

## **Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Medienstaatsvertrages der Rundfunkkommission der Länder**

*Prof. Dr. Matthias Cornils und Prof. Dr. Kerstin Liesem*

### **I. Vorbemerkungen**

Die Rundfunkkommission der Länder hat einen Entwurf eines Medienstaatsvertrages zur öffentlichen Konsultation gestellt. Von der Möglichkeit einer Stellungnahme zu diesem Entwurf machen wir als ein seit vielen Jahren mit Fragen des Rundfunk- und Telemedienrechts befasstes wissenschaftliches Institut gern Gebrauch. Dies geschieht nicht als Interessenvertretung, sondern mit der Intention einer unabhängigen Erörterung grundsätzlicher und spezifischer Fragen, die der Regelungsvorschlag aufwirft. Wir verbinden damit die Hoffnung, zum laufenden Rechtsetzungsverfahren die eine oder andere nützliche Anregung beitragen zu können.

Der vorgelegte E-MedienStV ist das Zwischenergebnis eines schon seit längerem andauernden, auch wissenschaftlich begleiteten, rechtspolitischen Diskussionsprozesses; viele Vorschläge gehen auf Vorarbeiten der Arbeitsgruppen der Bund-Länder-Kommission Medienkonvergenz zurück. Im Wesentlichen konzentrieren sich die Änderungsvorschläge auf drei Bereiche: Erstens auf eine Modifikation des Rundfunkbegriffs (§ 2 Abs. 1, 3 E-MedienStV), namentlich durch Erweiterung der Ausnahmen (§ 20 b E-MedienStV), zweitens auf eine Anpassung und teilweise Neustrukturierung der Vorschriften der Plattformregulierung (§§ 52 ff. und zugehörige Begriffsbestimmungen in § 2 Abs. 2 Nrn. 12, 13, 13 a, 14 a-14 c E-MedienStV), drittens auf die Einführung neuer Vorgaben für sogenannte Intermediäre (insb. Suchmaschinen und soziale Netzwerke: neuer Abschnitt VI., § 53 c-§53 g, zugehörige Begriffsbestimmungen in § 2 Abs. 2 Nr. 13 b E-MedienStV). Unsere Darlegungen folgen dieser Struktur der Reform und nehmen in drei Abschnitten zu den bezeichneten Komplexen Stellung.

Dass die noch in Geltung stehenden Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages trotz einiger zwischenzeitlicher Reformschritte in den letzten Jahren den Anforderungen an eine konsistente und zeitgemäße medienrechtliche Regulierung elektronischer Medien nicht mehr vollauf genügen, namentlich den dynamischen Verschiebungen wesentlicher Funktionen individueller und öffentlicher Meinungsbildung auf andere und neue Träger und Mechanismen – zumal der Netzkommunikation – nicht hinreichend Rechnung tragen, ist weithin anerkannt. Ein insoweit bestehender Reformbedarf wird seit langem diagnostiziert. Allerdings sind in den Debatten Dissense hinsichtlich der Fragen zu Tage getreten, wie die aus diesen Entwicklungen sich ergebenden Risiken für die informationelle Grundversorgung der Bevölkerung, die Offenheit der Kommunikationsprozesse und die gesellschaftliche Integration einzuschätzen und zu bewerten

sind. Ebenso noch nicht abgeschlossen ist die Diskussion um die Frage, mit welchen regulatorischen Instrumenten solchen Risiken wirksam, zugleich aber verhältnismäßig und ohne nachteilige Auswirkungen auf die Freiheit der Kommunikation und die wirtschaftlich-technischen Existenzgrundlagen und Innovationspotenziale der Medien und digitalen Dienste begegnet werden kann.

Ohne diese Debatten und ihre Hintergründe hier im Einzelnen nachzeichnen zu können, gehen unsere Überlegungen insoweit von folgenden Grundannahmen aus:

Gerade im Bereich der durch den Reformvorschlag thematisierten Regelungen zur Vielfaltsicherung, Zugangsoffenheit, kommunikativen Chancengleichheit und Transparenz sind die skizzierten Unsicherheiten sowohl hinsichtlich der Risikoszenarien für die öffentliche Meinungsbildung als auch hinsichtlich der Eignung, Notwendigkeit und Angemessenheit der diskutierten regulatorischen Instrumente besonders groß. Die Sachgerechtigkeit imperativer Eingriffe oder influenzierender Vorgaben des Medienrechts zur Steuerung der Funktionsfähigkeit demokratisch notwendiger Meinungsbildungsprozesse ist sehr viel schwieriger einzuschätzen als etwa die Rechtfertigung rechtlicher Schranken und ihrer Durchsetzung zum Schutz individueller Rechtsgüter (Menschenwürde, Jugendschutz usw.). Die Kommunikationswissenschaften haben vermutete Bedingungsbeziehungen zwischen den Veränderungen des Nutzerverhaltens (etwa: Verschiebung vom klassischen Medienkonsum hin zu Information in und aus sozialen Netzwerken) und der Funktionsweise neuer Informationsintermediäre einerseits und Prozessen einer Desintegration, Fragmentierung oder Polarisierung der Gesellschaft sowie einer Verarmung der Informationsrepertoires andererseits bisher nicht erhärten können. Auch die Notwendigkeit und Effektivität schon eingeführter rundfunkrechtlicher Mechanismen negativer und positiver Vielfaltsicherung können nicht ohne Weiteres als praktisch erwiesen gelten. Diese Zweifel teilen sich naturgemäß auch modifizierten Fortschreibungen dieser Mechanismen mit, wie sie jetzt im Entwurf etwa für die Plattformregulierung vorgeschlagen werden. Der Versuch medienrechtlicher Sicherung von Meinungsvielfalt durch Gewährleistung von diskriminierungsfreier Zugangsoffenheit von Plattformen und Intermediären ist mithin Regulierung unter den Bedingungen von Ungewissheit und damit medienrechtliche Risikovorsorge. Diese ist zwar angesichts der übertragenden Bedeutung funktionierender Informations- und Kommunikationsprozesse für die demokratische Ordnung in erheblichen gesetzgeberischen Spielräumen verfassungsrechtlich zulässig, kaum aber als Inhalt einer konkreten verfassungsrechtlichen Ausgestaltungsvorgabe geboten. Die medienrechtliche Risikoregulierung bleibt im Wesentlichen Sache politisch-demokratischer Verantwortung; sie ist nicht Vollzug verfassungsrechtlicher Festlegungen. Ihr Spielraum wird allerdings begrenzt durch die Pflicht zur Beachtung grundrechtlicher Positionen der regulierten Akteure sowie durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Freiheitlichkeit gesellschaftlicher Kommunikation, die nicht durch zu weitgehende steuernde Vorgaben (Negativbeispiel: Informationspflichten der Bürger, Vorgabe der nicht abdingbaren Konfrontation des Bürgers mit bestimmten Informationen) als solche in Frage gestellt werden darf.

Aus diesen Einsichten ergibt sich auf dem bisherigen Kenntnisstand eine rechtspolitische, im Kern aber auch verfassungsrechtlich fundierte Maxime grundrechtsschonender und insgesamt eher zurückhaltender Vielfaltsregulierung und rechtlicher Offenheitspflege. Dieser Maxime wird der evolutionäre Ansatz des Entwurfs, der auf zwingende Verbotslösungen und Entflechtungsstrategien weithin verzichtet und die Nutzerautonomie in den Vordergrund stellt, durchaus in erheblichen Teilen – nicht freilich in allen Regelungsdetails – gerecht.

## **II. Rundfunkbegriff**

### **1. Grundsätzliche Erwägungen**

Der als Medienstaatsvertrag apostrophierte Vorschlag der Rundfunkkommission der Länder (E-MedienStV) stellt – entgegen vielen in diese Richtung gehenden Forderungen – die tradierte regulatorische Unterscheidung von Rundfunk und Telemedien („gestufte Regulierung“) nicht grundsätzlich in Frage. Mit dieser Richtungsentscheidung einher geht der Verzicht auf eine grundsätzliche und wesentliche Neukonzeptionierung des überkommenen Rundfunkbegriffs. Damit erteilt der E-MedienStV den Rufen nach einem verbreitungsart-indifferenten, sich allein an der publizistischen Bedeutung und massenkommunikativen Wirkung von Angeboten differenzierenden Konzept ebenso eine Absage wie der Übertragung des Telos der strengen Rundfunkregulierung – vom BVerfG begründet durch die Trias Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft – auf die Telemedien. Die überkommene gesetzgeberische Grundentscheidung, die Telemedien insgesamt nur einer medienordnungsrechtlichen Mindeststandards sichernden presseanalogen Ordnung zu unterstellen, nicht hingegen den dichten und strengen Maßstäben und Kontrollmechanismen der Rundfunkregulierung, bleibt auch durch den E-MedienStV unangetastet. Auf der anderen – den Rundfunk betreffenden – Seite haben die Landesgesetzgeber einer im Vorfeld diskutierten Ersetzung der Zulassungspflicht durch eine (abgestufte) Anzeigepflicht eine Absage erteilt. Diese Grundsatzentscheidung ist nachvollziehbar, insofern angenommen werden kann, dass die Gründe für die seinerzeit immerhin auch vom BVerfG behaupteten Notwendigkeit einer der Rundfunkveranstaltung auferlegten Eröffnungskontrolle heute noch nicht durchweg entfallen sind.

