

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

7/8
K&R

- EU-Regulierung: „Risiken ... (und da war doch noch etwas?) der KI“
Prof. Dr. Dr. Karl-Heinz Ladeur
- 441 Das IT-Sicherheitsgesetz 2.0
Dr. Fabian Niemann und Dr. Natallia Karniyevich
- 448 Das Internet- und Medienstrafrecht 2020/2021 · *Dr. Timo Handel*
- 455 Zulässigkeit von Werbung auf Smart-TV-Benutzeroberflächen
nach dem Medienstaatsvertrag
Dr. David Moll und Dr. Holger Weimann
- 463 Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2020
Dr. Alexander R. Klett und Julia Hoeren
- 470 Neue Impulse für den Glasfaserausbau in Gebäuden
Martin Busch, Benedikt Kind und Fabian Riewerts
- 478 Überschreitung der EU-Universaldienstvorgaben
durch den Versorgungsumfang nach § 157 TKG 2021?
Prof. Dr. Christian Koenig
- 484 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 487 EuGH: Keine Produkthaftung bei unrichtigem Gesundheitstipp
eines „Kräuterpfarrers“ in gedruckter Zeitung
- 489 EuGH: Auskunftsanspruch bei Urheberrechtsverletzung
mittels Filesharing
- 497 EuGH: Eingeschränkte Haftung von Plattformanbietern
bei Urheberrechtsverletzungen Dritter
- 516 BGH: Wiederholungsgefahr bei redaktioneller Anmerkung
zu Gegendarstellung
- 523 BGH: Wikingerhof/Booking.com: Gerichtsstand bei Streit
um Hotelvermittlungen im Internet
- 530 OLG Koblenz: Anwaltsblog stellt kein journalistisch-redaktionelles
Angebot dar

24. Jahrgang Juli / August 2021 Seiten 441 – 540

me, wenn die Gegenstände nicht freiwillig von der Person herausgegeben werden, in deren Gewahrsam sie sich befinden. Von der Möglichkeit der Sicherstellung und Beschlagnahme sind auch „E-Mails [umfasst], die auf dem Mailserver des Providers zwischen- oder endgespeichert sind“.¹³³ Dies steht jedoch nach Auffassung des BGH einer ergänzenden Anwendung des § 100a Abs. 1 S. 1 StPO nicht entgegen, da dieser anders als § 94 StPO eine verdeckte bzw. heimliche Maßnahme regelt und diesen deshalb ergänze.¹³⁴ Bei einem Vorgehen nach § 94 StPO ist der von der Maßnahme Betroffene zu informieren und ihm die Beschlagnahme bekannt zu machen.¹³⁵ Dieser Unterschied und die zusätzliche Anwendungsmöglichkeit des § 100a Abs. 1 S. 1 StPO rechtfertigt sich durch dessen gegenüber „§ 94 StPO deutlich höher[e] Eingriffsschwelle“.¹³⁶ Wegen dieser sei eine Anwendung des § 100a Abs. 1 S. 1 StPO auch „nicht auf E-Mails beschränkt, die ab dem Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme versandt oder empfangen w[er]den.“¹³⁷

Auch wenn § 100a Abs. 1 S. 1 StPO vergleichsweise „deutlich strenger[e] Anforderungen“ für Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung setzt als § 94 StPO dies für eine Beschlagnahme tut,¹³⁸ ist die Entscheidung des BGH vor allem mit Blick auf § 100e Abs. 1 S. 4 StPO kritisch zu sehen.¹³⁹ Nach § 100e Abs. 1 S. 4 StPO ist die gerichtliche Anordnung der Maßnahme nach § 100a StPO auf höchstens drei Monate zu befristen. Diese in die Zukunft gerichtete zeitliche Beschränkung der Telekommunikationsüberwachung soll gerade der Schwere des Eingriffs solcher Maßnahmen Rechnung tragen.¹⁴⁰ Ein unbeschränkter Zugriff auf E-Mails der Vergangenheit würde hingegen zu einer ausufernden zeitlichen Ausdehnung der heimlichen Maßnahme führen, die mit dem Zweck der zeitlichen Begrenzung des § 100e Abs. 1 S. 4 StPO gerade unvereinbar ist.¹⁴¹

IV. Ausblick

Das Internet- und Medienstrafrecht waren im Jahr 2020 und ersten Halbjahr 2021 weiterhin stark geprägt durch die Diskussion um Hate Speech in sozialen Netzwerken. Die Änderungen des NetzDG spiegeln dies in besonderer Weise wider. Die mit Wirkung zum 1. 2. 2022 neu eingefügte Anzeigepflicht nach § 3a NetzDG lässt künftig deutlich mehr Strafverfahren wegen Hate Speech erwarten.¹⁴²

Aber auch im Datenschutzrecht bleibt es spannend. Insbesondere wird sich noch zeigen müssen, ob aufgrund der Entscheidung des LG Berlin (oben III. 1. a) in Zukunft vermehrt die Leitungspersonen von Unternehmen in den Fokus der Datenschutzaufsichtsbehörden rücken werden.¹⁴³

Kurz vor Ende der aktuellen Legislaturperiode hat der Deutsche Bundestag noch eine stark kritisierte¹⁴⁴ Neufassung des § 238 StGB zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und besseren Erfassung des Cyberstalking beschlossen.¹⁴⁵ Welche gesetzgeberischen Schwerpunkte künftig der 20. Deutsche Bundestag setzen wird, bleibt abzuwarten.

133 Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. 2021, § 94 Rn. 16a.

134 BGH, 14. 10. 2020 – 5 StR 229/19, K&R 2021, 111, 112.

135 Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. 2021, § 94 Rn. 16a.

136 BGH, 14. 10. 2020 – 5 StR 229/19, K&R 2021, 111, 112.

137 BGH, 14. 10. 2020 – 5 StR 229/19, K&R 2021, 111, 112.

138 BGH, 14. 10. 2020 – 5 StR 229/19, K&R 2021, 111, 112.

139 Zu diesem und weiteren Kritikpunkten siehe auch Grözinger, NSStZ 2021, 358 ff.; Hiéramente, WiJ 2021, 19 ff.

140 BT-Drs. 18/12785, S. 57.

141 Siehe auch Grözinger, NSStZ 2021, 358, 359; Hiéramente, WiJ 2021, 19, 21.

142 So bereits Handel/Rieth, K&R 2020, 409, 417.

143 Siehe auch Hansen/Grosman, K&R 2021, 381, 383.

144 Gerhold, ZRP 2021, 118 ff.

145 BT-Drs. 19/28679; BT-Drs. 19/30948.

RA Dr. iur. David Moll, LL.M. und RA Dr. Holger Weimann*

Zulässigkeit von Werbung auf Smart-TV-Benutzeroberflächen nach dem Medienstaatsvertrag**

Kurz und Knapp

§ 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV regelt seit dem 7. 11. 2020, dass Rundfunkprogramme und rundfunkähnliche Telemedien innerhalb von Benutzeroberflächen und auf Medienplattformen grundsätzlich nicht mit Werbung überlagert oder zum Zwecke der Werbeeinblendung skaliert werden dürfen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang solche werblichen Überlagerungen auf Smart-TV-Benutzeroberflächen ausnahmsweise rechtlich zulässig sind.

I. Das Überlagerungs- und Skalierungsverbot

§ 80 MStV ersetzt die bisherige Regelung des § 52a Abs. 3 RStV zur Signalintegrität. Neu im Vergleich zur alten Regelung ist das in Umsetzung von Art. 7b AVMD-Richtlinie¹

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XVI. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 23. 6. 2021.

