Dazu *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. EGL 2014, Art. 106 AEUV, Rn. 62.

²⁰⁷ Dazu näher *Kluth*, Kommunalwirtschaftliche Aktivitäten als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2011, § 39, Rn. 1 ff.; *Lehr*, Europäisches Wettbewerbsrecht und kommunale Daseinsvorsorge, DÖV 2005, 542 ff.

²⁰⁸ Das gilt vor allem für die flächendeckende Bereitstellung der technischen Infrastruktur gem. Art. 87f Abs. 1 GG. Anstelle des Begriffs Daseinsvorsorge wird heute überwiegend das Konzept der Gewährleistungsverantwortung genutzt.

gewinn im Bereich staatlicher Wirtschafts- und Infrastrukturaktivitäten.²⁰⁹ Das Unionsrecht zwingt in Bereichen, bei denen in der politischen Praxis gerne „pauschal“ die Notwendigkeit eines staatlichen Engagements behauptet wird, dieses näher zu begründen. Dies führt in der Praxis nicht selten zu der „Einsicht“, dass Ausnahmeregelungen nicht oder deutlich weniger weitreichend erforderlich sind, um die Funktionsfähigkeit der Dienste zu gewährleisten.

2. Bedeutungsverstärkung durch Art. 14 AEUV

Durch den Vertrag von Amsterdam wurde die Bedeutung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und damit auch die Regelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV durch die Einfügung von Art. 14 AEUV verstärkt.²¹⁰ Obwohl der formale Rechtsrahmen nicht verändert wurde, sollte durch die Platzierung der Regelung im Teil über die allgemein geltenden Bestimmungen die Handhabung der Norm erleichtert und das Bewusstsein über die Bedeutung der Dienste für den sozialen Zusammenhalt verbessert werden. „Schutzgut des Art. 14 AEUV ist über den Erhalt der Funktionsfähigkeit der gemeinwirtschaftlichen Dienste die Freiheit der Mitgliedstaaten zur politischen Gestaltung des Verhältnisses von wettbewerbsorientierter Marktwirtschaft und einzelfallbezogener Intervention im Allgemeininteresse.“²¹¹ Da die Medienversorgung ein wichtiges Element für den sozialen Zusammenhalt darstellt, trifft dies auch für den vorliegenden Zusammenhang zu.

3. Praktische Bedeutung jenseits des Beihilfenrechts

Da Art. 106 Abs. 2 AEUV, mit Ausnahme der Fälle, in denen von den Vorgaben des Beihilfenrechts abgewichen werden soll, kein förmliches Verfahren für die Implementation von Ausnahmeregelungen voraussetzt²¹², ist es schwierig, die praktische Bedeutung der Norm genau zu erfassen. Bezieht man sich nur auf Vertragsverletzungsverfahren und Verfahren vor dem EuGH, so beschränkt sich die Spruchpraxis auf Fälle, in denen von den Beihilfavorschriften abgewichen wurde. Im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wurde über die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV ebenfalls vor allem im Hinblick auf Finanzierungsaspekte verhandelt.²¹³

Es ist aber angesichts des eindeutigen Wortlauts der Norm völlig unbestritten, dass auch Abweichungen vom sonstigen Wettbewerbsrecht nach Art. 101 und 102 AEUV erfasst wer-

²⁰⁹ Zu diesem Aspekt näher (am Beispiel der Sparkassen) *Kluth*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung öffentlicher Finanzinstitute angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2002/I, 111 ff.

²¹⁰ Zur Genese der Vorschrift *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. EGL 2014, Art. 14 AEUV, Rn. 2 ff.

²¹¹ *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. EGL 2014, Art. 14 AEUV, Rn. 12.

²¹² Dazu auch *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. EGL 2014, Art. 106 AEUV, Rn. 62.

²¹³ Dazu im Überblick *Libertus*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 13 Rn. 37ff.

den und damit im Einzelfall möglich sind.²¹⁴ Vor diesem Hintergrund sollen die Gestaltungsmöglichkeiten, die Art. 106 Abs. 2 AEUV dem nationalen Gesetzgeber eröffnet, genauer betrachtet werden.

4. Anwendungsvoraussetzungen im Einzelnen

a) Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit Binnenmarktrelevanz

Es muss sich bei der erfassten Tätigkeit um einen binnenmarktrelevanten Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handeln.²¹⁵ Die Binnenmarktrelevanz bestimmt sich nach allgemeinen Kriterien, d. h. es muss sich um einen Sachverhalt handeln, der aufgrund einer wirtschaftlichen Bedeutung Auswirkungen auf Unternehmen und Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten hat. Das ist bereits dann der Fall, wenn grenzüberschreitende Aktivitäten durch die zu beurteilende Maßnahme weniger attraktiv gemacht werden.²¹⁶ Im Einzelnen ist von den folgenden Merkmalen auszugehen:

- Tatbestandlich erfasst werden alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge.²¹⁷ Zu den genannten wirtschaftlichen Aktivitäten zählen neben klassischen Dienstleistungen auch die Lieferung von Waren und sonstigen Sachleistungen, insbesondere von Energie im Rahmen der öffentlichen Stromversorgung.
- Die europäischen Gerichte umschreiben diesen Begriff als „[...] Leistungen zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs“.²¹⁸
- Die EU-Kommission definiert Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und deshalb von den Mitgliedstaaten mit besonderen „Gemeinwohlverpflichtungen“ verbunden werden.²¹⁹

²¹⁴ Wernicke, a.a.O., Art. 106 AEUV, Rn. 121, der ausdrücklich den Rundfunkbereich als mögliches Anwendungsfeld erwähnt.

²¹⁵ Zu Einzelheiten des Begriffs und seiner Genese Kluth, Kommunalwirtschaftliche Aktivitäten als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2011, § 39, Rn. 18 ff.

²¹⁶ Siehe z.B. EuGH verb Rs C 29-35/94 – Aubertin ua, Slg 1995, I-301 Rn 9.

²¹⁷ Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106, Rn. 36.

²¹⁸ EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 15 (Corbeau); EuG, Rs. T-528 u. a./93, Slg. 1996, II-649, Rn. 116 (Métropole télévision); EuG, Rs. T-106/95, Slg. 1997, II-229, Rn. 67 (FFSA); ähnlich Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band II, 1997, Art. 37, 90, Teil D. Rn. 21; ders., Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, FS-Zacher, 1997, 621, 631.

²¹⁹ EU-Kommission, Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM (2003) 270, S. 7 f.; dies., Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM (2004) 374, S. 28; dazu auch Deuster, Das Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, EuZW 2004, 526 ff.

- Es reicht aus, dass die Dienstleistungen „auch“ im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden. Die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen durch die leistenden Unternehmen²²⁰ steht dem nicht entgegen.

b) Funktionsgefährdung

Voraussetzung für eine begrenzte Abweichung von den allgemein geltenden Wettbewerbsvorschriften ist, dass nur so die Erbringung der Dienstleistungen möglich ist, genauer nach dem Wortlaut der Norm: „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“

Der EuGH hatte die Anforderungen an eine Funktionsgefährdung zunächst sehr hoch angesetzt und verlangt, dass die Tätigkeit ohne die Abweichung unmöglich ist und nicht lediglich erschwert wird. Durch eine Entscheidung aus dem Jahr 1997 wurde diese Rechtsprechung indes geändert und zwar für die Mitgliedstaaten erheblich erleichtert. Seither ist es für die Anwendbarkeit des Art. 106 Abs. 2 AEUV ausreichend, wenn die Anwendung der Vertragsvorschriften „die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die (einem) Unternehmen obliegen, tatsächlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist“, der Tatbestand des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist nicht erst dann verwirklicht, wenn das „finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben [...] bedroht ist“, sondern es genügt, wenn die Aufgabenerfüllung „gefährdet wäre“, oder „dass die Beibehaltung (der Rechte) erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung (der Aufgaben) zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu ermöglichen“.²²¹

Durch diese Veränderung der Kriterien ist der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten erheblich erweitert worden. Es kann heute nicht mehr von einer eng zu handhabenden Ausnahmevorschrift gesprochen werden, die nur ganz ausnahmsweise abweichende rechtliche Gestaltungen ermöglicht. Vielmehr wird im Bereich der Daseinsvorsorge ein positiver Gestaltungsspielraum und eine korrespondierende Gestaltungsverantwortung (Art. 14 AEUV) anerkannt.

c) „Besondere Aufgabe“ und „Betrauungsakt“

Erforderlich ist weiter, dass es sich um die Erfüllung einer „besonderen Aufgabe“ handelt, mit deren Erfüllung die privilegierten Unternehmen „betraut“ wurden.

²²⁰ Die Regelungen sind nicht auf öffentliche Unternehmen beschränkt, wie sich aus der expliziten Differenzierung in Art. 106 Abs. 1 AEUV ergibt. Darin spiegelt sich insbes. auch die französische Tradition des *service public* wider. Dazu näher *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 111 ff.; *Kluth*, Kommunalwirtschaftliche Aktivitäten als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2011, § 39, Rn. 16 f.

²²¹ EuGH, Rs. C-157/94, Strommonopol Slg. 1997, I-5699 Rdnr. 43; st. Rspr: Rs. C-340/99, TNT Traco, Slg. 2001, I-4109. Bestätigt in EuGH, Urteil vom 15. 11.2007, International Mail Spain, C-162/06, Slg. 2007, I-9911 Rdnr. 35.

Daraus folgt einerseits, dass die Aufgabe über die bloße Bereitstellung der Dienste hinausgehend durch ein besonderes öffentliches Interesse geprägt sein muss²²² und die Aufgabe den Unternehmen durch einen hoheitlichen Akt (Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung, Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag) zugeordnet sein muss.²²³

Die genauen Anforderungen an den Betrauungsakt lassen sich aus der einschlägigen Rechtsprechungstätigkeit des EuGH in folgender Hinsicht bestimmen: Es bedarf einer „besonderen Aufgabe“ innerhalb des Spektrums der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Das ist z. B. der Fall, wenn eine besondere Form der Bereitstellung von Mediendienstleistungen für die breite Allgemeinheit gesichert werden soll. In einem solchen Fall geht es nicht um Mediendienstleistungen überhaupt und es ist auch kein besonderes Interesse an dem erfassten Teilbereich der Bereitstellung von Mediendienstleistungen darstellbar. Wichtig ist in jedem Fall, dass sich die Maßnahmen auf eine klar abgrenzbare Dienstleistung beziehen.

Zudem müssen die besonderen Anforderungen erfüllt sein, die der EuGH an den Betrauungsakt stellt. Insoweit ist geklärt, dass eine aktive hoheitliche Verleihung von Zuständigkeiten und Kompetenzen vorliegen muss.²²⁴ Es reicht demnach nicht aus, dass der Staat eine Betätigung lediglich genehmigt oder beaufsichtigt. Zudem muss der Betrauungsakt inhaltlich hinreichend konkret erkennen lassen, worin die gemeinwohlbezogene Komponente der Art und Weise der Erbringung der Dienstleistung liegt, die eine Privilegierung erforderlich macht.²²⁵ Ob vor dem Hintergrund der Privilegierung auch eine Befristung oder die Etablierung einer Überprüfungspflicht erforderlich ist, scheint noch nicht geklärt zu sein.

Für die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV auf Rundfunkveranstalter stellt sich das besondere Problem, wie der Betrauungsakt mit der Gewährleistung von Rundfunkfreiheit und Staatsferne (speziell des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) in Einklang zu bringen ist. Dies lenkt die Aufmerksamkeit auf mögliche Umsetzungsformen eines Betrauungsaktes in diesem Bereich.

Denkbar ist insoweit eine Vorgehensweise, bei der der Gesetzgeber für näher bezeichnete Mediendienstleistungen ihren Status als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse „feststellt“ und im Anschluss daran, eine Möglichkeit eröffnet, auf Antrag eine Betrauung vorzunehmen, um im Zusammenhang damit eine begrenzte rechtliche Privilegierung vorzunehmen. Dabei kommt dem Antragserfordernis die entscheidende Bedeutung für die Wahrung der Rundfunkfreiheit zu.

Im Rahmen des Antrags müssten die Medienunternehmen darlegen, warum für die Erbringung der Mediendienstleistung eine wettbewerbsrechtliche Privilegierung i.S.d. Art. 106 Abs.

²²² Kluth, Kommunalwirtschaftliche Aktivitäten als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2011, § 39, Rn. 40 ff.

²²³ Kluth, a.a.O., § 39, Rn. 38 f.

²²⁴ Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106, Rn. 42 m.w.N. zur Rechtsprechung.

²²⁵ Jung, a.a.O., Art. 106 AEUV, Rn. 40.

2 AEUV erforderlich wäre und wie weit diese gehen müsste. Die zuständige Stelle des Landes könnte sich im Rahmen der Prüfung diese Einschätzung zu eigen machen und auf dieser Grundlage eine – ggf. zeitlich befristete – Betrauung aussprechen. Diese wäre zwar für den Zeitraum verpflichtend, wäre aber aufgrund des Antrags nicht als Fremdbestimmung der Rundfunkunternehmen zu interpretieren.

Die kartellrechtliche Problematik könnte in diesem Zusammenhang durch ein Zwischenverfahren integriert werden, indem nach Eingang des Antrags bei der Landesbehörde ein Verfahren zur Genehmigung einer Ausnahme von Vorschriften des GWB, insbesondere des Kartellverbotes durchgeführt werden könnte. Zu diesem Zweck müsste eine entsprechende Privilegierungsmöglichkeit in das GWB aufgenommen werden.

Insgesamt würde die Nutzung der Spielräume, die Art. 106 Abs. 2 AEUV eröffnet, demnach folgende Rechtsetzungsakte erfordern:

- Landesgesetzliche Bestimmung konkreter Mediendienstleistungen, die als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interessen zu qualifizieren sind und
- für die im Falle des Nachweises von Hinderungsgründen im Sinne der Vorschrift eine Privilegierung und eine Betrauung vorgesehen werden sollen.
- Ausgestaltung eines Verfahrens, in dem das Vorliegen dieser Voraussetzungen (nur) auf Antrag geprüft wird.
- Regelung eines Ausnahmetatbestandes vom Kartellverbot im GWB, der an eine entsprechende medienpolitische Zwischenentscheidung des Landes anknüpft und auf dieser Grundlage eine Ausnahme genehmigt. Dabei müsste der Entscheidungsspielraum des Bundeskartellamtes begrenzt und eine Bindung an die medienpolitische Einschätzung des Landes begründet werden.
- Bei der anschließenden Endentscheidung (Betrauungsakt) muss zugleich die Reichweite der erforderlichen Abweichung von den Wettbewerbsvorschriften begründet werden.²²⁶

Auch wenn es sich dabei um eine komplizierte Verfahrensweise handelt, die zudem Gesetzgebungsakte des Bundes und der Länder voraussetzt, wird damit ein Weg aufgezeigt, wie entsprechende Gestaltungen ohne eine noch aufwendigere Anpassung des Unionsrechts vorgenommen werden können. Da es zudem nicht um Beihilfetatbestände geht, ist eine Mitwirkung der EU-Kommission nicht erforderlich.

V. Medienrechtliche Rahmenbedingungen des Europarechts

An dieser Stelle soll nur cursorisch auf die wichtigsten rechtlichen Vorgaben hingewiesen werden, die das Europarecht für die dargestellten Regulierungsbereiche bildet. Die dargestellten Richtlinien geben bestimmte Regulierungsziele vor, die unter Berücksichtigung eines Gestaltungsspielraums in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Gleichzeitig zeigen sie

²²⁶ Dabei handelt es sich um eine nichtförmliche Begründungslast, auf die im Zweifelsfalle rekuriert werden kann.

im Umkehrschluss aber auch die Freiräume auf, die der nationale Gesetzgeber neben diesen Zielen oder über diese hinaus bei der Regulierung hat.

1. Audiovisuelle Mediendienste-Richtlinie (AVMD-RL)

Die AVMD-Richtlinie geht von drei grundlegenden Prämissen bzgl. der Wirkung bestimmter medialer Typen aus:

- Auf einem Bewegtbild basierende (audiovisuelle) Dienste haben eine besondere gesellschaftliche Wirkung und werden von den Mitgliedstaaten daher besonderen Regelungsregimen unterworfen.
- Linearen Fernsehprogrammen kommt aufgrund ihrer zeitgleichen Rezeption eine hervorgehobene Bedeutung zu, die eine besondere Regulierung nötig werden lässt.
- Nicht-lineare audiovisuelle Mediendienste auf Abruf haben geringere Auswirkungen auf den öffentlichen Diskurs²²⁷ als lineare und müssen daher nur basalen Regeln unterworfen werden.

Damit geht die AVMD-Richtlinie von einer technisch induzierten Differenzierung bestimmter Medientypen aus, die zwischen linearen und nicht-linearen Medien trennt, wodurch ein sehr grob abgestuftes Regulierungskonzept entsteht. Diese Grunddifferenzierung kann auf nationaler Ebene – obwohl z. B. Hybrid-TV geradezu als Sinnbild der Reformbedürftigkeit dieser Vorschriften gilt²²⁸ – nicht aufgegeben werden, solange die AVMD-Richtlinie die nationale Regulierung derart deutlich vorprägt.

Andersherum bedeutet dies aber nicht, dass vielfaltsorientierte Regulierung nicht an anderen Differenzierungen anknüpfen könnte, als die AVMD-Richtlinie es tut. In einem solchen Fall ist nur sicherzustellen, dass alle audiovisuellen Mediendienste i.S.d. AVMD-Richtlinie auch in Deutschland an die Vorgaben der Richtlinie gebunden sind, im Hinblick auf andere Regelungsziele kann Deutschland andere Definitionen vorsehen. In diesem Fall gäbe es aber keine einheitliche Definition von Dienstetypen (wie jetzt etwa Rundfunk) mehr.