Auf eine grundsätzlicher ansetzende Neukonzeptionierung, die sich hinsichtlich der Regulierungsdichte an dem materialen Maßstab der Meinungsbildungsrelevanz von Angeboten orientiert, konnten sich die Länder indes nicht verständigen. Damit orientiert sich der E-MedienStV hinsichtlich der Strenge der Regulierung auch weiterhin an formalen Maßstäben. Auch wenn ein Anknüpfen an die Materialität zu Ergebnissen führen könnte, die der Medienkonvergenz angemessener erscheinen, so streiten doch vor allem Erwägungen der Rechtssicherheit und Praktikabilität für ein Festhalten an einem an formalen Kriterien orientierten und judikativ erprobten Differenzierungskonzept. Dies gilt umso mehr, als auch die empirischen Wissenschaften kaum eindeutige Befunde hinsichtlich der Einflussmacht der vielfältigen und sich

dynamisch entwickelnden Angebote der Netzkommunikation für die öffentliche Meinungsbildung liefern konnten. Eine Orientierung allein an der Materialität (publizistischen Relevanz) bürge damit in der Praxis ein erhebliches Rechtsunsicherheitspotenzial in sich. Vor diesem Hintergrund kann die moderate Anpassung des Staatsvertrages an die neuen, dynamischen und in ihren Wirkungszusammenhängen noch nicht vollständig ausgeleuchteten Gegebenheiten der Netzkommunikation mit guten Argumenten als Ausdruck gesetzgeberischer Besonnenheit gelesen werden.

Auch wenn der E-MedienStV insgesamt – und so auch beim Rundfunkbegriff – nicht den Geist einer grundlegenden Reform atmet, so reagiert er immerhin auf einige aktuelle und dringende Probleme.

Dies gilt namentlich für das Überregulierungsproblem hinsichtlich der Streaming-Dienste, das durch die aufsehenerregenden Fälle „PietSmietTV“ und „Gronkh“ vor einem Jahr virulent geworden ist. Dieser Überregulierung formal linearer, in ihrer publizistischen Relevanz aber unbedeutender Angebote dürfte durch die Ausweitung des Ausnahmekatalogs unter dem Rubrum „Bagatellrundfunk“ (§ 20 b E-MedienStV), wenn auch rechtssystematisch nicht durchgehend überzeugend, so doch für den Praktiker gut handhabbar, abgeholfen werden können.

Umgekehrt konnten sich die Gesetzgeber auf eine Einbeziehung publizistisch hochrelevanter Abrufdienste in die strenge Rundfunkregulierung indes nicht verständigen. Allerdings ist auch diese Entscheidung nachvollziehbar, erscheint doch die „Herabzonung“ bisher als Rundfunk unnötig regulierter Streamingdienste durchaus zwingender als eine „Hochzonung“ von Abrufdiensten auf die Ebene zulassungspflichtigen Rundfunks.

## **2. Die Änderungen im E-MedienStV**

### **a) Zu § 2 E-MedienStV**

Obwohl die Frage berechtigt ist, ob der Aspekt der Linearität vor dem Hintergrund der Medienkonvergenz noch zeitgemäß ist, weil mit guten Argumenten bezweifelt werden kann, dass linearen Angeboten zwingend ein größerer Einfluss auf den öffentlichen Meinungsbildungsprozess und ein damit einhergehendes größeres Gefährdungspotenzial des Publikums inhärent ist als nicht-linearen Angeboten, hält auch der E-MedienStV in seinem § 2 Abs. 1 an dem Merkmal der Linearität fest. Auch diese Festlegung erscheint vor der oben dargelegten Logik einer Orientierung an formalen Kriterien stringent. Überdies trägt sie zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit bei. Hinzu kommt, dass auch die AVMD-Richtlinie an dem Unterscheidungsmerkmal der Linearität wohl festhalten wird. Bedeutsam dürfte bei den Überlegungen zur Ausformung des neuen MedienStV daneben auch der Aspekt sein, dass bei Aufgabe der – praktisch gut handhabbaren, da an formalen Kriterien orientierten – Linearität als Tatbestandsmerkmal des Rundfunks neue

Anknüpfungspunkte für eine Regulierung gefunden werden müssten. Eine solche Neujustierung trüge jedoch immer auch das Risiko einer – medienpolitisch fragwürdigen – Ausweitung der Regulierung in sich.

Auch wenn in § 2 Abs. 1 E-MedienStV das Merkmal „journalistisch-redaktionell gestaltet“ neu eingefügt wurde, so ergibt sich daraus keine materielle Änderung hinsichtlich des derzeit gültigen RStV, da „journalistisch-redaktionell“ gestaltete Angebote schon jetzt der Negativ-Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 4 RStV unterfallen. In dieser Neu-Platzierung des Kriteriums „journalistisch-redaktionell gestaltet“ kann jedoch eine stärkere Betonung dieses Merkmals gesehen werden, wird es doch aus dem Negativ-Katalog des § 2 Abs. 3 RStV herausgenommen und nach vorne in die positive definitorische Regelung des § 2 Abs. 1 E-MedienStV transferiert.

Weiterhin wird in § 2 Abs. 1 MedienStV der wohl als antiquiert empfundene Begriff „unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen“ durch „mittels Telekommunikation“ ersetzt. Allerdings könnte der Begriff „Telekommunikation“ missverstanden werden, wird dieser doch im allgemeinen Sprachgebrauch üblicherweise anders verwendet als im E-MedienStV. Das Einfügen eines Verweises auf die Legaldefinition des § 3 Nr. 22 TKG könnte insofern eine klarstellende Funktion haben.

Im Sinne der im E-MedienStV angestrebten Stringenz begrüßenswert erscheinen die Streichungen, Neuverortungen und Erweiterungen der Negativ-Merkmale des § 2 Abs. 3 RStV. Nicht zwingend erscheint jedoch die gesetzgeberische Entscheidung, zwar § 2 Abs. 3 Nr. 1 RStV (mit einer quantitativen Aufwertung) in den neu eingefügten Katalog des Bagatellrundfunks (§ 20 b E-MedienStV) zu integrieren, § 2 Abs. 3 Nr. 5 RStV hingegen in § 2 Abs. 3 E-MedienStV zu belassen. Im Sinne einer Vereinheitlichung wäre erwägenswert gewesen, den Negativkatalog vollständig aufzulösen und auch § 2 Abs. 3 Nr. 5 RStV dem neuen § 20 b E-MedienStV einzuverleiben.

Die quantitative Aufwertung des § 2 Abs. 3 Nr. 1 RStV durch § 20 b Abs. 1 Nr. 2 E-MedienStV (von bisher „weniger als 500 potenziellen Nutzern“ im RStV auf nunmehr „weniger als 5.000 potenziellen Nutzern“ im E-MedienStV), trägt zwar der Einsicht Rechnung, dass auch von Reichweiten in dieser (neuen) Größenordnung noch keine mit dem vollen rundfunkrechtlichen Regime kontrollbedürftigen Risiken für die Meinungsbildung ausgehen dürften.

Die Nicht-Aufnahme der in § 2 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 RStV aufgelisteten Beispiele in den E-MedienStV führt zwar zu keiner materiell-rechtlichen Änderung des Status quo, ist aber vor dem Hintergrund der Stringenz zu begrüßen. Denn § 2 Abs. 3 Nr. 2 RStV erfasst Pushdienste, denen im Einzelfall zwar durchaus

Breitenwirkung und Aktualität zu attestieren ist, deren Suggestivkraft jedoch weit unterhalb von Rundfunkangeboten liegt. § 2 Abs. 3 Nr. 3 RStV schließlich umfasst Fälle, für die der Anwendungsbereich des RStV ohnehin nicht eröffnet ist, da es ihnen vorderhand am Merkmal der „Allgemeinheit“ i.S.d. § 2 Abs. 1 RStV fehlt.

#### **b) Zu §§ 20, 20 b E-MedienStV**

Hinsichtlich des Zulassungsregimes hält der E-MedienStV – ohne unionsrechtliche Notwendigkeit, da die AVMD-Richtlinie nicht den Bereich der Zulassungserfordernisse harmonisiert – im Grundsatz an der tradierten Dichotomie zwischen zulassungspflichtigem Rundfunk einerseits und zulassungsfreien Telemedien andererseits fest. Begrüßenswert erscheint die intendierte Flexibilisierung des Zulassungsregimes durch die Implementierung einer Zulassungsfiktion in § 20 Abs. 2 S. 2 E-MedienStV sowie die Einführung einer Bagatellregelung in § 20 b MedienStV.

