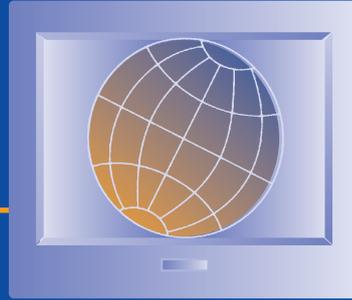


Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

6
K&R

Editorial: „Der Teufel steckt in den Umsetzungs-Details“
Prof. Dr. Kerstin Liesem

- 361 Ein Jahr DSGVO – Was bisher geschah
Dr. Thomas Nägele, Dr. Simon Apel, Alexander Stolz und Timo Bosman
- 367 One Year After – Geoblocking-Verordnung:
Fragen und Schnittstellen
Dr. Martin Rothermel und Wolfgang Schulz
- 373 Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2018
Dr. Christian Volkmann
- 377 Rundfunk ist ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst
Prof. Roland Bornemann
- 380 Zur straf- und jugendschutzrechtlichen Zulässigkeit
von NS-Symbolik im Mehrspielermodus · *Raphael Wager*
- 386 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 388 BGH: Kein Löschananspruch gegen Altmeldung zu Strafverfahren
nach 20 Jahren
- 393 BGH: Das beste Netz: Keine Herabsetzung durch humorvollen
Werbevergleich
- 402 BGH: Deutschland-Kombi: Wettbewerbsverstoß durch Vermarktung
von Hörfunkwerbezeiten möglich
- 408 OLG Köln: Unzulässiger Preisvergleich bei Versicherungsportal
- 414 KG Berlin: Unzureichende Datenschutzerklärung und AGB-Verstöße
bei Anbieter von Online-Diensten
- 426 LG München I: Kein Verstoß gegen Kennzeichnungspflichten
durch Influencer-Posts
- 429 VG Ansbach: Kein Anspruch auf Urteilsübersendung mit
minimalen Schwärzungen
mit Kommentar von *Martin W. Huff*

22. Jahrgang

Juni 2019

Seiten 361 – 432

der eigentliche Inhalt des in dem Snippet zusammengefassten Beitrags in einer kritischen Auseinandersetzung darüber, dass Sexualstraftäter frei herumliefen, während bei dem Straftäter eines Vermögensdeliktes, der in dem Text namentlich benannt wurde, Sicherungsverwahrung angeordnet worden sei. Die Besonderheit des konkreten Snippets lag nunmehr darin, dass der persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalt erst durch den Snippet zustande kam und den Straftäter eines Vermögensdeliktes als Sexualstraftäter erscheinen ließ. Es gab damit gar keinen fremden Rechtsverstoß auf der von der Suchmaschine gefundenen Seite, für die der Suchmaschinenbetreiber als mittelbarer Störer haften konnte. Damit fehlte es an einem Rechtsverstoß durch einen fremden Inhalt, der dem Suchmaschinenbetreiber hätte zugerechnet werden können. Der Senat kam zu Recht gleichwohl zu einem Unterlassungsanspruch gegen den Suchmaschinenbetreiber, da er diesen als unmittelbaren Störer ansah und damit eine eigene Rechtsverletzung des Suchmaschinenbetreibers konstatierte.³⁴

VII. Wikipedia

Die Betreiberin der Online-Enzyklopädie Wikipedia haftet nach Auffassung des LG Berlin für den rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch einen Beitrag über diesen als mittelbare Störerin nach den Grundsätzen der Entscheidung „Blog-Eintrag“ des BGH.³⁵ In dem konkreten Fall hatte der Betroffene die Betreiberin zunächst per E-Mail, spätestens jedenfalls mit der Klageschrift in ausreichende Kenntnis von der Rechtsverletzung gesetzt, ohne dass die Inhalte von der Webseite entfernt wurden.

