

Der Justitiar

## **Stellungnahme zur Online-Konsultation Rundfunkkommission der Länder zum Entwurf eines Medienstaatsvertrags**

Mit dem Entwurf eines „Medienstaatsvertrags“ legt die Rundfunkkommission der Länder Änderungsvorschläge zu mehreren Bereichen des bestehenden Rundfunkstaatsvertrags vor.

Während die Vorschläge im Bereich des rundfunkrechtlichen Zulassungsverfahrens und der damit zusammenhängenden Definitionen weitgehend für sich stehen, gibt es Wechselwirkungen zwischen den Regelungen für „Medienplattformen“ und „Medienintermediäre“. Da die Bearbeitung der Stellungnahmen in den jeweiligen Arbeitsgruppen erfolgen soll, erfolgt unsere Stellungnahme getrennt nach diesen drei Teilbereichen, wobei bei den beiden letztgenannten Themen an den jeweils erforderlichen Stellen Querbezüge zum jeweils anderen Kapitel vorgenommen werden.

Das ZDF begrüßt ausdrücklich die Bemühungen der Länder, den Regulierungsrahmen den veränderten Nutzungsgewohnheiten in einer konvergenten Medienwelt anzupassen.

Im Bereich der Rundfunkzulassung sehen wir die Weiterentwicklung der Begrifflichkeiten und des Verfahrens grundsätzlich positiv.

Gleiches gilt für die Neufassung der Plattformregulierung, welche gerade in der digitalen Welt für das ZDF von großer Bedeutung ist. Bei den Definitionen bitten wir die Länder zu prüfen, ob wirklich alle relevanten Plattformen rechtssicher erfasst sind. Wir unterstützen das Konzept des diskriminierungsfreien Zugangs zu Medienplattformen. Aus unserer Sicht ist es aufgrund der unüberschaubaren Quantität der Angebote zwingend, im Rahmen der Auffindbarkeit auch eine Privilegierung für besonders vielfaltsfördernde Inhalte vorzusehen. Die rechtliche Absicherung der Signalintegrität ist in Zeiten zunehmender Manipulation von Bildmaterial besonders wichtig. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem diesjährigen Urteil zum Rundfunkbeitrag die Gefahren für die Meinungsbildung, wie sie durch die Netz- und Plattformökonomie einschließlich der sozialen Netzwerke entstehen, beschrieben. Es wachse daher die Bedeutung der dem „öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Aufgabe, durch authentische, sorgfältig recherchierte Informationen, die Fakten und Meinungen auseinanderhalten, die Wirklichkeit nicht verzerrt darzustellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund zu rücken, vielmehr ein Vielfalt sicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden“.

Die Regelungen zu „Medienintermediären“ sind aus Sicht des ZDF ein erster Schritt zur Definition eines regulatorischen Rahmens für diese für die Meinungsbildung zunehmend wichtiger werdenden Plattformen. Wir sprechen uns dafür aus, hier zeitnah weitere erforderliche Schritte zu prüfen. Hierzu zählen wir etwa die Frage, ob die al-



gorithmusgesteuerte Filterung und Zuweisung von Inhalten in ihrem Wirkungsmechanismus offenzulegen ist.

## I. Rundfunkbegriff / Rundfunkzulassung

Aus Sicht des ZDF trifft die Aussage, mit der die Rundfunkkommission die Online-Konsultation zum Medienstaatsvertrag gestartet hat, voll und ganz zu: „Rundfunk ist heute mehr als Radio und Fernsehen“.

Bereits im Jahre 1997 haben die Bundesländer sogenannte „Neue Dienste“ dem herkömmlichen Rundfunk regulativ teilweise gleichgestellt, seit 2007 (mit dem 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) gilt hierfür der Begriff der „Telemedien“. Nicht aufgegeben wurde in diesem Zug die begriffliche Abgrenzung des Rundfunks als *„linearer Informations- und Kommunikationsdienst, die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendepfades unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen,* und anderen Diensten/Telemedien: *„elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk ... sind.* So lauten die Legaldefinitionen in § 2 Abs. 2 RStV.

Dem Grundsatz nach möchte der vorgelegte Entwurf die Unterscheidung zwischen linearen Diensten und solchen auf Abruf beibehalten. Gleichzeitig wird aber aus einem bisherigen Ausschlussgrund (für Angebote, die nicht journalistisch-redaktionell gestaltet sind) nun ein Begriffsmerkmal, nach dem *„journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendepfades mittels Telekommunikation,* generell dem neuen Rundfunkbegriff unterfallen. Auch der Austausch der bisherigen Beschreibung des Rundfunks als Übertragung *„unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen“* gegen die Wortwahl *„mittels Telekommunikation“* zeigt das Bemühen um einen technologieneutralen Ansatz. Das ZDF begrüßt es, wenn hierdurch in einem ersten Schritt der Weg zu einem modernen Rundfunkbegriff mit einer technologieneutralen, an Inhalt und Wirkung ausgerichteten Definition eingeschlagen wird.

