

## Der Streit um die Tagesschau-App

Von NILS DIETRICH<sup>\*</sup>, LL.M., Göttingen

### Einleitung

Spätestens seit der Einführung des iPhones durch Apple im Jahre 2007 und des iPads im Jahre 2010 befinden sich Smartphones und Tablet-Computer auf dem Vormarsch. Tatsächlich dürfte die Bedeutung von Smartphones und Tablets diejenige des Desktop-Computers inzwischen schon übersteigen.<sup>1</sup>

Der Fokus rückt dabei zunehmend vom Urgebrauch der Mobiltelefone, dem Telefonieren, zu einer Vielzahl verschiedenster Anwendungsmöglichkeiten.<sup>2</sup> Mittels Mobile Apps lassen sich verschiedene Nutzungsmöglichkeiten auf den mobilen Endgeräten zusammenstellen. Apps prägen mittlerweile das Alltagsleben.<sup>3</sup> Technisch handelt es sich dabei um kleine Programme (Applikationen), mit denen vor allem Smartphones und Tablet-PCs um weitere – über die Basisausfertigung hinausgehende – Funktionen ergänzt werden können.<sup>4</sup>

Dem Trend folgend haben auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre digitalen Angebote stark erweitert.<sup>5</sup> Bereits seit August 1996 gibt es das Portal *tagesschau.de*. War dieses anfangs ein rein programmbegleitendes Angebot zu der Sendung *Tageschau*, ist es mittlerweile zu einem eigenen, vollwertigen Nachrichtenportal ausgebaut worden.<sup>6</sup>

<sup>\*</sup> Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Medien- und Informationsrecht (Prof. Dr. A. Wiebe, LL.M.) an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> Zehlein, WuM 2013, 460, 463.

<sup>2</sup> Vgl. Zöllner/Lehmann, GRUR 2014, 431.

<sup>3</sup> Vgl. Wimmer/Weiß, MMR 2015, 80.

<sup>4</sup> Vgl. Baumgartner/Ewald, Apps und Recht, 2. Aufl. 2016, Rn. 1 f.; Kremer, CR 2011, 769.

<sup>5</sup> Vgl. Paal, JZ 2010, 647, 654; Schwartmann, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Aufl. 2014, 2.1 Online-Aktivitäten, Rn. 27.

<sup>6</sup> Vgl. Witt, Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2007, S. 41.

Seit Dezember 2010 stellt die ARD die Tagesschau-App bereit.<sup>7</sup> Es handelt sich dabei um ein kostenfrei nutzbares Angebot, welches Inhalte, die sich auf tagesschau.de finden, in einer spezifisch für mobile Endgeräte geeigneten Aufbereitung zugänglich macht.<sup>8</sup> Die Nachrichten werden über die App sowohl in Audio- und Videobeiträgen als auch in Textform angeboten.<sup>9</sup>

Auch Zeitungsverlage bieten eigene Internetportale und Apps an, um ihre Nachrichtenangebote den mobiler werdenden Nutzern verfügbar zu machen.<sup>10</sup> So gibt es etwa Onlineableger von Zeitschriften wie Spiegel Online, Digitalausgaben von Zeitungen wie die Süddeutsche Zeitung-App oder lokale Onlinezeitungen.<sup>11</sup> Auf dem Markt der Onlineangebote von Nachrichten kommt es nun zur Konfrontation zwischen Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und jenen von Pressehäusern.<sup>12</sup>

In Jahre 2009 wurden durch den 12. RÄStV neue Bestimmungen über die Zulässigkeit des Angebots von Telemedien durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den RStV eingefügt. Ziel der neuen Regelungen war es an sich, den Anstalten einen klar umgrenzten Telemedienauftrag zu geben. Jedoch dauerte es nicht lange, bis im Jahre 2011 mehrere Verlage, die Tageszeitungen herausgeben, auf der Basis der neuen Bestimmungen des RStV wettbewerbsrechtlich gegen das Angebot der Tagesschau-App vorgingen.<sup>13</sup> Der Rechtsstreit beschäftigte bisher drei Instanzen, wobei ein Ende noch nicht absehbar ist.<sup>14</sup>