Eine gute Nachricht für Wikipedia soll an dieser Stelle aber nicht unerwähnt bleiben: Gem. Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt sind Anbieter von Diensten im Sinne der Richtlinie, etwa nicht gewinnorientierte Online-Enzyklopädien, keine „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ im Sinne dieser Richtlinie und damit von den Upload-Filtern nicht betroffen.

VIII. Ärztebewertungsportal

Wirtschaftliche Interessen standen auch im Vordergrund der letzten Entscheidung des BGH zur Haftung der Ärzte-

bewertungsplattform *jameda*. Der BGH fasste in seiner Entscheidung die eigene Rechtsprechung umfassend zusammen und blieb bei dem Grundsatz, dass es ein Arzt grundsätzlich dulden müsse, auf einem Bewertungsportal öffentlich bewertet zu werden.³⁶

Der Senat setzte hier aber eine Grenze zugunsten von Ärzten, die bei *jameda* nicht zu den zahlenden Kunden gehören, und kam zugunsten von diesen im Rahmen der Interessenabwägung zu einem Lösungsanspruch aus §§ 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG (a. F.). Die Besonderheit liegt dabei darin, dass Ärzte, die als Premiumkunden Zahlungen an das Portal leisten, auf den Basisprofilseiten von bewerteten Ärzten Werbung für ihre eigenen Dienstleistungen schalten können. Auf diese Weise würden – so der BGH zu Recht – nicht zahlende Ärzte dazu gebracht, ein kostenpflichtiges Profil anzulegen, um nicht gegenüber den zahlenden Ärzten einen Wettbewerbsnachteil zu erleiden. Dadurch profitiert *jameda* von den mit der Werbung zahlender Ärzte einhergehenden Nachteilen nicht zahlender Ärzte und verlässt die neutrale Stellung des reinen Vermittlers von Informationen über die gelisteten Ärzte.³⁷

IX. Ausblick

Die Auswirkungen der Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt werden nicht nur die nationalen Parlamente bei der Umsetzung der Richtlinie, sondern auch die Gerichte auf Jahre beschäftigen. Daher dürfte eine ereignisreiche Entwicklung vor der Providerhaftung liegen. Unerwähnt bleiben sollen an dieser Stelle aber nicht die mit Spannung zu erwartenden Entscheidungen des EuGH auf die Vorabentscheidungsfragen des BGH zu YouTube und Uploaded und deren Auswirkungen auf die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Providerhaftung.

34 OLG Köln, 25. 1. 2018 – 15 U 56/17, K&R 2018, 330, 333 f.

35 LG Berlin, 28. 8. 2018 – 27 O 12/17, K&R 2018 61, 63.

36 BGH, 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17, K&R 2018, 398, 403.

37 BGH, 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17, K&R 2018, 398, 403.

Prof. Roland Bornemann, München*

Rundfunk ist ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst

Zugleich Kommentar zu OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 2. 4. 2019 – 11 S 72.18, K&R 2019, 358 ff. (Heft 5)

I. Die Entwicklung des Rundfunkbegriffs

Vor rund zehn Jahren, genauer: am 18. 12. 2008 unterschrieben die Ministerpräsidenten der Länder und die Bürgermeister der Stadtstaaten den Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag.¹ Mit diesem Staatsvertrag wurde der „alte“ Rundfunkbegriff, den der erste gesamt-

deutsche Rundfunkstaatsvertrag im wiedervereinigten Deutschland am 31. 8. 1991 aus dem Rundfunkgebühren-

* Der Verfasser ist Justiziar der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien und Honorarprofessor am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 BayGVBl. 2009, 193.

staatsvertrag vom 5. 12. 1974 übernommen hatte, durch einen neuen Rundfunkbegriff abgelöst.² Den Rundfunkbegriff von 1974 hatten die Länder aus der Rechtsprechung des BVerfG zur Rundfunkfreiheit entwickelt. Der neue Rundfunkbegriff lehnt sich bewusst an die Unterscheidung zwischen linearen und nichtlinearen audiovisuellen Mediendiensten in der AVMD-Richtlinie an, ohne dass hierzu eine rechtliche Verpflichtung bestanden hätte.³