** Korrigierte Version zur Druckfassung in Heft 7/8 mit ergänzter Grafik auf S. 462.

1 RL (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 11. 2018 zur Änderung der RL 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten (AVMD-Richtlinie).

erlassene Überlagerungs- und Skalierungsverbot (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV). Dieses dient in erster Linie dem Schutz der Rundfunkveranstalter und der Anbieter rundfunkähnlicher Telemedien.² Zum einen soll die redaktionelle Verantwortung der Inhalteanbieter geschützt werden.³ Ihnen sollen grundsätzlich die Entscheidung über die inhaltliche Gestaltung und die Qualität der vom Nutzer zu empfangenden Inhalte überlassen bleiben.⁴ Zum anderen sollen die Inhalteanbieter auch wirtschaftlich geschützt werden. Sie sollen prinzipiell über die Vermarktung ihrer Inhalte entscheiden können.⁵ Hierdurch soll der Erhalt einer vielfältigen Angebotslandschaft sichergestellt werden.⁶

Überdies dient das Überlagerungs- und Skalierungsverbot auch dem Schutz der Nutzer der Benutzeroberflächen und Medienplattformen. Diese sollen sich darauf verlassen können, dass die empfangenen Inhalte auch allein vom jeweiligen Inhalteanbieter stammen und nicht von Dritten überlagert oder verändert wurden.⁷

II. Art. 7b AVMD-Richtlinie und der Umsetzungsspielraum der Mitgliedsstaaten

Das im Rahmen von § 80 MStV neu eingeführte Überlagerungs- und Skalierungsverbot dient der Umsetzung von Art. 7b AVMD-Richtlinie.⁸ Diese Norm verlangt vom nationalen Gesetzgeber sicherzustellen, dass audiovisuelle Mediendienste grundsätzlich nicht ohne Zustimmung des Inhalteanbieters überblendet oder verändert werden. Dabei wird der nationale Gesetzgeber zur Wahrung der Interessen sämtlicher betroffener Stakeholder unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet. Neben den Interessen der Inhalteanbieter und der Nutzer, sind auch die Interessen der Anbieter von Plattformen und Endgeräten zu wahren. Da deren Dienstleistungsfreiheit durch das Überblendungs- und Veränderungsverbot eingeschränkt wird, sind die Verbotsvoraussetzungen in Art. 7b AVMD-Richtlinie im Zweifel restriktiv auszulegen.

1. Inhalt und Ziele des Art. 7b AVMD-Richtlinie

Nach dem Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie dient die Regelung des Art. 7b AVMD-Richtlinie sowohl dem Schutz der „redaktionelle[n] Verantwortung“ der Inhalteanbieter als auch dem Schutz der gesamten „audiovisuelle[n] Wertschöpfungskette“.⁹ Zur Erreichung dieses Ziels hält es der europäische Richtlinienggeber für unerlässlich, dass Sendungen und audiovisuelle Mediendienste „ohne Kürzung, Veränderung oder Unterbrechung und ohne Überblendung für kommerzielle Zwecke übertragen werden“ sofern der jeweilige Anbieter nicht darin eingewilligt hat.¹⁰

Die Begriffe der „Überblendung“ und „Veränderung“ werden weder in Art. 7b AVMD-Richtlinie noch in Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie definiert. Gemeint sind generell optische (oder akustisch wahrnehmbare) Abweichungen des vom Nutzer wahrgenommenen Angebots im Vergleich zu dem vom Inhalteanbieter bereitgestellten Angebot.¹¹ Die genaue Unterscheidung der Begriffe „Überblendung“ und „Veränderung“ ist unklar.¹² Es spricht jedoch vieles dafür, dass bei der „Überblendung“ das „darunter“ liegende Bild- oder Tonsignal nicht geändert, sondern nur (ganz oder teilweise) durch die Überblendung unsichtbar oder anders sichtbar wird. Bei der „Veränderung“ hingegen wird das Bild- oder Tonsignal beeinträchtigt.¹³

Grundsätzlich zu verbieten sind gemäß Art. 7b Abs. 1 AVMD-Richtlinie Überblendungen und Veränderungen „zu kommerziellen“ Zwecken. Damit sind solche Veränderungen gemeint, an denen der „Verändernde“ ein eigenes kommerzielles Interesse hat.¹⁴

Art. 7b Abs. 2 AVMD-Richtlinie bestimmt zudem, dass die Mitgliedsstaaten zur Wahrung der Interessen der Nutzer, Ausnahmebestimmungen vom grundsätzlichen Überblendungs- und Veränderungsverbot schaffen müssen. So soll das Überblendungs- und Veränderungsverbot nach Art. 7b AVMD-Richtlinie bei „Überblendungen, die vom Empfänger des Dienstes ausschließlich zum privaten Gebrauch ausgelöst oder genehmigt werden, wie etwa Überblendungen durch Dienste für die individuelle Kommunikation“ keine Anwendung finden.¹⁵ Als Regelbeispiele für diese Ausnahme von Überblendungs- und Veränderungsverbot werden „Steuerungselemente von Benutzeroberflächen, die wie Lautstärkereglern, Suchfunktionen, Navigationsmenüs oder Senderübersichten für die Bedienung des Geräts oder das Anwählen des Dienstes erforderlich sind“ genannt.¹⁶

2. Umsetzungsspielraum der Mitgliedsstaaten

a) Zu berücksichtigende Stakeholder-Interessen

Berechtigte Stakeholder von Art. 7b AVMD-Richtlinie sind primär die Inhalteanbieter. Dies kommt zum einen in der Zielvorgabe des Schutzes der „audiovisuellen Wertschöpfungskette“ gemäß Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie zum Ausdruck. Die Inhalteanbieter sollen vor einer Verschiebung der Kommerzialisierungsmöglichkeit auf dritte Beteiligte, die nicht unmittelbar an der Erstellung und Finanzierung des Angebots beteiligt waren, geschützt werden.¹⁷ Zum anderen soll die „redaktionelle Verantwortung“ der Inhalteanbieter geschützt werden.¹⁸ Sie sollen die Kontrolle über die Gestaltung und das Erscheinen des Angebots bewahren, bis dieses beim Nutzer angekommen ist.¹⁹

Wie sich sowohl aus Art. 7b AVMD-Richtlinie als auch aus dem Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD Richtlinie ausdrücklich ergibt, hat der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinienbestimmung zudem zwingend die Interessen des Nutzers zu beachten. Der Nutzer soll grundsätzlich die Möglichkeit haben, selbständig darüber

2 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK InfoMedienR, 31. Ed. 1. 2. 2021, MStV § 80 Rn. 2; Rundfunkveranstalter und Anbieter rundfunkähnlicher Telemedien werden nachfolgend gemeinsam als „Inhalteanbieter“ bezeichnet.

3 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

4 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 2.

5 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 2.

6 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 3.

7 Vgl. Weber, ZUM 2019, 111, 114 zu Art. 7b AVMD-Richtlinie.

8 LT-Drs. Bay 18/7640, 103.

9 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

10 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

11 Institut für Europäisches Medienrecht, Gutachten, Die Neuregelung des Art. 7b RL 2010/13/EU (AVMD-RL), Spielraum und zu beachtende Vorgaben bei der mitgliedstaatlichen Umsetzung der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/1808, September 2019, abrufbar unter https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2019/12/emr-gutachten_neuregelung-des-artikel-7b-avmd_11.2019.pdf (EMR-Gutachten), S. 46.

12 Auch aus der englischen Originalfassung von Art. 7b AVMD-Richtlinie („overlaid for commercial purposes or modified“) lassen sich hierfür keine Rückschlüsse ziehen.