2. E-Commerce-Richtlinie (EC-RL)

Dienste, die weder Fernsehprogramme noch audiovisuelle Mediendienste auf Abruf darstellen und damit nicht unter die AVMD-Richtlinie fallen, werden von der E-Commerce-Richtlinie erfasst. Diese sieht vor allem Kennzeichnungs- und Informationspflichten sowie Haftungsregeln für sog. Dienste der Informationsgesellschaft (Art. 2 a) EC-RL) vor. Von diesem weiten Begriff²²⁹ werden alle kommerziell ausgerichteten Abrufdienste im Internet erfasst. Die Richtlinie regelt außerdem die nationalstaatliche Zulassungsfreiheit für derartige Dienste, Art. 4 Abs. 1 EC-RL.

²²⁷ Vgl. ErwGr 58 AVMD-RL.

²²⁸ Vgl. nur *Kogler*, Hybrid-TV – Modernes „Fernsehen“ im unmodernen EU-Rechtsrahmen?, in: K&R 2011, 621, 625; *Wagner*, Europäische Perspektive des Hybrid-Fernsehens, in: ZUM 2011, 462, 464.

²²⁹ Im Einzelnen Art. 1 Nr. 2 RL 98/34/EG.

3. Art. 31 Universaldienstrichtlinie (UDRL)

Die Universaldienstrichtlinie liefert einen telekommunikationsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die nationale Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten und -netzen. Gleichzeitig eröffnet Art. 31 UDRL aber einen Raum, in dem die Verbreitung bestimmter kommunikativer Inhalte durch einen Mitgliedstaat privilegiert werden kann, indem Infrastrukturanbietern Übertragungspflichten auferlegt werden. Dabei ist auch Art. 31 UDRL vom Grundsatz her technisch orientiert und bezieht sich nur auf die Übertragung von Hör- und Fernsehroundfunk. Diese Möglichkeit bildet die europarechtliche Grundlage für die nationalen Must-Carry-Vorschriften, §§ 52 ff. RStV. Art. 31 Abs. 1 UDRL stellt dabei jedoch kein zwingendes Recht dar, sondern eröffnet nur einen expliziten Spielraum, in dem der nationale Gesetzgeber von dieser Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen Gebrauch machen kann.

Im Umkehrschluss wird man nicht daraus schließen können, dass eine Inpflichtnahme von anderen TK-Netzbetreibern (oder auch anderen „Bottlenecks“) grundsätzlich unzulässig ist, soweit der Bereich nicht vollständig europarechtlich koordiniert ist. Vielmehr ist dieser Bereich – schon nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung²³⁰ – der Regelungsmacht des EU-Gesetzgebers entzogen und liegt im Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers. Soweit die Voraussetzungen des Art. 31 UDRL vorliegen, ist der Spielraum der Nationalstaaten breit.²³¹

Daraus kann man für die nationale Regulierung in diesem Bereich folgende Schlussfolgerungen ziehen:

- Zum einen besteht zumindest keine europarechtliche Notwendigkeit, bestimmte Übertragungsverpflichtungen vorzuhalten.
- Zum anderen kann der Gesetzgeber – soweit objektive Gewährleistungsgehalte und subjektive Schutzgüter der Verfassung ausreichend berücksichtigt worden sind – mit einer weiten Einschätzungsprärogative entscheiden, ob und in welcher Form bestimmte Verpflichtungen dieser Art vorgenommen werden.

4. Art. 5, 6 Zugangsrichtlinie (ZugangsRL)

Ziel der Zugangsrichtlinie ist es, einen einheitlichen Rahmen zu schaffen, der das Verhältnis zwischen Diensteanbietern und Netzbetreibern sowie deren Zusammenschaltung durch die Mitgliedstaaten harmonisiert, Art. 1 Abs. 1 Zugangs RL. Art. 5 und 6 ZugangsRL²³² eröffnen

²³⁰ Scholz, in: Maunz/Düring (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 23 GG, Rn. 19.

²³¹ Vgl. EuGH vom 22.12.2008 - C-336/07 (Niedersächsisches Kabel).

²³² Überblick bei Jungheim, Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, 2012, S. 242 f.; Franzius, Strukturmodelle des Europäischen Telekommunikationsrechts, Ein neuer Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft, in: EuR 2002, 660, 669.

dabei vor allen Dingen Befugnisse für die nationalen Regulierungsbehörden, bestimmte „Bottlenecks“²³³ zu regulieren, nämlich:

- Zugangsberechtigungssysteme (Conditional Access)
- Anwendungsprogrammierschnittstellen (API)
- Elektronische Programmführer (EPG).

Hier ist eine nationale Regulierung auch ohne Marktanalyseverfahren möglich, wenn dies für den Zugang von Endnutzern zu digitalen Hörfunk- und Fernsehangeboten erforderlich ist. Ziel ist der Zugang der Hörfunk- und Fernsehanbieter zu den genannten Dienstleistungen zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen.

Für die regulatorische Inpflichtnahme anderer Dienstleister durch die Mitgliedstaaten enthält die Zugangsrichtlinie keine Beschränkungen.

²³³ *Helberger*, Access to technical bottleneck facilities: the new European approach, *Communications & Strategies* 2002-2, S. 33 ff., abrufbar unter: <http://www.ivir.nl/publications/helberger/C&S2002.pdf>, zuletzt abgerufen am 4.8.2014; *Schütz/Attendorn*, in: MMR Beil. 2002, 1 ff.

D. LÖSUNGSOPTIONEN

I. Vorbemerkung: Strukturierung und Schwerpunktsetzung

Das vorliegende Gutachten fokussiert auf die zentralen Regulierungsziele des Rundfunkrechts der Länder, die Sicherung von Vielfalt. Die Kommunikationsordnung wird aber nur im Zusammenspiel mit weiteren Regulierungszielen adäquat erfasst, etwa dem öffentlichen Werberecht, dem Jugendschutz, dem Urheberrecht und – mit zunehmender Relevanz – dem Datenschutz.

Derzeit orientiert sich die Regulierung in allen Feldern zentral an den Angebotstypen, die Rechtsfolgen hängen also davon ab, ob Rundfunk, Telemedien, Presse oder keiner dieser Typen vorliegt. Denkbar erschiene es allerdings, die Kommunikationsordnung künftig modularer zu konstruieren und nicht bestimmte Typen von Angeboten mit einem Set bestimmter Regulierungsfolgen zu verknüpfen. Die Regelungssystematik würde dann primär über die Regelungsziele strukturiert, nicht über Angebotstypen.

Die folgenden Ausführungen zu den Kategorienbildungen für die Angebote von Kommunikationsdiensten beziehen sich zunächst nur auf die Umsetzung des Vielfaltsziels im digitalen Medienumfeld. Bei der weiteren Umsetzung müssten die anderen Regelungsziele mitgedacht, also jeweils die Frage gestellt werden, etwa an welche Merkmale die Werberegulierung anknüpfen soll.

Die Untersuchung hat zwar einige konvergenzbedingte Probleme deutlich werden lassen, aber keine, die eine rasche radikale Veränderung des Regulierungskonzeptes nahe legen würden. Daher werden bei den Handlungsoptionen graduelle Anpassungen vorgeschlagen, die an die bislang verfolgten Regulierungspfade anschließen.

II. Kategorienbildung im Bereich Rundfunk und Telemedien

Die Veränderungen auf der ökonomischen, technischen und Nutzungs-Seite (s.o. unter B. I.) ergeben kein eindeutiges Bild. Eindeutig lässt sich im Bereich der Kategorienbildung jedoch feststellen, dass die unterschiedlichen Ausgangslagen in Ökonomie und Nutzung von medialen Angeboten auf Trägermedien und gedruckter Presse sich weiterhin so deutlich unterscheiden, dass eine Ausweitung einer konvergenten Regulierung auf diese Bereiche nicht angezeigt erscheint. Die aufgezeigten Phänomene und regulatorischen Folgen der Konvergenz sollen sich hier auf den Bereich der telekommunikativ vermittelten öffentlichen Kommunikation beschränken.²³⁴

Insbesondere im Bereich der Mediennutzung lässt sich argumentieren, dass der traditionelle, am herkömmlichen Endgerät konsumierte Rundfunk weiterhin eine hervorgehobene Bedeu-

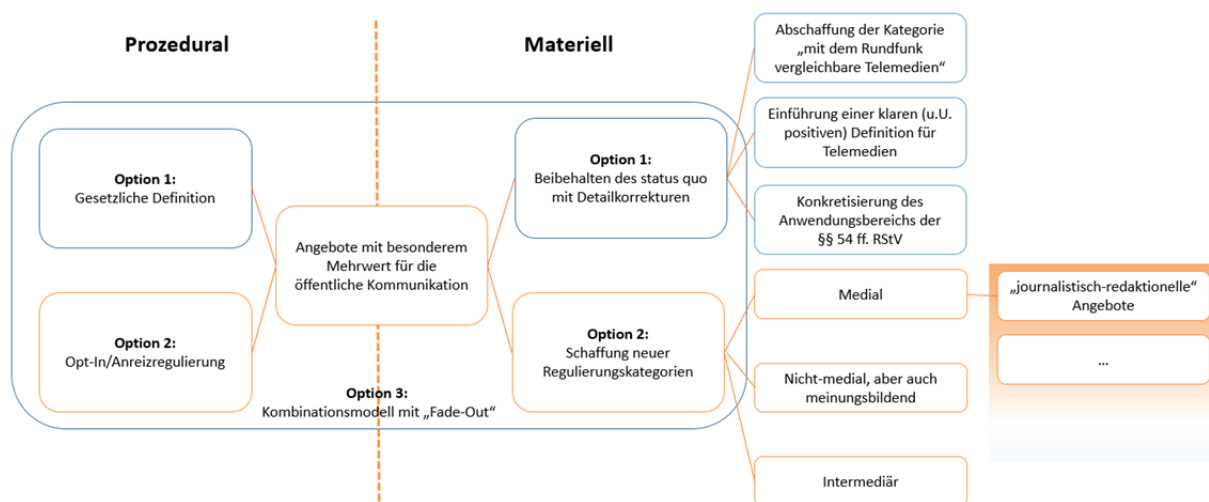
²³⁴ Dies führt im Bereich der Meinungsmachtkontrolle zu einer unvollständigen Betrachtung, da die Bedeutung der gedruckten Presse für die politische Öffentlichkeit weiterhin groß erscheint.

tung für die öffentliche Kommunikation besitzt. So können bestehende Konzepte der Regulierung so lange aufrechterhalten werden, bis keine hinreichenden Indikatoren mehr dafür bestehen, dass Rundfunk aufgrund der gesellschaftlichen Nutzungsgewohnheiten besonders reguliert werden muss. Für den Erhalt dieser Strukturen und u. U. einer Kombination mit anderen Lösungsvorschlägen soll die nachfolgend dargestellte Option 1 streiten.

Es bestehen aber auch heute schon Hinweise darauf, dass die öffentliche Kommunikation nicht mehr derart zentral vom klassischen Rundfunk beeinflusst wird, dass dieser auch im Zentrum der regulatorischen Überlegungen stehen muss. Diese Erkenntnis eröffnet Raum für die Option 2, um neue veränderte Grenzbegriffe einzuführen, die sich nicht mehr primär am Rundfunk orientieren. Je nach Schwerpunktsetzung sind hier auch Mischlösungen möglich, die sich deutlicher am Rundfunk oder deutlicher an neuen Grenzbegriffen orientieren.

Jedenfalls muss sich die Regulierung für eine Zeit rüsten, in der Linearität nicht mehr als zentrales Abgrenzungskriterium taugt. Option 3 zeigt daher ein Kombinationsmodell auf, wie neue Grenzbegriffe auf der bestehenden Rundfunkordnung aufgesetzt werden können.

Problemfeld I: Kategorienbildung im Bereich Rundfunk und Telemedien



1. Option 1: Beibehalten des Status quo mit Detailkorrekturen

Es sprechen Argumente dafür, eine Option in Erwägung zu ziehen, die darauf hinausläuft, Rundfunk als zentralen Regulierungsbegriff zu erhalten und bei einem dichotomen Verhältnis zwischen Rundfunk und Telemedien zu verbleiben. Auch bei dieser Option wäre nach der obigen Analyse allerdings empfehlenswert, einige Abgrenzungsprobleme, insbesondere zwischen dem Rundfunkbegriff und dem Begriff der Telemedien, zu adressieren. Dies sind die Folgenden:

- Der Begriff der „vergleichbaren Telemedien“ in § 2 Abs. 1 Nr. 13 RStV kann mangels praktischen Anwendungsbereichs abgeschafft oder gleichlautend mit dem Begriff der audiovisuellen Mediendienste auf Abruf in der AVMD-RL definiert werden. In der aktuellen Verwendung ist er nicht hilfreich.

- Der Telemedienbegriff in § 1 Abs. 1 TMG selbst wird z. T. aufgrund seiner Systematik kritisiert: Eine negativ formulierte Definition, die sich am Rundfunk orientiert, sei aufgrund der Interdependenz und Einschränkung durch einen (landesrechtlich definierten) Rundfunkbegriff systematisch nicht haltbar. Jedoch hat sich diese Schnittstelle weder aus Sicht der Forschung noch aus Sicht der Branchenbefragung als pathologisch erwiesen. Vielmehr ist der Telemedienbegriff als solcher umfassend und daher in Zeiten zunehmender medialer Konvergenz auch geeignet, um einen übergreifenden regulatorischen Grundrahmen zu schaffen. Eine Änderung wird daher nicht empfohlen.
- Viel eher stellt sich die kleinteilige Regulierung im Rundfunkstaatsvertrag als problematisch dar. Wenn der bisherige Regelungsrahmen aufrechterhalten werden soll, sollte die Komplexität der Regelungskategorien der §§ 54 ff. RStV zugunsten von Normenklarheit und Rechtssicherheit reduziert werden bzw. eine Systematisierung erfolgen. Es empfiehlt sich die Definition einer Kategorie journalistisch-redaktionell gestalteter Telemedien-Angebote mit Regelbeispielen, auf die die einzelnen Normen Bezug nehmen.

Bei einer Beibehaltung der bestehenden Kategorien sind auch materielle Regulierungsfragen betroffen, nämlich die Überlegung, ob sich die oben dargestellten Forderungen der Herstellung eines „level playing field“ nicht auch unter Beibehaltung der genannten Dichotomie von Rundfunk und Telemedien abbauen lassen. Klassisch unterliegen Rundfunkangebote aufgrund ihrer besonderen kommunikativen Wirkung einer spezifischen Regulierung, die im direkten Vergleich zu Telemedien besondere Lasten mit sich bringt (wie z. B. die Zulassungspflicht, besondere Werberegeln, Mechanismen positiver Vielfaltsicherung). Hier bestehen zumindest gedanklich zwei Möglichkeiten, diese Asymmetrie abzubauen, wenn dies politisch angestrebt wird:

- Zum einen besteht die Möglichkeit, das weniger regulierte Feld der Telemedien einer stärkeren Regulierung zu unterziehen.
- Zum anderen könnte darüber nachgedacht werden, ob die derzeit besonders ausgeprägte Regulierung des Rundfunks, zurückgefahren werden kann.

Das Gutachten kann an dieser Stelle keine Lösung anbieten. Aus wissenschaftlicher Perspektive besteht jedenfalls kein Anlass, die erste Option weiter zu prüfen, vor allem mit Blick auf den oben skizzierten, spezifischen Vielfaltsbeitrag nicht-medialer Internet-Kommunikation. Die zweite Option hingegen ist – unter Berücksichtigung vor allem europarechtlicher Vorgaben – eher anzudenken. Verfassungsrechtlich besteht Gestaltungsspielraum (s.o. unter C. I. 1.).

2. Option 2: Schaffung neuer Regelungskategorien

Eine weitere Handlungsoption besteht darin, sich von dem Rundfunkbegriff, wie er derzeit in § 2 Abs. 1 RStV definiert wird, zu lösen und neue Grenzbegriffe einzuziehen. Dies würde darauf reagieren, dass es zumindest für „technisch affine“ (potenziell jüngere) Bevölkerungsgruppen Indikatoren gibt, die darauf hindeuten, dass die Bedeutung des Konsums klassisch

(zeitgleich) rezipierter Rundfunkangebote deutlich nachlässt. Diese Option setzt eine modulare Ausgestaltung der Medienregulierung der Länder voraus. D. h. dass für unterschiedliche Regelungsziele auch unterschiedliche sachliche Anwendungsbereiche definiert werden.

Ein Hindernis bei der Einführung neuer Grenzbegriffe stellt möglicherweise die AVMD-Richtlinie dar, auf der die aktuelle Trennung von Rundfunk und Telemedien basiert. Diese unterscheidet grundlegend nach einem technischen Kriterium, nämlich der Linearität (mehr dazu unter C. IV. 1.).²³⁵ Auf Seiten der Rechtsfolgen, die eine darauf aufsetzende Medienregulierung trifft, ist grundsätzlich dieses Verhältnis zu wahren, d. h. vom Ergebnis her gedacht müssen die derzeitigen Rundfunkdienste weiterhin einer strengen Regulierung unterliegen, soweit es den europäisch harmonisierten Bereich betrifft. Hier geht die europäische Medienregulierung von einer besonderen Wirkung des Bewegtbildes aus, die sich in der nationalen Regulierung widerspiegeln muss. Um den Umsetzungspflichten nachzukommen, ist allerdings nicht erforderlich, das technische Kriterium der Linearität im nationalen Recht zu übernehmen. Insofern eröffnet die Umsetzung auch Spielräume für den nationalen (Landes-) Gesetzgeber, neue Regelungskonzepte zu etablieren.