Aus Sicht des ZDF sollte dieser Weg energischer betreten werden. Zu verweisen ist auf das Gutachten von Dörr/Holznagel/Picot, *„Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud“*. Die Gutachter arbeiten in bemerkenswerter Deutlichkeit heraus, dass künftig ein Cloud-TV-Gesamtpaket aus linearem



Fernsehen, Video on Demand, Online-Diensten und Social Media nahtlos miteinander verknüpft die Zuschauer und Nutzer erreicht. Eine künftige Medienordnung wird sich an dieser konvergenten, anhand technischer Kriterien nicht mehr differenzierbaren Realität orientieren müssen.

In großen Teilen wird der Entwurf dem bereits dadurch gerecht, dass mit einem neuen Begriff der „*rundfunkähnlichen Telemedien*“, Dienste wie Mediatheken oder Streamingangebote in den Anwendungsbereich hineingenommen werden. Eine ähnliche Wirkung kommt dem Umstand zu, dass künftig auch das „*Zugänglichmachen*“, von Rundfunk neben dessen Veranstaltung und Verbreitung einbezogen wird. Medienplattformen, Medienintermediäre und Benutzeroberflächen werden dann, wenn sie für den deutschen Medienmarkt bestimmt sind und für die Medienvielfalt in Deutschland relevant sind, vom künftigen Medienstaatsvertrag erfasst. Dies ist aus Sicht des ZDF ausdrücklich zu begrüßen.

Dem ZDF ist bewusst, dass der jetzige Vorschlag sich daran orientiert, dass die Novellierung der Audiovisuelle-Dienste-Richtlinie (AVMD-Richtlinie) der Europäischen Union fast abgeschlossen ist und die Differenzierung zwischen audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf einerseits und linearen audiovisuellen Mediendiensten andererseits beibehalten bleibt. Unbeschadet dessen sollte der nationale Gesetzgeber die Chance nutzen, innerhalb der von einer EU-Richtlinie eingeräumten Spielräume vergleichbare Sachverhalte auch konsequent gleich zu regeln. Dabei kann nach der Bewertung des ZDF noch stärker als geplant nach den Kriterien der Meinungsrelevanz den neuen medialen Erscheinungsformen wie Streamingplattformen oder Social Media etc. mit einer Regulierung begegnet werden, die sich im Rundfunkbereich zugunsten von Medienpluralismus und Stärkung der Meinungsfreiheit bewährt hat.

## **II. Plattformregulierung / „Medienplattformen“**

### **1. Vorbemerkungen**

Mit der Plattformregulierung kommt der Gesetzgeber dem verfassungsrechtlichen Gebot der Vielfaltssicherung nach und regelt den Zugang zu den Rundfunk- und Telemedienangeboten, die Gegenstand des Rundfunkstaatsvertrags sind. Es ist von entscheidender Bedeutung, dass die gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Demokratie essentiellen Angebote die Bürgerinnen und Bürger auch tatsächlich erreichen. Der Gesetzgeber ist durch die Rundfunkfreiheit verpflichtet, eine positive Rundfunkordnung zu schaffen, in welcher die Vielfalt der bestehenden Meinungen möglich breit und vollständig vermittelt wird, die Bürger in einem umfassenden Sinne informiert werden, Meinungs- und politische Willensbildung sowie Unterhaltung stattfindet und über die laufende Berichterstattung hinaus der Rundfunk seiner kulturellen Verantwortung gerecht wird (vgl. nur BVferfGE 136, 9).



Zu Zeiten des Cloud-TV mit seinen vielfaltsverengenden Erscheinungsformen wie die sog. „Filter Bubble“ und „Echo Chambers“ erscheint eine wirksame Plattformregulierung besonders wichtig. Die vielfaltsverengenden Wirkungen dieser Phänomene hat jüngst das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Rundfunkbeitrag noch einmal betont (vgl. BVerfG 1 BvR 1675/16). Allein der Umstand eines verbreiterten Angebots führt für sich noch nicht zu Qualität und Vielfalt. Es besteht die Gefahr, dass – auch mit Hilfe von Algorithmen – Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgewichteter Meinungen führt.

Eine zukunftsfähige Plattformregulierung hat für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine besondere Bedeutung. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben einen demokratischen und kulturellen Auftrag sowie einen Integrationsauftrag, der jeweils verfassungsrechtlich begründet und staatsvertraglich festgeschrieben ist. Hinzu tritt die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch sämtliche Haushalte in Deutschland. Folglich ist es sachgerecht, dass diese Angebotspalette auch vollständig und unverändert zum unmittelbaren Zugriff bei den Zuschauerinnen und Zuschauern zur Verfügung steht.