Die Regelung der Zulassungsfreiheit von Hörfunk im Internet, wie sie in § 20 b RStV enthalten ist, entfällt im E-MedienStV. Sie wird ersetzt durch den Ausnahmekatalog zum Bagatellrundfunk (§ 20 b E-MedienStV). Der Ausnahmekatalog ist so konzipiert, dass er qualitative Bagatellfälle in § 20 b Abs. 1 Nr. 1 E-MedienStV bündelt, während sich quantitative Bagatellfälle in § 20 b Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 E-MedienStV wiederfinden. § 20 b Abs. 1 Nr. 1 E-MedienStV verfolgt offensichtlich das Ziel, gesetzgeberische Lösungen für das aktuell gewordene Problem der Streaming-Angebote zu präsentieren. Mit § 20 b Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 E-MedienStV, der Rundfunkprogramme mit geringer journalistisch-redaktioneller Gestaltung erfasst, reagiert die Rundfunkkommission der Länder auf das Zulassungsproblem, das mit kommentierten virtuellen Spielen virulent geworden ist. Bei der zweiten in § 20 b Abs. 1 E-MedienStV geregelten Fallkonstellation („begrenzte Dauer und Häufigkeit“) hatten die Landesgesetzgeber wohl den DKB-Livestream vor Augen.

Ogleich auch § 20 b Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 E-MedienStV („fehlende Einbindung in einen *auf Dauer* angelegten Sendeplan“) unter dem Vorzeichen einer Antwort auf das aktuelle Streaming-Problem gelesen werden muss, bringt diese Variante doch – zumindest in der Praxis – die Gefahr von Abgrenzungsproblemen mit sich (wann ist ein Sendeplan auf Dauer angelegt?). Zu erwägen ist hier, diese Variante ganz zu streichen, da sich solche Fallkonstellationen bereits unter die allgemeinere Klausel des § 20 b Abs. 1 Nr. 1 E-MedienStV („oder aus vergleichbaren Gründen nur geringe Bedeutung für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung entfalten“) subsumieren lassen.

Ausgehend von der gesetzgeberischen Prämisse, dass § 20 b Abs. 1 Nr. 3 E-MedienStV quantitative Bagatellfälle erfasst, erscheint die in eckige Klammern gesetzte Variante („oder vorwiegend dem Vorführen und Kommentieren des Spielens eines virtuellen Spiels dienen“) systemwidrig, da es sich dabei um einen qualitativen Fall handelt. Ungeachtet dessen ist die Aufnahme dieser Variante in den § 20 b E-MedienStV ohnehin redundant. Denn diese Fallkonstellation wird bereits von § 20 b Abs. 1 Nr. 1 E-MedienStV erfasst.

## **II. Plattformregulierung**

### **1. Grundsätzliche Erwägungen**

Die rundfunkrechtliche Regulierung digitaler Plattformen ist als Instrument positiver Vielfaltsicherung seit Jahren etabliert, in der heutigen Struktur im Wesentlichen seit dem 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag 2008. Dass der Reformgesetzgeber an diesem Konzept im Grundsatz festhält und die Plattformregulierung nur behutsam, allerdings in durchaus erheblichen Details modifiziert und fortentwickelt, ist gut nachvollziehbar, wenngleich ihre Notwendigkeit zur Sicherung der Angebotsvielfalt in den Zugangsumgebungen der Rezipienten nicht vollkommen außer Zweifel steht. So ist schon in der Vergangenheit über die Notwendigkeit der bestehenden Regulierungsdichte kontrovers diskutiert worden, zum Beispiel über die Aufrechterhaltung des Must-Carry-Regimes (§ 52 b RStV) oder einen möglichen Rückbau der rundfunkrechtlichen Doppelregelung technischer Zugangsfreiheit neben den schon im Telekommunikationsrecht (insb. § 50 Abs. 3 TKG) enthaltenen Vorgaben. Für eine Beibehaltung der Plattformregulierung in konvergenzgerechter Ausformung spricht, dass die Bedeutung der Plattformen als angebotsaggregierende Faktoren zwischen den Inhalteanbietern (insb. Rundfunkveranstaltern und Anbietern von rundfunkähnlichen Telemedien) und den Nutzern weiterhin wächst. Dagegen kann allerdings ins Feld geführt werden, dass die voranschreitende Diversifizierung von Plattformen insbesondere bei den leistungsfähiger werdenden OTT-Diensten den Regulierungsbedarf abschwächt. Ein Grund dafür ist, dass die Substitutionsmöglichkeiten sowohl aus Rezipienten- als auch aus Anbietersicht zunehmen. Damit verlieren insbesondere infrastrukturbasierte oder sonst geschlossene (exklusive) Plattformen mit hohen Lock-in-Effekten, bei denen die Binnen-Vielfaltsregulierung innerhalb der Plattform besonders wichtig war, an Bedeutung. Dass gegenwärtig bei den nun sogenannten Medienplattformen, deren Geschäftsmodell gerade in der Zusammenfassung und Vermittlung von Rundfunk- und/oder rundfunkähnlichen Telemedienangeboten liegt, ernsthafte Gefahren eines Ausschlusses oder einer Diskriminierung von Angeboten (beim Zugang und bei der Auffindbarkeit) bestehen, erscheint wenig plausibel. Insofern trägt die nun modifizierte Zugangs- und Auffindbarkeitsgewährleistung den Charakter einer Vorsorgeregelung. Als solche liegt sie freilich wohl noch im verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers – ohne aber in dieser Gestalt verfassungsrechtlich geboten zu sein.

Da die mit der Plattformregulierung verbundenen Eingriffe in die ihrerseits grundrechtlich geschützte Gestaltungsfreiheit der Plattformbetreiber von erheblicher Intensität sind, sollte gleichwohl auch in diesem Bereich regulatorische Zurückhaltung gesetzgeberische Maxime sein. Die Vorschläge der §§ 52 ff. E-MedienStV tragen dem teilweise durchaus Rechnung (namentlich bei der nun eindeutigeren Beschränkung der Belegungsvorgaben auf infrastrukturegebundene Plattformen, § 52 b). Allerdings dehnt der Diskussionsentwurf zum Medienstaatsvertrag auch die Reichweite der auferlegten Pflichten in einer Weise aus, die noch einmal überdacht werden könnte. Dies ist namentlich bei der Abschaffung der Privilegierung nicht exklusiver virtueller Plattformen [in „offenen Netzen“, § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV geltende Fassung] der Fall, bei denen keine Engpasssituation besteht. Dies hat zur Folge, dass nun auch diese Plattformen, weitergehend als früher, dem Pflichtenkranz der Zugangs- [§ 52 c], Auffindbarkeits- [§ 52 e] und Transparenzregulierung [§ 52 f], mit Ausnahme der Belegungsregelung, unterliegen.

Die Gewährleistungen der Plattformregulierung (Zugang, Auffindbarkeit, Transparenz) im E-MedienStV erfassen über den neu eingeführten Begriff der Medienplattform i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 nur linearen Rundfunk sowie rundfunkähnliche Telemedien. Die Konzeption hält also an der dem Rundfunkrecht seit jeher inhärenten Sonderstellung gerade von audiovisuellen oder Audio-Inhalten fest, auch gegenüber sonstigen digitalen journalistisch-redaktionellen Angeboten namentlich von Presseunternehmen. Das in den Medienplattformbegriff des E-MedienStV (anders als noch im NRW-Entwurf) eingefügte Wort „soweit“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 13) dürfte so zu verstehen sein, dass Plattformen mit gemischtem zusammengefasstem Angebot (also einschließlich „Presse-Telemedien“) rechtlich nur im Hinblick auf den in diesem Angebot enthaltenen Teil von Rundfunkangeboten und rundfunkähnlichen Telemedienangeboten als der Plattformregulierung unterfallende „Medienplattform“ gelten. Insofern die besonderen Pflichten der § 52 a ff. innerhalb eines solchen Gesamtangebots damit nur für diesen Angebotsteil greifen, bedeutet dies eine regulatorische Ungleichbehandlung, deren Sinn man mit Blick auf das Normziel chancengleicher Angebotsvielfalt als Voraussetzung demokratischer Meinungsbildung durchaus hinterfragen kann. Gerade für die chancengleiche Auffindbarkeit von public-value-Inhalten im Netz dürfen digitale journalistisch-redaktionelle Angebote der Presse, denen insofern keine geringere Bedeutung für den demokratischen Meinungsbildungsprozess zukommt, nicht außer Betracht bleiben; insofern stellt sich daher durchaus die grundsätzliche Frage, woraus sich – über das notwendige Regime der Zuordnung und Zuweisung von Übertragungskapazitäten hinaus – eine Sonder-Plattformregulierung gerade für Rundfunkangebote und rundfunkähnliche Telemedien heute noch rechtfertigt; das überkommene Abgrenzungs-Argument der besonderen Wirkmacht audiovisueller Angebote (Aktualität, Suggestivität und Breitenwirkung) scheint insoweit nicht mehr hinreichend tragfähig.