13 EMR-Gutachten, S. 46.

14 EMR-Gutachten, S. 47.

15 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

16 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

17 EMR-Gutachten, S. 52.

18 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

19 EMR-Gutachten, S. 52 f.

zu entscheiden, wie er Inhalte im Rahmen der durch seine Infrastruktur gebotenen Möglichkeiten wahrnimmt.²⁰ Insbesondere soll der nationale Gesetzgeber zur Wahrung der Nutzerautonomie Ausnahmetatbestände vom grundsätzlichen Überblendungs- und Veränderungsverbot schaffen, sofern bestimmte Überblendungen vom Nutzer „ausschließlich zum privaten Gebrauch ausgelöst oder genehmigt werden“.²¹ Solche Überblendungen greifen nicht in die Interessen des Inhalteanbieters ein. Zum einen haben durch den Nutzer veranlasste Überblendungen keinerlei Auswirkungen auf die Kommerzialisierungsmöglichkeiten des Inhalteanbieters. Zum anderen wird auch die redaktionelle Verantwortung des Inhalteanbieters nicht beeinträchtigt, weil der Medieninhalt beim Nutzer unverändert angekommen ist und erst anschließend verändert wird.²²

Neben den Interessen der Inhalteanbieter und der Nutzer hat der nationale Gesetzgeber auch die Interessen von Anbietern von Plattformen und Endgeräten zu beachten, über deren Infrastruktur und Dienste das Inhaltssignal zum Verbraucher gelangt. Dies ergibt sich aus Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie, der bestimmt, dass durch die Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers zum Schutz der Signalintegrität „Unternehmen [...] verhältnismäßige Verpflichtungen in Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen auferlegt werden“ sollen. Mit Unternehmen im Sinne des Erwägungsgrunds Nr. 26 AVMD-Richtlinie sind insbesondere Anbieter von Endgeräten und Plattformen gemeint.²³

b) Restriktive Auslegung des Überblendungs- und Veränderungsverbots

Audiovisuelle Mediendienste werden gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a AVMD-Richtlinie als Dienstleistungen im Sinne von Art. 56, 57 AEUV eingestuft. Der nationale Gesetzgeber hat daher bei der Umsetzung von Art. 7b AVMD-Richtlinie sowohl die Dienstleistungsfreiheit der (berechtigten) Inhalteanbieter als auch der (verpflichteten) Anbieter von Endgeräten und Plattformen zu beachten. In diesem Zusammenhang sind die vom EuGH im Rahmen seiner „ARD/Pro Sieben“-Entscheidung vom 26. 10. 1999²⁴ für Dienstleistungen im Bereich der Ausstrahlung von Fernsehsendungen aufgestellten Grundsätze zu berücksichtigen. Danach muss „[e]ine Vorschrift, die im Bereich der Dienstleistungen eine die Ausübung einer grundlegenden Freiheit betreffende Tätigkeit wie die freie Ausstrahlung von Fernsehsendungen einer Beschränkung unterwirft, [...] diese Beschränkung klar zum Ausdruck bringen. Unterwirft eine Bestimmung [...] die Ausstrahlung und Verbreitung von Fernsehsendungen einer Beschränkung, ohne dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Beschränkung klar und eindeutig formuliert hat, ist sie somit eng auszulegen.“²⁵

Die Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, die Art. 7b AVMD-Richtlinie für die Verpflichteten des Überblendungs- und Veränderungsverbots vorsieht, sind nicht „klar und eindeutig formuliert“, sondern lassen vielmehr verschiedene Auslegungen zu. Vor dem Hintergrund der vorstehend zitierten EuGH-Rechtsprechung sind die von Art. 7b AVMD-Richtlinie vorgesehen Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit der Anbieter von Endgeräten und Plattformen daher möglichst restriktiv auszulegen.²⁶

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Bei der Umsetzung von Art. 7b AVMD Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten den Grundsatz der Verhältnismäßig-

keit zu wahren. So verpflichtet Art. 7b Abs. 1 AVMD-Richtlinie die Mitgliedsstaaten zur Sicherstellung der Signalintegrität „angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen“ zu ergreifen. Auch der Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie betont ausdrücklich, dass bei der Umsetzung von Art. 7b AVMD-Richtlinie die Interessen der verpflichteten Adressaten zu berücksichtigen sind und diesen nur „verhältnismäßige Verpflichtungen in Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen auferlegt werden“ sollen.²⁷ Bei der Ausgestaltung der nationalen Norm ist daher – neben den Interessen der Inhalteanbieter – zu berücksichtigen, wie sich diese Regel sowohl auf die Nutzer als auch auf die Anbieter der Hardware oder der Plattformen auswirkt.²⁸ Dabei ist eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen sämtlicher Stakeholder zu treffen, die am wenigstens intensiv in die Rechte aller Beteiligten eingreift.²⁹

III. Das Überlagerungs- und Skalierungsverbot im Einzelnen

1. Adressaten des Überlagerungs- und Skalierungsverbots

Adressaten des Überlagerungs- und Skalierungsverbots nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV sind gemäß § 78 S. 1 MStV alle „Medienplattformen“ und „Benutzeroberflächen“:

a) Medienplattform

Unter einer Medienplattform ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 14 MStV ein Telemedium zu verstehen, „soweit es Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 zu einem vom Anbieter bestimmten Gesamtangebot zusammenfasst.“ Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Angebote der Online-Presse müssen also zu einem einheitlichen Gesamtangebot zusammenfasst werden, das der Anbieter bestimmt.³⁰ Entscheidend ist, dass in diesem Gesamtangebot auch Inhalte enthalten sind, für welche Dritte die redaktionelle Verantwortung tragen. So stellt § 2 Abs. 2 Nr. 14 S. 3 lit. b MStV klar, dass keine Medienplattform vorliegt, wenn die inhaltliche Verantwortung für das Gesamtangebot ausschließlich bei einer oder mehreren öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder einem privaten Anbieter liegt.³¹

Keine Medienplattformen sind daher Online-Videotheken, welche dem Begriff der rundfunkähnlichen Telemedien zuzuordnen sind.³² Gleiches gilt für Mediatheken von Rundfunkveranstaltern, wenn diese nur eigene Inhalte auf Abruf anbieten.³³ Sofern Mediatheken jedoch mit Angeboten Dritter angereichert werden, gelten diese als Medienplattformen.³⁴

20 EMR-Gutachten, S. 53.

21 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

22 EMR-Gutachten, S. 55.

23 EMR-Gutachten, S. 45.

24 EuGH, 26. 10. 1999 – C-6/98, K&R 1999, 562 ff. = GRUR Int. 2000, 266 – ARD/Pro Sieben.

25 EuGH, 26. 10. 1999 – C-6/98, K&R 1999, 562 ff. = GRUR Int. 2000, 266 Rn. 29 f. – ARD/Pro Sieben.

26 Vgl. hierzu ausführlich EMR-Gutachten, S. 36 – 38.

27 Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie.

28 EMR-Gutachten, S. 41, 45.

29 EMR-Gutachten, S. 50.

30 LT-Drs. Bay 18/7640, 83; Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 102.

31 LT-Drs. Bay 18/7640, 83.

32 LT-Drs. Bay 18/7640, 83.

33 LT-Drs. Bay 18/7640, 83.

34 LT-Drs. Bay 18/7640, 83.

Mit dem Tatbestandsmerkmal des „vom Anbieter bestimmten Gesamtangebots“ wird klargestellt, dass nur solche Angebote erfasst sind, bei denen der Anbieter selbst und abschließend über die angebotene Auswahl entscheidet.³⁵ Ob ein einheitliches Gesamtangebot vorliegt, ist anhand der Umstände des Einzelfalls, insbesondere mit Blick auf Gestaltung, Inhalt, Empfängerkreis und technische Struktur zu bestimmen.³⁶ Ein vom Anbieter bestimmtes Gesamtangebot liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn dieser ohne spezifische Eingrenzung Dritten die Möglichkeit der Präsentation von Angeboten bietet, wie z. B. in sozialen Medien.³⁷