Durch die Konvergenz der Endgeräte erfassen die bisherigen Regelungen, welche sich vornehmlich auf die Regulierung technischer Kapazitäten konzentrierten, nicht mehr alle für die Vielfaltssicherung relevanten Phänomene. Daher ist es richtig, dass die Bundesländer nunmehr die Reform der Plattformregulierung mit konkreten Vorschlägen angehen. Aus unserer Sicht ist die Regulierung der technischen Kapazitäten durch die Konvergenz nicht obsolet, schließlich ist es für den Zugang vor allem zu Rundfunkangeboten im engeren Sinne entscheidend, dass die Angebote auch tatsächlich verfügbar sind. Gleichzeitig handelt es sich bei der technischen Verfügbarkeit heute nur um eine der Grundvoraussetzungen, um eine angemessene Verfügbarkeit der Inhalte insgesamt zu gewährleisten. Rundfunk- und Telemedieninhalte werden heute immer stärker über komplexe Benutzeroberflächen zugänglich gemacht. Diese stellen daher neben den technischen Kapazitäten heute den entscheidenden „bottleneck“ dar, denn bei der großen Vielfalt der verfügbaren Inhalte steuern diese Benutzeroberflächen aufgrund der begrenzten Aufmerksamkeitsspanne der Zuschauer zwangsläufig die relevante Verfügbarkeit und Auffindbarkeit von Inhalten. Hierauf muss die Regulierung reagieren, wenn Sie das oben genannte verfassungsrechtliche gebotene Ziel der Verfügbarkeit der Inhalte im Sinne der Vielfaltssicherung sicherstellen möchte.

## **2. Definitionen**

### **a. Rundfunkähnliche Telemedien**

Der Entwurf sieht vor, dass im Regelungswerk des Rundfunkstaatsvertrags zwischen dem Begriff des ‚Rundfunks‘ und ‚Telemedien‘ eine weitere Kategorie eingeführt werden soll, welche vornehmlich die Aggregation audiovisueller Inhalte erfasst und somit an die Regelungen der Richtlinie über



audiovisuelle Mediendienste (RL 2010/13, kurz AVMD-Richtlinie) anknüpft. Ausweislich der Begründung soll die Definition grob § 58 Abs. 2 RStV ergänzt um Hörfunkangebote entsprechen.

Für das Vorliegen von „rundfunkähnlichen Telemedien“ soll es kumulativ auf zwei Tatbestandsmerkmale ankommen. Zum einen müssen die Telemedien „nach Form und Inhalt“ fernsehähnlich sein, weiterhin müssen sie aus einem vom Anbieter festgelegten Inhaberkatalog zum individuellen Abruf zeitsouverän für den Nutzer bereitgestellt werden. Letztgenannter Teil entspricht Art. 1 g) AVMD-Richtlinie. Das erstgenannte Tatbestandsmerkmal ist auslegungsbedürftig. Durch die exemplarische Nennung von Inhalten „rundfunkähnlicher Telemedien“ am Ende der Definition erfolgt eine Beschränkung auf professionell erstellte Inhalte. Insbesondere nutzergenerierte Inhalteplattformen sind damit ausgeschlossen. Dies ist konsequent, da diese den Regelungen für „Medienintermediäre“ unterfallen sollen.

„Rundfunkähnliche Telemedien“ sollen selbst nicht Gegenstand der Regulierung sein. Für sie gelten weiterhin, mit Ausnahme des § 58 Abs. 2 RStV, die allgemeinen Vorschriften für Telemedien des RStV bzw. des TMG. Der Begriff ist im Normgefüge des RStV derzeit nur von Relevanz, soweit diese Inhalte Teil einer Medienplattform sind.

#### b. Medienplattformen

Der Entwurf sieht vor, dass der Begriff der Plattform aufgegeben werden soll und durch die Definition der „Medienplattform“ ersetzt wird. Dies hat weitreichende Konsequenzen für die materiellen Regelungen in den §§ 52ff. RStV. Die sogleich zu erörternde Erweiterung des Plattformbegriffs führt dazu, dass Spezialregelungen, welche vornehmlich die Weitersendung von Rundfunkprogrammen adressieren (z.B. must-carry), enger gefasst werden müssen (vgl. Vorschlag zu § 52b Abs. 1 RStV des Entwurfs, weitere §§ Nennung ohne Gesetzbezeichnung beziehen sich auf den vorgelegten Vorschlag).

Die vorgeschlagene Legaldefinition ist auslegungsbedürftig, da sie als Abgrenzungskriterium zu sonstigen Plattformen im weiteren Sinne tatbestandlich voraussetzt, dass sie die Zusammenfassung von Rundfunk oder rundfunkähnlichen Telemedien zu einem Gesamtangebot zum Gegenstand hat. Die Definition erklärt aus sich heraus nicht, wann ein Gesamtangebot vorliegt.