Die Landesmedienanstalten warnten vergeblich davor, den Rundfunkbegriff anhand technischer Merkmale wie Linearität und Nicht-Linearität festzumachen. Die Kontroversen um den Rundfunkbegriff sind in den letzten zehn Jahren nicht verstummt. Im Gegenteil ist die Kritik im Zuge fortschreitender technischer Entwicklungen lauter geworden: Zwischenzeitlich kann jeder erkennen, dass die unterschiedlichen Regelungsregime für lineare und nichtlineare Medienangebote nicht sachgerecht sind. Die Einigkeit in der Problemerkennung hat noch zu keiner Einigkeit in einem Lösungsansatz geführt. Die Lösung lässt weiter auf sich warten. Der Entwurf eines Medienstaatsvertrags, der in der Öffentlichkeit bekannt wurde, sieht eine Änderung des Rundfunkbegriffs nicht vor. Es bleibt zu hoffen, dass sich das nach der Verarbeitung der Ergebnisse aus den Anhörungen noch ändert.

Bis dahin muss die Praxis mit dem geltenden Recht leben. Die Landesmedienanstalten sind so gut wie die Gerichte verpflichtet es anzuwenden. Auch wenn es vielen nicht gefällt.

II. Der rechtliche Befund

1. Begriffsdefinition und Ausnahmeregelungen

Rundfunk ist ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst. So lautet die Definition in § 2 Abs. 1 S. 1 des Rundfunkstaatsvertrags (RStV). Das stimmt nicht ganz, denn § 2 Abs. 3 RStV nimmt fünf Konstellationen aus dem Rundfunkbegriff aus: 1. sollen lineare Informations- und Kommunikationsdienste dann kein Rundfunk sein, wenn sie jedenfalls weniger als 500 potenziellen Nutzern zum zeitgleichen Empfang angeboten werden, 2. zur unmittelbaren Wiedergabe aus Speichern von Empfangsgeräten bestimmt sind, 3. ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen, 4. nicht journalistisch-redaktionell gestaltet sind oder 5. aus Sendungen bestehen, die jeweils gegen Einzelentgelt freigeschaltet werden, so genannte Pay-per-View-Angebote.

Nicht in der Ausnahmebestimmung, sondern in einem erläuternden zweiten Halbsatz zur Rundfunkdefinition findet sich eine weitere Ausnahme: Telezeitungen, die aus Text oder Text und Standbildern bestehen, gehören nicht zum Rundfunk, denn die Definition beschränkt ihn auf „Bewegtbild oder Ton“. Dass die Individualkommunikation nicht zum Rundfunk gehört, der eine besondere Regelung als Massenmedium erfährt, ergibt sich aus der Erläuterung, dass der Rundfunkbegriff nur solche linearen Informations- und Kommunikationsdienste umschließt, die für die Allgemeinheit bestimmt sind. Die weiteren Merkmale der Erläuterung dienen der Beschreibung der Linearität. Das gilt sowohl für die „Benutzung elektromagnetischer Schwingungen“, die jedwede funktechnische Verbreitung erfassen soll, wie auch für den zeitgleichen Empfang „entlang eines Sendeplans“,⁴ einer Formulierung, die

sinngemäß, aber nicht wortgleich aus der EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) entnommen ist.

2. Europarechtliche Bezüge

Die AVMD-Richtlinie sieht eine strenge Zweiteilung zwischen linearen audiovisuellen Mediendiensten und nichtlinearen audiovisuellen Mediendiensten vor. Der lineare audiovisuelle Mediendienst heißt in Art. 1 Abs. 1 lit. e der AVMD-Richtlinie „Fernsehprogramm“. Er wird beschrieben als audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendienstanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans bereitgestellt wird. Der nichtlineare audiovisuelle Mediendienst heißt in Art. 1 Abs. 1 lit. g AVMD-Richtlinie „audiovisueller Mediendienst auf Abruf“. Er wird beschrieben als audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendienstanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendienstanbieter festgelegten Programm katalog bereitgestellt wird.