- Dabei muss auf der Rechtsfolgenseite sichergestellt sein, dass die audiovisuellen Mediendienste weiterhin eine besondere Stellung im System der Regulierung erhalten.
- Ein technisches Differenzierungskriterium ist dazu aber so lange nicht erforderlich, wie andere Regelungskonzepte von der Rechtsfolge her gedacht deckungsgleiche Ergebnisse in diesem europarechtlich koordinierten Bereich produzieren.
- D. h. dass der derzeitige Rundfunkbegriff – auch unter Erhaltung der bisherigen AVMD-Richtlinie – nicht zwingend beibehalten werden muss. Er kann durch ein Regulierungsregime ersetzt werden, das an andere begriffliche Kategorien anknüpft und auch für neue Begriffe offen ist, solange die Regelungsziele für alle von der AVMD-RL umfassten Dienste erreicht werden.

Neben diesem zwingenden Bereich der Differenzierung besteht keine europarechtliche Notwendigkeit, auch die Regelungen zur positiven und negativen Vielfaltsicherung am europarechtlichen Mediendienste-Begriff zu orientieren.

Bei diesem Vorgehen ist das Finden der entscheidenden Grenzbegriffe die größte Herausforderung: Kommunikationswissenschaftlich spricht viel dafür, davon auszugehen, dass ungeachtet der zunehmenden Bedeutung etwa von nutzergenerierten Inhalten und anderen Kommunikationsformen „medial vermittelte“ Angebote für die Gesellschaft weiterhin eine besondere Rolle spielen und diese Rolle auch von den Nutzern wahrgenommen wird; aber auch andere Angebotstypen leisten einen Vielfaltsbeitrag (s.o. C. I. 1. c)).

²³⁵ Auf die Möglichkeit, Zeitgleichheit nicht technisch, sondern aus Nutzersicht und damit dynamisch zu definieren, wird hier nicht eingegangen.

Hier könnte eine stufenweise Kategorienbildung angezeigt sein, die hier zunächst abstrakt dargestellt werden soll, ohne auf die Folgen einer gesetzgeberischen Definition (Unteroption a)) oder die Folgen für eine Anreizregulierung einzugehen (Unteroption b)):

- Betrachtet man die Angebotslandschaft aus der Perspektive ihrer Bedeutung für öffentliche Kommunikation, so kann es als sinnvoll erscheinen, eine Grundkategorie „einfacher“ (nicht Opt-in-fähiger, zu dem Konzept s. u.) Angebote zu etablieren. Dies sind solche Angebote, die zwar einen Beitrag für die öffentliche Kommunikation leisten, aber nicht die erhöhten Voraussetzungen einer „journalistisch-redaktionellen“ Gestaltung erfüllen. Dies könnten – negativ formuliert – Angebote sein, die sich von persönlich-familiärer Kommunikation unterscheidet, die auch über das Internet öffentlich einsehbar ist.
- Der Zentralbegriff dieser Überlegungen ist der des „journalistisch-redaktionellen“ medialen Angebots, der erhöhte Anforderungen gegenüber einfachen Telemedien aufweist. Der Begriff des „journalistisch-redaktionellen“ Angebots spielt bereits an unterschiedlichen Stellen des Kommunikationsrechts eine Rolle (z. B. in den §§ 54 ff. RStV sowie in § 2 Abs. 3 Nr. 4 RStV). Insofern ist auch diese Option keine radikale Abkehr vom bisherigen Konzept, sondern ändert nur die primäre Unterscheidung, macht also den journalistisch-redaktionellen Charakter eines Angebots zum zentralen Grenzbegriff. Bislang folgt die Verwendung des Begriffs allerdings keinem einheitlichen Verständnis.²³⁶ Es spricht jedoch einiges dafür, dass der Gesetzgeber bereits jetzt den journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien eine besondere massenmediale Funktion zuschreibt.²³⁷
- Die Bestimmung des Begriffs „journalistisch-redaktionell“ würde in diesem Fall maßgeblich für das Konzept stehen, dass bestimmte Angebote einen besonderen Wert für die öffentliche Kommunikation aufweisen. Als Zentralbegriff könnte dieser Terminus – unabhängig ob dies durch einen gesetzlichen Tatbestand oder eine offene Ermächtigung einer Regulierungsbehörde geschieht – z. B. von Kriterien geleitet werden, wie sie im BLM Vielfaltsmonitor zur Feststellung von meinungsrelevanten Angeboten im Internet herangezogen werden²³⁸: ein professioneller Selektionsprozess, d. h. Themenauswahl und Agenda-Setting; ein hoher Grad an Organisation und Institutionalisierung, d. h. kommuniziert wird in spezifischer Aktualität und Periodizität, allgemeine Zugänglichkeit und Verfügbarkeit;

²³⁶ Vgl. dazu *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content?, 2013, S. 343 ff.; *Hasebrink/Schulz/Deterding/Schmidt/Schröder/Sprenger*, Leitmedium Internet?, Mögliche Auswirkungen des Aufstiegs des Internets zum Leitmedium für das deutsche Mediensystem, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 27, 2013, S. 38, abrufbar unter: http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/734, zuletzt abgerufen am 5.8.2014. Der Begriff ist nicht identisch mit der „redaktionellen Kontrolle“ in der AVMD-RL, der die Funktion hat, die Zuordnung des Dienstes zum Anbieter zu definieren, aber keine bestimmten Selektionsregeln (etwa orientiert an publizistischer Relevanz) voraussetzt.

²³⁷ *Hasebrink/Schulz/Deterding/Schmidt/Schröder/Sprenger*, a.a.O., S. 40.

²³⁸ Kriterien entnommen aus *Medienvielfaltsmonitor* der BLM, 2. Halbjahr 2013, S. 13, abrufbar unter: <http://www.blm.de/de/aktivitaeten/forschung/medienvielfaltsmonitor.cfm>, zuletzt abgerufen am 28.7.2014.

asymmetrisch fixierte Hörer- und Sprecherrollen, d. h. Kommunikatoren und Vermittler sind dauerhaft und deutlich von den Publikumsrollen unterschieden.

- Als Nachteil der Anknüpfung an „journalistisch-redaktionell“ als zentralem Begriff erscheint, dass er im Alltagssprachgebrauch vor allem mit nachrichtlichen Inhalten in Verbindung gebracht wird. Zudem hat er sich als schwer auslegbar erwiesen. Dies wird aber für alle denkbaren begrifflichen Unterscheidungen für die digitale Medienwelt der Fall sein.
- Ein Bestandteil der Option 2 könnte daher sein, diese bislang fehlende Systematik der Begriffsverwendung zu erarbeiten und „journalistisch-redaktionell“ zu einem technologieutralen, zentralen Abgrenzungsbegriff besonderer medialer Angebote zu machen. Diese Angebote bieten einen besonderen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation und sind daher besonders schützenswert (zur Offenheit des Gutachtens bzgl. der genaueren Bestimmung siehe bereits unter B. II. 6.).
- Zudem könnten journalistisch-redaktionelle Angebote definiert werden, die darüber hinaus Leistungen erbringen und entsprechend regulatorisch auch privilegiert werden (zu diesem Gedanken der Anreizregulierung s. u.).
- Eine dritte Gruppe von Diensten, die eine spezifische Rolle in der öffentlichen Kommunikation erfüllen, sind Intermediäre (zum Begriff siehe B. II. 2). Ihre Funktion bewegt sich im Schnittbereich zwischen kommunikativ-medialem Angebot und rein unterstützendem Dienst (siehe dazu unter B. II. 6.). In der Regel sind sie selbst keine Kommunikatoren, sondern ihre Leistung liegt im Sortieren und Strukturieren anderer medialer Angebote. Dies bedeutet auf der einen Seite, dass sie des besonderen Schutzes und ggf. auch Privilegierungen bedürfen können, auf der anderen aber auch, dass von ihnen Risiken für die Freiheit öffentlicher Kommunikation ausgehen können.

Bei allen Typen kann es sinnvoll sein, weitere Merkmale zuzufügen, bevor Rechtsfolgen daran geknüpft werden. So kann es zum einen wegen der unterschiedlichen Regelungstraditionen, zum anderen wegen der geringen Abhängigkeit von Übertragungskapazitäten sinnvoll sein, im Schwerpunkt text-orientierte journalistisch-redaktionelle Angebote auszunehmen bzw. andersherum nur audiovisuelle in die Regulierung einzubeziehen. In diesem Fall unterscheidet sich Option 2 nur graduell von Option 1.

a) Unteroption a) Zuordnung per gesetzlicher Definition

Zum einen besteht die Möglichkeit der traditionellen gesetzlichen Definition mit der Folge, dass in Streitfällen Regulierungsinstanzen und/oder Gerichte über die richtige Zuordnung eines Angebots entscheiden. Dies wurde bei den vorherigen Überlegungen zu den Angebotskategorien zugrunde gelegt.

Diese Angebots-Definition kann dabei wiederum auf zwei Arten geschehen: Entweder der Gesetzgeber sieht vollständige begriffliche Kategorisierungen für verschiedene neue Angebotsklassen vor. In diesem Fall würden Gerichte und Behörden ex post in einem vergleichs-

weise kleinen Auslegungsbereich über diese tatbestandliche Einordnung bestimmter Angebote entscheiden. Die Entscheidung über die Zuordnung würde aber hauptsächlich beim Gesetzgeber verbleiben. Im Bereich der generellen Umschreibung der Angebotstypen ist dies aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes unabdingbar, d. h. der Gesetzgeber hat bestimmte, z. B. im Rahmen von Art. 5 GG, schützenswerte Grundfesten der Kommunikationsordnung mit der Festlegung dieser Begriffe zu erhalten.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Gesetzgeber nicht alternativ auch lediglich einen Regulierungsrahmen für die Festlegung dieser Begriffe schaffen kann, der nur Anhaltspunkte dafür gibt, wie die Ausdifferenzierung zu erfolgen hat. Dabei kann er auch – das wäre die zweite Art des Vorgehens – einer sachnahen, staatsfernen Instanz die Entscheidungsbefugnisse in dem Bereich übertragen, die nicht mehr dem Wesentlichkeitsgrundsatz unterliegen. Dies ermöglicht einem sachnahen Entscheider ohne den zeitlichen Aufwand eines Gesetzgebungsverfahrens eine flexible Einordnung auch neuer Angebote unter die entsprechend offenen gehaltenen begrifflichen Kategorien. Damit wird die schwerpunktmäßige Entscheidung über die Zuordnung von Angeboten näher an die Entscheidungsinstanz verschoben, sodass schnell auf die Veränderungen in der Kommunikation reagiert werden kann. Empfehlenswert zur Festlegung eines solchen Bereichs wäre die explizite Einräumung eines Beurteilungsspielraums oder einer Satzungsbefugnis zur weitgehend gerichtsfesten Festlegung von Regulierungskategorien.

b) Unteroption b) Anreizregulierung / „Opt-in-Regulierung“

Eine weitere Möglichkeit der Zuordnung von Angeboten zu Typen stellt die in der öffentlichen und der Fach-Diskussion unter dem Stichwort „Anreizregulierung“ und „Opt-in-Regulierung“ diskutierte²³⁹ Form der Regulierung dar. In einem solchen Modell – das jedenfalls in Teilen eine Alternative zu einer Subsumption unter gesetzliche Abgrenzungsmerkmale darstellen kann – steht die freiwillige Zuordnung von Angeboten bzw. Diensten durch den jeweiligen Anbieter als Regulierungsinstrument im Fokus. Eine solche Opt-in-Regulierung bedingt, dass der Gesetzgeber Kategorien zur Verfügung stellt und die daran geknüpften (für die Veranstalter günstigen und/oder belastenden) Rechtsfolgen so verbunden werden, dass ein rationaler Anbieter sein Angebot freiwillig dem entsprechenden Typus zuordnet. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Erleichterungen die Belastungen einer Regulierung aus unternehmerischer Sicht überwiegen. So wird die Möglichkeit geschaffen, in sämtlichen Dimensionen der Medienregulierung an spezifische funktionsrelevante Merkmale der Gestaltung oder spezifische Wirkungspotenziale sowie Entstehungs- und Nutzungskontexte anzuknüpfen, ungeachtet der jeweiligen Mediengattung oder des jeweiligen Angebotstyps, der

²³⁹ Vgl. ausführlich dazu: *Schulz/Held*, Regulierung durch Anreize. Die Diskussion beginnt erst, in: Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (Hrsg.), Programmbericht 2011. Fernsehen in Deutschland, 2012, S. 219-226.

das spezifische Merkmal oder das jeweilige Wirkungspotenzial aufweist.²⁴⁰ Dieses Instrument kann zwei Funktionen haben:

- Vor allem bei nicht-linearen Angeboten kann eine Selbst-Einstufung auf die Ebene der journalistisch-redaktionellen Angebote erfolgen und sich daraus Folgen für eine Privilegierung ergeben (etwa bei der Auffindbarkeit).
- Der Gesetzgeber kann weitere Privilegien an zusätzliche Selbstverpflichtungen knüpfen und so weitere Kategorien von Angeboten mit besonderen Leistungen für die öffentliche Kommunikation (einem großem „Public Value“) schaffen.

Die Vorteile einer solchen Selbsteinstufung liegen auf der Hand: In diesem Fall muss man nicht gegen die Interessen der Anbieter regulieren und im Idealfall entsteht ein System, bei dem gesetzliche Ziele, wie etwa eine Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ hochwertigen Informationsangeboten oder regionale Vielfalt, durch die Anbieter selbst erreicht werden. Es können zudem Gedanken der klassischen Rundfunkregulierung aufgenommen werden, die an bestimmte Merkmale von Medienproduktionen anknüpfen, wie z. B. eine Produzentenvielfalt durch das Vorsehen von Drittsendezeiten oder auch Fensterprogrammen.²⁴¹ Insbesondere bei nicht-linearen Angeboten, bei denen klar ist, was Teil des Angebotes ist und was nicht, nimmt der Anbieter bei der Selbsteinstufung dem Gesetzgeber die Aufgabe ab, zu bestimmen, was das Angebot ausmacht, das der Regulierung unterfällt.

Opt-in-Modelle haben aber auch strukturelle Herausforderungen, insbesondere die folgenden:

- Es bedarf eines geeigneten Evaluations-Mechanismus', der sicherstellt, dass „versprochene“ Leistungen, die ein Angebot erbringt, tatsächlich auch realisiert werden. Dies kann auch durch Selbstevaluation auf Anbieterseite anhand struktureller Kriterien geschehen.
- Aufgrund der Freiwilligkeit des Opt-ins ist zudem auszutariieren, in welchem Verhältnis Belastungen und Privilegierungen stehen. Das System muss Anreize beinhalten, die aus unternehmerischer Sicht so attraktiv sind, dass sie die Verpflichtungen aufwiegen.
- Vor allem, wenn man Anreiz- bzw. Opt-in-Modelle im Online-Bereich etablieren möchte, ist die richtige Skalierung entscheidend: Knüpfen etwa Privilegierungen an die Erbringung von Nachrichten an, so kann es möglicherweise nicht ausreichen, dass nur die Nachrichten selbst Privilegierungen etwa bei der Auffindbarkeit erfahren. Auf der anderen Seite erschiene es als Fehlregulierung, wenn aufgrund des Vorhandenseins von Nachrichten in einem Video-Portal einer Sendergruppe nun das ganze Videoportal etwa bei der Auffindbarkeit privilegiert würde.
- Eine Selbsteinstufung darf nicht dazu führen, dass von Verfassungswegen zu verfolgende Ziele – vor allem der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht – verfehlt werden,

²⁴⁰ Hasebrink/Schulz/Deterding/Schmidt/Schröder/Sprenger, Leitmedium Internet?, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 27, 2013, S. 115 f., abrufbar unter: http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/734, zuletzt abgerufen am 05.08.2014.

²⁴¹ Vgl. dazu § 25 Abs. 4 und § 31 RStV.

weil Anbieter meinungsrelevanter Inhalte sich nicht freiwillig Typen zuordnen, die Gegenstand der Regelungen zur Meinungsmachtkontrolle sind.

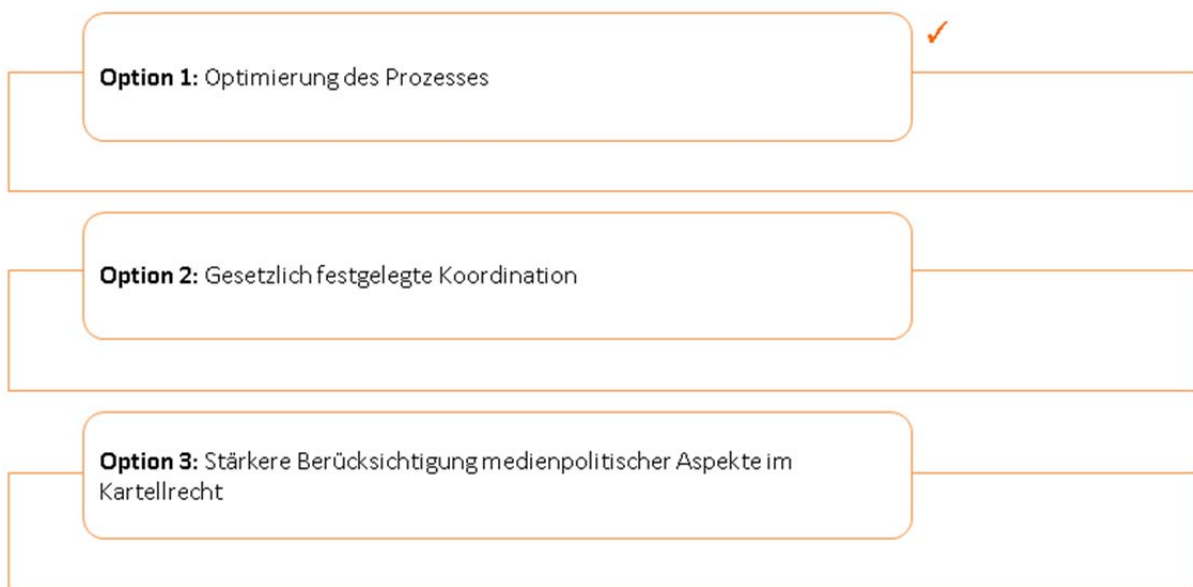
3. Option 3: Kombinationsmodell mit Auslaufen der Altregelungen („Fade-out“)

Angesichts der oben angesprochenen differenzierten Befunde zur Entwicklung der Mediennutzung wird vorgeschlagen, die Optionen 1 und 2 zu kombinieren. So könnte eine Lösung darin bestehen, die traditionellen Begriffe von Rundfunk und Telemedien – wie in Option 1 beschrieben modifiziert – jedenfalls für eine gewisse Zeit weiter als zentrale Kategorien zur Anknüpfung von Regulierungsfolgen zu erhalten.