Es ist problematisch, wenn das zentrale Abgrenzungsmerkmal ein unbestimmter Rechtsbegriff mit unklarer Auslegung darstellt. Eine solche Zusammenfassung dürfte wohl dann vorliegen, wenn ein Dienst in seinen Funktionalitäten jedenfalls überwiegend der Zusammenfassung von Rundfunk oder rundfunkähnlichen Telemedien dient.



Unklar in ihren Auswirkungen ist die Formulierung von S. 2. Denn dort wird spezifisch geregelt, wann eine „Zusammenfassung“ von Inhalten im Sinne des S. 1 ebenfalls vorliegt, nämlich bei dem Aggregieren sog. „Apps“. Nicht eindeutig ist jedoch, ob bei Einschlägigkeit des S. 2 auch ein vom Anbieter bestimmtes „Gesamtangebot“ im Sinne des S. 1 vorliegen muss, damit tatbestandlich eine Medienplattform vorliegt. Sollte man dies bejahen, würde eine nicht unerhebliche Regelungslücke entstehen, da App-basierte Plattformen gerade darauf basieren, dass der Nutzer sein Angebot aus den zur Verfügung stehenden Apps selbst zusammenstellt. Dann läge gerade keine Medienplattform vor.

Im Ergebnis ergeben sich bei konkreten Phänomenen folgende Auslegungsergebnisse bzw. -probleme:

- Erfasst sind wohl sämtliche klassischen wie modernen Fernsehempfangsgeräte, d.h. Set-Top-Boxen und Fernseher, da diese durch ihre Software die einzelnen linearen Programme bündeln, ggf. ergänzt durch ‚sendernahe Zusatzdienste‘ wie Mediatheken. Etwaige Zusatzfunktionen spielen eine untergeordnete Rolle, selbst wenn diese klar die Herstellung eines Gesamtangebots zum Gegenstand haben.
- Weiterhin sind Weitersendeangebote im Sinne des § 20b UrhG regelmäßig erfasst, da diese gerade als Geschäftsmodell die Zusammenfassung von Rundfunkprogrammen und die Vermarktung dieser an den Endkunden zum Gegenstand haben. Dies umfasst sowohl die klassische Kabelweitersendung als auch neue OTT-Services (z.B. Zattoo).
- Möglicherweise auch erfasst sind verschlüsselte Angebote über Primärsendewege, bspw. HD+ auf dem Satelliten und freenet TV im Bereich der Terrestrik. Allein durch die Paketierung und gemeinsamen Vermarktung der verschlüsselten Sender ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass ein „Gesamtangebot“ im Sinne der Definition vorliegt.
- Unklar bleibt hingegen, ob neuartige Geräte für den Fernseher, wie beispielsweise Apple TV oder Amazon Fire TV erfasst sind. Da diese auf Grundlage einer individuellen Nutzerentscheidung über sog. Apps individualisiert werden, können solche Geräte so konfiguriert werden, dass sie im Ergebnis die Zusammenfassung von Rundfunk zum Gegenstand haben. Die Geräte können jedoch z.B. auch als reine Spielekonsole genutzt werden. Über das Gesamtangebot entscheidet letztlich der Nutzer, nicht jedoch der Anbieter.
- Dieselbe Frage stellt sich auch mit Blick auf Smart TV Endgeräte, die keine feste Vorprogrammierung besitzen.

Die letztgenannten Beispiele zeigen, dass möglicherweise eine Umgehung der geplanten Regelungen droht, da Endgeräte, die eine Individualisierung





durch den Nutzer nicht nur optional erlauben, sondern voraussetzen und dadurch gleichzeitig kein eigenes „Gesamtangebot“ haben, gerade nicht erfasst werden.

Vor allem amerikanische Anbieter (Google TV, Amazon Fire TV, Apple TV) setzen auf diesen App-basierten Ansatz. Eine Nichtberücksichtigung dieser Plattformen bei gleichzeitiger Berücksichtigung von „einfachen“, vorprogrammierten Empfangsboxen führt zu einer aus unserer Sicht sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung.

Darüber hinaus ist es mit Blick auf das Regulierungsziel der Vielfaltssicherung erforderlich, dass Plattformen, welche in erheblichem Umfang den Zugang zu Rundfunk- und vergleichbaren Telemedieninhalten bestimmen, erfasst sind. Mit dem Kauf eines „smarten“ Zusatzgeräts für den Fernseher trifft der Zuschauer eine Investitionsentscheidung, die häufig dazu führt, dass gerade Telemedienangebote der Rundfunkveranstalter über die entsprechende Plattform genutzt werden. Bei der Plattform Amazon Fire TV handelt es sich um die in den USA zahlenmäßig mit Abstand führende Smart-TV Plattform. Zwar werden genaue Verkaufszahlen nicht veröffentlicht, jedoch hat Amazon mitgeteilt, dass es sich bei dem Produkt im Jahr 2015 um das meistverkaufte Produkt überhaupt im Portfolio von Amazon gehandelt habe. Dies illustriert, dass eine Eingrenzung auf ein vom Anbieter erstelltes „Gesamtangebot“ zu erheblichen Regelungslücken beim Adressatenkreis führen kann.