Der lineare audiovisuelle Mediendienst ist nicht durch den möglichen zeitgleichen Empfang, sondern durch den notwendigen zeitgleichen Empfang, der durch den Sendeplan des Mediendienstanbieters fixiert ist, gekennzeichnet und vom Abrufdienst abgegrenzt. Denn der Abrufdienst ist begrifflich nicht auf den Einzelabruf beschränkt. Auch ein massenhafter zeitgleicher Abruf bleibt Abruf im Sinn der europarechtlichen Definition des nichtlinearen audiovisuellen Mediendienstes. Beim Abrufdienst ist zeitgleicher Empfang grundsätzlich möglich. Er kommt bei massenhaftem Zugriff entweder zufällig oder durch Verabredung der Nutzer, aber nicht auf Grundlage eines Sendeplans des Mediendienstanbieters zu Stande. Beim linearen audiovisuellen Mediendienst ist es umgekehrt: Hier ist aufgrund der Zeitvorgabe durch den Sendeplan des Mediendienstanbieters die Empfangsmöglichkeit auf den zeitgleichen Empfang beschränkt. Erst in der Kombination zeitgleicher Empfang und Sendeplan wird Linearität eindeutig beschrieben.

Die AVMD-Richtlinie macht unterschiedliche Vorgaben für Werbung einerseits in linearen und andererseits in nichtlinearen audiovisuellen Mediendiensten; die Regeln für lineare Dienste sind umfangreicher und strenger (Art. 19 bis 25 AVMD-Richtlinie). Die nationalen Gesetzgeber sind europarechtlich verpflichtet, das Werberecht in ihrem Zuständigkeitsbereich für audiovisuelle Mediendienste an die Regeln der AVMD-Richtlinie anzupassen, soweit die Richtlinie keine Ausnahme – wie z. B. für ausschließlich einzelstaatliche Fernsehprogramme (Art. 26 AVMD-RL) – vorsieht.

3. Europarechtskonformität der rundfunkstaatsvertraglichen Werbevorschriften

Die deutschen Rundfunkgesetzgeber haben die Geltung des Werberechtsregimes für lineare Dienste grundsätzlich am Rundfunkbegriff festgemacht, mit dem nach nationalem Recht die Zulassungspflicht verknüpft ist (§ 20 Abs. 1

2 Zur Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Rundfunkbegriffs s. Bornemann, MedienWirtschaft 2015, 30 f.

3 Bornemann, ZUM 2018, 401, 403 f.

4 Zutreffend Schulz, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 2 Rn. 42.

S. 1 RStV). Eine Ausnahme gilt für Angebote, die aus Sendungen bestehen, die jeweils gegen Einzelentgelt freigeschaltet werden; sie sind nach § 2 Abs. 3 Nr. 5 RStV aus dem Rundfunkbegriff ausgenommen und werden vom Rundfunkstaatsvertrag deshalb als Telemedien behandelt (§ 2 Abs. 1 S. 3 RStV). Da diese linearen Dienste aber europarechtlich gesehen „Fernsehprogramme“ im Sinn der AVMD-Richtlinie sind, würde sich der nationale Gesetzgeber europarechtswidrig verhalten, wenn solche Angebote, die zwar linear verbreitet werden, aber qua Ausnahmebestimmung in § 2 Abs. 3 Nr. 5 RStV dennoch als Telemedien qualifiziert werden, lediglich dem eingeschränkten Werberegime für Telemedien unterliegen.⁵ Damit dies nicht passiert, hat der Rundfunkgesetzgeber in § 58 Abs. 3 S. 2 RStV für solche linearen Angebote die „zusätzliche“ Geltung der §§ 4 bis 6, 7 a und 45 des Rundfunkstaatsvertrags angeordnet. Durch Verwendung des Wortes „zusätzlich“ soll offenbar ausgedrückt werden, dass die Anordnung der entsprechenden Geltung der §§ 7 und 8 RStV gemäß § 58 Abs. 3 S. 1 RStV inkludiert ist, obwohl dieser seinem Wortlaut nach nur für Abrufdienste gilt und lineares Pay-per-View gerade kein Abrufdienst ist.