## 2. Begriffe und Struktur der Regelung

Mit dem weiten Medienplattformbegriff des Entwurfs (§ 2 Abs. 2 Nr. 13) können eine Reihe alter Streitfragen, die die Plattformregulierung seit Langem belastet haben, entschieden werden, namentlich durch die Klarstellung, dass auch Plattformen, die *nur* Rundfunk oder *nur* Telemedien oder *nur* fremde Angebote enthalten, erfasst sind. Schließlich sorgt die jetzt eindeutige Einbeziehung auch virtueller, *nicht infrastrukturegebundener* Plattformen in die Regulierung für eine überfällige gesetzliche Klarstellung.

Auch die Entzerrung und klarere Strukturierung des Regelungsgefüges anhand der Leitkategorien *Zugangsregulierung* und *Auffindbarkeitsregulierung*, bezogen zum einen auf die Medienplattformen, zum anderen auf die Benutzeroberflächen, ist zu begrüßen – auch wenn beide Ebenen wohl tatsächlich nicht vollkommen trennscharf auseinanderzuhalten sind: Einerseits ist die Auffindbarkeit in einem weiteren Sinn auch ein Zugangsproblem. Denn nicht oder schwer auffindbare Angebote sind eben nicht zugänglich gemacht. Andererseits sind die dem Medienplattformbegriff unterfallenden, damit aber dem Zugangsparadigma zugeordneten App-Portale eben auch Bedienoberflächen, die mit der „Ansteuerung“ von Inhalten diese auffindbar machen. Die neue Struktur erscheint gleichwohl klarer; sie führt allerdings auch zu einer funktionalen Verschiebung: § 52 c, der früher auch als Instrument der Auffindbarkeitsregulierung verstanden werden konnte (schon, weil er sich auch auf die Benutzeroberflächen bezog), ist nun eindeutig – auch in der Formulierung der Überschrift sichtbar gemacht – Instrument der Zugangssicherung.

Mit der Absichtung von Medienplattformen und Benutzeroberflächen (letztere einerseits – als integraler Bestandteil – *von* Medienplattformen i.S.d. § 2 Nr. 13 a Satz 2 Buchst. a E-MedienStV sowie andererseits *für* Medienplattformen i.S.d. § 2 Nr. 13 a Satz 2 Buchst. b E-MedienStV) sowie von Zugangs- und Auffindbarkeitsregulierung stellt sich allerdings die Aufgabe einer Synchronisierung beider Ansätze, sowohl beim Anwendungsbereich als auch bei den auferlegten Pflichten: Benutzeroberflächen sollten (nur) insoweit der Regulierung unterfallen, als es auch die Medienplattformen, auf die sie notwendigerweise bezogen sind, sind (s. dazu sogleich bei § 52). Und ob die Anforderungen der Chancengleichheit an die Auffindbarkeit von Angeboten auf der Benutzeroberfläche weitergehend sein sollten als diejenigen an den Zugang auf der in Bezug genommenen Medienplattform („überschießende“ Auffindbarkeitsregulierung), wie dies gegenwärtig namentlich bei dem Vorschlag der privilegierten Darstellung („positive Diskriminierung“) von must-carry-Inhalten der Fall ist (s. dazu unten bei § 52 e), sollte zumindest überdacht werden.

Der E-MedienStV stuft – auf der Grundlage des weiten Plattformbegriffs – die Regulierungsdichte der Plattformregulierung dreifach ab: Auf der Stufe geringster Anforderungen (nur § 52 Abs. 2 und 3, § 52 a, § 52 g Abs. 1 und § 52 h anwendbar) stehen die unterhalb der Aufgreifschwelle des § 52 Abs. 1 Satz 2 bleibenden Medienplattformen und Benutzeroberflächen. Auf der zweiten Stufe (alle Anforderungen bis

auf die Belegungsregelung des § 52 b) stehen die nicht infrastrukturegebundenen Medienplattformen oberhalb der Aufgreifschwelle. Allen Regulierungsanforderungen (Regulierungsdichte dritter Stufe) einschließlich der Belegungsregelung unterliegen nur die infrastrukturegebundenen Medienplattformen.

So eingängig und traditionsbewusst die Stufung ist – sie schließt ja an die alte Debatte um den (engeren oder weiteren) Plattformbegriff an und integriert gewissermaßen beide Positionen, indem sie die besonders kritische must-carry-Regelung auf die infrastrukturegebundenen Plattformen beschränkt –, so kann sie doch in ihrer sachlichen Berechtigung hinterfragt werden: Aus wissenschaftlicher Sicht ist diskutabel, ob der Infrastrukturbezug heute und in Zukunft noch der entscheidende Faktor einer Gatekeeper-Stellung ist bzw. sein wird, der gesteigerte Anforderungen an eine Plattform-Binnenvielfalt (bis hin zu Belegungsvorgaben) rechtfertigt. Zwar hat der Infrastrukturbezug (Netzbetreiber als Plattformanbieter) den Vorteil relativer Eindeutigkeit für die Abgrenzung. In der Sache hängen Verengungsrisiken für das Angebot in der Zugangsumgebung des Rezipienten aber heute und künftig wohl weniger an dem Infrastrukturbezug einer Plattform, sondern vielmehr an deren exklusivem (proprietären) Charakter (auch etwa von Programmplattformen), wenn und soweit diese zugleich hohe Bindungskraft (lock-in-Effekt) für den Nutzer hat und ein Wechsel zu anderen Zugangswegen mit großem Aufwand oder hohen Kosten verbunden ist. Immerhin greift (wie schon in der geltenden Fassung) die im Entwurf beibehaltene Regelung der Freistellung von den must-carry-Pflichten (nun § 52 b Abs. 5) diese Einsicht mit umgekehrter Stoßrichtung weiterhin auf (Befreiung von wegen anderweitiger Verfügbarkeit der privilegierten Angebote nicht notwendigen must-carry-Pflichten).

Im Ergebnis scheint trotz der skizzierten grundsätzlich-konzeptionellen Bedenken der Verzicht auf eine Verschärfung der Plattformregulierung auf der dritten Stufe vorzugswürdig. Diese gleichsam „konservative“ Entscheidung des Entwurfs, virtuelle, aber exklusiv gestaltete (Programm-)Plattformen mit Flaschenhalsbedeutung wie bisher nicht in das must-carry-Regime einzubeziehen, entspricht der eingangs skizzierten Maxime grundrechtsschonender Regulierung. Angesichts dynamischer Entwicklungen bei den digitalen Zugangsumgebungen und sehr unklarem Risikopotential in diesen Umgebungen für die Angebotsvielfalt stieße eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der eingriffsintensiven must-carry-Verpflichtung auf erhebliche grundrechtliche Bedenken. Auch für die infrastrukturegebundenen Plattformen wird die must-carry-Sonderregelung mit dem Aufstieg allgemein (in Smart-Endgeräten) verfügbarer leistungsfähiger Streamingangebote über die Freistellungsnorm des § 52 b Abs. 5 voraussichtlich eher an Bedeutung verlieren.

### **3. Zu § 52 E-MedienStV**

a) Die Abschaffung der Ausnahme des alten § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV für „offene Netze“ erscheint nicht unproblematisch: Sie bedeutet eine signifikante Verschärfung der Regulierung für nicht infrastrukturgebundene OTT-Plattformen. Denn nach der Neuregelung im E-MedienStV werden sie sowohl der Zugangs- und Auffindbarkeitsregulierung (§ 52 c und e) als auch den Transparenzpflichten auch dann unterliegen, wenn Nutzer überhaupt keine Wechselkosten haben, wenn es also aus Nutzer- bzw. Rezipientenperspektive mithin kein Zugänglichkeits- oder Auffindbarkeitsproblem gibt. Weshalb das Medienrecht in dieser Lage Diskriminierungsschutzstandards durchsetzen sollte, erschließt sich nicht ohne weiteres. Die alte (bekanntlich unglücklich formulierte) Ausnahme der *lex lata* wirft zwar erhebliche Interpretationsprobleme auf, hat aber eine wichtige Weichenstellungs- und Flexibilisierungsfunktion: Die erheblichen Eingriffe können auf diejenigen Plattformen beschränkt werden, die faktisch exkludierende Bedeutung haben; fehlt eine solche von vornherein, weil der Anbieter-Nutzerkontakt problemlos durch vertikale (d.h. direkt auf die Rundfunk- oder Telemedienangebote zugreifende) oder horizontale (d.h. andere, ohne Wechselkosten erreichbare Plattformen) Verbindungssubstitute hergestellt werden kann, besteht nach bisheriger Wertung kein Grund für eine hoheitliche Formulierung und Durchsetzung von Standards der Zugangsoffenheit, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz.