Zusätzlich könnte ein Regulierungssystem aufgebaut werden, das an einer anreizbasierten Opt-in-Regulierung orientiert ist. Ein so gestaltetes Opt-in-System gäbe dem Gesetzgeber die Möglichkeit, mit einem solchen Modell zu „experimentieren“. Solange linearer Rundfunk die Bedeutung behält, die er derzeit hat, wird dies durch das Fortlaufen der traditionellen Regulierung adressiert. Zugleich beginnt der „Einstieg“ in eine neue Regulierungskonzeption. Sofern im Rahmen des verfassungsrechtlichen Auftrags keine Anhaltspunkte mehr für Sonderregulierung des Rundfunks bestehen – dies ist dann der Fall, wenn sich die Nutzungsgewohnheiten noch deutlicher verändern –, dann ist ein Auslaufen der alten Regulierung angezeigt.

III. Kooperationen im digitalen Umfeld

Problemfeld II: Kooperationen im digitalen Umfeld



1. Option 1: Optimierung des Prozesses

Zunächst besteht die Option, den Problembereich der Kooperationen im digitalen Umfeld ohne materiell-gesetzliche Änderungen und auch ohne Verschiebungen der behördlichen Zuständigkeiten zu adressieren. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass der später als Instrument diskutierte allgemeine Koordinationsmechanismus der zuständigen Behörden (s. u. Kap. F. Implementation) auch in diesen Fällen wirksam wird. Er erscheint als Möglichkeit, die Handlungsweisen von Bundesnetzagentur, Bundeskartellamt und Landesmedienanstalten bei Wahrung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten besser zu koordinieren.

Zudem erscheint denkbar, für die hier diskutierten Fälle einer medienpolitisch sinnvollen Koordination und Kooperation von Medienunternehmen spezifische Maßnahmen anzudenken. Hierbei ist u. a. zu beachten, dass es sich bei dem hier im Mittelpunkt stehenden Bundeskartellamt nicht um eine Regulierungsbehörde wie bei den Landesmedienanstalten oder der Bundesnetzagentur handelt. Behörden der Regulierungsverwaltung verfügen typischerweise rechtlich über Beurteilungsspielräume, Ermessen oder über andere Instrumente des planhaften Handelns über abgesicherte Gestaltungsspielräume, um zu erreichen, dass bei jeder Einzelentscheidung die Regulierungsziele verfolgt werden, während das Bundeskartellamt grundsätzlich im Einzelfall Recht vollzieht. Insofern ist das Interesse des Kartellamts beachtlich, nicht in konzeptionellen Vorgesprächen zu Vorfestlegungen gebracht zu werden, während sich die Lage tatsächlich erst anhand einer rechtlich verbindlich prüffähigen Vorlage ergibt. Zudem ist das vom Kartellamt verfolgte Ziel der Offenhaltung der Märkte auch im Interesse der Medienregulierung, so dass im Einzelfall abzuwägen ist, ob ein medienpolitisches Ziel eine Einschränkung in diesem Bereich rechtfertigt, selbst wenn es verfassungs- und europarechtlich möglich ist.

Dennoch erscheinen auch hier Optimierungen denkbar. So könnte – auf der Erfahrung der bisherigen gescheiterten Kooperationsvorhaben – ein Klärungspfad für vergleichbare Vorhaben geschaffen werden, der definiert, an welcher Stelle welche Behörden einbezogen werden müssen. Ein Land oder die Ländergemeinschaft könnten das Verfahren begleiten und damit auch Gesprächen etwa zwischen Veranstaltern eine „kartellrechtsneutrale“ Plattform zur Verfügung stellen. Punktuell geschieht dies bereits.

Wie dies umgesetzt werden kann, dazu weitere Hinweise in Kapitel F (Implementation der Handlungsoptionen).

2. Option 2: Schaffung einer gemeinsamen Wissensbasis²⁴²

Aus grundsätzlichen Beobachtungen zum Verhältnis von Kartellrecht und Medienrecht der Länder (s.o. B. III. 2.) können einige Schlüsse für die inhaltliche Ausgestaltung neuer Koordinationsregelungen abgeleitet werden, mit deren Hilfe die Durchsetzung von medienpoliti-

²⁴² Teil zu Option 2 von Prof. Dr. Kluth.

schen Ordnungsvorstellungen der Länder bzw. der Landesmedienanstalten verbessert werden sollen.

Für die Option spricht, dass eine rein verfahrensrechtlich ausgestaltete Kooperation auf Probleme stößt, wenn die Aufgabenstellungen und Arbeitsweisen der Behörden zu stark voneinander abweichen. Dies gilt insbesondere für die Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten mit dem Bundeskartellamt.

Daher erscheint es zielführend, genau dort anzuknüpfen, wo die für die Medienordnung maßgeblichen Wertungen tatbestandlich verortet sind und für diese Bereiche eine verbindliche gemeinsame Beurteilungsgrundlage zu erzeugen, die durch entsprechende Berücksichtigungspflichten durch Bundes- und Landesgesetze abgesichert werden.

Ausgehend von diesen Erkenntnissen erscheint es sinnvoll, eine Koordinierung dadurch anzustreben, dass in regelmäßigen Abständen ein wissenschaftliches Gutachten in Auftrag gegeben wird, das nach gesetzlichen Vorgaben die entscheidungsrelevanten Strukturdaten der verschiedenen Märkte für alle Landes- und Bundesbehörden verbindlich bewertet und damit den Stand der Konvergenz einheitlich feststellt. Auf diese Weise könnte jedenfalls die Ausgangslage für die Anwendung des Kartellrechts und des Medienfusionsrechts harmonisiert werden.

Die Wirksamkeit der Regelung könnte weiter dadurch verstärkt werden, dass das Bundeskartellamt verpflichtet wird, die Meinungsmacht bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen und insoweit verfahrensrechtlich den Landesmedienanstalten ein Recht zur Stellungnahme vor Entscheidungen einzuräumen, die durch das Bundeskartellamt maßgeblich zu berücksichtigen ist.

Eine Kombination dieser verschiedenen Regelungen markiert zugleich die maximale Reichweite der Bindung des Bundeskartellamtes innerhalb der Ausübung von Bundeskompetenzen an die Medienpolitik der Länder, ohne dass gegen den Grundsatz der Verantwortungsklarheit verstoßen wird.

3. Option 3: Stärkere Berücksichtigung medienpolitischer Aspekte im Kartellrecht

Schließlich käme als dritte Option in Betracht, Ausnahmen explizit im Kartellrecht zu formulieren. Auch diese Option hat mit dem Problem zu kämpfen, dass die in Rede stehenden Fälle grundsätzlich (auch) am Maßstab europäischen Rechts zu messen sind.

Die Möglichkeit könnte daher darin bestehen, sich auf europarechtlicher Ebene zu bemühen, eine Bereichsausnahme für Medien im europäischen Wettbewerbsrecht vorzusehen. Mit dem sogenannten Amsterdamer Protokoll wird eine verhältnismäßig weitreichende Ausnahme für die Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks im europäischen Recht vorgesehen. Mit dem Art. 106 Abs. 2 AEUV liegt – wie dargestellt – bereits ein Ausnahmetatbestand vor, der allerdings eine den Maßstäben des europäischen Rechts genügende Beauftra-

gung und eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorsieht und zudem keinen unverhältnismäßigen Eingriff in den Binnenmarkt bewirken darf.

IV. Herausforderungen der Plattformregulierung

Problemfeld III: Plattformen

Plattformbegriff

Option 1: Neudefinition eines engen Plattformbegriffs ✓

- technologieunabhängig mit Bezug auf Risiken für Zugang und Auffindbarkeit
- gesetzliche Regelungsbeispiele
- Konkretisierung durch Regulierer

Option 2: weiter Plattformbegriff

Option 3: Definition unterschiedlicher Risikokonstellationen

1. Grundsätze

Der Plattformbegriff, an dem hier festgehalten wird, weil er eingeführt ist, insinuiert eine bestimmte Infrastruktur, die per se als Plattform dem Bereich der Verbreitung zugeordnet wird und so eine feste Rolle in der Wertschöpfungskette hat. Dies erscheint nicht angemessen, da es um bestimmte Funktionen geht, die ein Akteur im Hinblick auf die Chancen hat, dass Inhalte, die besondere Bedeutung für die öffentliche Kommunikation haben, zum Rezipienten gelangen. Mit Änderung der Nutzung und der Wertschöpfungsketten ändert sich daher auch, was als Plattform in den Anwendungsbereich der Regulierung gelangen sollte.

Da hier vor allem eine Grundlage für die Bund-Länder-Gespräche zur Verfügung gestellt werden soll, kann der Anspruch der folgenden Überlegungen zu einem zukünftigen Plattformbegriff nicht das Ziel haben, bereits eine Neuregelung der rundfunkrechtlichen Plattformregulierung zu skizzieren. Grundstrukturen müssen aber erarbeitet werden, da – wie oben dargestellt – besondere landesrechtliche Bindungen von Plattformen mit Zielen oder Grundannahmen bundesrechtlicher Regelungen in Widerspruch stehen können oder jedenfalls Bereiche des Bundesrechts berühren können.

Grundlage der folgenden Überlegungen ist – parallel zu den vorgetragenen Änderungsoptionen im Bereich der rechtlichen Kategorienbildung bei Inhalteangeboten –, dass sich die Länder dafür entscheiden, auch künftig Angebote zu definieren und entsprechend zu regulieren, die eine bedeutende Rolle für die öffentliche Kommunikation haben. Für diese medialen Dienstleistungen kann es aus kommunikationspolitischer Sicht erforderlich sein, ihnen bestimmte Privilegierungen zu gewähren, damit sie ihre besondere Funktion für den Prozess

der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung erfüllen können. Welche Angebote einen besonderen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation darstellen können, kann hier nicht abschließend erörtert werden (zum Begriff ausführlich siehe B. II. 6.).

Die Privilegierung beauftragter öffentlich-rechtlicher Angebote bleibt im Folgenden außer Betracht. Dass ihnen die jeweils höchste Stufe einer Privilegierung zukommt, steht außer Frage.

Zu beachten ist dabei, dass nur dann in Grundrechte von als Plattformen definierten Unternehmen eingegriffen werden kann, wenn eine hinreichende Bedeutung der von ihnen kontrollierten Infrastruktur oder Dienstleistung für die Vielfaltssicherung gegeben ist. Dies setzt Ausweitungen des Plattformbegriffs Grenzen. Europarechtlich besteht zwar mit Art. 31 UDRL eine besondere Ermächtigung, die eine Verpflichtung zumindest im Bereich Rundfunk an besondere Voraussetzungen knüpft. Zum einen hat jedoch Rechtsprechung in diesem Bereich gezeigt, dass der nationalstaatliche Handlungsspielraum groß ist (dazu siehe C. V. 3.), zum anderen bezieht sich Art. 31 UDRL ausdrücklich nur auf Rundfunkdienste. D. h. Begrenzungen für neue Maßnahmen im Bereich der Plattformregulierung lassen sich allein aus dem nationalen Recht ableiten.

Voraussetzung für die Notwendigkeit einer Plattformregulierung ist insgesamt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein vielfältiges Angebot beim Rezipienten nur erreicht wird, wenn Plattformen landesrechtlich reguliert werden. Für eine Verlängerung des rundfunkrechtlichen Vielfaltssparadigmas auf die gesamte Internetkommunikation besteht nach dem oben Gesagten weder verfassungsrechtlich noch systematisch Anlass.

a) Option 1: Enge gesetzliche Definition

Vor diesem Hintergrund erscheint es nahe liegend, den Plattformbegriff im Landesrecht weiterhin eng zu definieren (Option 1) und nicht von vornherein alle kommunikativen „Bottlenecks“ dem Plattformbegriff zu unterwerfen, die in irgendeiner Weise Einfluss darauf haben, dass ein bestimmtes Angebot öffentlicher Kommunikation den Rezipienten erreicht.

Folgende Eckpunkte können die Entwicklung des „Plattformbegriffs“ leiten:

- Orientiert werden könnte eine neue Regulierungskategorie an erwartbaren Risiken für Zugang und Auffindbarkeit von Diensten, die einen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation bieten (s.o. B II. 6.). Dabei zeichnet sich jetzt schon ab, dass die Relevanz der Frage, ob ein Zugang zu Infrastrukturen (z. B. Kabelnetzen oder Frequenzplattformen) geschaffen wird, abnimmt, aber derzeit noch hoch relevant erscheint.²⁴³ Für Internetdienste wird nicht die Frage des „ob“ relevant, sondern die des „wie“ – zum einen kann die

²⁴³ In Teilen wird dieser Entwicklung schon versucht dadurch Rechnung zu tragen, dass der Begriff der Plattform nicht mehr an eine technische Übertragungskapazität gebunden wird (siehe oben unter B. III. 3. a).

Auffindbarkeit von Angeboten mit besonderer Funktion für die öffentliche Kommunikation relevant werden, zum anderen die Übertragungsqualität.

- Der Plattformbegriff²⁴⁴ kann bereits vom Ansatz her technologieunabhängig definiert werden, d. h. der Gesetzgeber könnte auf die schwer auslegbare Bezugnahme auf Kapazitäten in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV verzichten. Die Auswahl, Aggregation und dass gerade auch mediale Angebote (wie oben definiert) dem Nutzer gezielt offeriert werden, bilden den Einstieg in die Plattformregulierung, so dass grundsätzlich auch virtuelle Plattformen erfasst sind.
- Angesichts der Schwierigkeit, bei unterschiedlichen technischen und ökonomischen Konstellationen die Verhandlungssituation der Anbieter von Angeboten mit besonderer Relevanz für die öffentliche Kommunikation und Plattformbetreibern zu antizipieren, könnte sich der Gesetzgeber für die Definition von Plattformen auf Regelbeispiele beschränken. Ergänzend könnten die Regulierer ermächtigt werden, Ergänzungen und Konkretisierungen vorzunehmen. Dies flexibilisiert den Rechtsrahmen insoweit, als dass langwierige gesetzgeberische Entscheidungsprozesse an eine sachnahe und flexible Entscheidungsinstanz abgegeben werden können, die auch eine Konstante innerhalb von Politikwechseln darstellt.
- Alle für die Verbreitung von medialen Angeboten (wie oben definiert) relevanten Plattformen werden umfasst, wobei es für die Relevanz – anders als im geltenden Recht – nicht auf Marktbeherrschung der Plattform, sondern auf ihre Bedeutung bei der Nutzung ankommt.²⁴⁵ Die Regulierungsinstanzen nach Landesrecht können ermächtigt werden, Schwellenwerte festzulegen.

Das genannte Vorgehen setzt voraus, dass die zuständigen Regulierungsinstanzen im Hinblick auf ihre Handlungsmöglichkeiten auf die Erfüllung dieser Aufgabe eingestellt sind.

Der Tatbestand für künftige Plattformen sollte die Aggregation und den Vertrieb von Angeboten, die besondere Bedeutung für die öffentliche Kommunikation besitzen, auf

- klassischen Verbreitungsnetzen, etwa dem Breitbandkabel, und
- „virtuellen Plattformen“, insbesondere Smart-TV-Plattformen,

erfassen. Zum einen wird mit dem Fortbestand der Erfassung klassischer Verbreitungsnetze dem Umstand Rechnung getragen, dass das klassische Fernsehen weiterhin eine hervorgehobene Stellung in der öffentlichen Kommunikation hat. Ferner sollen aber auch „virtuelle“ Plattformen mit Relevanz für die öffentliche Kommunikation erfasst werden, insbesondere Smart-TV-Plattformen. Letztere spiegeln durch Orientierungsfunktionen auch auf die klassi-

²⁴⁴ Jetzt: „Anbieter einer Plattform ist, wer auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk und vergleichbare Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) auch von Dritten mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet; Plattformanbieter ist nicht, wer Rundfunk oder vergleichbare Telemedien ausschließlich vermarktet.“

²⁴⁵ *Broemel*, Vielfaltsgewährleistung auf virtuellen Plattformen – Anpassung des kartellrechtlichen Konzepts an die medienrechtliche Regulierung, in: MMR 2013, 83, 87.

sche Fernsehnutzung zurück und sollten daher im Ergebnis von einer neuen Plattformregulierung erfasst werden.

b) Option 2: Weite Definition und Missbrauchsaufsicht

Eine weitere, nach dem oben Gesagten jedenfalls gegenwärtig nicht empfohlene Möglichkeit wäre die Definition eines weiten Plattformbegriffs im Sinne eines Bottlenecks, der in der Verwertungskette zwischen Anbietern, die eine besondere Funktion für die öffentliche Kommunikation erfüllen, und den Rezipienten steht. Innerhalb des so definierten Plattformbegriffs könnte risikospezifisch reguliert werden (also bei Auswahlentscheidungen: Zugangsregulierung, bei Einfluss auf die Darstellung: Diskriminierungsfreiheit, bei listenden Diensten: Regulierung der Auffindbarkeit). Auch diese weite Fassung würde – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – daher nicht dazu führen, dass etwa alle Internet-Intermediäre erfasst und rundfunkrechtlicher Regulierung unterworfen wären.