III. Die Rechtspraxis

Wenn nun die Landesmedienanstalten oder Gerichte (Normanwender) mit einer abweichenden Interpretation des Sendeplanbegriffs lineare Dienste aus dem Rundfunkbegriff herausdefinieren würden, um so der – als unpassend empfundenen – Zulassungspflicht zu entgehen, würden sie damit unweigerlich europarechtswidrige Zustände erzeugen, weil das für Telemedien geltende deutsche Werberegime den europarechtlichen Vorgaben für lineare audiovisuelle Mediendienste nicht genügt.⁶ Nur der Normgeber kann Abhilfe schaffen.⁷ Der Normanwender ist rechtlich gebunden und hat das nationale Recht in europarechtskonformer Interpretation anzuwenden.

Ob der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV verwendete Begriff des „Sendeplans“ möglicherweise eine andere Betrachtung nahelegt, ist für das gefundene Ergebnis irrelevant. Zwar ist zu konzedieren, dass die Formulierung „eine nach einem Sendeplan zeitlich geordnete Folge von Inhalten“ im Kopf des Lesers ein abweichendes Bild erzeugt: Er sieht ein Programmschema vor sich.⁸ Darüber stolpern offenbar viele Kommentare zum staatsvertraglichen Regelungskonzept.⁹ Nun ist Werbung zwar Teil des Programms (§ 7 Abs. 2 S. 1 RStV) und darf „das übrige Programm“ inhaltlich und redaktionell nicht beeinflussen (§ 7 Abs. 2 S. 2 RStV). Abgesehen von der weiteren Vorgabe der eindeutigen optischen Trennung sog. Split-screen-Werbung „vom übrigen Programm“ (§ 7 Abs. 4 S. 1 RStV), spielt der Programmbegriff aber für die Geltung der europarechtlich determinierten Werbebestimmungen keine Rolle, sodass der „Sendeplanbegriff“ in der Programmdefinition (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV) auf den ersten Blick keine Rücksichtnahme auf europarechtliche Vorgaben zu erfordern scheint. Allerdings ist auch insoweit zu bedenken, dass eine „eingedeutschte“ Interpretation des „Sendeplans“ in § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV nicht zur Konsequenz haben darf, dass die durch die AVMD-Richtlinie harmonisierten Werbevorschriften auf einen linearen audiovisuellen Mediendienst, d. h. ein „Fernsehprogramm“ i. S. d. Art. 1 Abs. 1 lit. e AVMD-Richtlinie,

nicht anwendbar wäre. Mit diesem Warnhinweis kann die Interpretation des § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV „freigegeben“ werden. Ein Rückschluss auf die Bedeutung des „Sendeplans“ in § 2 Abs. 1 S. 1 RStV bleibt zur Vermeidung europarechtswidriger Ergebnisse dagegen ausgeschlossen, solange das deutsche Rundfunkrecht die Geltung der europarechtlich harmonisierten Werbebestimmungen für lineare audiovisuelle Mediendienste mit dem Rundfunkbegriff – und damit der Zulassungspflicht – verknüpft.