Dass der Streit an der Tagesschau-App und nicht dem inhaltlich praktisch identischen Angebot von tagesschau.de entbrannt ist, dürfte vor allem durch die dahinterstehenden wirtschaftlichen Interessen

<sup>7</sup> Vgl. Peifer, GRUR-Prax 2012, 521; Paal, AfP 2015, 500.

<sup>8</sup> Peifer, GRUR-Prax 2014, 44; Kahl, K&R 2015, 803.

<sup>9</sup> Vgl. Schmidtmann, ZUM 2013, 536, 537.

<sup>10</sup> Vgl. Ory, AfP 2010, 20, 21.

<sup>11</sup> Vgl. Lent, ZUM 2013, 914, 918.

<sup>12</sup> Hain, AfP 2012, 313, 314; Schmidtmann, ZUM 2013, 536.

<sup>13</sup> Namentlich aufgeführt sind die Verlage bei Todsen, Grenzen gebührenfinanzierter Telemedien, 2013, S. 235.

<sup>14</sup> LG Köln, ZUM-RD 2012, 613; OLG Köln, ZUM 2014, 245; BGH, ZUM 2015, 989 – *Tagesschau-App* hat die Sache an das OLG Köln zurückverwiesen.

begründet sein: Wo die Verlage mit ihren herkömmlichen Onlineauftritten kaum Gewinne einfahren, lassen sich Apps für Smartphones auch für sie durchaus gewinnbringend vermarkten.<sup>15</sup>

Inhaltlich ist der Streit deshalb so aufgeladen, weil es nicht bloß um das Angebot der Tagesschau-App geht, sondern ganz grundsätzlich um die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Internet.<sup>16</sup>

Vor diesem Hintergrund ist Gegenstand dieses Beitrags zum einen die Frage, ob die Presseverlage mit Erfolg wettbewerbsrechtlich gegen das Angebot der Tagesschau-App vorgehen können. In diesem Zusammenhang wird untersucht, ob es sich bei § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 3. TS RStV um eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 a.F. (§ 3a n.F.) UWG handelt sowie ob die Tagesschau-App ein nichtsendungsbezogenes presseähnliches Angebot im Sinne der Norm darstellt. Darüber hinaus soll der grundlegenden Frage nachgegangen werden, in welchem Umfang öffentlich-rechtliche Teamedienangebote vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben überhaupt zulässig sind.

## A. Die relevante Regelung von Telemedien im RStV

Die Gesetzgebungskompetenz für den Rundfunk liegt gem. Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern.<sup>17</sup> Beim RStV handelt es sich um einen Staatsvertrag, den die 16 deutschen Bundesländer miteinander geschlossen haben. Die Landesverfassungen wiederum weisen dem vom Landtag ratifizierten Staatsvertrag die Qualität eines einfachen Gesetzes zu.<sup>18</sup>

Mit dem 12. RÄStV hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk einen originären Onlineauftrag erhalten.<sup>19</sup> Die zentrale Regelung über das

<sup>15</sup> Vgl. Lenski, Verw. 2012, 465, 466 f.

<sup>16</sup> Hain, AfP 2012, 313, 321.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1961, 547 – *Erstes Rundfunkurteil*.

<sup>18</sup> Huber, ZUM 2010, 201, 208; vgl. etwa Art. 35 Abs. 2 NV.

<sup>19</sup> Neuhoff, ZUM 2012, 371, 372; Wank, Rechtsschutzpositionen Dritter gegen neue oder veränderte Teamedienangebote von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2014, S. 28.