Dem könnte jedenfalls dann begegnet werden, wenn im Falle von App-basierten Medienplattformen die App-Stores entsprechend erfasst wären.

Zu begrüßen ist hingegen, dass eher rundfunkferne Plattformen, wie Soziale Medien nicht vom Begriff der Medienplattform erfasst werden sollen. Auch hier wird zwar immer wieder nachgewiesen, dass gerade bei diesen Plattformen erhebliche Intransparenz und Vielfaltsdefizite bestehen. Gleichwohl sind die Sachverhalte so unterschiedlich gelagert, dass auf materieller Ebene wohl ein völlig anderer Regulierungsansatz erforderlich ist, der richtigerweise im Zusammenhang mit den sog. „Intermediären“ erarbeitet werden sollte.

### c. Benutzeroberflächen

Der Begriff der Benutzeroberfläche, welcher materiell für die Regelung von Auffindbarkeit genutzt wird, setzt zunächst eine oder mehrere Medienplattformen voraus. Die Benutzeroberfläche soll entweder die Darstellungs- und Auswahllogik einer Medienplattform selbst sein. Sie kann jedoch tatbestandlich in einem weiteren Fall dann vorliegen, wenn diese losgelöst von einer einzelnen Plattform Überblick und Auswahl über eine Mehrzahl von Medienplattformen erlaubt.



Da jedoch stets eine Medienplattform vorausgesetzt wird, werden auch auf dieser Ebene die oben problematisierten Endgeräte, welche eine App-basierte Individualisierung (und damit kein Gesamtangebot) zur Grundlage haben, ebenfalls nicht erfassen.

Um eine Durchsetzbarkeit gegenüber dem erweiterten Adressatenkreis der Vorschriften zu vereinfachen, regen wir an, eine Verpflichtung zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten, analog zu den Vorschlägen zu Medienintermediären § 53 c Abs. 3, vorzusehen.

### **3. Materielle Regelung zum Zugang**

Das Prinzip des diskriminierungsfreien Zugangs wird durch eine Umgestaltung des § 52c RStV festgelegt. Es ist insbesondere begrüßenswert, dass die Aufzählung des § 52c Abs. 2 ausdrücklich nicht abschließend gestaltet ist und so auf Satzungsebene ggf. neuere Phänomene adressiert werden können.

Richtigerweise ist das Prinzip der Chancengleichheit nicht durch ein absolutes Gleichbehandlungsgebot, sondern durch ein relatives umgesetzt. Eine unterschiedliche Behandlung wird an einen sachlichen Grund geknüpft. Ein solcher sachlicher Grund kann beispielsweise ein besonderer Beitrag zur Meinungsvielfalt sein, der auch die privilegierte Auffindbarkeit trägt (vgl. sogleich).

### **4. Materielle Regelung zur Auffindbarkeit**

#### **a. Allgemeines**

Im Bereich der Auffindbarkeit werden die genannten Prinzipien materiell in dem neugefassten § 52e verankert.

In Absatz 2 dieser Vorschrift wird die Diskriminierungsfreiheit hinsichtlich der Listungen von Angeboten festgelegt. Auch hier gibt es eine Öffnung zur Differenzierung, sofern ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt. Da eine solche Listung praktisch zwingend eine Rangfolge vorsieht, ist die Auslegung dieser Vorschrift von zentraler Bedeutung. Soweit in der Begründungsspalte als mögliches Sortierkriterium beispielsweise neben Genres und alphabetischer Reihenfolge „Relevanz“ genannt wird, ist dieser Begriff wiederum auslegungsbedürftig. Erforderlich ist aus Sicht des ZDF, dass die „tradierte“ Sortierung im Rundfunkbereich, die auch der Historie des dualen Rundfunksystems geschuldet ist, zulässig bleibt. Die bereits vor einiger Zeit zwischen ARD, ZDF und VAUNET gefundenen Kompromisse zur Sendersortierung können hier sicherlich eine gute Grundlage bilden.

Da die Definition der Medienplattformen und damit auch der Benutzeroberfläche bei traditionellen Empfangsgeräten (z.B. Satellitenreceiver) sehr weit





geht (vgl. hierzu im Detail oben), ist zu überlegen, ob § 52e Abs. 4 nicht mit einem Bestandsschutz für bestehende Endgeräte versehen werden muss. Anderenfalls droht älteren Geräten, die keine individuelle Sortierung erlauben, die nachträgliche medienrechtliche Unzulässigkeit.