Nunmehr ist im E-MedienStV diese in § 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV angelegte Abstufungsmöglichkeit zwischen exklusiven und nicht exklusiven Plattformen entfallen. Stattdessen gibt es nur noch die unelastischere Abstufung zwischen kleinen und großen (Aufgreifschwelle) sowie zwischen infrastrukturbasierten und nicht infrastrukturbasierten Medienplattformen. Nur mit Blick auf die *must-carry*-Belegung bei infrastrukturgebundenen Plattformen greift noch die nachgelagerte Privilegierung des inhaltlich weiterbestehenden § 52 b Abs. 3 RStV (neu: Abs. 5 E-MedienStV); alle anderen Anforderungen (zweite Regulierungsstufe) gelten nun für alle Medienplattformen sowie die darauf bezogenen Benutzeroberflächen. Ob diese Einheitslösung und Verschärfung für alle über den Aufgreifschwelle liegenden Medienplattformen erforderlich und sachgerecht ist, sollte noch einmal überdacht werden.

b) § 52 Abs. 1 erstreckt über die Anordnung der Anwendbarkeit der Abs. 2 und 3 die anbieter-/betreiberbezogenen Anforderungen des § 20 a Abs. 1 und 2 Satz 1 sowie der Anzeigepflicht nun (eindeutig, anders als noch im NRW-Entwurf) auch auf die privilegierten Medienplattformen unterhalb der Aufgreifschwelle (also der ersten Regulierungsstufe). Ob diese damit auch auf Plattformen geringer Reichweite bezogenen Anforderungen verhältnismäßig sind oder ob insoweit nicht eine innovationshemmend wirkende Überregulierung droht, sollte noch einmal überdacht werden. Zwar unterliegen auch (wie schon bisher) solche privilegierten Kleinplattformen den Basisanforderungen des § 52 a (Bindung an die allgemeinen Gesetze, Signalintegrität) und insofern auch der Aufsicht der Landesmedienanstalten. Fraglich ist aber, ob

dafür die Anzeigepflicht und die Bindung an den vollständigen Anforderungssatz rundfunkrechtlicher Zuverlässigkeit wirklich erforderlich ist.

c) Die Formulierung der Ausnahme in § 52 Abs. 1 Nr. 2 erreicht für Benutzeroberflächen nicht den wohl intendierten Klarstellungseffekt (dass nämlich auf infrastrukturegebundene Medienplattformen bezogene Benutzeroberflächen außerhalb der Privilegierung der Nr. 1 nicht privilegiert sein sollen) und erscheint insoweit wenig glücklich.

Nach der Formulierung des Entwurfs erfasst

- die Privilegierung Nr. 1 nur Benutzeroberflächen, die zugleich integraler Bestandteil der infrastrukturegebundenen Medienplattform mit weniger als 10.000 Wohneinheiten sind (Benutzeroberflächen *von* Medienplattformen i.S.d. § 2 Nr. 13 a Satz 2 Buchst. a), nicht aber Benutzeroberflächen, die auf solche Medienplattformen bezogen sind, ohne aber ihr Bestandteil zu sein (Benutzeroberflächen *für* Medienplattformen i.S.d. § 2 Nr. 13 a Satz 2 Buchst. b).
- die Privilegierung Nr. 2 alle Benutzeroberflächen bezogen auf Medienplattformen mit weniger als 20.000 Nutzern, die nicht schon von Nr. 1 erfasst sind, also:
  - o Benutzeroberflächen bezogen auf (d. h. *von* oder *für*) nicht infrastrukturegebundene Medienplattformen mit weniger als 20.000 Nutzern
  - o Benutzeroberflächen *von* infrastrukturegebundenen Medienplattformen mit mehr als 10.000 Wohneinheiten, aber weniger als 20.000 Nutzern
  - o Benutzeroberflächen *für* infrastrukturegebundene Medienplattformen mit unter 20.000 Nutzern
- Nicht privilegiert wären danach Benutzeroberflächen *für* infrastrukturegebundene Medienplattformen mit weniger als 10.000 Wohneinheiten.

Angesichts dieses Ergebnisses erscheint die Formulierung überarbeitungsbedürftig; sie unterscheidet nicht hinreichend klar zwischen Benutzeroberflächen mit Bezug auf infrastrukturegebundene Medienplattformen (Ausnahmefall Nr. 1, Aufgreifschwelle knüpft an Wohneinheiten an) und Benutzeroberflächen mit Bezug auf nicht infrastrukturegebundene Medienplattformen (Ausnahmefall Nummer 2, Aufgreifschwelle knüpft an Zahl tatsächlicher Nutzer an).

Auf der Grundlage der Annahme, dass die Auffindbarkeitsregulierung der Benutzeroberflächen jedenfalls im Anwendungsbereich akzessorisch zur Regulierung der Medienplattformen sein soll, sollten daher die Anwendungsbereiche synchronisiert werden, insbesondere auch Benutzeroberflächen für infrastrukturegebundene Medienplattformen unter 10.000 Wohneinheiten freigestellt sein.

Eine einfache Lösung des Formulierungsproblems könnte so (oder ähnlich) lauten:

- „1. infrastrukturebundene Medienplattformen mit in der Regel weniger als 10.000 angeschlossenen Wohneinheiten sowie auf sie bezogene Benutzeroberflächen“
- „2. nicht infrastrukturebundene Medienplattformen mit in der Regel weniger als 20.000 tatsächlichen Nutzern im Monatsdurchschnitt ... sowie auf sie bezogene Benutzeroberflächen“

d) Nicht ohne weiteres klar und daher überdenkenswert erscheint auch die neue Formulierung in § 52 Abs. 2 betr. den Verweis auf § 20 a, die nun den schon in der bisherigen Fassung enthaltenen Satz mit der Verpflichtung des *Betreibers* (aber nur bezogen auf infrastrukturebundene Medienplattformen) koppelt mit einer neu eingefügten Verpflichtung des *Anbieters* (bzw. Bevollmächtigten) auch bei sonstigen Medienplattformen und allen Benutzeroberflächen. Wenn die Neufassung als personellen Anknüpfungspunkt für die Regulierung jeweils auf den „Anbieter“ abstellt (§ 2 Abs. 2 Nr. 14 a-c), erschließt sich nicht recht, weshalb für infrastrukturebundene Medienplattformen weiterhin zusätzlich an der alten Anknüpfung an den Betreiber festgehalten wird.

#### **4. Zu § 52 a E-MedienStV**

Die Erweiterung des Integritätsschutzes durch § 52 a Absatz 3 Buchst. b (Überblendung, Skalierung) stärkt die Position der Inhalte-Anbieter. Sie erscheint als regulatorische Entscheidung gut vertretbar, insbesondere soweit kompensatorisch Gestaltungsspielräume der Plattformen nach Maßgabe nutzerautonomer Entscheidung gewahrt bleiben.

a) Textlich nicht ganz klar formuliert, wenngleich aus dem Zusammenhang mit dem neuen Abs. 5 wohl erschließbar ist, ob auch Überblendungen mit Werbung kraft Nutzereinstimmung gem. Abs. 4 zulässig gestellt werden können. In der Formulierung von Abs. 4 Satz 2 tauchen nur die Empfehlungen und Hinweise auf Inhalte aus Rundfunkprogrammen oder rundfunkähnlichen Telemedien auf, nicht die kommerzielle Kommunikation. Erst Abs. 5 gibt zu erkennen, dass auch die Überblendung mit kommerzieller Kommunikation zulässig sein kann, d. h. aber der Reichweite der Einwilligung in Abs. 4 Satz 2 unterfallen muss. Dies könnte sprachlich in Abs. 4 deutlicher zum Ausdruck gebracht werden.

b) In der (durch die Verwendung eckiger Klammern als noch besonders diskussionsbedürftig angedeuteten) Frage, wie weit die in Abs. 4 angelegte Nutzerautonomie reichen und ob insoweit auch eine generelle opt-in-Lösung vorgesehen werden soll oder nur eine Einzelfalleinstimmung, hängt die rechtspolitische Entscheidung naturgemäß wesentlich davon ab, welche Interessen (einerseits der Inhalteanbieter, anderer-

seits der Plattformbetreiber) insoweit als vorrangig schutzwürdig angesehen werden. Wird die Entscheidung über die Zulässigkeit in weiterem Umfang auf den Nutzer verlagert, ermöglicht dies größeren Spielraum für differenziertere Angebotsgestaltungen durch die Plattformanbieter. Ob damit im Ergebnis durchweg eine Interessenbeeinträchtigung der Inhaltenanbieter verbunden sein muss oder damit nicht über die Erschließung zusätzlicher Reichweite ggf. sogar auch gegenläufige positive Effekte einher gehen können, kann hier nicht verlässlich beurteilt werden. Im Sinne einer konsequenten Regelung spricht bei einer Entscheidung für den Primat der Nutzerautonomie einiges für die Erweiterung des Einwilligungsmodus auf die opt-in-Lösung, sofern die Voraussetzungen einer informierten Einwilligung und jederzeitiger Widerrufsmöglichkeit geschaffen sind.