Der Begriff der Medienplattform ist grundsätzlich unabhängig vom Verbreitungsweg. Erfasst werden – mit Ausnahme der analogen Verbreitung über Kabelnetz (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 14 S. 3 lit. a MStV) – sowohl infrastrukturegebundene Medienplattformen (z. B. Fernsehkabelnetze) als auch Medienplattformen in offenen Netzen (z. B. Internet).³⁸ Typische infrastrukturegebundene Medienplattformanbieter sind z. B. Kabelnetzbetreiber und Anbieter von Pay-TV-Paketen.³⁹ Typische nicht infrastrukturegebundene Medienplattformanbieter sind insbesondere sog. „Over-the-top-content“ (OTT) Angebote, wie zum Beispiel Hulu, Amazon Prime, Disney+ oder Netflix.⁴⁰

b) Benutzeroberfläche

§ 2 Abs. 2 Nr. 15 MStV definiert den Begriff der „Benutzeroberfläche“ als „die textlich, bildlich oder akustisch vermittelte Übersicht über Angebote oder Inhalte einzelner oder mehrerer Medienplattformen, die der Orientierung dient und unmittelbar die Auswahl von Angeboten, Inhalten oder softwarebasierten Anwendungen, welche im Wesentlichen der unmittelbaren Ansteuerung von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 dienen, ermöglicht.“

Bei einer Benutzeroberfläche handelt es sich folglich um die Anzeige- und Steuerungsebene von und auch für Medienplattformen.⁴¹ So stellt § 2 Abs. 2 Nr. 15 S. 2 lit. b MStV klar, dass auch „Angebots- oder Programmübersichten, die nicht zugleich Teil einer Medienplattform sind“ als Benutzeroberflächen gelten.⁴²

Benutzeroberflächen sind regelmäßig textlich oder bildlich dargestellte Angebots- oder Programmübersichten, aber etwa auch akustische Steuerungssysteme, wie z. B. Sprachassistenten, werden ausdrücklich erfasst.⁴³ Das Merkmal der „Übersicht“ kann dabei alle Darstellungsformen umfassen, die den Nutzer bei der Orientierung und Auswahl unterstützen.⁴⁴ Benutzeroberflächen ermöglichen dem Nutzer einen direkten Zugriff auf die in einer Medienplattform enthaltenen Inhalte. Hierbei kann es sich um das vollständige Angebot einer Medienplattform, Teile davon (z. B. einzelne Videos) aber auch um softwarebasierte Anwendungen zur Ansteuerung von Angeboten (Apps) handeln.⁴⁵ Von dem Begriff der Benutzeroberfläche sind daher nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich auch die Oberflächen von Endgeräten umfasst, soweit sie etwa Programmübersichten oder eine Orientierung über softwarebasierte Anwendungen geben.⁴⁶ Erfasst werden folglich alle Arten von Programmübersichten auf Fernsehbildschirmen, wie z. B. vom Receiver erzeugte Electronic-Program-Guides bzw. Apps in Smart-TVs.⁴⁷ Gerade bei Smart-TVs sind Benutzeroberflächen oft ähnlich aufgebaut wie Websites, mit Haupt- und Untermenüs sowie eingebundenen Apps und verfügen teilweise sogar über interaktive Funktionen.⁴⁸

Anbieter einer Benutzeroberfläche ist gemäß § 2 Abs. Nr. 20 MStV „wer über die Gestaltung der Übersicht abschließend entscheidet“, d. h. die finale Entscheidung über die Konzeption der Benutzeroberfläche trifft.⁴⁹ Der Anbieter entscheidet über die vermittelten Inhalte und Angebote, indem er eigene und fremde Inhalte zusammenfasst und die Auswahl und Gewichtung aus diesem Gesamtangebot vornimmt.⁵⁰ Sofern diese Entscheidungen beim Hersteller von Endgeräten (z. B. Smart-TVs, Smartphones, Navigationssystemen etc.) getroffen werden, ist dieser auch als Anbieter der Benutzeroberfläche einzustufen.

c) Geltung des Überlagerungs- und Skalierungsverbots für ausländische Anbieter

Die territoriale Geltung der Bestimmungen des MStV für Medienplattformen und Benutzeroberflächen bestimmt sich nach § 1 Abs. 8 MStV. Nach § 1 Abs. 8 S. 1 MStV finden die Bestimmungen des MStV unabhängig von der Niederlassung des Anbieters auf Medienplattformen und Benutzeroberflächen Anwendung „soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind“ (sog. „Marktortprinzip“).⁵¹ Damit trägt der MStV dem Umstand Rechnung, dass in einer globalen Medienwelt weniger der Ort der Niederlassung, als vielmehr Bestimmungsort des Angebots entscheidend ist.⁵² Nach § 1 Abs. 8 S. 2 MStV ist insbesondere dann von einer derartigen Nutzungsbestimmung von Medienplattformen oder Benutzeroberflächen auszugehen, „wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in Deutschland richten oder in Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen.“

Die Inhalte oder Marketingaktivitäten müssen sich folglich an „Nutzer in Deutschland“ richten.⁵³ Ob diese Nutzer deutsche Staatsbürger sind, ist dabei unerheblich.⁵⁴ Ebenfalls nicht erforderlich ist, dass sich das Angebot ausschließlich an Nutzer in Deutschland richtet.⁵⁵ Ausreichend ist, wenn sich die Medienplattformen oder Benutzeroberflächen zumindest an einen nicht unerheblichen Anteil an Nutzern in Deutschland richten.⁵⁶ Sofern Medienplattformen und Benutzeroberflächen daher in deutscher Sprache gehalten sind, finden die Bestimmungen des MStV stets Anwendung. Gleiches gilt, wenn die angebotenen Inhalte speziell auf den deutschen Markt zugeschnitten sind.

35 LT-Drs. Bay 18/7640, 83.

36 LT-Drs. Bay 18/7640, 83.

37 LT-Drs. Bay 18/7640, 83.

38 LT-Drs. Bay 18/7640, 83; vgl. auch § 78 S. 2 MStV.

39 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 109.

40 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 109.

41 LT-Drs. Bay 18/7640, 84.

42 LT-Drs. Bay 18/7640, 84.

43 LT-Drs. Bay 18/7640, 84; Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 111.

44 LT-Drs. Bay 18/7640, 84.

45 LT-Drs. Bay 18/7640, 84.

46 LT-Drs. Bay 18/7640, 84.

47 Siara, MMR 2020, 523, 525; Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 113.

48 Siara, MMR 2020, 523, 525.

49 LT-Drs. Bay 18/7640, 85.

50 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 111.

51 LT-Drs. Bay 18/7640, 80.

52 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 1 Rn. 70.

53 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 1 Rn. 77.

54 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 1 Rn. 77.

55 Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 1 Rn. 77.

56 LT-Drs. Bay 18/7640, 80; Martini, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 1 Rn. 77.

Selbst wenn das Angebot nicht auf eine Bestimmung für Nutzer in Deutschland hinweist, fällt dieses Angebot gemäß § 1 Abs. 8 S. 2 MStV dann in den Anwendungsbereich des MStV, wenn der Anbieter in Deutschland „einen nicht unwesentlichen Teil“ seiner Refinanzierung erzielt. Ein solche Refinanzierung kann sich insbesondere aus den Entgelten von Nutzern in Deutschland oder aus Webeeinnahmen deutscher Unternehmen ergeben.⁵⁷

2. Begünstigte des Überlagerungs- und Skalierungsverbot

Begünstigte des Überlagerungs- und Skalierungsverbots nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV sind Rundveranstalter und Anbieter rundfunkähnlicher Telemedien, ohne deren Einwilligung deren Inhalte nicht vom Plattform- oder Benutzeroberflächenanbieter überblendet oder skaliert werden dürfen.