#### b. Privilegierte Auffindbarkeit

Aus Sicht des ZDF ist die Einführung einer sog. „privilegierten Auffindbarkeit“ unter dem Aspekt der Vielfaltssicherung nicht nur gerechtfertigt, sondern verfassungsrechtlich geboten. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk stellt zur Förderung der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung ein umfassendes Gesamtangebot bereit. Er hat die Aufgabe, als Gegengewicht zu den privaten Rundfunkanbietern ein Leistungsangebot hervorzubringen, das einer anderen Entscheidungsrationale als der der ökonomischen Anreize folgt und damit eigene Möglichkeiten der Programmgestaltung eröffnet (so BVerfG Urteil vom 18.9.2018, 1 BvR 1675/16, Rn. 77). Damit leisten diese Angebote entsprechend der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts einen Beitrag zur Vielfaltssicherung, wie er durch Angebote, die allein einer kommerziellen Logik folgen und auf Gewinnmaximierung ausgerichtet sind, nicht erreicht werden kann. Diese Funktion können diese Angebote jedoch nur dann erreichen, wenn sie für den Zuschauer sichtbar sind.

Denn anderenfalls würden sie in der schieren Masse (die allein nicht Vielfalt im verfassungsrechtlichen Sinne bedeutet) der heute verfügbaren Inhalte, die oftmals schrill und aufmerksamkeitsheischend gestaltet sind, untergehen. Das ZDF unterstützt daher den in eckigen Klammern gefassten § 52 e Abs. 3 S. 1 ganz ausdrücklich.

Entscheidend ist aus unserer Sicht, dass auch die nach § 11d RStV beauftragten Telemedienangebote privilegiert werden. Denn gerade im Bereich der Telemedienangebote vermitteln die Benutzeroberflächen die entscheidende Orientierung über die Inhalte, da eine vertraute Auswahllogik über Listungen wie bei den linearen Programmen naturgemäß fehlt. Perspektivisch werden Regelungen zur präferierten Auffindbarkeit gesellschaftlich besonders relevanter Inhalte für die Vielfaltssicherung und das demokratische Gemeinwesen wichtiger werden, als die heutige Must-Carry Regulierung.

#### c. Must-Carry Regime

Der Vorschlag zu § 52 b übernimmt die bisherigen Must-Carry Regelungen nahezu wortgleich (mit einer Einschränkung, die materiell die sog. Dritten Programme trifft). Aufgrund der Erweiterung durch die Neudefinition „Medienplattform“ erfolgt zunächst eine Engführung auf „infrastrukturgebundene Medienplattformen“. Dies ist mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben der bestehenden Universaldiensterichtlinie sowie der demnächst in Kraft tretenden Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische



Kommunikation nicht zu beanstanden. Gleichwohl ist zu beachten, dass technologisch eine Entwicklung dahingehend zu beobachten ist, dass die Weitersendeangebote zunehmend infrastrukturunabhängig angeboten werden, da die Kunden eine Verfügbarkeit der Inhalte auch außerhalb der Wohnung z.B. über Mobilfunk oder WLAN erwarten. Dieser Trend zu einer offenen IP-Übertragung könnte die Must-Carry-Verpflichtungen in Zukunft leerlaufen lassen.

Jede Erweiterung der Must-Carry-Verpflichtungen, um neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen, setzt aus Sicht des ZDF zunächst zwingend voraus, dass die unten ausgeführte Klarstellung zu Entgelten gesetzlich vorgenommen wird.

Erwägenswert wäre, den § 52 b redaktionell klarzustellen. Im Gesetzestext wird zunächst von Teilkapazitäten, die „zur Verfügung“ gestellt werden müssen, gesprochen. Bisher war allerdings durch den Wortlaut des § 52b Abs. 1 Nr. 1 2. Hs RStV („sind (...) zu verbreiten“) deutlich, dass die Programme verpflichtend übertragen werden müssen. Der Bundesgerichtshof stellte explizit auf den in § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV enthaltenen letzten Teilsatz ab, um die von ihm angenommene Verpflichtung der Plattformbetreiber zur Einspeisung und Verbreitung der Must-Carry-Programme zu begründen (BGH Urteil vom 16.06.2015, KZR 83/13, Rn. 20). Dem geänderten Wortlaut des § 52b Abs. 1, der diesen klarstellenden Zusatz nicht mehr aufweisen würde, ließe sich im Wege der historischen Auslegung entnehmen, dass § 52b lediglich die Zurverfügungstellung der Teilkapazitäten zum Gegenstand habe, eine Verbreitungspflicht hingegen vom Staatsvertragsgeber nicht geregelt werde, mithin eine Verbreitung mangels Einigung über die Bedingungen der Aufnahme eines Must-Carry-Programms in eine Medienplattform durch die Medienplattform nicht zu erfolgen habe (vgl. hierzu auch § 52d Abs. 3). Vorzugswürdig wäre allerdings eine klare Regelung, die im Lichte der in Art. 5 Abs. 1 GG verankerten Pflicht des Staatsvertragsgebers, die Meinungsvielfalt im Rundfunk durch eine positive Ordnung zu sichern, mit der nach der Rechtsprechung des BVerfG zu gewährleisten ist, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihren Grundversorgungsauftrag erfüllen können (BVerfG Urteil vom 11.9.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 122), die die Verbreitungspflicht und die zu verbreitenden Programme eindeutig und abschließend bestimmt. Dabei könnte die Terminologie der Universaldiensterichtlinie in Art. 31 sowie der zukünftigen Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation in Art. 106 übernommen werden, die von einer „Übertragungsverpflichtung“ spricht.