#### **5. Zu § 52 b E-MedienStV**

Wie oben schon bemerkt, ist die (nun klargestellte) Beschränkung des Belegungsregimes auf infrastrukturgebundene Medienplattformen zwar nicht frei von theoretisch-konzeptionellen Zweifeln, mit Blick auf die tatsächlich wohl eher abnehmende Bedeutung dieses im Kern auf die frühere Situation von in Art und Umfang knappen Übertragungskapazitäten zurückgehenden Instruments aber angemessen. Binnenpluralistische Belegungsvorgaben für Zugangsumgebungen sind ein gravierender Eingriff in grundrechtliche Positionen der Plattformbetreiber und müssen daher auf das notwendige Maß, mithin auf wirklich durch erhebliche lock-in-Effekte gekennzeichnete Abhängigkeitssituationen der Rezipienten beschränkt bleiben. Von zentraler Bedeutung ist daher auch die Beibehaltung der Freistellung durch § 52 b Abs. 5 für die Fälle einfacher Substituierbarkeit des Zugangs zu den privilegierten Inhalten vom Endgerät aus.

#### **6. Zu § 52 c, d E-MedienStV**

a) Das Gesetzgebungskompetenzproblem im Verhältnis zu § 50 Abs. 3 TKG kann aus wissenschaftlicher Sicht nach wie vor nicht als wirklich ausgeräumt gelten, soweit die Vorschrift Schnittstellen und Zugangsberechtigungssysteme von infrastrukturgebundenen Medienplattformen betrifft, also Plattformen mit Dispositionsmacht über TK-Netze. Nach zutreffender Auffassung handelt es sich (wohl auch anders als bei der Medienkonzentrationskontrolle, die tatbestandlich anders ansetzt und andere Regelungsinhalte und Rechtsfolgen hat als das kartellrechtliche Zusammenschlussverbot) sehr wohl um eine Doppelregelung. Die medienrechtliche Zielsetzung („zur Sicherung von Meinungsvielfalt und Angebotsvielfalt“) ändert daran nichts und verschafft nicht ohne weiteres eine Kompetenz zu inhaltsgleicher Regelung; ebenso wenig sind die Grundrechte des Art. 5 GG kompetenzbegründend.

b) Die durchgängige Verwendung der kartellrechtlichen Doppelformel (Behinderung und Ungleichbehandlung, vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) begünstigt weiterhin die nicht zutreffende Vorstellung einer trennscharfen Alternativität beider Vorgaben (auch im Kartellrecht verfließen beide Tatbestände im Wesentlichen zu einem Maßstab). Sie entspricht aber der eingeführten Sprechweise. Sie birgt allerdings die Gefahr, fragwürdige Verständnisse zu fördern, die über den Diskriminierungsschutz hinaus materielle Chancengleichheit bis hin zur „positiven Diskriminierung“ bestimmter Anbieter zur Sicherung einer positiv gestalteten Vielfalt in der Plattform oder auf der Benutzeroberfläche propagieren. Demgegenüber sollte (wie bei den Intermediären) auch bei den Plattformanbietern das grundrechtlich geschützte Recht der Anbieter zu sachlich gerechtfertigter Differenzierung – die damit eben keine Diskriminierung, aber auch keine unbillige Behinderung ist – gewahrt bleiben. Zumindest in der Begründung sollte klargestellt werden, dass außerhalb des Anwendungsbereichs der must-carry-Regelung Zugangsansprüche nicht auf § 52 c Abs. 2 gestützt werden können, wenn der Plattformanbieter tragfähige Gründe für eine Nichtberücksichtigung des Rundfunk- oder Telemedienangebots anführen kann. Entsprechendes gilt für den Diskriminierungsschutz im Rahmen der Auffindbarkeitsregulierung für Benutzeroberflächen gem. § 52 e.

### **7. Zu § 52 e E-MedienStV**

a) Die neuen (teilweise allerdings schon bisher in der Zugangs- und Plattformsatzung (ZPS) eingeführten) Vorgaben der Auffindbarkeitsregulierung erscheinen vergleichsweise weitgehend und werfen daher die Frage der Verhältnismäßigkeit auf. Fraglich und nicht zweifelsfrei ist insofern, ob die Regulierung derart detailscharf in die Gestaltungsfreiheit von Benutzeroberflächen-Anbietern eingreifen muss, um die chancengleiche Auffindbarkeit von Rundfunk- und Telemedieninhalten zu sichern. Dies gilt beispielsweise für die (einem Vorschlag der Bund-Länder-Kommission entsprechende) Anordnung der Einrichtung einer Suchfunktion, von der zweifelhaft ist, ob sie für alle Benutzeroberflächen (die ja ein sehr heterogenes Erscheinungsbild haben) erforderlich ist. Jedenfalls bei im Umfang kleineren Angebots-Zusammenfassungen, einfach überschaubaren Listen oder grafischen Darstellungen des Repertoires erscheint die Verpflichtung zur Bereitstellung einer zusätzlichen Suchfunktion unangemessen. Auch gegen die im NRW-Vorschlag noch nicht (wohl allerdings in § 15 ZPS) enthaltene Vorgabe der (mindestens zwei) Sortiervarianten kann eingewandt werden, dass es ausreichen könnte, dem Nutzer die Möglichkeit zu leicht handhabbarer Eigenkonfiguration zu überlassen. Insgesamt wirken diese Anordnungen doch sehr kleinteilig. Schließlich birgt auch die neue Regelbeispielstechnik für die Sortierkriterien das Risiko einer restriktiven Auslegung, die den Differenzierungsspielraum des Anbieters zu weit beschränkt. Es geht hierbei um einen grundrechtssensiblen Handlungsspielraum, der auch nicht durch ein zu weites Ordnungsermessen der Landesmedienanstalten überlagert werden darf – die ZPS enthält bisher keine Vorprägung der Sortierkriterien

(und sei es auch nur als Regelbeispiele), erlaubt vielmehr ausdrücklich auch die Weiterentwicklung solcher Kriterien durch die Anbieter.

b) Besonderer Diskussionsbedarf besteht naturgemäß hinsichtlich der in eckigen Klammern vorgeschlagenen Regelung des § 52 e Abs. 3 zur privilegierten Auffindbarkeit der must-carry-Inhalte. Zunächst ist ein (vielleicht unbeabsichtigter?) überschießender Gehalt dieser Auffindbarkeitsvorgabe gegenüber der must-carry-Zugangsregelung in § 52 b zu konstatieren. § 52 e Abs. 3 ist im Anwendungsbereich nicht auf Benutzeroberflächen von oder für infrastrukturegebundene(n) Medienplattformen, die überhaupt nur dem Belegungsregime unterfallen können, beschränkt, erfasst daher dem Wortlaut nach auch Benutzeroberflächen von oder für nicht infrastrukturegebundene(n) Medienplattformen, wenn und soweit deren Gesamtangebot privilegierte Angebote (darunter nun auch öffentlich-rechtliche Telemedienangebote) einschließt. Wird die Rechtfertigung der must-carry-Verpflichtung nach der Konzeption des Entwurfs in der besonders ausgeprägten Gatekeeper-Eigenschaft gerade von netzgebundenen Plattformen gesehen, ist nicht recht einsichtig, weshalb auch Anbieter von Benutzeroberflächen von oder für nicht infrastrukturegebundene(n) Medienplattformen, bei denen diese Eigenschaft nach der gesetzlichen Konzeption gerade nicht anzunehmen ist, Inhalte i.S.d. § 52 b Abs. 2, 3 Nr. 1 privilegiert anzeigen müssen, nur weil die in Bezug genommene Medienplattform solche Inhalte „zufällig“ erfasst, ohne dazu verpflichtet zu sein. Die „überschießende“ Auffindbarkeitsverpflichtung (ohne korrespondierende must-carry-Verpflichtung) ist zwar nicht denklogisch ausgeschlossen, kann aber auch eine ihrerseits fragwürdige Verzerrungswirkung entfalten, insofern sich die Verpflichtung zu hervorgehobener Darstellung ja nur auf die tatsächlich in der Medienplattform erfassten, nicht aber notwendig alle must-carry-Inhalte beziehen kann. Die privilegierte Auffindbarkeit entspricht damit nicht notwendig dem ganzen must-carry-Kanon, sondern gegebenenfalls nur einzelnen Angeboten öffentlich-rechtlicher oder privater Provenienz, denen damit eine zweifelhafte Sonderstellung zukommt.

c) Hinsichtlich der grundsätzlichen Frage, ob überhaupt eine „positive Diskriminierung“ bestimmter Inhalte bei der Auffindbarkeit vorgenommen werden soll oder nicht, ist die (gegenüber dem negativen Diskriminierungsschutz) weitergehende Intensität eines solchen grundsätzlich problematischen Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit sowohl der Benutzeroberflächen-Anbieter als auch, zumal bei oktroyierter, nicht nutzerseitig abdingbarer besonderer Auffindbarkeit, der Nutzer in die Beurteilung einzustellen. Es geht hier nicht mehr nur um die Gewährleistung formaler kommunikativer Chancengleichheit, sondern um den Versuch positiver Aufmerksamkeitslenkung auf bestimmte Inhalte, der jedenfalls von einem „liberalen“ Grundrechtsverständnis aus auf grundsätzliche Einwände stößt. Soweit freilich die must-carry-Verpflichtung von infrastrukturegebundenen Medienplattformen eingreift, kann die korrespondierende privilegierte

Auffindbarkeit der must-carry-Inhalte immerhin eine gewisse Folgerichtigkeit für sich in Anspruch nehmen. Dies könnte dafür sprechen, eine solche Vorgabe auf Benutzeroberflächen von oder für mit must-carry-Verpflichtungen belegte(n) infrastrukturegebundene Medienplattformen zu beschränken. Zentral – im Respekt vor der Freiheit des Nutzers zu selbstbestimmter Kommunikation (auch in der Auswahl von Medienangeboten) – sollte die in Abs. 4 garantierte Nutzerautonomie sein, die sich jedenfalls auch gegenüber etwa voreingestellten Privilegierungen bestimmter Angebote bei der Auffindbarkeit durchsetzen können muss.