Rundfunk im Sinne von § 2 Abs. 1 MStV ist die lineare Veranstaltung und Verbreitung journalistisch-redaktionell gestalteter Angebote für die Allgemeinheit in Bewegtbild oder Ton mittels Telekommunikation. Klassisches Beispiel für solche linearen Angebote sind insbesondere die Angebote der Fernseh- oder Radiosender. Auch das Live-streaming unterfällt dem Rundfunkbegriff.⁵⁸

Nach dem MStV reicht es aus, wenn Rundfunk „mittels Telekommunikation“ verbreitet wird. Durch diese Formulierung wird die alte Begrifflichkeit „unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen“ in § 2 Abs. 1 S. 1 RStV ersetzt und die Definition an das moderne Verständnis von Rundfunk angepasst.⁵⁹ Eine inhaltliche Änderung ist mit dieser Neufassung jedoch nicht verbunden, da bereits von der alten Rundfunkdefinition die digitale Übertragung umfasst war.⁶⁰

Neben Rundfunkprogrammen bezieht sich das Überlagerungs- und Skalierungsverbot gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV auch auf „rundfunkähnliche Telemedien“.⁶¹ Der Begriff des rundfunkähnlichen Telemediums⁶² wurde durch den MStV neu eingeführt⁶³ und ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV wie folgt definiert: „Telemedium mit Inhalten, die nach Form und Gestaltung hörfunk- oder fernsehähnlich sind und die aus einem von einem Anbieter festgelegten Katalog zum individuellen Abruf zu einem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt bereitgestellt werden (Audio- und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf)“.

Gemäß dieser Definition erfordert der Begriff des rundfunkähnlichen Telemediums die Bereitstellung von Inhalten „zum individuellen Abruf zu einem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt“. Bei rundfunkähnlichen Telemedien handelt es sich daher um nicht-lineare „On Demand“-Angebote, deren Angebot keinem Sendeplan folgt. Der Anbieter muss vielmehr ein Bündel abrufbarer Einzelelemente vorhalten, aus denen der Nutzer eine Auswahl treffen kann.⁶⁴ Den Zeitpunkt der Inhaltswiedergabe kann der Nutzer dabei selbst bestimmen.⁶⁵

Zudem müssen die angebotenen Inhalte nach ihrer Form und Gestaltung dem Fernsehen oder Hörfunk ähnlich sein. Hieraus wird gefolgert, dass der Anbieter eine „journalistisch-redaktionelle“ Auswahlentscheidung treffen muss.⁶⁶ Wie die Legaldefinition zeigt, reicht es dazu bereits aus, dass der Anbieter die Inhalte in einem Katalog anordnet und bereitstellt.⁶⁷ Zu beachten ist, dass unter den Begriff der „rundfunkähnlichen Telemedien“ nicht nur audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, sondern auch Audioangebote auf Abruf fallen.⁶⁸

Vom Begriff des „rundfunkähnlichen Telemediums“ werden insbesondere „On-Demand-Angebote“ von (öffentlich rechtlichen) Mediatheken bzw. Online-Videotheken und (typischerweise kostenpflichtige) Streaming-Angebote wie „Netflix“, „Disney Plus“, „Amazon Prime Video“ und „Maxdome“ erfasst.⁶⁹ Bei Smart-TVs können die Apps, die zu den Videotheken führen, die Anforderungen an ein rundfunkähnliches Telemedium erfüllen.⁷⁰

3. Begriffe der Überlagerungen und Skalierungen

Die vom deutschen Gesetzgeber in § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV gewählte Formulierung „überlagert oder ihre Abbildung zu diesem Zweck skaliert“ weicht von der Formulierung „überblendet oder verändert“ in Art. 7b AVMD-Richtlinie ab. Zunächst fällt auf, dass der deutsche Gesetzgeber – im Gegensatz zum europäischen Richtliniengeber – das grundsätzliche Veränderungsverbot in § 80 Abs. 1 Nr. 1 MStV als einen vom Überlagerungs- und Skalierungsverbot getrennten Tatbestand regelt. Das belegt, dass bei „Überblendungen“ und „Skalierungen“ im Sinne des § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV – im Gegensatz zu „Veränderungen“ im Sinne von § 80 Abs. 1 Nr. 1 MStV – das angelieferte Signal nicht technisch oder inhaltlich verändert wird.⁷¹

Eine Definition der Begriffe „Überlagerung“ und „Skalierung“ findet sich weder im MStV noch in der Gesetzbeurteilung zu § 80 MStV. Den Begriff der „Überlagerung“ in § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV hat der deutsche Gesetzgeber wohl gleichbedeutend mit dem Begriff der „Überblendung“ in Art. 7b Abs. 1 AVMD-Richtlinie verwendet. Hierfür spricht, dass in den ersten nationalen Gesetzesvorschlägen noch der Begriff der „Überblendung“ verwendet wurde.⁷² Von dem Tatbestand der Überlagerung dürften daher grundsätzlich alle akustische oder visuelle Einblendungen erfasst sein, aufgrund derer das vom Nutzer wahrgenommene Angebot von dem vom Inhalteanbieter bereitgestellten Angebot abweicht.⁷³ Dabei kommt es entscheidend darauf an, dass das Signal unverändert im Hintergrund weiterläuft und durch die Überlagerung nur ganz oder teilweise unsichtbar oder anders sichtbar wird.

Bei einer Skalierung handelt es sich um eine Verkleinerung des vom Inhaltsanbieter bereitgestellten Angebots (z. B. im „Split-Screens“-Verfahren). Hierdurch soll Platz für die Anzeige weiterer (Dritt-)Inhalte geschaffen werden.

57 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 1 Rn. 78.

58 BT-Drs. 16/3078, 13; *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 9.

59 LT-Drs. Bay 18/7640, 81.

60 LT-Drs. Bay 18/7640, 81; *Holznel*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, RStV § 2 Rn. 26.

61 Zum Begriff „Anbieter rundfunkähnlicher Telemedien“ vgl. die Definition in § 2 Abs. 2 Nr. 18 MStV.

62 Zum Begriff „Telemedien“ vgl. die Definition in § 2 Abs. 1 S. 3 MStV.

63 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 96.

64 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 99.

65 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 99.

66 *Siara*, MMR 2020, 370, 373.

67 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 98.

68 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 96.

69 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 96, 100.

70 *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 2 Rn. 100.

71 Zum Veränderungsverbot gemäß § 80 Abs. 1 Nr. MStV vgl. LT-Drs. Bay 18/7640, 103 und *Gummer/Atamanczuk*, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 7-9.

72 Vgl. Synopse zum Diskussionsentwurf für einen „Medienstaatsvertrag“ der Rundfunkkommission der Länder vom Juli 2019 abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/MStV-E_Synopse_2019-07_Online_.pdf.

73 Hierfür spricht § 3 Abs. 2 der Satzung zur Konkretisierung der Bestimmungen des Medienstaatsvertrags über Medienplattformen und Benutzeroberflächen („MB-Satzung“).

4. Gegenstand des Überlagerungs- und Skalierungsverbots

Das Überlagerungs- und Skalierungsverbot gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV gilt nur für „Werbung, Inhalte(n) aus Rundfunkprogrammen oder rundfunkähnliche(n) Telemedien, einschließlich Empfehlungen oder Hinweisen hierauf“. Mit dieser Beschränkung trägt der deutsche Gesetzgeber Art. 7b Abs. 1 AVMD-Richtlinie Rechnung, wonach das dort bestimmte Überblendungs- und Veränderungsverbot auf „kommerzielle Zwecke“ zu beschränken ist. Dem entsprechend stellt die Gesetzesbegründung zu § 80 MStV klar, dass (nicht kommerzielle) Überlagerungen oder Skalierungen wie z. B. für Smart-Home-Anwendungen, individuelle Kommunikation und Bedienelemente der Benutzeroberfläche zulässig sind.⁷⁴ Aus Erwägungsgrund Nr. 26 AVMD-Richtlinie lässt sich schließen, dass mit solchen Bedienelementen z. B. Lautstärkereglern, Suchfunktionen, Navigationsmenüs oder Senderübersichten gemeint sind.⁷⁵