Beachtet werden sollte bei Must-Carry im Zusammenhang mit der Regelung des § 52c Abs. 2, dass bei der Beurteilung von (etwaigen) Vereinbarungen zwischen Programmanbietern und Anbietern von Medienplattformen durchaus Differenzierungen zwischen dem ausschließlichen Must-Carry-Bereich einerseits und dem überwiegenden Non-Must-Carry-Bereich



andererseits erlaubt bleiben müssen. Der Bundesgerichtshof hat in den Rechtsstreitigkeiten zu Vergütungspflichten im Kabel mehrmals geurteilt, dass im Bereich Must-Carry zwar nicht grundsätzlich ein Marktgeschehen fehle, der Must-Carry-Bereich dem Wettbewerb auf dem Nachfragemarkt hinsichtlich der Übertragung von Programmsignalen auf Plattformen jedoch entzogen sei. Aufgrund dieser rechtlichen Besonderheit müssen einerseits Vereinbarungen, die von Modellen mit Non-Must-Carry-Anbietern inhaltlich und kommerziell abweichen, erlaubt bleiben. Andererseits ergibt sich aufgrund der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten inhaltlicher und werthaltiger Vertragsbedingungen, seien es Cash-Back-Systeme, Pay-TV-Angebote, Profit-Sharing oder Zusatzangebote wie VoD-Integration etc. aber auch Laufzeit, Reichweite und Kündigungsmöglichkeiten, die Notwendigkeit eines weiten Gestaltungsspielraums der Vertragsparteien, um die vertragliche Beziehung auf die individuellen Bedürfnisse der Vertragsparteien anzupassen, der nicht durch ein zu enges Verständnis des Diskriminierungsverbots des § 52c Abs. 2 eingeschränkt werden darf. Derartige Beschränkungen hätten unmittelbar einen negativen Effekt auf die verfügbaren Angebote, die Angebotsvielfalt und letztlich auf die für die öffentliche Meinungsbildung unerlässliche Informationsdichte. Dies begründet sich aus Sicht des ZDF auch aus der Tatsache, dass bereits heutige Geschäftsmodelle privater Anbieter bspw. im Hinblick auf das Pay-Verbot für öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausscheiden. Das aufgezeigte wünschenswerte Verständnis des § 52c, dessen Adressaten Anbieter von Medienplattformen sind, sollte auf Vereinbarungen mit Anbietern von Medienplattformen – auch aus vorgenannten Gründen – spiegelbildlich aus Sicht der Must-Carry-Anbieter angewendet werden, um den Gleichlauf des vertraglichen Gestaltungsspielraums der Vertragsparteien zu gewährleisten, da andernfalls die dem Anbieter von Medienplattformen vor dem Hintergrund der Sicherung der Meinungsvielfalt zugestandene Flexibilität und Individualität durch ein starres Korsett, in das die Anbieter von Must-Carry-Angeboten gezwängt wären, im besonders vielfaltsrelevanten Must-Carry-Bereich konterkariert werden würde. Vor diesem Hintergrund wäre eine gesetzliche Regelung wünschenswert, die dieses komplexe Verhältnis zwischen Übertragungspflicht nach § 52b und Zugangssicherung nach § 52c konkretisiert und absichert.

§ 52d sieht weiterhin keine Anordnung einer Vergütungspflicht vor. Dies begrüßt das ZDF. Zugleich regen wir an, diese Entscheidung des Gesetzgebers ausdrücklich in § 52d klarzustellen, zumal eine geplante Neuregelung auf europäischer Ebene (sog. „Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation“) diesbezüglich im Fall einer Vergütungspflicht eine konkrete gesetzliche Anordnung vorsieht.