### **8. Zu § 52 f E-MedienStV**

Transparenz ist ein zentraler, sowohl für die Plattform- als auch für die Intermediärsregulierung (§ 53 d) ausbuchstabierter regulatorischer Grundsatz des Entwurfs. Sicherlich erscheint eine Verbesserung des Informationsstandes der Nutzer durch Erhöhung von Transparenz als attraktives Regelungskonzept, gerade wenn der Nutzerautonomie Vorrang eingeräumt wird. Allerdings bestehen bei näherer Betrachtung doch Zweifel, ob es sich bei den Vorgaben des § 52 f im Einzelnen um sachgerechte Anforderungen handelt. Ob die Nutzerautonomie durch immer mehr und neue Informationsleistungen (nicht nur rundfunkrechtlicher, sondern etwa auch datenschutzrechtlicher oder verbraucherschützender Art) am Ende wirklich gefördert wird oder nicht vielmehr ab einem gewissen (Über-)Maß dadurch nicht mehr gestärkt (vielleicht sogar geschwächt) wird, sollte immerhin erwogen werden. Auch Transparenzvorgaben haben zudem durchaus erhebliches Eingriffsgewicht und können nur gerechtfertigt sein, soweit sie einem schutzwürdigen Informationsbedarf im Hinblick auf sonst nicht verfügbare Informationen abhelfen. Das erscheint aber bei den in § 52 f angesprochenen Auswahl- und Organisationsgrundsätzen nicht durchweg plausibel, jedenfalls nicht für alle Medienplattformen und/oder Benutzeroberflächen. So machen derartige Angaben zur Auswahl oder Sortierung wenig Sinn, wenn die Funktionslogik der Plattform bzw. Benutzeroberfläche ohnehin sofort erkennbar ist, etwa bei inhaltebezogener Spezialisierung. Vergleichbares könnte auch bei eingblendeter Werbung anzunehmen sein, die als solche ja gem. § 6 TMG deutlich erkennbar sein muss. Wird an der Transparenzverpflichtung festgehalten, so ist jedenfalls in ihrem Verständnis und ihrer Anwendung Sorge dafür zu tragen, dass daraus keine übertriebenen, auch die Rezeptionsbereitschaft der Nutzer strapazierenden Anforderungen hergeleitet werden. Am ehesten leuchtet insoweit die Verpflichtung zu einer möglichst einfachen und gut nachvollziehbaren Anleitung der Nutzer hinsichtlich deren Möglichkeiten zu individualisierter Einstellung der Anordnung oder Sortierung ein.

### **III. Intermediäre**

#### **1. Grundsätzliche Erwägungen**

Der E-MedienStV greift die schon im Jahr 2016 in der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz entwickelten Vorschläge auf, zeitgemäße Standards der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit für Medienintermediäre zu entwickeln. Mit den Vorschriften zu Medienintermediären (Legaldefinition in § 2 Abs. 2 Nr. 13 b E-MedienStV) erweitert der E-MedienStV nun in seinem neu eingefügten VI. Abschnitt den Geltungs- und Kontrollanspruch des öffentlichen Medienrechts auch in bisher regulatorisch nicht erfasste Bereiche hinein. Medienpolitisch begründet wird der Regulierungsbedarf von Medienintermediären mit der Forderung nach Vielfaltsicherung im Bereich der mit Plattformen funktionell vergleichbaren, ebenso zentrale (und noch weiter zunehmende) Bedeutung für die Meinungsbildung gewinnenden Vermittlungsdienste. Der Forderung nach Regulierung liegt auch hier die Annahme zugrunde, die Vielfalt in der Netzkommunikation sei aktuell oder zumindest potenziell in naher Zukunft bedroht.

Unbestritten ist diese Prämisse indes nicht. Denn angesichts der Fülle von ubiquitär verfügbaren Inhalten können namentlich Risiken für eine (ausgewogene) Angebotsvielfalt, deren Bewahrung verfassungsrechtliche Hauptaufgabe des Rundfunkrechts ist, mit guten Argumenten in Abrede gestellt werden. Als Argument für eine Regulierung wird ein weiterer Aspekt der Vielfaltsicherung ins Feld geführt: Dies ist die Sicherung von Zugangs- und Rezeptionschancengleichheit. Eine Chancenungleichheit auf diesen Gebieten könne zu einer informationellen und sodann sozialen Fragmentierung der Gesellschaft führen. Diese Sorge wird unter anderem genährt von der Annahme, dass Netzkommunikation die Entstehung und Verbreitung von Echokammern und Filterblasen begünstige und damit jener Phänomene, die vielfach als Katalysatoren für gesellschaftliche Desintegration und soziale Spaltung gelten. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich die Regelungen zu Medienintermediären im neu eingefügten VI. Abschnitt des E-MedienStV wie der Versuch lesen, mit Instrumenten der Regulierung Sicherungen in das Medienrecht zu implementieren, die dazu beitragen, einer (befürchteten) informationellen Fragmentierung vorzubeugen.

Ogleich die Filterblasen- und Echokammern-Metaphorik auf den ersten Blick eingängig erscheint, so kommen neuere kommunikationswissenschaftliche Studien doch zu dem Ergebnis, dass sich das Filterblasenphänomen kaum und das Echokammerphänomen bisher nur sehr bedingt empirisch bestätigen lassen. Auch wenn somit keine Situation vorliegt, aus der zwingend eine bestimmte gesetzgeberische Regulierungsnotwendigkeit folgt, so kann den Landesgesetzgebern dennoch ein Handlungsspielraum aus dem Gesichtspunkt der Risikovorsorge zugestanden werden. Geht es nämlich um hochrangige Rechtsgüter wie die Erhaltung der Funktionsvoraussetzungen der öffentlichen Meinungsbildung und potentiell drohende schwere Schäden darf der Gesetzgeber auch nur mögliche, wissenschaftlich nicht erwiesene Kausalerklärungen, für die Entstehung solcher Schäden zu Grunde legen und Regelungen zur Vermeidung solcher möglicher Kausalverläufe treffen.

## **2. Die Regelungen der Intermediärsregulierung im Einzelnen**

### **a) Zu § 2 Abs. 2 E-MedienStV**

Mit § 2 Abs. 2 Nr. 13 b E-MedienStV wurde eine Legaldefinition für Medienintermediäre eingeführt. Mit der Beschränkung auf Telemedien, die zumindest *auch* journalistische Angebote Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren, stellt die Rundfunkkommission der Länder in der Tradition der Rundfunkstaatsverträge zu Recht klar, dass sich die besonderen regulatorischen Vorschriften des VI. Abschnitts lediglich auf solche Intermediäre beziehen, die eine zumindest (potenzielle) Meinungsbildungsrelevanz besitzen. Durch den Zusatz im 2. Halbsatz „ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen“ erfolgt die Abgrenzung zu Plattformen i.S.d. E-MedienStV. Eine Einführung der derzeit noch in eckige Klammern gesetzten Regelbeispiele erscheint trotz eines dynamisch sich wandelnden Medienintermediärsmarktes aus Klarstellungsgesichtspunkten sinnvoll. Besonders zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die Ersetzung der in der Diskussion teilweise verwendeten Begrifflichkeit „Plattformen“ („Plattform für nutzergenerierte Inhalte“, „Micro-Blog-Plattform“) durch die im Zusammenhang mit dem E-MedienStV „unverbrauchtere“ und damit neutralere Bezeichnung „Portale“. Damit grenzen die Gesetzgeber auch durch die Diktion Medienintermediäre klar von Plattformen i.S.d. E-MedienStV ab. Folgerichtig wurde der § 2 Abs. 2 Nr. 14 b E-MedienStV neu eingeführt.