Bei dieser Option kann der Regulierer ermächtigt werden, die spezifischen Risiken für die kommunikative Chancengerechtigkeit kontinuierlich zu erfassen und entsprechend Maßnahmen im Bereich des Zugangs, der Auffindbarkeit und des Integritätsschutzes zu bestimmen und eine Missbrauchsaufsicht vorzusehen.

2. Inhalte der Plattformregulierung

a) Zugangsregulierung

Die Problemanalyse zum Bereich Must-Carry hat spezifische Probleme zutage gefördert, die bei dieser intensiven Form der Zugangsregulierung auftreten können. Insbesondere zwei – inhaltlich zusammenhängende – Erkenntnisse sollten die Weiterentwicklung der Regulierung in diesem Bereich leiten:

- Gibt man einem Anbieter von medialen Inhalten rechtlich einen Zugangsanspruch, so wird sehr intensiv in das ansonsten als Marktbeziehung ausgestaltete Verhältnis zwischen Inhalteanbietern und Anbietern von Übertragungsinfrastruktur eingegriffen. Die gerichtlichen Entscheidungen zeigen, dass hier nicht immer klar ist, an welchen Stellen der Interaktion das Verhalten der Unternehmen weitgehend öffentlich-rechtlich geprägt ist,²⁴⁶ mit der Folge, dass hier auch kein Handeln im Wettbewerb im Sinne des Kartellrechts vorliegen kann. Landesrechtliche Regelungen sollten hier soweit wie möglich klar machen, an welchen Stellen die Beziehung öffentlich-rechtlicher Struktur folgt und an welchen sich die Unternehmen im Wettbewerb gegenüber stehen.
- Ähnliches gilt für die Frage der Preisbildung. Wo eine Verpflichtung zur Erbringung einer Übertragungsleistung vorliegt, kann die Preisbildung nicht den üblichen Regeln von Angebot und Nachfrage folgen. Dies bedeutet zum einen, dass der Gesetzgeber dort, wo er ei-

²⁴⁶ OLG München vom 28.11.2013, U 2094/13 Kart., S. 5; OLG Düsseldorf vom 21.05.2014, VI-U (Kart) 16/13, S. 14 f.

ne kostenlose Übertragung normieren will, dies ausdrücklich vorsehen sollte. Eine solche Weichenstellung ist innerhalb des oben skizzierten verfassungsrechtlichen Korridors eine politische Entscheidung des Gesetzgebers. Allerdings kann bei Entgeltzahlung der gewünschte Effekt der Privilegierung entfallen. Im Übrigen kann dort, wo die Beziehungen der Unternehmen dergestalt durch Spezialvorschriften überprägt werden, dass eine Preisbildung nach Marktgesichtspunkten unwahrscheinlich erscheint, ein Preisregulierungsmechanismus sinnvoll sein.

In einem solchen System kommt dem Regulierer noch mehr Verantwortung zu als im derzeitigen System. Seine Aufgabe kann darin bestehen zu bestimmen,

- welchen Plattformen Zugangsverpflichtungen auferlegt werden und
- (wie auch im jetzigen System) eine Missbrauchskontrolle durchzuführen.

Eine Lösungsvariante könnte darin bestehen, diesen Bereich im Telekommunikationsrecht des Bundes zu regeln. Dafür spricht die Expertise im Bereich der Zugangs- und auch der Preis-Regulierung. Dagegen kann ins Feld geführt werden, dass das Ziel der Zugangsregulierung ein genuin medienrechtliches ist, nämlich die positive Vielfaltsregulierung.

Als Alternative denkbar wäre auch – abgesehen vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk und seinen Angeboten – keine explizite Zugangsregulierung mehr vorzusehen, sondern eine vertragliche Aushandlung zur Grundlage zu machen. Gesetzlich könnte vorgeschrieben sein, dass Angebote mit einem Mehrwert für die öffentliche Kommunikation

- zu transparenten und
- angemessenen Bedingungen transportiert werden und
- Diskriminierungsfreiheit zu herrschen hat.

Das Gesetz kann eine Verhandlungspflicht in diesen Bereichen vorsehen.

Eine beidseitige Verhandlungspflicht sorgt auch dafür, dass der Forderung nach „Must-Offer“ Genüge getan wird, da ein öffentliches Interesse an Weiterverbreitung von Angeboten besteht, die für die öffentliche Meinungsbildung besondere Relevanz haben. Der Anbieter hat dann aber auch die Möglichkeit, sich auf diesem Wege nicht verbreiten zu lassen, wenn die Bedingungen dafür unangemessen sind.

Im Bereich nicht-linearer Angebote kann die Verpflichtung normiert werden, dass die Angebote, die eine besondere Funktion in der öffentlichen Kommunikation erfüllen, in der Qualitätskategorie übertragen werden, die der Plattformanbieter auch für eigene oder verbundene Angebote dieses Typs vorsieht oder in der jeweils besten Übertragungsqualität, die der Infrastrukturanbieter zur Verfügung stellt.

b) Regulierung der Auffindbarkeit

Die obige Problemanalyse hat gezeigt, dass für die Angebote, die als für die öffentliche Kommunikation besonders bedeutsam angesehen werden, insbesondere bei nicht-linearen, weniger der Zugang zu technischen Infrastrukturen bedeutsam ist, als vielmehr die reale

Auffindbarkeit derartiger Angebote. Nur wenn sie eine Chance haben, in den Aufmerksamkeitsfokus der Rezipientinnen und Rezipienten zu gelangen, sind sie tatsächlich für die öffentliche Meinungsbildung relevant.

Mit einer Regulierung der Auffindbarkeit und damit der Relevanz auf Nutzerseite rückt die positive Vielfaltsicherung in die Sphäre des Rezipienten. Dies scheint verfassungsrechtlich abgesichert, solange es nur um die Überprägung einer Relevanzstruktur geht, die von einem Plattformanbieter definiert wird, also nicht die Relevanzstrukturen der Rezipienten direkt in Bezug genommen werden. Dennoch kann sich eine solche Regulierung dem Vorwurf des „Paternalismus“ ausgesetzt sehen.

Da eine privilegierte Auffindbarkeit von Inhalteanbietern als hoch relevant angesehen wird, ist hier eine wertvolle Steuerungsressource gegeben, die im Rahmen einer möglichen anreizbasierten Regulierung relevant werden kann. Insofern hängt die Frage, wie eine Regulierung der Auffindbarkeit künftig gestaltet werden soll, von der Entscheidung der Frage ab, ob und inwieweit man die Regulierung auf eine Anreizregulierung umstellen will. Im letzteren Falle kann es etwa sinnvoll sein, unterschiedliche Angebots-Typen mit unterschiedlicher Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung ausdifferenzieren und mit unterschiedlichen Gewichten in eine Auffindbarkeits-Regulierung eingehen zu lassen.

Bei einer Regulierung von Auffindbarkeit wird eine Ex-Ante-Regulierung kaum in Betracht kommen, so dass eine gesetzliche Regelung lediglich vorgeben kann, an welchen Grundsätzen sich die Systeme, die Plattformanbieter nutzen, um die Angebote auf ihrer Plattform auffindbar zu machen, zu orientieren haben. Dies kann auf der Logik der Regulierung von Navigatoren im geltenden Staatsvertrag (§ 52c Abs. 1 Nr. 3 RStV) aufsetzen. Dementsprechend kommen als Grundsätze in Betracht:

- Transparenz der Bedingungen des Systems;
- keine Bevorzugung eigener oder von verbundenen Unternehmen offerierter Angebote des Plattformbetreibers;
- Orientierung der Systeme an kommunikativer Chancengerechtigkeit (etwa Orientierung an Körben, die nach Vielfalts Gesichtspunkten zusammengestellt sind, anknüpfend an die Angebotstypen).

c) Sicherung der Integrität der Angebote

Die Verbreitung von Angeboten auf unterschiedlichen Plattformen birgt, wie oben dargestellt, das Risiko, dass der Anbieter die Autonomie über die Verbreitung und damit auch die Vermarktung verliert. Im Bereich der möglichen Ausnutzung der Attraktivität von Fernsehangeboten sind vor allem zwei Risiken virulent:

- die Entbündelung von Angeboten und Verbreitung bzw. Zugänglichmachung einzelner oder in neuen Bündeln;
- die Verbindung mit neuen Inhalten wie etwa bei Overlays (siehe oben im Bereich der Begriffsbestimmungen).

Die Reichweite dieser Autonomie im Rahmen des Verfassungsrechts zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Für eine weitreichende Autonomie streitet aus der Perspektive der Ziele der Kommunikationsordnung, dass die Angebote gerade wegen der vom Anbieter vorgesehenen Bündelung einen kommunikativen Mehrwert erzeugen können. Auf der anderen Seite können etwa Aggregationen auch einen kommunikativen Mehrwert erzeugen.

Damit ergeben sich folgende Überlegungen für die künftige Plattformregulierung:

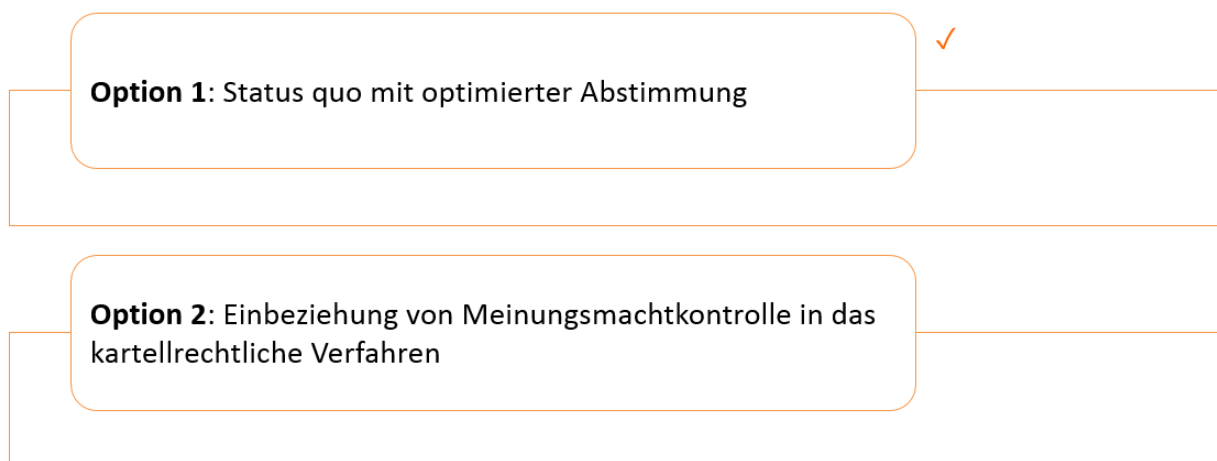
- Jedenfalls erscheint es sachgerecht, auch bei einer (engen) Neudefinition des Plattformbegriffs die Regelung des § 52a Abs. 3 RStV beizubehalten, die eine Veränderung der Inhalte durch den Plattformanbieter verbietet, und diese auf alle Plattformen zu beziehen.
- Zudem kann eine Generalklausel unbillige Behinderung des Anbieters durch den Plattformbetreiber untersagen und die Konkretisierung den Regulierern nach Landesrecht aufgeben.

Wo die Grenze der Autonomie über kommunikative Inhalte endet, ist im Kern eine Frage des Urheber- und Leistungsschutzrechts. Ob darüber hinaus Gründe der Vielfaltsicherung weitergehenden Schutz erfordern, wäre im Einzelfall zu prüfen. Es muss allerdings nicht immer im Interesse der öffentlichen Kommunikation sein, eine vollständige Kontrolle des Veröffentlichenden über alle Zugänge zu dem Inhalt zu ermöglichen.

V. Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle

Problemfeld V: Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle

Verhältnis zum Kartellrecht



1. Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle allgemein

Das Verhältnis von Kartellrecht und besonderer Meinungsmachtkontrolle im Rundfunkrecht ist Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Untersuchungen. Nach dem oben Gesagten ist der Handlungskorridor eng:

- Soweit nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass die kartellrechtliche Kontrolle auch „das Meinungsmachtproblem“ löst, können die Länder auf spezialgesetzliche Regulierung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verzichten.
- Kartellrechtliche Regelungen, die primär darauf zielen, vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern, sind aufgrund mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgeschlossen.
- Die Berücksichtigung des Zieles der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht oder die Berücksichtigung des Zieles der positiven Vielfalt ist in Grenzen im Kartellrecht möglich.
- Die Abstimmung zwischen den landesrechtlichen und bundesrechtlichen Verfahren hat den Grundsatz der Mischverwaltung zu achten.

Vor dem Hintergrund der Problemanalyse existieren im Kern nur zwei Bereiche, bei denen über eine Optimierung nachgedacht werden könnte:

- Zum einen kann das Kartellamt eine Marktbestimmung vornehmen, die dazu führt, dass ein Zusammenschluss ermöglicht wird, der aus der Sicht der Vielfalt der Medienangebote wünschenswert wäre.
- Zum anderen kann eine nicht abgestimmte Doppelprüfung eines Vorhabens nach Medienkonzentrationsrecht auf der einen und Kartellrecht auf der anderen Seite dazu führen, dass eine beiden rechtlichen Vorgaben genügende Gesamtlösung für das Vorhaben nicht realisiert werden kann.

Vor dem Hintergrund könnte (Option 1) die bereits bei der Frage der Kooperation und Koordination angesprochene bessere Koordination der Verfahren, ggf. im Rahmen der generellen Abstimmung der zuständigen Behörden im Regulierungsrat zur Problemlösung beitragen.

Eine weitergehende Möglichkeit (Option 2) könnte darin bestehen, das Kartellrecht anzupassen, um die oben angegebenen Problemlagen zu adressieren, etwa durch verbindliche Einbeziehung von Entscheidungen von Landesbehörden. Das und wie dies möglich ist, wurde auch bereits beim Thema der Erleichterung von Unternehmenskooperationen erörtert.

Möglich erschiene es zudem grundsätzlich, dem Bundeskartellamt im Hinblick auf die Marktdefinition für den Kommunikationsbereich gesetzliche Vorgaben zu machen. Dagegen sprechen allerdings gewichtige Gründe:

- Die Reichweite derartiger Vorgaben im nationalen Recht sind begrenzt, da Verfahren von größerer Bedeutung auf Grundlage von europäischem Recht ergehen (zu den Rahmenbedingungen C. III. und IV.). Für Sanierungsfusionen im Bereich der Presse kann dies allerdings in Betracht kommen.
- Der Marktbegriff ist der Kern der kartellrechtlichen Dogmatik, insofern handelt es sich um einen tiefensystematischen Eingriff in das Kartellrecht. Zudem wird als eine Stärke des Kartellrechts angesehen, dass es mit gleichen Begriffen und Maßstäben branchenübergreifend agiert. Das Kartellrecht würde durch dieses Vorgehen segmentiert.

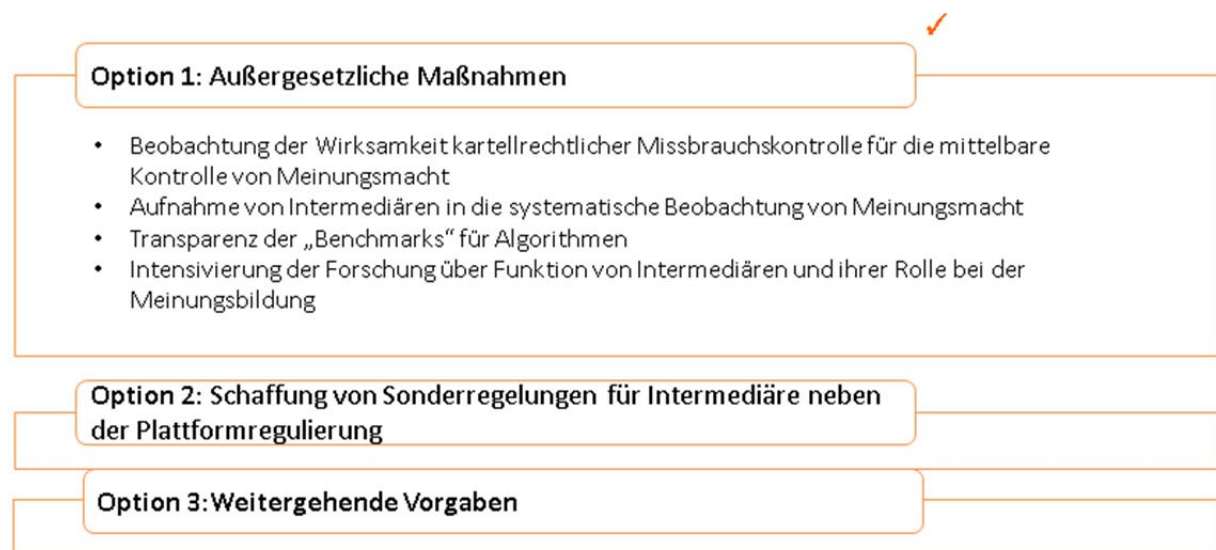
Für die praktische Implementation derartiger Vorschläge wäre zu beachten, dass aufgrund des Vorgesagten gegen ein solches Vorgehen erhebliche Widerstände der Akteure im Bereich Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht zu erwarten wären.

Die oftmals angeführten kompetenzrechtlichen Hürden scheinen aber überwindbar (s. o. C. III.).