## **5. Signalintegrität / Vermarktungs- und Veränderungsverbot**

Das ZDF begrüßt, dass der Entwurf einen Signalschutz zugunsten der Inhabere der Rechte vorsieht. Angesichts der andauernden Debatten um „Fake News“ ist es von entscheidender Bedeutung, dass sich der Zuschauer darauf verlassen kann, dass der jeweilige Inhalt auch allein vom Absender stammt und nicht durch Dritte überblendet oder gar verändert wurde.

Die Öffnung in § 52a Abs. 4 S. 2 sieht das ZDF kritisch. Es droht hierdurch die Möglichkeit der Umgehung, da wahrscheinlich ist, dass Medienplattformen eine entsprechende Generaleinwilligung des Nutzers bei der Ersteinrichtung abfragen. Ähnliche Phänomene können bei Datenschutzeinstellungen von Endgeräten beobachtet werden. Das ZDF spricht sich daher gegen diese in eckige Klammern gefasste Regelung aus. Sie ist auch deshalb unnötig, weil das Veränderungsverbot oben eingeführt wird auf kommerzielle Kommunikation und Programminhalte. Insofern sind berechnete Interessen der Nutzer, bspw. zur Darstellung von Individualkommunikation bereits gewahrt.

### **III. „Medienintermediäre“**

#### **1. Definition und Anwendungsbereich**

Die Definition in § 2 Abs. 2 Nr. 13b stellt insgesamt eine taugliche abstrakte Eingrenzung auf die im Sinne des Rundfunkrechts relevanten Intermediäre dar. Entscheidend ist aus unserer Sicht weniger die Frage, ob ein Gesamtangebot entsteht, sondern mehr, dass keine Aggregation der Inhalte aufgrund einer redaktionellen Auswahlentscheidung erfolgt. Wir gehen davon aus, dass dies mit dem Abgrenzungskriterium des Gesamtangebots gemeint ist.

Zu beachten ist, dass mit der Definition Wechselwirkungen zum Anwendungsbereich der „Medienplattformen“ entstehen, da dort die „Zusammenfassung zu einem Gesamtangebot“ gerade positiv tatbestandlich erforderlich ist.

Entbehrlich ist aus unserer Sicht die als S. 2 der Definition angehängte exemplarische Einzelfallaufzählung, welche im Zweifel nicht zukunftsfest ist. Im Übrigen sollten jedenfalls App-Stores von Medienplattformen auch deren materiellen Regime unterliegen (vgl. oben).

Im Sinne der Verhältnismäßigkeit dürfte die de minimis Regelung des §53c Abs. 2 Nr. 1 geboten sein.



## 2. Materielle Regelungen

Die materiellen Regelungen bezüglich der Medienintermediäre stellen aus Sicht des ZDF einen ersten Schritt dar, welcher – falls erforderlich – zukünftig eine stärker inhalte- und vielfaltsbezogene Regulierung ermöglicht.

Es ist zuzugestehen, dass zunächst weitere Informationen über die Funktionsweise der Medienintermediäre erforderlich sind, um darauf etwaige Regulierungsansätze zu gründen. Insofern ist die Transparenzvorschrift des § 53d zu begrüßen.

In der Vergangenheit wurden detaillierte Informationen zur Gewichtung von Inhalten durch Intermediäre unter Verweis auf Geschäftsgeheimnisse verweigert. Erwägenswert wäre daher, eine weitergehende Offenbarungspflicht hinsichtlich der zu Grunde liegenden Algorithmen gegenüber der zuständigen Behörde vorzusehen.

Die in eckigen Klammern verfasste Vorschrift des § 53e zur Diskriminierungsfreiheit begrüßt das ZDF. Eine vorsätzlich manipulierte Veränderung der Auffindbarkeit, welche hier allein verhindert werden soll, wäre ein erheblicher Missbrauch der Meinungsmacht durch einen Medienintermediär.

Aufgrund der extrem schnellen technologischen Entwicklung erscheint eine materielle Regelung wie § 53e, welche Auslegungsspielräume bei der regulierenden Behörde belässt, der richtige Ansatz. Die Regelung von sog. „social bots“ in § 55 Abs. 3 adressiert hingegen ein sehr spezifisches Problem, welches bereits heute nicht mehr die Problematik wie vor einigen Monaten besitzt, da Anbieter größerer Plattformen bereits Maßnahmen ergriffen haben. Es sollte daher geprüft werden, ob angesichts der weiteren Zeitabläufe im Gesetzgebungsprozess diese Vorschrift erforderlich ist.

Das ZDF spricht sich für eine kurzfristige Evaluierungsklausel bezüglich der Regelungen zu Medienintermediären aus, um sicherzustellen dass aus den gewonnen Erkenntnissen ggf. weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Sicherung Meinungsvielfalt erfolgen.

Für eine Berücksichtigung unserer Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren wären wir sehr dankbar.

Mainz, den 27.09.2018

A handwritten signature in blue ink, which appears to read 'P. Weber', is positioned above the typed name.

Peter Weber, Justitiar