5. Zeitliche Anforderungen an die Überlagerung und Skalierung

Der Verbotstatbestand nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV erstreckt sich auf die Überlagerung und Skalierung von Rundfunkprogrammen und rundfunkähnlichen Telemedien „im Zuge ihrer Abbildung oder akustischen Wiedergabe“. Erfasst werden daher in erster Linie Überlagerungen und Skalierungen während der Wiedergabe des Rundfunkprogramms oder des rundfunkähnlichen Telemediums. Dem Schutzzweck von § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV entsprechend dürfen die Worte „im Zuge ihrer Abbildung oder akustischen Wiedergabe“ jedoch nicht rein technisch verstanden werden.⁷⁶ So soll insbesondere auch sog. „Pre-Roll“-Werbung, bei welcher die Überlagerung zeitlich unmittelbar nach Anwahl durch den Nutzer und vor Beginn des Rundfunkprogramms oder des rundfunkähnlichen Telemediums erfolgt, von § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV umfasst sein.⁷⁷

IV. Zulässige Überlagerungen und Skalierungen

1. Inanspruchnahme von Diensten der Individualkommunikation oder im Einzelfall durch den Nutzer veranlasst

Gemäß § 80 Abs. 2 S. 2 MStV sind „Überlagerungen oder Skalierungen [...] zum Zweck der Inanspruchnahme von Diensten der Individualkommunikation oder wenn sie durch den Nutzer im Einzelfall veranlasst sind“ grundsätzlich zulässig. Damit ist der deutsche Gesetzgeber der Vorgabe in Art. 7b Abs. 2 AVMD-Richtlinie nachgekommen, zur „Wahrung der berechtigten Interessen der Nutzer“ Ausnahmebestimmungen vom Überblendungs- und Veränderungsverbot zu schaffen.

Mit „Dienste der Individualkommunikation“ dürften insbesondere Chat-Programme und vergleichbare Nachrichtendienste gemeint sein, durch welche die vom Nutzer empfangenen Inhalte überblendet werden.

Als Fallbeispiel für „durch den Nutzer im Einzelfall“ veranlasste Überlagerungen nennt die Gesetzesbegründung „Überlagerung im Rahmen der Menüsteuerung“.⁷⁸ Da die bloße Überlagerung durch die Menüsteuerung bereits nicht unter den Verbotstatbestand des § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV fällt,⁷⁹ meint die Gesetzesbegründung wohl Fälle, in denen neben der Menüsteuerung noch eine zusätzliche grundsätzlich verbotene Überlagerung hinzutritt. Nicht im Einzelfall veranlasst sind generelle Einwilligungen

des Nutzers (z. B. im Rahmen von Voreinstellungen) in Überlagerungen, die anschließend durch den Anbieter der Benutzeroberfläche oder Medienplattform gesteuert werden ohne dass der Nutzer hierauf noch Einfluss nehmen kann.⁸⁰

Grundsätzlich sind an die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Verlassung im Einzelfall hohe Anforderungen zu stellen, damit die Ausnahmeregelung in § 80 Abs. 2 S. 2 MStV nicht zu einer Aushöhlung des Schutzzwecks des § 80 Abs. 1 Nr. 2 MStV führt.⁸¹ Eine vom Nutzer im Einzelfall veranlasste Entscheidung zur Überlagerung und Skalierung wird daher regelmäßig nur dann vorliegen, wenn er diese Entscheidung mit einer eindeutigen Handlung, freiwillig, unmissverständlich und für eine konkrete Nutzungssituation kundgetan hat.⁸² Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Nutzer entsprechend gekennzeichnete visuelle oder akustische Bedienelemente zum Auslösen der Überblendung oder Skalierung verwendet.⁸³ Eine Veranlassung des Nutzers im Einzelfall liegt jedenfalls dann vor, wenn der Nutzer mit der Fernbedienung gezielt eine Menükachel ansteuert und diese anklickt, um die Überlagerung oder Skalierung auszulösen. Ob der bloße „scroll over“ eine Verlassung des Nutzers im Einzelfall im Sinne des § 80 Abs. 2 S. 2 MStV darstellt, wird von der Gestaltung des Menübandes im Einzelfall abhängen. Jedenfalls dann, wenn der Nutzer die jeweilige Kachel erst gezielt ansteuern muss, dürfte eine Veranlassung im Einzelfall zu bejahen sein.

2. Überlagerungen und Skalierungen zum Zwecke der Werbung

Auch bei einer Einzelfallveranlassung durch den Nutzer sind Überlagerungen und Skalierungen „zum Zweck der Werbung“ im Grundsatz unzulässig (vgl. § 80 Abs. 2 S. 3 MStV). Die Gesetzesbegründung stellt aber klar, dass der Gesetzgeber damit kein gänzlich Werbeverbot statuieren wollte. Dort heißt es, dass auch im Fall einer Veranlassung im Einzelfall durch den Nutzer keine Überlagerungen erfolgen dürfen, „die *allein* dem Zweck der Werbung dienen.“⁸⁴ (Hervorhebung durch die Autoren)

Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass Überlagerungen und Skalierungen zulässig sein können, wenn diese auch – jedoch nicht „allein“ – Werbezwecken dienen. Ebendies indiziert auch die Regelung § 80 Abs. 3 MStV. Aus dem dortigen Hinweis auf die Ausnahme in „den Fällen des Absatzes 2 S. 2“ ergibt sich jedenfalls, dass Werbung im Rahmen der Individualkommunikation oder neben der Menüführung stattfinden darf.⁸⁵ In welchem Maße Werbung – beispielsweise neben Bedienelementen auf der Benutzeroberfläche zulässig ist – lässt sich weder aus dem Zusammenhang der Regelungen des § 80 MStV

74 LT-Drs. Bay 18/7640, 103.

75 Mit Blick auf Erwägungsgrund Nr. 26 der AVMD-Richtlinie sind darüber hinaus „Warnhinweise, Informationen von öffentlichem Interesse, Untertitel oder Überblendungen mit kommerzieller Kommunikation, die vom Mediendiensteanbietern bereitgestellt werden“ ebenfalls zulässig.

76 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 11.

77 Vgl. § 3 Abs. 2 MB-Satzung; Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 11.

78 LT-Drs. Bay 18/7640, 103.

79 Vgl. oben Ziff. III. 4.

80 LT-Drs. Bay 18/7640, 103.

81 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 22.

82 § 3 Abs. 3 MB-Satzung; Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 22.

83 § 3 Abs. 3 MB-Satzung.

84 LT-Drs. Bay 18/7640, 103.

85 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 29, 23.

noch aus der Gesetzesbegründung herleiten.⁸⁶ Der Gesetzgeber trifft über den zulässigen räumlichen, zeitlichen und gestalterischen Umfang von Werbung daher keine Aussage. Auch die am 15. 4. 2021 in Kraft getretene Satzung zur Durchführung der Werbevorschriften des Medienstaatsvertrags enthält keine Regelung, die bei der Auslegung von § 80 Abs. 2 S. 3 MStV hilft.

Die Gesetzesbegründung sieht zwar nur dann ein Verbot von durch den Nutzer im Einzelfall veranlassten Überlagerungen vor, wenn diese „allein“ und somit ausschließlich zu Werbezwecken erfolgt. Daraus lässt sich jedoch nicht der Rückschluss ziehen, dass Überlagerungen, die nicht ausschließlich zu Werbezwecken erfolgen, generell vollumfänglich zulässig sind. Ansonsten wären werbliche Überlagerungen, welche die von § 80 Abs. 2 S. 2 MStV statuierten Voraussetzungen erfüllen, stets zulässig, da diese jedenfalls nicht ausschließlich zu Werbezwecken erfolgen. § 80 Abs. 2 S. 3 MStV hätte somit keinen Anwendungsbereich.