2. Intermediäre

Problemfeld IV: Meinungsmacht- und Marktmachtkontrolle

Intermediäre



Nicht in die Liste der Optionen aufgenommen wurde der gelegentlich in der Öffentlichkeit diskutierte Vorschlag öffentlich-rechtlich finanzierte Intermediäre als Konkurrenz zu den privaten Anbietern zu etablieren. Entsprechende finanzielle Ressourcen vorausgesetzt, wäre ein solches Vorgehen möglich, allerdings sprechen gewichtige Gründe dagegen: Die schwere Angreifbarkeit von Marktpositionen hat strukturelle Gründe, die auch durch öffentliche Finanzierung nicht überwunden werden können (vgl. B. III. 4. c)). Angesichts des Umstandes, dass eine Beeinflussung in dem oben dargestellten kritikwürdigen Sinne ökonomisch nicht rational erscheint, ist der erwartbare Aufwand finanzieller und organisatorischer Art zudem kaum zu rechtfertigen.

Die obige Problemanalyse hat auch ergeben, dass zwar grundsätzlich das Risiko besteht, dass Intermediäre über ihre Stellung Einfluss auf die Meinungsbildung nehmen, die Art des Einflusses ist aber strukturell anders als die von publizistischen Medien, so dass nicht nahe liegt, sie etwa in ein Gesamtmedienmodell der Meinungsmachtkontrolle einzubeziehen. Auch dies wird daher im Folgenden nicht als Option ausformuliert.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich vor allem auf den Typ der algorithmischen Suche (als Typ Aggregatoren, zum Begriff siehe B. II. 2., damit auch auf die Suche in Social Media).

Zum Teil lassen sich die Überlegungen auch auf andere Typen von Intermediären übertragen. Ob hier Handlungsbedarf besteht, ist politisch zu entscheiden, verfassungs- oder europarechtlich geboten erscheint er (jedenfalls noch) nicht, wenn man von der Beobachtungspflicht (dazu sogleich) absieht.

a) Option 1: Außergesetzliche Maßnahmen

Als erste Option wird im Folgenden diskutiert, auf die Entwicklung durch außergesetzliche Maßnahmen zu reagieren. Hier ist ein ganzes Bündel von Vorgehensweisen denkbar, die jeweils auch unabhängig voneinander ergriffen werden können.

Zum einen ist angesichts der marktstarken Stellung großer Unternehmen im Bereich der Intermediäre erwartbar, dass es zu kartellrechtlichen Entscheidungen kommt. Bei derartigen Verfahren wird sich erweisen, unter welchen Voraussetzungen das Handeln eines Unternehmens, das ein Intermediär betreibt und das eine marktbeherrschende Stellung besitzt, als Missbrauch eben dieser Stellung erscheint. Eine Klärung dieser Frage ist eine wichtige Voraussetzung um zu erkennen, inwieweit die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle bereits auch mittelbar vorherrschende Meinungsmacht bekämpft oder inwiefern hier Spezialregelungen erforderlich erscheinen. Sollte der Bund aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz zum Recht der Wirtschaft oder zur Verhinderung wirtschaftlicher Machtstellungen spezialgesetzlich tätig werden, wäre auch hier zu beobachten, inwieweit dies das „Meinungsmachtproblem“ mit löst.

Aus den verfassungsrechtlichen Analysen folgte, dass es den Ländern obliegt, die Veränderungen im Kommunikationsbereich kontinuierlich zu beobachten, um zu erkennen, ob die Regelungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht ausreichen oder weitere Maßnahmen ergriffen werden müssen. Die oben dargestellte Rolle von Intermediären für die Information der Gesellschaft ist hinreichend bedeutsam, um sie in die Beobachtung aufzunehmen. Hier erschiene es denkbar, neben den bestehenden Aktivitäten wie etwa dem „Vielfaltsmonitor“ der BLM, der nun durch alle Landesmedienanstalten gefördert wird, auch die Rolle der Intermediäre systematisch zu betrachten. Zu dieser Betrachtung könnte auch gehören, die jeweiligen Unternehmenspolicies im Hinblick auf die Inhalte zu dokumentieren und Informationen im Hinblick auf Fälle zu recherchieren, bei denen etwa eine politische oder sonstwie nicht ökonomisch motivierte Intervention in die Informationsvermittlung erfolgte. In diesem Fall sollte die Beobachtung auch nutzerseitige Verengungen der Informationsvielfalt umfassen (Stichwort „Echo Chamber“). So wird für die weitere Diskussion eine sachliche Grundlage geschaffen. Darüber hinaus erschiene es denkbar, auch Initiativen zu fördern und einzubeziehen, die versuchen, Veränderungen der Vermittlungsfunktion technisch zu messen.

Die Problemanalyse hat auch gezeigt, dass die wissenschaftlichen Erkenntnisse über Intermediäre ungeachtet ihrer Rolle für die öffentliche Kommunikation noch lückenhaft sind. Nur ein fundiertes Verständnis ihrer Funktionen für die öffentliche Kommunikation, aber auch

der möglicherweise gegebenen Risiken und Machtpotenziale kann letztlich eine Grundlage für die Entwicklung einer ihnen gerecht werdenden Kommunikationsordnung bilden. Vor diesem Hintergrund wäre auch zu erwägen, etwa über Programmforschung des BMBF oder andere Mechanismen der Forschungsförderung eine koordinierte, interdisziplinäre Forschung zu Intermediären zu erreichen.

Schließlich wird in der Diskussion häufig die fehlende Transparenz angemahnt. Bei algorithmenbasierten Intermediären die Offenlegung eben dieses Algorithmus zu fordern, erscheint allerdings aus mindestens drei Gründen nicht sachgerecht:

- Der Algorithmus ist in der Regel das zentrale Geschäftsgeheimnis des Unternehmens mit der Folge, dass eine Offenlegung einen sehr intensiven, kaum zu rechtfertigenden Eingriff in die Berufsfreiheit und/oder die Eigentumsgarantie darstellen würde.
- Der Zwang zur Offenlegung von Algorithmen muss nicht im Sinne der Ziele der Kommunikationsordnung sein: Zum einen werden dadurch Geschäftsmodelle von Intermediären gefährdet, die ihrerseits eine Ordnungs- und Strukturierungsleistung für die Gesellschaft erbringen.
- Zum anderen wird durch die Entschlüsselung des Algorithmus auch möglich, die Kenntnis dieser Strukturen der Aggregation von Inhalten und damit die Ergebnislisten zu manipulieren. Dies würde eine Pervertierung der derzeitigen SEO-Praktiken darstellen, die erahnte Faktoren der Listung nutzen, um sich mit künstlicher Inhaltsoptimierung vordere Suchmaschinenränge zu sichern.

Um das, was Transparenz erreichen kann, zu erreichen, bedarf es allerdings keiner Offenlegung auf der Ebene von Algorithmen. Vielmehr ist das, was für die regulatorische Debatte interessant ist, der sogenannte „benchmark“, also die Maximen, die Programmierer von Algorithmen erhalten und die steuern, was ein Bestandteil eines Algorithmus leisten soll. Damit wären nicht die expliziten Steuerungsmechanismen offengelegt, sondern nur die Maximen ihrer Programmierung.

Auch hier ist zu bedenken, dass dieses Vorgehen die oben genannten Probleme der Transparenz nicht vollständig beseitigen. Je nach Konkretisierungsgrad der Algorithmen-Maximen steigt oder sinkt auf der einen Seite die Gefahr der missbräuchlichen Nutzung. Der Abstraktionsgrad entscheidet gleichzeitig darüber, ob die Informationen eine hinreichende Kontrolle ermöglichen.

Eine Regelungsoption wäre also, Intermediäre, die auf Algorithmen basieren, dazu zu bringen, diese Maximen offen zu legen oder jedenfalls deutlich zu machen, dass der Dienst nicht darauf programmiert ist, bestimmte politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche Ziele zu verfolgen. Damit werden sich Anbieter derartiger Dienste als in diesem Sinne „neutrale“ Angebote selbst einstufen und entsprechend wäre eine Handlung, die dem widerspricht, also bspw. eine Manipulation des Algorithmus in der Weise, dass eine bestimmte politische Partei bevorzugt wurde, eine explizite Enttäuschung des Vertrauens von Nutzern und verstieße gegen die erklärte Neutralität. Die Abstützung des Vertrauens in die Funktio-

nen strukturbildender Angebote der öffentlichen Kommunikation ist – wie oben dargestellt – ein zentrales Regulierungsziel.

b) Option 2: Schaffung von Sonderregelungen für Intermediäre

Eine zweite Option könnte darin bestehen, spezielle Regelungen zum Missbrauch von Meinungsmacht durch Intermediäre im Landesmedienrecht vorzusehen. Eine solche Regelung könnte auf dem aufsetzen, was eben als freiwillige Selbsteinstufung als „neutraler“ Intermediär beschrieben wurde.

Angesichts der oben dargestellten Risikoeinschätzung und der Schwierigkeiten, die eine gesetzliche Formulierung einer solchen Regelung in gerichtsfester Weise darstellt, wird diese Option zum derzeitigen Zeitpunkt nicht empfohlen.

c) Option 3: Weitergehende Vorgaben

Jedenfalls wenn sich die Risiken im Hinblick auf eine nutzerseitige Verengung von Informationsvielfalt zu realisieren drohen, kann im Hinblick auf die freie und offene individuelle und öffentliche Meinungsbildung eine spezifische Regulierung sinnvoll sein. Diese beträfe²⁴⁷:

- die Sicherung der Voraussetzung für einen möglichst leichten Wechsel zwischen den Anbietern von Intermediären, etwa durch Verpflichtungen zur Interoperabilität und Portabilität von nutzerbezogenen Informationen;
- die Gewährleistung möglichst großer Autonomie der Nutzer über die Personalisierung von intermediären Dienstleistungen.

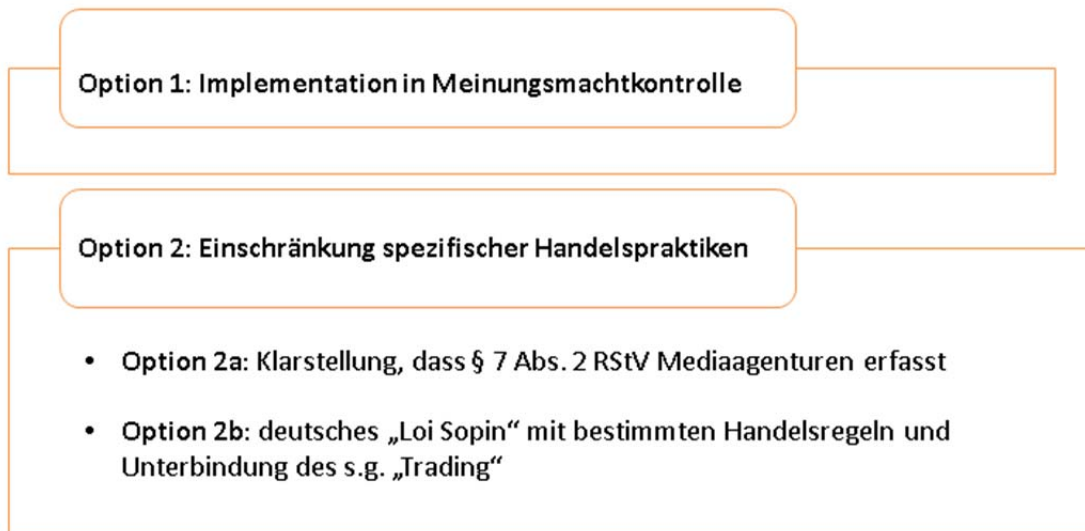
Da diese sowohl wirtschaftsrechtliche als auch kommunikationsbezogene Zwecke befördern, wäre eine Abstimmung zwischen Bund und Ländern im Hinblick auf eine solche Option sinnvoll.

²⁴⁷ Vgl. *Meckel*, Vielfalt im digitalen Medienensemble, Medienpolitische Herausforderungen und Ansätze, 2012, S. 20 f., abrufbar unter: http://www.i-comp.org/wp-content/uploads/2013/07/Vielfalt_im_digitalen_Medienensemble_Meckel_September_2012_final.pdf, zuletzt abgerufen am 25.07.2014.

3. Mediaagenturen

Problemfeld IV: Meinungsmacht

Mediaagenturen



a) Option 1: Implementation in Meinungsmachtkontrolle

Eine Option besteht darin, die Mediaagenturen systematisch in die landesrechtliche Überprüfung von Meinungsmacht oder ggf. in verwandte Beobachtungsstrukturen aufzunehmen.

- Für eine Einbeziehung in die Meinungsmachtkontrolle spricht zunächst der Umstand, dass Mediaagenturen ein Interesse an attraktiven Werbeumfeldern haben und damit potenziell auch Einfluss auf die Inhalte der Anbieter von Werbeflächen haben können.
- Auch das Oligopol der Mediaagenturen und die damit verbundene wirtschaftliche Machtstellung gegenüber Medienunternehmen sprechen für ein besonderes Meinungsmachtpotenzial. Durch die paketweise Vermittlung von Werbeinhalten über Medientypen hinweg („Mediamix“) erscheint dieses Potenzial möglicherweise auch als besonders ausgeprägt, da die potenzielle Beeinflussung sich auf klassischen Rundfunk, aber auch auf Online-Medien, erstrecken kann.
- Die Einbeziehung in die Meinungsmachtkontrolle übersieht aber den eigentlichen Zweck dieses verfassungsrechtlich etablierten Instruments, nämlich zu verhindern, dass der Meinungsmarkt einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird²⁴⁸.
- Werbefinanzierte Medienunternehmen sind bei der Programmgestaltung immer – auch mit hauseigener Vermarktung – an ökonomische Interessen rückgebunden. Ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis von Medienunternehmen zeigt sich insbesondere auch bei den privaten Rundfunkanstalten: Die Anbieter privaten Rundfunks sind zur Fi-

²⁴⁸ BVerfGE 73, 118, 153.

finanzierung ihrer Tätigkeit nahezu ausschließlich auf Einnahmen aus verkauften Werbeflächen angewiesen.²⁴⁹ Deshalb stehen sie vor der wirtschaftlichen Notwendigkeit, möglichst massenattraktive Programme anzubieten²⁵⁰ und unterliegen daher stark den Gesetzmäßigkeiten des Marktes.²⁵¹

- Schalten sich Mediaagenturen in die Wertschöpfungskette ein, wird diese ökonomische Abhängigkeit potenziell verstärkt. Jedoch liegt wohl nicht das durch das Bundesverfassungsgericht gezeichnete Gefährdungspotenzial vor: Mediaagenturen haben selbst kein Interesse an der Bevorzugung einer bestimmten öffentlichen Meinung, politischen Richtung oder gesellschaftlichen Gruppe. Vielmehr führt eine Diversifikation des programmlichen Umfelds auch zu einer Vielfalt potenzieller Werbekunden. Ihre Zwischenschaltung in die Wertschöpfungskette ändert qualitativ nichts an der Abhängigkeit privatwirtschaftlich organisierter Medien von Werbeeinnahmen.

Die Umsetzung einer rein meinungsmachtorientierten Lösung der Probleme im Bereich der Mediaagenturen erscheint daher weder verfassungsrechtlich angezeigt noch empfehlenswert. Es erscheint zwar möglich, die Mediaagenturen zumindest tentativ in eine Beobachtung mit aufzunehmen – die Eignung dieser Instrumente soll jedoch an dieser Stelle bezweifelt werden.

b) Option 2: Einschränkung spezifischer Handelspraktiken

Eine zweite Lösungsoption stellt darauf ab, bestimmte Handelspraktiken durch die Mediaagenturen zu unterbinden, die diese in eine Doppelfunktion stellen. Das sog. „Trading“ stellt eine Art In-Sich-Geschäft dar, da die Mediaagenturen zum einen für die Werbekunden eine Vermittlungs- und Zusammenstellungsleistung erbringen, gleichzeitig aber auch die von Medienunternehmen erworbenen Werbeflächen zum größtmöglichen Preis veräußern wollen. Es liegt nahe, dass diese Handelspraktiken aufgrund ihrer Intransparenz und Rabattierungspraxis die Abhängigkeit der Medienunternehmen erhöhen und damit die redaktionelle Unabhängigkeit gefährden.

- Die Missbrauchsgefahren werden bisher schon insbesondere von § 7 Abs. 2 RStV aufgegriffen. Fraglich ist jedoch, ob die intransparenten Handelsstrukturen eine effiziente Aufsicht ermöglichen, vor allen Dingen, wenn die betroffenen Medienunternehmen in der dargestellten wirtschaftlichen Abhängigkeit stehen. Gleichermaßen gilt dies für strafrechtliche Vorschriften, die bei der Erzwingung eines bestimmten Werbeumfeldes erfüllt sein könnten.

²⁴⁹ BVerfGE 73, 118, 155.

²⁵⁰ BVerfGE 73, 118, 155.

²⁵¹ BVerfGE 73, 118, 125.

- Die Marktkonzentration bei Mediaagenturen sowie das wichtige Ziel der Erhaltung redaktioneller Unabhängigkeit sprechen dafür, Trading als Handelsmodell einzuschränken, das Intransparenz fördert.
- In Frankreich wurde dem Problem mit dem „Loi Sapin“ begegnet²⁵², das ein Verbot des direkten Weiterverkaufs von Werbefläche durch Mediaagenturen in eigenem Namen vorsieht. Von Medienunternehmen oder deren Vermarktern eingeräumte Rabatte müssen vollständig an den Kunden weitergegeben werden. Die Agentur erhält ihr Honorar ausschließlich durch den Kunden, nicht durch den Vermarkter.

Die Unterbindung bestimmter Handelspraktiken ist keine Maßnahme, die direkt auf den Meinungsmarkt Einfluss nimmt. Vielmehr wird dadurch eine Marktsituation verhindert, in der die Abhängigkeit der Medienunternehmen potenziell steigt. Eine Umsetzung könnte in Bundesrecht erfolgen.