Diesen Zusammenhang haben die Berliner Verwaltungsgerichte in ihren Eilentscheidungen zur causa bild.de nicht durchdacht, sondern die Klärung der Rechtsfragen ins Hauptsacheverfahren verwiesen und sich auf eine reine Interessenabwägung beschränkt.¹⁰ Dabei hat das VG Berlin im Eilverfahren eine zwar unvollständige, aber doch einigermaßen umfangreiche Literaturrecherche durchgeführt. Allen zitierten Belegstellen ist gemeinsam, dass sie sich – selbst wenn zunächst die richtige Ausgangsposition eingenommen wurde – im weiteren Argumentationsgang von der Verwendung des „Sendeplanbegriffs“ in § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV verwirren lassen.¹¹ Da mochte sich das VG nicht, auch nicht vorläufig festlegen.¹² Das OVG sieht zwar die Pflicht zur Rechtserkenntnis auch im Eilverfahren, entzieht sich ihr aber in gleicher Weise, weil „die Komplexität bzw. Schwierigkeit der zu entscheidenden Rechtsfrage(n) keine Abschätzung im Wege der Evidenzkontrolle ... (zulasse)“. Das VG Regensburg hatte die Muße, sich in einem Hauptsacheverfahren mit den aufgeworfenen Rechtsfragen zu befassen und hat für ein audiovisuelles Angebot, das jeden Sonntag zwischen 19 und 21 Uhr im Internet live gestreamt wurde, die Rundfunkteneigenschaft bejaht.¹³ Nach Zurückweisung des Antrags auf Zulassung der Berufung ist das Urteil rechtskräftig.¹⁴ Selbst bei Zugrundelegung eines „Sendeplanbegriffs“, der durch den Seitenblick auf § 2 Abs. 2 Nr. 1 RStV unscharf geworden ist, haben die bayerischen Gerichte zu Recht zulassungspflichtigen Rundfunk bejaht.¹⁵ Das Hauptsacheverfahren in Berlin kann zu keinem anderen Ergebnis führen, wenn nicht zuvor die Zulassungspflicht rechtlich neu geordnet wird.

5 So zunächst im 12. RÄndStV geregelt und im 13. RÄndStV mit dem ausdrücklichen Ziel, Europarechtskonformität herzustellen, korrigiert (amtl. Begr., BayLT-Drs. 16/2736, 15).

6 So schon *Bornemann*, ZUM 2013, 845, 850.

7 *Bornemann*, ZUM 2018, 401, 407; vgl. auch *Ferreau*, ZUM 2017, 632, 639.

8 Diesen Ausdruck verwendet der bayerische Landesgesetzgeber in Art. 28 BayMG.

9 *Dörr*, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, HK-RStV, Loseblatt, Stand: Dezember 2015, § 2 Rn. 22; *Holznel*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, RStV, § 2 Rn. 17; *Schulz*, in: Binder/Vesting (Fn. 4), RStV, § 2 Rn. 42 b, insoweit anders als Rn. 42; *Martini*, in: BeckOK InfoMedienR, 23. Edition, Stand: 1. 8. 2018, RStV, § 2 Rn. 6b, insoweit anders als Rn. 4.

10 VG Berlin, 19. 10. 2018 – VG 27 L 364.18, MMR 2019, 133 m. Anm. *Schubert*; OVG Berlin-Brandenburg, 2. 4. 2019 – OVG 11 S 72.18, K&R 2019, 358 ff.

11 Wie z. B. *Schulz* (Fn. 4), der in Rn. 42 von der zutreffenden Prämisse ausgeht, die er in Rn. 42 c verwässert, wenn nicht gar aushebelt; ähnlich *Martini* (Fn. 9); auch *Bodensiek/Walker*, MMR 2018, 136, 138 re. Sp. einerseits und 139 li. Sp. andererseits).

12 Grundlegend zur Rechtsprüfung im Eilverfahren *Heinemann*, NVwZ 2019, 517.

13 VG Regensburg, 18. 10. 2016 – RO 3 K 14.1177, ZUM-RD 2018, 369, 377.

14 BayVG, 12. 12. 2017 – 7 ZB 16.2346, ZUM-RD 2018, 364.

15 Auch die ordentlichen Gerichte haben im parallelen Bußgeldverfahren ungenehmigte Rundfunkveranstaltungen bejaht: AG Weiden, 8. 12. 2014 – 24 OWi 12 Js 5550/14, insoweit bestätigt durch OLG Bamberg, 20. 4. 2015 – 2 Ss OWi 339/15.