Angebot von Telemediendiensten durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten findet sich in § 11d Abs. 1 RStV. Danach bieten die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio Telemedien an, die journalistisch-redaktionell veranlasst und journalistisch-redaktionell gestaltet sind. In den weiteren Absätzen wird der Telemedienauftrag weiter konkretisiert. Der Streit um die Tagesschau-App entzündet sich an § 11d Abs. 2 Nr. 3, 3. TS RStV, der besagt, dass *nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote* nicht zulässig sind.

Nicht vom Auftrag umfasst sind also «*nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote*».<sup>20</sup> Im Gegenschluss bedeutet dies, dass sendungsbezogene presseähnliche Angebote zulässig sind.<sup>21</sup>

## B. Hintergrund der Regelung

Der am 1. Juni 2009 in Kraft getretene 12. RÄStV hatte vor allem europarechtliche Impulse empfangen. Auf Beschwerde des VPRT<sup>22</sup> aus dem Jahre 2003 führte die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Verfahren wegen des Verdachts auf Vorliegen einer unerlaubten Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV (seit 1.12.2009: Art. 107 Abs. 1 AEUV) durch die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

### 1. Der Beihilfekompromiss

Art. 107 Abs. 1 AEUV bestimmt, dass staatliche Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind.

Um einer eventuellen Feststellung der Kommission, dass es sich bei der Rundfunkgebühr tatsächlich um eine Beihilfe handelt, zu

<sup>20</sup> Neuhoff, ZUM 2012, 371, 374.

<sup>21</sup> Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 30.

<sup>22</sup> Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.

entgehen, verständigte sich die Bundesregierung mit der Kommission auf den sogenannten «Beihilfekompromiss».<sup>23</sup> Man kam im Beihilfekompromiss insbesondere dahin gehend überein, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu konkretisieren und im RStV klare Aufgabenkriterien zu formulieren, die durch öffentlich-rechtliche Onlineangebote erfüllt werden müssen.<sup>24</sup>

Die Umsetzung der durch Deutschland gegebenen Zusagen erfolgte im Rahmen des 12. RÄStV. Das Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote war nicht Bestandteil des Beihilfekompromisses.<sup>25</sup> Auch eine Differenzierung zwischen sendungsbezogenen und nichtsendungsbezogenen Telemedien sah der Beihilfekompromiss nicht vor.<sup>26</sup> Da es der Bundesrepublik jedoch unbenommen bleibt, strengere Anforderungen an das Angebot von Telemedien zu stellen, als dies die Vereinbarung mit Brüssel vorsieht,<sup>27</sup> spricht aus europarechtlicher Sicht nichts gegen die Aufnahme der entsprechenden Bestimmungen.

## 2. Der 3-Stufen-Test

Herzstück der neu aufgenommenen Bestimmungen über das Angebot von Telemedien ist der sogenannte 3-Stufen-Test. Zum Teil besteht für Telemedienangebote eine gesetzliche Beauftragung (vgl. etwa § 11d Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4 RStV), darüber hinausgehende Angebote haben den 3-Stufen-Test zu durchlaufen. Funktion des 3-Stufen-Tests ist es, bei jenen Onlineangeboten zu überprüfen, ob sie tatsächlich vom Auftrag des Gesetzgebers erfasst sind.<sup>28</sup> Zu den

<sup>23</sup> Schreiben der Kommission vom 24.4.2007, K(2007) 1761 endg.; kritisch zum Begriff des «Beihilfekompromisses»; *Mailänder*, FS Bornkamm, 2014, S. 223, 228.

<sup>24</sup> Vgl. *Klickermann*, MMR 2009, 740 f.; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 2010, S. 50 f.

<sup>25</sup> Vgl. *Dörr*, FS Drewitz, 2009, S. 203, 209 f.; *Hahn*, ZRP 2008, 217, 219; *Gerhardt*, AfP 2010, 16 f.

<sup>26</sup> *Peters*, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 295.

<sup>27</sup> *Müller-Terpitz*, AfP 2008, 335, 338.