VI. Medienfinanzierung: Werbeblocker im Internet

Problemfeld VI: Werbeblocker

Option 1: Warten auf gerichtliche Klärung

Option 2: Schaffung einer landesgesetzlichen Regelung

- Option 2a: Verpflichtung, bestimmte Angebote, z.B. alle Public Value Angebote, auf die „White-List“ zu setzen ✓
- Option 2b: Verbotsregelung (auch über § 4 Abs. 1 Nr. 11 UWG durchsetzbar)

Option 3: Schaffung einer bundesrechtlichen Lösung

- Option 3a: Erweiterung von Leistungsschutzrechten
- Option 3b: Wettbewerbsrechtliches Verbot ✓

Die Adressierung des Problems, das durch das Geschäftsmodell von Werbeblockern, die Refinanzierung von werbefinanzierten Angeboten erschwert wird, kann durch drei verschiedene Optionen adressiert werden.

1. Option 1: Warten auf gerichtliche Klärung

Die einfachste Vorgehensweise ist sicherlich, den Ausgang, der von einigen Medienunternehmen angestrebten Klagen, die sich sowohl auf Urheber- bzw. Leistungsschutzrechte, als

²⁵² Vgl. zum Hintergrund und zur Entstehung des „Loi Sapin“: <http://www.jean-pimor-avocats.fr/actualites/la-vie-des-affaires/la-loi-sapin-tribunal-de-commerce-avocat-conseil-mandataire->, zuletzt abgerufen am 31.07.2014.

auch auf Ansprüche aus dem UWG stützen, abzuwarten (Option 1). Nachteil dieser Option ist nahe liegender Weise, dass – selbst wenn die Klagen am Ende Erfolg haben – bis dahin bereits Schaden für werbefinanzierte, für die öffentliche Kommunikation relevante Angebote entstanden sein kann. Der letztliche Ausgang dieser Verfahren ist schwer abzuschätzen.

2. Option 2: Schaffung einer landesgesetzlichen Regelung

Eine zweite Option könnte sein, landesrechtlich gegen das Geschäftsmodell der Anbieter von Werbeblocking bzw. Software vorzugehen. Diese Option teilt sich wiederum in zwei Varianten: eine Variante (Option 2a) könnte darin bestehen, im Landesrecht eine Verpflichtung vorzusehen, dass Anbieter von Werbeblocking-Software, die eine Positiv-Liste führen, bestimmte Angebote kostenfrei auf diese Positiv-Liste setzen müssen. Dies könnte sich auf einige oder alle Dienstetypen beziehen, die (s. o. Problembereich 1) als Angebote eingestuft werden, die einen besonderen Mehrwert für die öffentliche Kommunikation darstellen. Die zweite Variante (Option 2b) bestände in einem landesrechtlichen Verbot des Angebots derartiger Dienste. Dies kommt in Betracht, wenn man das Geschäftsmodell an sich – jedenfalls so, wie es derzeit praktiziert wird, also mit dem Angebot, gegen Entgeltzahlung auf eine Positiv-Liste zu kommen – vollständig verbieten wollte. Eine solche Verbotsregelung könnte so ausgestaltet werden, dass das Verbot auch über Wettbewerbsrecht durchgesetzt werden könnte. Die erste Variante konzentriert die Wirkung auf gesellschaftlich relevante Kommunikationsangebote und ihre Refinanzierung durch Werbung. Sie hat zudem den Vorteil, dass sie nicht als „paternalistisch“ erscheint, da die von vielen Nutzerinnen und Nutzern offenbar gewünschte Ausblendung von Werbung nicht grundsätzlich erschwert wird. Es wird lediglich für Angebote, die für die gesellschaftliche Kommunikation besonders wichtig sind, die Standardvorgabe verändert. Möchte die Nutzerin oder der Nutzer auch hier eine Blockierung der Werbung erreichen, kann er sie von der Positiv-Liste nehmen. Da dies vermutlich dennoch in der Mehrzahl der Fälle nicht geschehen wird, ist die Lösung dennoch für die werbefinanzierten Angebote von Vorteil.

3. Option 3: Schaffung einer bundesrechtlichen Lösung

Die dritte Option besteht in der Schaffung einer bundesrechtlichen Lösung. Auch hier sind zwei unterschiedliche Lösungspfade denkbar. Zum einen (3a) könnte dort, wo Leistungsschutzrechte bestehen (Sendeunternehmen, Presse), dieses Leistungsschutzrecht so erweitert werden, dass eine Ermöglichung der Nutzung ohne Werbung als Verletzung dieses Rechts erscheint. Zum anderen ist an ein wettbewerbsrechtliches Verbot der Angebote zu denken, wenn man das Modell grundsätzlich für unlauter hält (3b).

Die Empfehlung geht dahin, die Lösung Option 2a oder 3b zu wählen. Allerdings ist bei allen Maßnahmen in diesem Bereich zu beachten, dass eine Regulierung bewirken kann, dass die Anbieter ins Ausland wechseln und sich der deutschen Regulierung entziehen. Zudem arbeiten die werbetreibenden Unternehmen an technischen Lösungen, die dazu führen, dass das

Angebot nicht mehr wahrnehmbar ist, wenn die Werbung nutzerseitig blockiert wird. Dies kann das Problem jedenfalls in Teilen lösen.

Zudem erscheint es empfehlenswert, die Nutzerinnen und Nutzer darüber aufzuklären, dass ihnen die Angebote nur deshalb kostenfrei zur Verfügung stehen, weil sie über Werbung refinanziert werden. Dieser simple Umstand tritt in der öffentlichen Diskussion bei einer kritischen Auseinandersetzung mit Werbung gelegentlich in den Hintergrund.

E. IMPLEMENTATION DER HANDLUNGSOPTIONEN

I. Rechtsrahmen der Koordination und Kooperation – zusammenfassende Übersicht

Der materiell-rechtliche Rechtsrahmen der Koordination und Kooperation zwischen Landes- und Bundesgesetzgeber sowie zwischen Landes- und Bundesbehörden ist durch die folgenden Grundsätze bestimmt, die an dieser Stelle noch einmal zusammenfassend in Erinnerung gerufen werden sollen, bevor auf die Mechanismen und Instrumente näher eingegangen wird:

Für den Bereich der **Gesetzgebung**:

- Ausschließliche Zuständigkeit und Verantwortung der Länder für die positive Medienordnung (inhaltsbezogenes Medienrecht) und die Vielfaltssicherung.
- Bezogen auf diese Zuständigkeit:
 - *allgemeine* Rücksichtnahmepflicht des Bundes bei der Ausübung eigener Sachkompetenzen (insbesondere in Fällen von Annexkompetenzen und Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs), die sich auf die Medienordnung auswirken
 - sowie *besondere* Rücksichtnahmepflichten (bis zu Handlungsverboten), soweit eine durch die Länder konkretisierte Regelung dadurch nicht oder nur teilweise umsetzbar wird.
- Der Bundesgesetzgeber sollte den Ländern die Nutzung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach Art. 106 Abs. 2, Art. 14 AEUV durch entsprechende Öffnungsklauseln ermöglichen, wenn ansonsten die verfassungsrechtlich gebotene Vielfaltssicherung gefährdet oder wesentlich erschwert wird. Dies betrifft vor allem das Kartellrecht.
- Angestrebt werden sollte zudem die informelle Einigung auf gemeinsame Grundsätze der regulierenden Gesetzgebung zur Vermeidung von Widersprüchen und Spannungen bei der Rechtsanwendung, auch durch die Gerichte.

Für den Bereich der **behördlichen Kooperation**:

- Soweit Rücksichtnahmepflichten bestehen, sind diese durch Koordinationsregelungen zu ergänzen, die je nach Stärke der Einwirkung als Berücksichtigungspflichten (Bindung der Bundesbehörden an Vorgaben des Landesrechts bzw. an Entscheidungen der Landesbehörden, etwa durch eine Einvernehmensregelung) oder Kooperationspflichten in Gestalt von Pflichten zum Informationsaustausch oder allgemeinen Benehmens- oder Berücksichtigungspflichten auszugestalten sind.
- Bei der Ausgestaltung dieser Kooperationen ist der Grundsatz der Verantwortungsklarheit zu beachten, d. h. es ist gesetzlich klar zu bestimmen, welche Behörde für welche Entscheidungsbestandteile mit welcher Bindungswirkung zuständig ist.

II. Übersicht zu den Gestaltungsoptionen – allgemein

1. Ebenen und zugehörige Instrumente der verbindlichen intraföderalen Koordination: Staatsvertrag und Verwaltungsvereinbarung

Im Bundesstaat können sich sowohl die Länder untereinander als auch Bund und Länder²⁵³ bei der Ausübung korrespondierender Kompetenzen durch öffentlich-rechtliche Verträge koordinieren.²⁵⁴

a) Staatsverträge

Erfasst die Koordination den Bereich der parlamentarischen Gesetzgebung sowie vergleichbare Normsetzungsakte im Außenrechtsverhältnis bzw. der Wirkung von Parlaments- oder Gesetzesvorhaben, so handelt es sich um einen Staatsvertrag, der (nur) unter Beteiligung der Parlamente zustande kommt. Bei Staatsverträgen werden die Parlamente in einer mittleren Phase in die Verhandlungen der Regierung einbezogen, um die spätere Ratifikation des nicht mehr veränderbaren Gesetzestextes abzusichern.

In Staatsverträgen können sich die Vertragsparteien zu Gesetzgebungen und auch zu Maßnahmen im Verwaltungsbereich verpflichten sowie besondere Organe zur Umsetzung der vertraglich normierten Ziele einsetzen, etwa zum Zweck der Streitschlichtung oder der Vereinheitlichung der Rechtsanwendung. Der Rundfunkstaatsvertrag zeigt, dass auch Organe errichtet werden können (z. B. KEK), deren sich die Landesmedienanstalten im Wege der Organleihe bedienen können.

Grundsätzlich ist es denkbar, dass sich der Bund in einem Bund-Länder-Staatsvertrag auch dazu verpflichtet, von einer ihm zustehenden Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch zu machen, um den Ländern eine Gesetzgebungszuständigkeit und den damit verbundenen Gestaltungsfreiraum zu sichern. Dabei ist aber zwischen verschiedenen Fallkonstellationen zu unterscheiden.

Zunächst ist zu beachten, dass sich eine solche Vorgehensweise nur auf den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung sowie auf die Wahrnehmung einer Annexkompetenz kraft Sachzusammenhangs in Bezug auf eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes beziehen kann. Durch einen solchen „Verzicht“ kann der Bund also nur Gestaltungsfreiheiten der Ländern ermöglichen, wo diesen überhaupt Gesetzgebungskompetenzen zustehen.

Zudem ist dabei vorausgesetzt, dass der Bund nicht seine Kompetenz verliert, sondern nur zusagt, von einer bestehenden Kompetenz keinen oder nur einen bestimmten Gebrauch zu machen. Dies ist zudem einschränkend dahingehend zu verstehen, dass diese Verpflichtung

²⁵³ Zuletzt in Gestalt des IT-Staatsvertrages v. 1.4.2014.

²⁵⁴ Grundlegend *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996; *Schladebach*, Staatsverträge zwischen Ländern, *VerwArch* 2007, 238 ff.

durch eine Bundesregierung im Rahmen einer Verwaltungsvereinbarung nur in der Form begründet werden kann, dass sie von ihrem Gesetzesinitiativrecht keinen Gebrauch macht. Das ist aber politisch gleichwohl eine wirksame Bindung, da die Bundesregierung in der Regel die politische Mehrheit im Parlament „steuern“ kann.

Der vor allem relevante Bereich bezieht sich insbesondere auf das Telekommunikationsrecht. Hier hat der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit, aufgrund einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs medienrechtlich relevante Fragen zu regeln. Darauf könnte er „verzichten“ und damit den Ländern eine abschließende Regelungszuständigkeit eröffnen.

Die Kündigungsfrist für die Staatsverträge ist sinnvollerweise im Vertrag zu regeln. Sie darf im Hinblick auf das demokratische Prinzip, nach dem eine Rechtsänderung nicht unzulässig lange ausgeschlossen werden darf, nicht übermäßig lang ausgestaltet werden.

Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Fortgeltung und Kündigung von Staatsverträgen hat sich das Bundesverfassungsgericht grundlegend in einer Entscheidung vom 30.01.1973 geäußert, deren zentrale Aussagen in § 60 VwVfG übernommen wurden.²⁵⁵ Daraus folgt indes zunächst nur, dass bei einer fehlenden vertraglichen Kündigungsmöglichkeit die allgemeinen Regeln der *clausula rebus sic stantibus* zur Anwendung kommen.

Umgekehrt fehlt es aber an Aussagen, wie lang eine Kündigungsfrist maximal sein muss, damit sie dem demokratischen Prinzip entspricht. Da der vom Bundesverfassungsgericht entschiedene Fall sich nicht auf Gesetzgebungstätigkeiten bezog, lassen sich aus diesem keine klaren Schlussfolgerungen ziehen.

In der neueren Staatsvertragspraxis sind folgende Fristen anzutreffen:

- Der IT-Staatsvertrag sieht in § 6 Abs. 2 eine zweijährige Kündigungsfrist vor.
- Der Rundfunkstaatsvertrag sieht in § 62 Abs. 1 eine Kündigungsfrist von einem Jahr bei Erklärung zum Jahresende vor.
- Der Glückspielstaatsvertrag gilt bis zum Jahr 2021 und sieht bis dahin keine Kündigungsmöglichkeit vor.

Diese Beispiele zeigen, dass zwar in den meisten Fällen eine kurze Kündigungsfrist vorgesehen ist, im Falle des Glückspielstaatsvertrages aber eine deutlich über eine Legislaturperiode hinausgehende Geltung vereinbart wurde. Eine solche längere Kündigungsfrist kann auch mit dem Vertrauensschutz der Adressaten der Regelungen gerechtfertigt werden. Hier soll vertreten werden, dass in diesem Fall ergänzend die Grundsätze der *clausula rebus sic stantibus* zur Anwendung kommen, wenn während dieser Zeit wesentliche Änderungen eintreten.

Im Ergebnis dürfte deshalb auch eine über fünf Jahre hinausgehende Geltung ohne einseitige Kündigungsmöglichkeit dann verfassungsrechtlich zulässig sein, wenn man ergänzend den Rechtsgedanken des § 60 VwVfG für anwendbar erklärt.

²⁵⁵ BVerfGE 34, 216, 230 ff.

b) Verwaltungsvereinbarungen

Beschränkt sich die Koordination auf die Abstimmung zwischen Verwaltungsbehörden und damit auf das Innenrechtsverhältnis²⁵⁶, so können Verwaltungsvereinbarungen zwischen den Regierungen bzw. Fachministerien abgeschlossen werden.²⁵⁷ Die Parlamente müssen beim Abschluss von Verwaltungsvereinbarungen nicht einbezogen werden.

Bei Verwaltungsabkommen erscheint eine unbefristete Geltung unproblematisch, da keine Bindung der Gesetzgebung erfolgt.

Auf Verwaltungsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern werden die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag nach §§ 54 ff. VwVfG entsprechend angewendet.²⁵⁸ Damit kommt auch § 60 VwVfG zur entsprechenden Anwendung, der die Anpassung und Kündigung näher regelt. Danach gilt:

„§ 60 Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen

(1) Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen. 2Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

(2) Die Kündigung bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. 2Sie soll begründet werden.“

Es besteht demnach vorrangig eine Verhandlungspflicht mit dem Ziel, die getroffenen Regelungen an die neuen Umstände anzupassen. § 60 VwVfG ist zugleich Bestandteil des Verfassungsrechts.²⁵⁹

c) Informelle Absprachen

Unterhalb dieser Ebene förmlicher und verbindlicher Koordination sind auch (politische) Absprachen möglich, bei denen sich jede Seite zu bestimmten Maßnahmen im eigenen Zuständigkeitsbereich verpflichtet. Soweit dazu auch Gesetzgebungsakte gehören, stehen diese aber unter dem Vorbehalt der parlamentarischen Zustimmung.

D. h. in diesem Bereich können zwar keine synallagmatischen oder einseitigen Verpflichtungen begründet werden, die auf Gesetzgebungsakte von Bund oder Land zielen, jedenfalls können aber Bemühenszusagen zur Gesetzgebung (in Gestalt einer Gesetzesinitiative der

²⁵⁶ Innenrechtsverhältnis meint dabei Rechtsbeziehungen zwischen staatlichen Stellen im Gegensatz zu Bürger-Staat-Rechtsbeziehungen. Es wird dabei nicht in Abrede gestellt, dass Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Ländern formal ebenfalls Außenrechtsbeziehungen sind. Für die Parlamentsbeteiligung ist dieser Aspekt jedoch nicht relevant.

²⁵⁷ Zu Abgrenzungsfragen *Siegel*, Neue Querschnittsaufgaben und Gewaltenteilung, in: *Der Staat* 49 (2010), 299 ff.

²⁵⁸ *Kämmerer*, in: *Bader/Ronellenfisch* (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, Ed. 24, § 54 Rn. 22; *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG Kommentar*, 19. Aufl. 2013, § 54 Rn. 9.

²⁵⁹ *BVerfGE* 34, 216, 230.

Regierung) getroffen werden. Diese Vorgehensweise wird seit vielen Jahrzehnten bei der Koordination der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder praktiziert.

2. Einzelfragen der Gestaltung und Instrumentenwahl, Entscheidungskriterien

Aus dem Blickwinkel der wirksamen Zielerreichung ist von der folgenden Hierarchie der Instrumentenwahl auszugehen:

- Die größte Wirksamkeit wird durch Staatsverträge erzielt, die eine vollständige Rechtsangleichung ohne Abweichungsmöglichkeiten vorsehen. Damit ist ein hoher Verhandlungsaufwand verbunden. Zudem besteht die Gefahr, dass die erfassten Rechtsbereiche im Falle von Veränderungen nur schwerfällig angepasst werden können, es also an Flexibilität und kurzen Reaktionszeiten bei Veränderungen in der Praxis fehlt.
- Dahinter sind Staatsverträge einzuordnen, die eine normative Mindestharmonisierung vorschreiben, dabei aber den einzelnen Vertragsparteien in einzelnen Bereichen Gestaltungs- und Entwicklungsspielräume belassen. Dadurch sind auch Anpassungen an veränderte Rahmenbedingungen einfacher zu handhaben.
- Eine etwas größere Wirkung entfalten Verträge, die eine Mindestharmonisierung vorsehen, die durch einen Koordinierungsmechanismus im Einzelfall ergänzt werden (wie beim IT-Staatsvertrag).