### **b) Zu §§ 53 c-g E-MedienStV**

Die materiellen Regulierungsvorschläge finden sich im mit „Medienintermediäre“ überschriebenen VI. Abschnitt des E-MedienStV. Warum die Rundfunkkommission die Bedeutung von Medienintermediären zwar dadurch betont, dass sie ihnen einen eigenen neuen Abschnitt widmet, sie dann aber im Gesetzestext unter §§ 53 c bis g E-MedienStV einordnet, ist aus Stringenzgesichtspunkten nicht nachvollziehbar. Denn diese Verortung suggeriert dem Rechtsanwender, dass es sich bei den Vorschriften zu Medienintermediären um einen Unterpunkt von § 53 E-MedienStV handelt. Dies allerdings ist mitnichten der Fall, da § 53 E-MedienStV Teil des V. Abschnittes ist, der sich mit Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Übertragungskapazitäten beschäftigt.

#### **aa) Zu § 53 c E-MedienStV**

Der Ausnahmekatalog des § 53 c Abs. 2 E-MedienStV besteht aus quantitativen (Nr. 1) sowie qualitativen Fällen (Nr. 2 und Nr. 3). Die in Nr. 1 genannte konkrete Zahl von „weniger als eine Million Nutzer pro Monat im Bundesgebiet“ erscheint nicht zwingend. Hier stellt sich die Frage, wie diese konkrete Zahl ermittelt wurde und aus welchen (empirischen) Befunden sie sich speist. Außerdem hätten Praktikabilitätsabwägungen für eine Anknüpfung an eine Durchschnittsgröße pro Monat gesprochen.

§ 53 c Abs. 2 Nr. 2 E-MedienStV schließt der gesetzgeberischen Intention zufolge reine Produkt- und Dienstleistungsportale aus. Dies ist durchaus nachvollziehbar, haben solche Portale doch kaum öffentliche Meinungsbildungsrelevanz. Allerdings stellt sich die Frage, ob reine Produkt- und Dienstleistungsportale überhaupt als Medienintermediäre i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 b E-MedienStV zu qualifizieren sind, da ihnen ein Bezug zu „journalistisch-redaktionellen“ Angeboten Dritter abzusprechen sein dürfte. Vor diesem Hintergrund kann § 53 c Abs. 2 Nr. 2 E-MedienStV allenfalls als gesetzgeberische Klarstellung gelesen werden.

Wegen fehlender Meinungsbildungsrelevanz sind auch Medienintermediäre i.S.d. § 53 c Abs. 2 Nr. 3 E-MedienStV zu Recht vom Anwendungsbereich des VI. Abschnitts ausgenommen.

#### **bb) Zu § 53 c E-MedienStV**

Die aus § 53 c Abs. 3 E-MedienStV sprechende gesetzgeberische Intention ist durchaus zu begrüßen. Denn eine verpflichtende Installation eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten trägt zu einer Erleichterung der Rechtsverfolgung und mithin auch der Rechtsdurchsetzung bei. Allerdings dürfte die Verortung dieser Regelung unter der Überschrift „Anwendungsbereich“ eine schnelle Auffindbarkeit erschweren.

#### **cc) Zu § 53 d E-MedienStV**

§ 53 d E-MedienStV trägt der Forderung nach Transparenz im Bereich der Medienintermediäre Rechnung. Dabei wird einerseits die Transparenz hinsichtlich der Kriterien zu Zugang und Verbleib von Inhalten (Abs. 1 Nr. 1), andererseits hinsichtlich der *zentralen* Kriterien zu Aggregation, Selektion, Präsentation und Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen (Abs. 1 Nr. 2) in den Blick genommen. § 53 d Abs. 2 E-MedienStV regelt darüber hinaus, dass auch Änderungen der in Abs. 1 genannten Kriterien unverzüglich kenntlich zu machen seien. Darüber hinaus schlägt § 53 d E-MedienStV in seinem Abs. 4 eine Pflicht zur Offenlegung der Robotereigenschaft (Kennzeichnungspflicht) vor.

§ 53 d E-MedienStV liegt offensichtlich das – vor dem Hintergrund der öffentlichen Diskussion durchaus nachvollziehbare – gesetzgeberische Ziel zugrunde, eine befürchtete informationelle Fragmentierung mit regulatorischen Mitteln einzudämmen. Damit ist § 53 d E-MedienStV als Antwort auf die aktuell diskutierten Probleme der Auffindbarkeit von Informationen und der Sicherung von Zugangsoffenheit zu lesen. Zwingend geboten erscheint eine Verpflichtung von Medienintermediären auf die Einhaltung der in

§ 53 d E-MedienStV niedergelegten Transparenzgesichtspunkte freilich nicht. Denn das Geschäftsmodell von Medienintermediären orientiert sich ausschließlich an Relevanzgesichtspunkten für den Nutzer. Medienintermediäre haben damit ein genuines Interesse daran, dem Nutzer *die* Informationen zu beschaffen, die er sucht und braucht, die mithin für ihn relevant sind. Je besser dies einem Medienintermediär gelingt, desto höher sind seine Akzeptanz und Reputation unter den Nutzern. In diesem Sinne wäre es kontraproduktiv, wenn nicht gar selbstzerstörerisch, würden Medienintermediäre eine eigene Informations-Agenda verfolgen, anstatt sich an Nutzerinteressen zu orientieren. Hinzu kommt, dass die in § 53 d E-MedienStV genannten Transparenzvorgaben dazu geeignet sind, den Wettbewerb um die beste Suchmaschinenoptimierung anzuspornen. Ein solcher Wettlauf wiederum würde den erklärten Zielen der Transparenzregelungen zuwiderlaufen.

Nicht auszuschließen ist allerdings ein Zukunfts-Szenario, in dem Medienintermediäre nicht mehr nur wie bisher Informationen selektieren und aufbereiten, sondern eine eigene Informationsagenda verfolgen. In diesem Sinne kann § 53 d E-MedienStV durchaus als (vorbeugende) gesetzgeberische Sensibilisierungsmaßnahme verstanden werden. Sicher ist § 53 d E-MedienStV als ein deutliches Bekenntnis der Landesgesetzgeber zur Vielfaltsicherung, namentlich in Gestalt der Zugangs- und Rezeptionschancengleichheit, zu lesen.

Fälle bewusster Irreführung, die das Vertrauen der Bevölkerung in einen integren Kommunikationsprozess erschüttern, haben § 53 d Abs. 4 E-MedienStV und § 55 Abs. 3 E-MedienStV im Blick, fordern sie doch eine Kennzeichnungspflicht für Social Bots. Dabei kann § 55 d Abs. 4 E-MedienStV aus Klarstellungsgesichtspunkten in den E-MedienStV implementiert werden, die inhaltliche Zielsetzung dieser Norm ist jedoch bereits in § 55 Abs. 3 E-MedienStV enthalten. Aus rechtlicher Sicht besteht keine zwingende Notwendigkeit für eine Kennzeichnungspflicht von Social Bots. Denn schon die Nutzungsbedingungen der sozialen Medien untersagen ungekennzeichnete Bots. Aus politischer Sicht kann eine Kennzeichnungspflicht jedoch durchaus das Mittel der Wahl sein, um die Öffentlichkeit auf die (potenziellen) Gefahren von Social Bots aufmerksam zu machen.

§ 53 d E-MedienStV schließlich regelt die Diskriminierungsfreiheit. Aus medienrechtlicher Sicht ist eine regulatorische „Offenheitspflege“ nicht unbedenklich. Denn das suggestive Versprechen „kommunikativer Chancengleichheit“ muss in privaten Dienstnutzungsverhältnissen mit ihrerseits berechtigten Differenzierungsinteressen der Diensteanbieter in Einklang gebracht werden. Differenzierungsverbote müssen entsprechend zurückhaltend ausgestaltet sein, namentlich bei der Festlegung zugelassener oder verbotener

Auswahl- oder Sortierkriterien. Eine Selektion von Suchergebnissen oder Nachrichtenanzeigen ist notwendig immer eine legitime Differenzierung. Die nicht wirtschaftlich motivierte Verfolgung einer politischen oder sonst weltanschaulichen Agenda durch Suchmaschinen oder soziale Netzwerke mag hingegen zwar theoretisch denkbar sein, untergräbt aber deren eigenes an Nutzerinteressen ausgerichtetes Geschäftsmodell. Hinzu kommen Bedenken hinsichtlich einer wirksamen Durchsetzung des Diskriminierungsverbots, die ohne eine bis zum Kern der unternehmerischen Auswahlentscheidung, also in die Details des Algorithmus vorstoßende Offenlegungspflicht (ggf. *in camera*), kaum vorstellbar erscheint. Pflichten zur Publikation des Algorithmus werden indes ohnehin verbreitet und überzeugend schon aus dem Grund abgelehnt, dass damit externe Manipulationen erst ermöglicht oder erleichtert werden. Sie dürften aber auch kaum mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sein. Trotz dieses medienrechtlichen Befundes ist in der weiteren Diskussion des neuen MedienStV zu berücksichtigen, dass die vorgeschlagenen Regelungen zur Diskriminierungsfreiheit durchaus über ihre Symbolkraft Wirkung entfalten können.