<sup>28</sup> *Peters*, K&R 2009, 26, 29.

Telemedienangeboten zählen dabei sämtliche Onlineangebote, außer gestreamte Rundfunkprogramme.<sup>29</sup>

Konkret sollen im Rahmen des 3-Stufen-Tests gem. § 11f Abs. 4 RStV die Angebote darauf hin geprüft werden, ob (a) das neue Angebot zum öffentlichen Auftrag gehört, (b) das Angebot in qualitativer Hinsicht zum Wettbewerb beiträgt und (c) der Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zum öffentlichen Nutzen steht. Die Entscheidung über die Aufnahme eines konkreten Angebots trifft nach § 11f Abs. 6 RStV das zuständige Gremium, das heißt der jeweilige Fernseh- bzw. Rundfunkrat.<sup>30</sup>

### C. § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 3. TS RStV als Marktverhaltensregel im Sinne von § 3a UWG

Erste zentrale Frage im Rahmen der Streitigkeit um die Tagesschau-App ist, ob die klagenden Presseverlage auf Basis des Lauterkeitsrechts gegen dieses Angebot vorgehen können. Streitig ist insbesondere, ob es sich bei § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 3. TS RStV um eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG a.F. bzw. § 3a UWG n.F. handelt. Zu beachten ist, dass mit Wirkung vom 10. Dezember 2015<sup>31</sup> der Rechtsbruchtatbestand in eine eigene Vorschrift ausgegliedert wurde, ohne dass damit jedoch inhaltliche Veränderungen verbunden sind.<sup>32</sup> Nachfolgend wird deshalb auf die neue Gesetzesfassung Bezug genommen.

#### *1. Das Wettbewerbsverhältnis*

Teilweise wird angenommen, dass im Rechtsstreit um die Tagesschau-App zwischen den klagenden Zeitungsverlagen und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bereits kein Wettbewerbs-

<sup>29</sup> Sokoll, NJW 2009, 885, 886; Peters, NJW 2010, 335, 336.

<sup>30</sup> Eberle, AfP 2008, 329, 335.

<sup>31</sup> Vgl. Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2.12.2015, BGBl. I, S. 2158 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Ohly, GRUR 2016, 3, 4 f.

verhältnis<sup>33</sup> bestehe, sodass es unerheblich sei, ob es sich bei § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 3. TS RStV um eine Marktverhaltensregel handle.

Zentrales Argument der Vertreter dieser Ansicht ist, dass Anstalten wie ARD und ZDF keine Marktteilnehmer seien, da ihnen Werbung und Sponsoring sowie kommerzielle Angebote im Internet untersagt sind (§ 11d Abs. 5 S. 1 RStV).<sup>34</sup> Die Angebote der Anstalten bewegten sich daher ausschließlich auf Rezipientenmärkten, auf denen Nutzer unentgeltlich Dienste in Anspruch nähmen, diese aber seien wettbewerbsrechtlich nicht relevant.<sup>35</sup> Aufgrund des Werbe- und Sponsoringverbots würden sich die Anstalten auch nicht auf einem relevanten Werbemarkt bewegen.<sup>36</sup>

Diese Argumente verfangen jedoch nicht. Auch bei fehlendem direktem Entgelt kann unter Umständen von wettbewerblich relevanten Märkten auszugehen sein.<sup>37</sup> Werden textliche Nachrichten unentgeltlich angeboten, gibt es keinen Grund mehr für den Nutzer, Bezahlangebote mit den gleichen Inhalten zu erwerben. Insofern kann der Wettbewerb auf entgeltlichen Märkten durch vermeintlich kostenfreie Angebote unterbunden werden. Privatwirtschaftlich finanzierte Angebote können durch gebührenfinanzierte Angebote verdrängt werden.<sup>38</sup>

Dadurch, dass ein Onlineangebot der öffentlich-rechtlichen Anbieter geeignet ist, Zuschauer- bzw. Nutzeraufmerksamkeit auf sich zu ziehen, wird die Nutzeraufmerksamkeit den privaten Onlineangeboten entzogen und hat damit auch Auswirkungen auf dem Werbemarkt.<sup>39</sup> Denn weniger häufig frequentierte Angebote haben auch weniger Potential, Anzeigenerlöse und Ähnliches zu generieren.