Eine weitere Typenbildung kann sich daran orientieren, ob durch den Staatsvertrag eigene Organe mit besonderen Organkompetenzen eingerichtet werden:

- Viele Staatsverträge beschränken sich auf materielle Regelungen ohne Etablierung von eigenen Vertragsorganen.
- Staatsverträge mit einem eigenen Verwaltungsorgan sind nicht häufig, aber in einigen relevanten Bereichen (Bsp.: IT-Staatsvertrag) anzutreffen.
- Im Bereich des Rundfunkrechts wird eine einheitliche Entscheidungsfindung durch die Ermöglichung einer Organleihe (§ 35 RVStV) erreicht. So wird u. a. die KEK für die jeweilige zuständige Landesmedienanstalt tätig.
- Denkbar ist auch ein Staatsvertrag, der ein eigenes Rechtsetzungsorgan (in Bezug auf Verordnungen) oder ein eigenes Norminterpretationsorgan (in Bezug auf Verwaltungsvorschriften) vorsieht.

3. Zusammenfassende Matrix

Die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten im Überblick:

	Staatsvertrag	Verwaltungsvereinbarung
Gesetzgebung extern	+	-
Normsetzung intern	-	+
gleicher Gegenstand (alle regeln den gleichen Gegenstand)	+	+
verschiedene Gegenstände (jeder für seinen Bereich)	+	+
eigene Organe möglich	+	+
Parlamentsbeteiligung	zwingend	optional

III. Die Gestaltungsoptionen im Einzelnen²⁶⁰

1. Koordinierung von Gesetzgebung

Die praktisch bedeutsamste und zugleich wirksamste Vorgehensweise stellt die verbindliche Koordination von Gesetzgebung dar, indem in einem Staatsvertrag für die Vertragsparteien verbindliche Vorgaben für eigene Gesetzgebungsakte normiert werden.

In den Fällen des Gebrauchmachens von der gleichen (Landes-)Gesetzgebungsbefugnis erfolgt die Koordinierung durch normtextliche Vorgaben, die in gleicher Weise umgesetzt werden müssen (Parallelgesetzgebung).

In Fällen, in denen verschiedene Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern koordiniert werden, sind die Länder zur Parallelgesetzgebung und der Bund zur simultanen Gesetzgebung verpflichtet, wobei die Inhalte in beiden Fällen durch den Staatsvertrag vorgegeben sind.

2. Verbindliche Koordinierung von Gesetzesvollzug/-interpretation

Insoweit die koordinierten Gesetze relevante Gestaltungs-, Interpretations- und Wertungsspielräume bei der Anwendung aufweisen, kann ein Bedarf an einer zusätzlichen Koordination der Gesetzesanwendung bestehen. Dafür kommen verschiedene Instrumente in Betracht:

- der Erlass von (koordinierten) Verwaltungsvorschriften;
- die Einrichtung einer Koordinierungsstelle, die Interpretationsdivergenzen löst oder im Einzelfall Empfehlungen für die Gesetzesanwendung erarbeitet.

²⁶⁰ Teil III. 1.–4. von Prof. Dr. Kluth.

3. Unverbindliche/informelle Koordinierung von Gesetzesvollzug/-interpretation

Unterhalb der Schwelle einer verbindlichen Koordination sind auch Mechanismen einer unverbindlichen, informellen Koordinierung denkbar. Ein solcher Mechanismus könnte sich des Instruments der Abgabe von Stellungnahmen bedienen, die bei der Entscheidung durch die zuständige Stelle zu berücksichtigen sind, aber keine Bindungswirkung entfalten und deshalb keine verbotene Mischverwaltung darstellen.

4. Insbesondere: Koordination der Aufsichtsbehörden

Ein Mechanismus der Kooperation könnte die bereits angesprochene für alle Stellen verbindliche Informationsbasis etwa in Form einer regelmäßig auszuschreibenden Studie über die Entwicklungen auf dem Meinungsmarkt sein.

Als weiterer Mechanismus einer Koordination von Regulierern nach Landesrecht, Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt erschiene eine Koordinationsplattform denkbar, die bei Beibehaltung der jeweiligen Zuständigkeiten, Ermächtigungsgrundlagen und Handlungsmöglichkeiten eine vereinfachte Abstimmung ermöglicht.

Vorschläge hierzu sind schon früh ausgearbeitet worden.²⁶¹

Strukturelle Veränderungen von Angeboten, Märkten und Nutzungsmustern betreffen alle in diesem Bereich arbeitenden Behörden. Eine solche Stelle könnte folgende Funktionen übernehmen:

- Herstellung wechselseitiger Transparenz über die Entscheidungsgrundlagen und Grundannahmen.
- Gemeinsame Beobachtung von Entwicklungen im Kommunikationssektor und möglicher Branchenreaktionen und Diskussion von Szenarien der Regulierung auf Grundlage dieser Beobachtungen.
- Entwicklung von Klärungspfaden für Problemlagen, etwa für brancheninterne oder branchenübergreifende Kooperationsvorhaben (s.o. B. III. 2.).
- Um keine verbotene Mischverwaltung zu konstruieren, hat die Koordinationsplattform nicht die Aufgabe, mit Außenwirkung zu handeln oder gar im Einzelfall verbindlich zu entscheiden.

Diese Plattform wäre der erste Schritt in Richtung eines Regulierungs- und Aufsichtsverbundes. Die Koordinationsplattform sollte auf die genannten Stellen beschränkt bleiben, unter Umständen ergänzt durch unabhängige Mitglieder mit besonderer Expertise.

Für die Zusammenarbeit gibt es – wie oben ausgeführt – bereits gesetzliche Anknüpfungspunkte, an denen angesetzt werden kann. Das Verhältnis der Medienanstalten zum BKartA wird in § 50c GWB und § 39a Abs. 1 S. 1 RStV nahezu wortgleich damit umschrieben, dass diese „im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben“ zusammenarbeiten. Das BKartA kann dazu

²⁶¹ Vgl. bspw. Hoffmann-Riem/Schulz, Konvergenz und Regulierung, S. 187 ff., 199 ff.

mit den Medienanstalten „Erkenntnisse austauschen“ soweit die nicht vertrauliche Informationen betreffen. Umgekehrt sind die Medienanstalten gegenüber dem BKartA und der Bundesnetzagentur zur Übermittlung aller Informationen verpflichtet, die für die Erfüllung von deren Aufgaben erforderlich sind (§ 39a Abs. S. 2 RStV). Für die Bundesnetzagentur ist die korrespondierende Vorschrift § 123 TKG.

Da das Bundeskartellamt nicht zu Informationsübermittlung verpflichtet ist, ist hier zunächst eine gewisse Asymmetrie zulasten der Länderinstanzen zu beobachten, die zu hinterfragen ist.

Die genannten Vorschriften bieten geeignete Anknüpfungspunkte für die hier erörterte Plattformlösung. Bund und Länder könnten in der o. g. Vereinbarung vorsehen, diese drei Normen dahingehend auszubauen, dass die Plattformlösung realisiert wird. Die niedrigschwelligste Lösung wäre eine bspw. zwei Mal pro Jahr stattfindende gemeinsame Sitzung mit dem Ziel, sich in den o. g. Fragen auszutauschen. Da eine gesetzliche Grundlage besteht, könnten die Behörden jeweils ihre eigenen Kosten dafür tragen.

Erscheint eine weitere organisatorische Verdichtung sinnvoll, so könnte die Bund-Länder-Vereinbarung vorsehen, dass zur Erledigung der laufenden Geschäfte der Koordinationsplattform und zur Vor- und Nachbereitung ihrer Beratungen ein Büro eingerichtet wird. Die persönlichen und sächlichen Ausgaben des Büros könnte eine der Bundesbehörden tragen, mit Ausnahme der persönlichen Ausgaben, die durch die Mitarbeit von Landesbediensteten in dem Büro entstehen. Diese Ausgaben wären von dem entsendenden Land zu tragen.

5. Insbesondere: Streitschlichtungsmechanismen für Unternehmen

Das Internet als technisches Meta-Medium bringt mit sich, dass ganz unterschiedliche Angebote auf demselben Netz um Aufmerksamkeit konkurrieren. Dazu gehören auch Angebote von vormals auf unterschiedlichen publizistischen Teilmärkten aktiven Unternehmen, aber auch kommerzielle und nicht-kommerzielle, professionelle und nicht-professionelle sowie nationale und internationale. Zudem bietet das Netz die Möglichkeit, sich mit einem Dienst zwischen Anbieter und Nutzer zu stellen, was einen Mehrwert bringt, aber zugleich vom Inhalteanbieter als parasitäre Nutzung angesehen werden kann. Diese strukturellen Probleme, die jetzt etwa bei Hybrid-TV sichtbar geworden sind, werden voraussichtlich immer wieder auftreten.

Vor diesem Hintergrund besteht eine regulatorische Aufgabe darin, kommunikative Verengungen zu vermeiden bzw. positiv die kommunikativen Potenziale für die Gesellschaft auszuschöpfen. Dazu gehört auch, Konflikte zwischen Angebotstypen möglichst produktiv aufzulösen.

Für die Auflösung von Konflikten zwischen Unternehmen oder Teilbranchen existieren bisher zwei grundsätzliche Lösungswege: Zum einen kann der Streit vor den zuständigen Gerichten ausgefochten werden, zum anderen können die Konflikte den politischen Akteuren vorgebracht werden mit dem Anliegen, den Rechtsrahmen zu verändern und damit den Konflikt zu

entscheiden. Aus dem Bereich Urheberrecht wäre der Streit zwischen GEMA und YouTube ein Beispiel für den ersten Weg, das Leistungsschutzrecht für Presseverlage für den zweiten. Daneben existiert für den sehr speziellen Bereich der bisherigen Plattformregulierung ein Instrument der Schlichtung durch die Landesmedienanstalten

Die Problemlösungspfade Gesetzgebung und gerichtliche Streitentscheidung haben beide mit dem Nachteil zu kämpfen, dass sie typischerweise bis zu einer abschließenden Klärung mehr als ein Jahr an Zeit benötigen, was dem Innovationstempo im Kommunikationsbereich nicht immer gerecht wird. Daher wäre es ratsam, als ergänzendes Governance-Instrument eine Streitschlichtungsstelle zu implementieren. Diese übernehme Teile der Funktion eines Intermedien-Kollisionsrechts, das in der Wissenschaft gefordert wurde.²⁶²

IV. Schlussfolgerungen: Mögliche Inhalte einer Bund-Länder-Vereinbarung

Die hier erarbeiteten Vorschläge lassen sich in einer Bund-Länder-Vereinbarung umsetzen. Hier soll zunächst die Form dieser Vereinbarung dargestellt werden, sodann die betroffenen Inhalte.

1. Formen von Vereinbarungen

Welche Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern in welcher Form umgesetzt werden können, ist ausdifferenziert zu betrachten. Grundsätzlich stehen – wie oben abstrakt dargestellt – hier die Maßnahmen des Staatsvertrages zwischen den Ländern, Verwaltungsvereinbarungen und informelle Absprachen in einem abgestuften Verhältnis hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit zueinander. Daneben ist jedoch zu beachten, dass jede dieser Maßnahmen Spezifika hinsichtlich der jeweiligen Eignung zur Umsetzung bestimmter Maßnahmen aufweist (Details siehe E. III. 1.). D. h. es gibt bestimmte Bereiche, in denen eine staatsvertragliche Lösung aufgrund der möglichen Außenwirkung unabdingbar erscheint; es gibt jedoch auch Bereiche, in denen Verwaltungsvereinbarungen den rechtlichen Rahmen flexibel halten.

- Staatsvertragliche Vereinbarungen sind prinzipiell in den Bereichen zu treffen, in denen Gesetzgebung mit Außenwirkung erfolgen soll. Dies betrifft die dargestellten Handlungsoptionen in allen Bereichen des Abschnitts D. mit Ausnahme der Optionen im Bereich D. III. die keine Verbindlichmachung nach außen erfordern (speziell Option 1 und Option 3). Diese Vereinbarungen hinsichtlich der Landesgesetzgebung schaffen Verbindlichkeit und Einheitlichkeit auf Länderebene und können gleichzeitig schon die Schnittstellen des Bundesrechts im Rahmen der zur Verfügung stehenden Kompetenz zur Vielfaltsicherung adressieren. Eine explizite Kündigungsfrist ist entbehrlich, solange im Vertrag eine Klausel nach dem Rechtsgedanken „*clausula rebus sic stantibus*“ implementiert wird.

²⁶² Ladeur/Gostomzyk, Medienkollisionsrecht: Der Rundfunk im Netzwerk der Netzwerke, in: CR 2014, 28, 30 ff.

- Zusätzlich kann eine Verabredung in Form einer Verwaltungsvereinbarung helfen, die benannten Schnittstellen zum Bund vor allem im Bereich D. III. aufzugreifen und damit Kooperationen zwischen beteiligten Landes- und Bundesbehörden zu regeln (inhaltlich sogleich weitere Ausführungen). Ein Kündigungsrecht muss hier aufgrund des untergesetzlichen Status nicht vorgesehen werden, § 60 VwVfG gilt analog (dazu bereits unter E. II. 1. b)).
- In Bezug auf die Gesetzgebung des Bundes, die in einigen aufgezeigten Bereichen mit den medienpolitischen Interessen des Landes kollidiert, ist ergänzend zu den soeben dargestellten Möglichkeiten der Einwirkung mittels Staatsvertrags lediglich möglich, politisch-informell einzuwirken.

2. Möglicher Inhalt einer Vereinbarung

Eine Vereinbarung in der jeweils oben dargestellten Form könnte folgende Inhalte haben:

Zunächst kann eine begriffliche Verständigung zwischen Bund und Ländern erfolgen, die vor allen Dingen die folgenden Bereiche betrifft:

- Verständigung darüber, welche Angebote solche mit besonderer Bedeutung für die öffentliche Kommunikation sein sollen,
- Verständnis von Angeboten und Diensten als zentrale Begriffen der Regulierung und deren Verhältnis zueinander,
- Verständnis von „Plattformen“,
- Konzept von Intermediären.

Ferner kann es sinnvoll sein, dass Bund und Länder sich im Hinblick auf die Weiterentwicklung der Kommunikationsordnung – gemeinsam und jeweils in den eigenen Kompetenzbereichen – auf Prinzipien und Grundsätze verständigen, die auch bei der Auflösung von Kollisionslagen maßgeblich sind. Dazu könnten Folgende gehören:

- Die Anerkennung der Bedeutung von Angeboten mit besonderer Funktion für die öffentliche Kommunikation, deren Relevanz Bund und Länder anerkennen und im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen dafür sorgen, dass das Funktionieren dieser Angebote so gestaltet ist, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.
- Die Anerkennung der Bedeutung des offenen Internets für die öffentliche Kommunikation und Innovation im kommunikativen und ökonomischen Sinne.
- Die wechselseitige Anerkennung der unterschiedlichen Regulierungsziele im Rahmen der dargestellten Grundsätze der Bundestreue.
- Die Beschränkung der Regulierung auf das für die Erreichung der Regulierungsziele Erforderliche, die Etablierung einer flexiblen, lernfähigen Regulierung.

Inwieweit die Umsetzung der oben erarbeiteten Optionen eine Vereinbarung zwischen Bund und Ländern erfordert, hängt von der jeweiligen Option ab (oben Kap. D.). In jedem Fall können sich Bund und Länder auf die Einführung von Koordinationsmechanismen verständigen, und zwar auf folgende:

- Aufbauend auf den bestehenden Kooperationsregeln im Rundfunkstaatsvertrag, GWB und TKG die Etablierung einer Koordinationsplattform unter Wahrung ihrer jeweiligen Kompetenzen.
- Die Verpflichtung der zuständigen Behörden zur Ausschreibung eines gemeinsamen Gutachtens in regelmäßigen Abständen zur Erzeugung einer gemeinsamen Informationsbasis mit korrespondierenden Verpflichtungen in den jeweiligen Gesetzen zur Berücksichtigung des Ergebnisses dieser Informationsbasis bei Einzelentscheidungen.

Zudem ist eine Verständigung über den Umgang mit Problemen zu empfehlen, die durch die Anwendbarkeit des UWG auf unternehmerisches Verhalten entsteht, das durch die Länder reguliert ist (s.o. B. III. 6.). Hier droht eine faktische Erosion der landesrechtlichen Regelungsstruktur.

Auch könnte man die Kooperation dahingehend verstetigen, dass neben der Plattform der Behörden eine gemeinsame Kommunikations-Konferenz von Bund und Ländern eingerichtet wird, die der kontinuierlichen Weiterentwicklung und Konkretisierung der durch diese Vereinbarung strukturierten Kommunikationsordnung dient. Denkbar wäre zudem die gemeinsame vorausschauende Planung etwa in Form eines Weißbuches, in dem die geplante künftige Entwicklung der Kommunikationsordnung entwickelt und damit diskutierbar gemacht wird.

Je nach Wahl der dargestellten Handlungsoptionen (siehe Bereich D.) wären die entsprechenden Änderungen im Bundes- und Landesrecht in die Vereinbarung aufzunehmen.

Zudem kann die Etablierung einer Streitschlichtungs-Stelle im Kompetenzbereich der Länder unter Einbeziehung des Bundes vorgesehen werden.