Um den zulässigen Umfang einer vom Nutzer im Einzelfall veranlassten werblichen Überlagerung oder Skalierung zu bestimmen, bedarf es vielmehr in jedem Einzelfall einer Abwägung der gegenläufigen Interessen der Inhalteanbieter, der Nutzer und der Anbieter der Plattformen oder Benutzeroberflächen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Vor dem Hintergrund der zu Art. 7b AVMD-Richtlinie herausgearbeiteten Interessenlagen und Abwägungsgrundsätze⁸⁷ gilt Folgendes:

- Zugunsten der von der Überlagerung betroffenen Inhalteanbieter ist deren Interesse am Schutz vor einer Verschiebung der Kommerzialisierungsmöglichkeiten der von ihnen produzierten Inhalte auf Dritte zu berücksichtigen. Dem Interesse des Inhalteanbieters am Schutz seiner „redaktionellen Verantwortung“ kommt hingegen keine Bedeutung zu, da die Veränderung des Inhalts durch die Überlagerung erst nach Ankunft beim Nutzer auf dessen Veranlassung eintritt.
- Zugunsten des Nutzers ist sein Interesse an seiner Nutzerautonomie zu berücksichtigen. Er soll grundsätzlich die Möglichkeit haben, selbstständig darüber zu entscheiden, wie er Inhalte im Rahmen der durch seine Infrastruktur gebotenen Möglichkeiten wahrnimmt. Hierzu zählt auch das Recht des Nutzers autonom darüber zu entscheiden, in welchem Umfang er Werbung wahrnehmen will.
- Zugunsten der Anbieter von Medienplattformen oder Benutzeroberflächen ist deren Recht auf Dienstleistungs- bzw. Werbefreiheit zu berücksichtigen.

All diese vorgenannten Stakeholder-Interessen müssen in jedem Einzelfall unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abgewogen werden.⁸⁸ Bei dieser Abwägung sind die vom EuGH im Rahmen seiner „ARD/ProSieben“-Entscheidung⁸⁹ aufgestellten Grundsätze zu beachten, wonach Vorschriften, welche die Dienstleistungsfreiheit einschränken, die unklar und nicht eindeutig formuliert sind, eng auszulegen sind.⁹⁰ Da das Überlagerungs- und Skalierungsverbot zu werblichen Zwecken die Dienstleistungsfreiheit der Medienplattform- und Benutzeroberflächenanbieter einschränkt, sind diese Beschränkungen zu deren Gunsten im Zweifel eng auszulegen.

3. Programmhinweise und -empfehlungen

Nicht von der Rückausnahmeregelung des § 80 Abs. 2 S. 3 MStV umfasst sind „Empfehlungen oder Hinweise auf Inhalte von Rundfunkprogrammen oder rundfunkähnliche

Telemedien“. Mit solchen Empfehlungen oder Hinweisen können Inhalte daher stets aufgrund der Einzelfallveranlassung des Nutzers überblendet oder zu diesem Zweck skaliert werden. Damit sind Überlagerungen und Skalierungen mit denen die Inhalte von Rundfunkprogrammen oder rundfunkähnliche Telemedien⁹¹ beworben werden auch dann stets zulässig, wenn diese Werbung ihren ausschließlichen Zweck darstellt.

V. Voraussichtliche Auslegung der ZAK und Bewertung

Nachdem die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit von werblichen Überlagerungen auf Medienplattformen und Benutzeroberflächen erörtert wurden, soll abschließend die voraussichtliche Auslegung durch die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) der Landesmedienanstalten zu deren Zulässigkeit anhand von Beispielfällen dargestellt und bewertet werden. Die nachfolgend dargestellte voraussichtliche Auslegung durch die ZAK beruht auf einer Abstimmung der Autoren mit der LPR Hessen Anfang 2021 und spiegelt die zu diesem Zeitpunkt nach dem Verständnis der Autoren aktuelle Einschätzung der Auslegung der Rechtslage durch den zuständigen Fachausschuss der ZAK und der Prüfgruppe der ZAK wieder. Die hier dargestellte voraussichtliche Auslegung durch die ZAK ist ausdrücklich unverbindlich und bisher durch die ZAK nicht bestätigt worden.

1. Werbliche Überlagerungen im Rahmen des Menübandes

Eine typische Darstellung eines Menübandes auf einer Smart-TV-Benutzeroberfläche kann so aussehen, dass nach dem Drücken auf die entsprechende Taste der Fernbedienung im unteren Bereich des Bildschirms ein Band mit Bedienkacheln eingeblendet wird. Diese Kacheln bieten dem Nutzer Zugang zu weiterführenden Einstellungsoptionen, aber auch zu Content-Apps (Programmempfehlungen und -hinweise i. S. v. § 80 Abs. 2 S. 3 MStV). Es liegt nahe, diese Kacheln auch als Einstieg für Werbinhalte zu nutzen:



86 Gummer/Atamanczuk, in: Gersdorf/Paal (Fn. 2), MStV § 80 Rn. 24.

87 Vgl. oben Ziff. II. 2.

88 Vgl. auch LT Drs. SH 19/2177.

89 EuGH, 26. 10. 1999 – C-6/98, K&R 1999, 562 ff. = GRUR Int. 2000, 266 – ARD/Pro Sieben.

90 EuGH, 26. 10. 1999 – C-6/98, K&R 1999, 562 ff. = GRUR Int. 2000, 266 Rn. 29 f. – ARD/Pro Sieben.

91 Zum Begriff des Rundfunks und der rundfunkähnlichen Telemedien vgl. oben Ziff. 2.

a) Voraussichtliche Auslegung durch die ZAK

Nach voraussichtlicher Auslegung der ZAK sind derartige durch den Nutzer veranlasste werbliche Überlagerungen, die nicht (räumlich) über das Menüband hinausgehen, zulässig, weil die Nutzerinteraktion nicht ausschließlich zu Werbezwecken erfolgte. Anzahl und Darstellung (z. B. Größe) der Werbekacheln darf jedoch nicht ein solches Ausmaß annehmen, dass der eigentliche Zweck des Menüaufrufs (Wechsel zwischen Content-Apps oder Zugriff auf die Einstellungen des Smart-TVs) in den Hintergrund gerückt wird.

b) Bewertung

Die voraussichtliche Auslegung durch die ZAK erscheint überzeugend. Einzelne Werbekacheln innerhalb eines überlagernden Menübandes müssen zulässig sein. In diesen Fällen werden die Interessen der Inhalteanbieter nur unwesentlich beeinträchtigt, da der jeweilige Inhalt sowie so durch das Menüband überblendet wird. Die Interessen der Nutzer an ihrer Nutzerautonomie und die Interessen der Anbieter der Smart-TV-Hersteller, werbliche Überlagerungen einzublenden, überwiegen daher in diesen Fällen die Interessen der Inhalteanbieter.

2. Über Kacheln hinausgehende Menübänder

Anzutreffen sind derzeit auch breitere Menübänder, die zusätzlich zu einer Kachelleiste auch eine Fläche oberhalb der Kachelleiste vorsehen, auf der eine Vorschau zu den weiterführenden Inhalten eingeblendet wird. Auch dieser Vorschaubereich bietet sich für werbliche Inhalte an und wird bei den derzeit zu beobachtenden Smart-TV-Benutzeroberflächen entweder gleichzeitig mit der Kachelleiste oder erst nach Klick auf die jeweilige Kachel eingeblendet.



a) Voraussichtliche Auslegung durch die ZAK

Nach voraussichtlicher Auslegung der ZAK ist eine solche vergrößerte Darstellung des Werbeinhalts, die über das Menüband hinausgeht, jedenfalls dann unzulässig, wenn der Vorschaubereich erst erscheint, nachdem die Werbekachel durch den Benutzer ausgewählt wird. Dabei sei es unerheblich, ob die Vergrößerung z. B. durch Scrollen über die Kacheln automatisch passiert, oder ob der Nutzer die Werbekachel selbst aktiv anwählt. Werbung dürfe im Zuge der Überlagerung jedenfalls nicht vordergründig vorkommen. Mit der Fragestellung, wie eine fest integrierte Vorschaufläche zu bewerten ist, hat sich die ZAK, soweit ersichtlich, noch nicht beschäftigt.

b) Bewertung

Es sprechen gute Gründe dafür, eine solche werbliche Überlagerung jedenfalls dann für zulässig zu erachten, wenn die Vorschaufläche fest mit der Kachelleiste verbunden ist. Denn in diesem Fall kommt es bei der Auswahl der Werbekachel nicht zu einer eigenständigen Überlagerung, vielmehr wird die bereits zulässig überlagerte Vorschaufläche nach der erneuten Nutzerinteraktion mit werblichen Inhalten befüllt. Es findet also nach Auswahl der Werbekachel keine neue Überlagerung statt, die ausschließlich Werbezwecken gilt.