Im Interesse eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Individualschutzes sind an das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses keine hohen Anforderungen zu stellen, und es genügt, dass die Parteien

<sup>33</sup> Vgl. §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

<sup>34</sup> So etwa Eberle, AfP 2008, 329, 332; Hahn, ZRP 2008, 217, 219.

<sup>35</sup> Vgl. Hain/Brings, AfP 2016, 11, 13; Mailänder, FS Bornkamm, 2014, S. 223, 224.

<sup>36</sup> Vgl. Hain/Brings, AfP 2016, 11, 13.

<sup>37</sup> Vgl. Spindler, AfP 2012, 328, 330.

<sup>38</sup> Vgl. Wimmer, JZ 2010, 433, 439.

<sup>39</sup> Dörr, FS Drewitz, 2009, S. 203, 208 f.

durch eine Handlung miteinander in Wettbewerb getreten sind.<sup>40</sup> Kostenlose presseähnliche Internetangebote der Anstalten sind eine Konkurrenz für die Presse.<sup>41</sup> Zwischen Anstalten und privaten Anbietern besteht folglich ein «konkretes Wettbewerbsverhältnis». Beide sind um dieselbe Klientel (nämlich die Nutzer von Onlinenachrichtendiensten) miteinander in Wettbewerb getreten.<sup>42</sup> Dass sich beide auf unterschiedliche Weise finanzieren und dass Anstaltsangebote werbe- und sponsoringfrei sind, ist unerheblich.<sup>43</sup>

## 2. Legalisierungswirkung des 3-Stufen-Tests

Für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote, die den 3-Stufen-Test nach § 11f RStV durchlaufen haben, wird streitig diskutiert, ob deren Angebot überhaupt noch wettbewerbsrechtlich überprüft werden darf.

### a) Das Vorliegen eines Verwaltungsaktes

§ 11f Abs. 7 S. 2 RStV bestimmt, dass nach Durchführung des 3-Stufen-Tests und nach Prüfung durch die Rechtsaufsichtsbehörde die Beschreibung des jeweiligen Angebots in den amtlichen Verkündungsblättern zu veröffentlichen ist. Äußerst umstritten ist die Frage, ob es sich bei dieser rechtsaufsichtlichen Bestätigung bzw. der Veröffentlichung des Angebots um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Abs. 1 VwVfG handelt.<sup>44</sup> Wäre dies der Fall, wären

<sup>40</sup> BGH, NJW 2004, 3032, 3033 – *Werbeblocker*; vgl. auch Wank, Rechtsschutzpositionen Dritter gegen neue oder veränderte Telemedienangebote von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2014, S. 169 f.

<sup>41</sup> Vgl. Starck, JZ 2013, 103, 104.

<sup>42</sup> Peters, NJW 2010, 335, 341.

<sup>43</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 4 Rn. 13.23 f.; OLG Dresden, GRUR 1996, 73, 74; siehe auch BGH, GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*.

<sup>44</sup> Dafür etwa Hartl/Wagner, jurisPR-ITR 6/14, Anm. 5; Dörr, ZUM 2009, 897, 904; OLG Köln, ZUM 2014, 245, 248; dagegen etwa Huber, ZUM 2010, 201, 202 f.; Degenhart, AfP 2014, 107, 108 f.; die Frage als völlig offen ansehend Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 486.

die Zivilgerichte an dessen Legalisierungswirkung gebunden<sup>45</sup> mit der Folge, dass ein Rechtsbruch im Sinne von § 3a UWG nicht bejaht werden könnte.

Ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Abs. 1 VwVfG ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Zweifelhaft ist insbesondere, ob die Tätigkeit der Rechtsaufsichtsbehörde den nötigen Regelungscharakter hat. Ein solcher ist für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes aber unverzichtbar.<sup>46</sup>

Teilweise wird angenommen, es handele sich um eine verbindliche Regelung, die für die betreffende Rundfunkanstalt und die weiteren Marktbeteiligten eine Klärung herbeiführen solle.<sup>47</sup> Zudem ergebe sich der Regelungscharakter aus der beihilferechtlichen Funktion des Aktes.<sup>48</sup>

Zu beachten ist dabei jedoch zunächst, dass die abschließende Entscheidung über die Aufnahme des neuen Vorhabens gem. § 11f Abs. 6 RStV die zuständigen anstaltsinternen Gremien (Fernsehrat, Rundfunkrat) treffen.<sup>49</sup> Bei diesen Gremien handelt es sich jedoch nicht um unabhängige externe Prüfstellen.<sup>50</sup> Vielmehr ist das einschlägige Verfahren quasi-hausintern.<sup>51</sup>

Andererseits sieht die Kommission wohl erst in der Veröffentlichung des Angebots im amtlichen Veröffentlichungsblatt den er-

<sup>45</sup> BGH, NJW 2005, 2705 – *Atemtest; Wank*, Rechtsschutzpositionen Dritter gegen neue oder veränderte Telemedienangebote von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2014, S. 167.

<sup>46</sup> BGH, NJW 2005, 2705 – *Atemtest*.

<sup>47</sup> Vgl. *Wimmer/Nawrath*, ZUM 2016, 126, 130; *Hain*, AfP 2012, 313, 322; *Hain/Brings*, WRP 2012, 1495, 1497.

<sup>48</sup> *Hain/Brings*, AfP 2016, 11, 14.

<sup>49</sup> *Eberle*, AfP 2008, 329, 335; *Klickermann*, MMR 2009, 740, 741; *Todsen*, Grenzen gebührenfinanzierter Telemedien, 2013, S. 170.

<sup>50</sup> Anders etwa im Vereinigten Königreich mit dem BBC Trust, vgl. *Wimmer*, JZ 2010, 433, 439.

<sup>51</sup> So *Ring*, AfP 2008, 342, 343.

forderlichen Betrauungsakt,<sup>52</sup> mithin also in einem Stadium, in dem der Vorgang als anstaltsextern angesehen werden könnte.

Allerdings ist in erster Linie der objektivierte Empfängerhorizont maßgeblich, um zu ergründen, ob ein Verwaltungsakt vorliegt.<sup>53</sup> Der objektivierte Empfänger dürfte aber kaum mehr oder minder komplexe beihilferechtliche Regelungen in seine Überlegungen einbeziehen. In der Bekanntgabe im amtlichen Verkündigungsblatt selbst gibt es jedenfalls keinen Hinweis auf eine wie auch immer geartete Genehmigungsentscheidung oder Ähnliches.<sup>54</sup> Und auch dem Gesetzestext des § 11f Abs. 7 RStV kann eine Entscheidungskompetenz nicht entnommen werden.<sup>55</sup> Dann aber ist nach dem objektivierten Empfängerhorizont ein Verwaltungsakt schlicht nicht erkennbar und daher richtigerweise abzulehnen.<sup>56</sup>