Selbst dann, wenn die Vorschaufläche erst nach aktivem Klick auf die Werbekachel erscheint, spricht vieles für die Vereinbarkeit mit § 80 MStV. Denn in diesem Fall trifft der Nutzer in einem zweistufigen Prozess die Entscheidung, dass er die jeweilige Werbung sehen will. Diese autonome Entscheidung darf ihm nicht verwehrt werden. Einen Grundsatz, wonach im Zuge einer Überlagerung Werbung nicht vordergründig vorkommen dürfe, kann man aus § 80 MStV und den Materialien nicht herauslesen. Auch die Interessen der Hersteller der Smart-TVs sprechen für die Zulässigkeit einer solchen werblichen Vorschau, weil die Freiheit bei der Gestaltung von Benutzeroberflächen ansonsten stark eingeschränkt würde. Das in die Dienstleistungsfreiheit des Smart-TV-Herstellers eingreifende Überlagerungsverbot ist eng auszulegen, so dass den Smart-TV Herstellern hier ein erhebliches Maß an Gestaltungsfreiheit bleibt.

3. Vollständiger Austausch des Programminhalts

Die Integration des eigentlichen werblichen Inhalts erfolgt nach aktivem Klick auf die Werbekachel in der Praxis typischerweise so, dass der komplette Bildschirminhalt und die Audiospur ausgetauscht werden. Statt des ursprünglichen Inhalts sieht (und hört) der Nutzer dann beispielsweise Inhalte eine Microsite des werbenden Unternehmens oder ein Vollbild-Video. Üblich ist dabei, dass eine Rückkehr zum vorherigen Programminhalt einen aktiven Klick auf ein Bedienelement (z. B. „Zurück“- Button) erfordert. Denkbar ist aber auch eine automatische Rückkehr, beispielsweise nachdem ein eingespielter Werbespot endet:



a) Voraussichtliche Auslegung durch die ZAK

Nach der voraussichtlichen Auslegung durch die ZAK ist ein vollständiger Austausch des Bildschirminhalts mit einem werblichen Inhalt zulässig, wenn keine automatische Rückkehr zum Programm erfolgt. Darin liege eine

Beendigung des vorhergehenden Programms und nicht eine Überlagerung. Dagegen sei im Fall einer automatischen Rückkehr zum Programm von einer unzulässigen, weil ausschließlich werblichen, Überlagerung auszugehen.

b) Bewertung

Die voraussichtliche Auslegung durch die ZAK hat den Vorteil, dass sie praxistauglich ist und den Anbietern von Benutzeroberflächen nicht viel abverlangt. Allerdings spannt sie das Verständnis des Begriffs der Überlagerung sehr weit, weil der Begriff nicht nur in seiner räumlichen Komponente, sondern im Sinne eines Ablaufs verstanden wird. Das führt zu der Fiktion, dass das ursprüngliche Programm auch bei komplettem Bild- und Tonaustausch noch weiterläuft und erst bei dem Ende des werblichen Inhalts feststeht, ob das Ursprungsprogramm beendet ist. Dafür geben § 80 MStV und die Materialien nichts her. Hinzu kommt auch, dass die Vollbilddarstellung von Werbung zwingend möglich sein muss, weil eine Beschränkung auf Werbung in Kachelgröße mit den berechtigten Interessen von Smart-TV Herstellern, werbenden Unternehmen und Nutzern unvereinbar wäre. Vor diesem Hin-

tergrund ist die voraussichtliche Auslegung der ZAK zwar praxisgerecht, aber nicht zwingend.

VI. Fazit

Vor dem Hintergrund fehlender Praxiserfahrung und auch der schnellen Veränderung, der die Gestaltung von Benutzeroberflächen unterworfen ist, kann die dargestellte voraussichtliche Auslegung durch die ZAK nur einen ersten Anhaltspunkt dafür liefern, wie das Inventar der Smart-TV Hersteller mittel- und langfristig vermarktet werden kann. Damit ist zugleich gesagt, dass neuen Darstellungsformen kein Riegel vorgeschoben ist. Es wird vielmehr in Zukunft darauf ankommen, im Rahmen der Interessenabwägung die konkrete Geometrie und Funktionsweise der Benutzeroberfläche zu berücksichtigen. In welchem Umfang werbliche Überlagerungen zulässig sind, muss dann in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen der Inhalteanbieter, der Nutzer und der Smart-TV-Hersteller unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geprüft werden. Im Zweifel ist das Überlagerungsverbot zu Gunsten der Anbieter von Smart-TV-Benutzeroberflächen eng auszulegen.

RA Dr. Alexander R. Klett, LL.M. (Iowa) und RAin Julia Hoeren*

Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2020

Kurz und Knapp

Im Anschluss an den Beitrag zur Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2019 in K&R 2020, 493 ff. beleuchtet dieser Beitrag die Entwicklung des Urheberrechts von Juni 2020 bis Mitte Juni 2021.

I. Einführung

Während das Jahr 2020 im Bereich urheberrechtlicher Gesetzgebung national vor allem durch Debatten geprägt war, trat im Juni dieses Jahres die größte Urheberrechtsnovelle seit 20 Jahren in Kraft. Die Gesetzgebung im aktuellen Berichtszeitraum war damit hauptsächlich bestimmt von der Umsetzung der Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (EU) 2019/790 („DSM-Richtlinie“) in deutsches Recht. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die maßgeblichen Regelungen der Reform.

Weiterhin ist über eine Vielzahl an relevanten Entscheidungen aus der Rechtsprechung zu berichten. Dabei werden die für das Urheberrecht bedeutsamen Entscheidungen des EuGH und des BGH sowie der nationalen Instanzgerichte im Berichtszeitraum beleuchtet. Die behandelten Entscheidungen thematisieren ein sehr weites Feld, betreffen jedoch gehäuft Fragen zum urheberrechtlichen Werkbegriff, zur öffentlichen Wiedergabe und zur Störerhaftung. Hervorzuheben sind zudem drei mit Spannung erwarteten Entscheidungen des BGH zu gesetzlich erlaubten Nutzungen.

II. Gesetzgebung

Der nationale Gesetzgeber sah sich 2020 und 2021 in der Pflicht, einige europäische Vorgaben in ein nationales Gewand zu kleiden. So setzte er die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (EU) 2018/1808 („AVMD-Richtlinie“) im Medienstaatsvertrag um, und brachte mit der Umsetzung der RL (EU) 2019/789 („Online-Sat-Cab-Richtlinie“) und vor allem der DSM-Richtlinie eine umfassende Urheberrechtsnovelle auf den Weg.

Diese Reform erfolgte durch das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes,¹ das in großen Teilen seit dem 7. 6. 2021 in Kraft ist. Das neue Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG) tritt am 1. 8. 2021 in Kraft.

1. Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG)

Mit dem neu eingeführten Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz regelt der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen und setzt damit Art. 17 der DSM-Richtlinie um.

Eine solch gesonderte Regel war geboten, da der bislang geltende Rechtsrahmen nach Auffassung des Gesetz-/Richtliniengabers nur unzureichend die Realität von Upload-Plattformen wie YouTube abbildete. Bei diesen soll es sich weder um klassische Host-Provider mit Haftungs-

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XVI.

¹ Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 31. 5. 2021, BGBl. I 1204.