Folglich kann weder die Genehmigung des Telemedienangebots durch das zuständige Gremium (den Fernseh- oder Rundfunkrat) noch die Freigabe durch die Rechtsaufsichtsbehörde als Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG qualifiziert werden.<sup>57</sup> Die Entscheidung über die Aufnahme des neuen Angebots trifft das zuständige Gremium (vgl. Wortlaut des § 11f Abs. 6 RStV). Die Rechtsaufsichtsbehörde ist gem. § 11f Abs. 7 RStV bloß für die Veröffentlichung des Angebots im amtlichen Verkündigungsblatt zuständig. Zwischen der Regelung und der Maßnahme der Rechtsaufsichtsbehörde besteht kein ausreichender Zusammenhang.<sup>58</sup> Da eine Regelungswirkung der Maßnahme der Behörde nicht gegeben ist, fehlt es an einem wesentlichen Merkmal eines Verwaltungsaktes, sodass es sich um schlichtes Verwaltungshandeln handelt.<sup>59</sup>

<sup>52</sup> Dörr, FS Drewitz, 2009, S. 203, 210.

<sup>53</sup> Degenhart, AfP 2014, 107, 108 f.

<sup>54</sup> Vgl. konkret zum Angebot von tagesschau.de: Niedersächsisches Ministerialblatt Nr. 30 vom 24.8.2010, S. 733 ff.

<sup>55</sup> Vgl. Wierny, ZUM 2014, 196, 197.

<sup>56</sup> Degenhart, AfP 2014, 107, 108 f.

<sup>57</sup> Ebenso Huber, ZUM 2010, 201, 202.

<sup>58</sup> Vgl. Wierny, ZUM 2014, 196, 198.

<sup>59</sup> Im Ergebnis ebenso: Huber, ZUM 2010, 201, 202 f.

## b) Tatbestandswirkung eines Verwaltungsaktes

Der BGH lässt in seiner Entscheidung zur Tagesschau-App offen, ob im Rahmen des 3-Stufen-Tests ein Verwaltungsakt generiert wird.<sup>60</sup> Er geht jedoch davon aus, dass selbst wenn ein Verwaltungsakt vorläge, damit nicht mit bindender Wirkung für den vorliegenden Rechtsstreit feststünde, dass das über die Tagesschau-App abrufbare Angebot der Beklagten nicht presseähnlich ist.<sup>61</sup>

Das OLG Köln war noch davon ausgegangen, dass in der Freigabe des Telemedienkonzepts durch die Behörde ein Verwaltungsakt zu sehen sei.<sup>62</sup> Vor diesem Hintergrund hätte es sich für den BGH durchaus angeboten, dem zu widersprechen. Dass er dies nicht getan hat, führt jedoch zu der begrüßenswerten Feststellung, dass die Tatbestandswirkung eines Verwaltungsaktes sich allein auf das abstrakte Konzept des Telemedienangebotes beziehen kann und keinesfalls auf jede Form der konkreten Umsetzung.<sup>63</sup>

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Tatbestandswirkung eines Verwaltungsaktes kann nicht weiter reichen als dessen Prüfprogramm.<sup>64</sup> Ein abstraktes Konzept wie jene Beschreibung des Telemedienkonzeptes kann für ein konkretes Angebot keine Tatbestandswirkung entfalten.<sup>65</sup> Tatsächlich hat das Prüfverfahren nämlich wenig bis nichts mit dem konkreten Inhalt des geplanten Angebots zu tun.<sup>66</sup> Eine Reflexion in ein anderes Rechtsgebiet bestätigt diesen Befund: Erhalte ich eine Baugenehmigung für ein kleines Einfamilienhaus, darf ich nicht einfach eine große Gaststätte bauen und erst recht noch keine Kneipe betreiben. Tue ich dies dennoch, kann die Behörde dagegen vorgehen und kann ich mich nicht auf die Genehmigungswirkung des Verwaltungsaktes berufen. Auch

<sup>60</sup> BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 33 – *Tagesschau-App*.

<sup>61</sup> BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 33 – *Tagesschau-App*.

<sup>62</sup> Vgl. OLG Köln, ZUM 2014, 245, 248 f.

<sup>63</sup> Vgl. BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 35 ff. – *Tagesschau-App*.

<sup>64</sup> *Degenhart*, AfP 2014, 107.

<sup>65</sup> *Klein*, MMR 2015, 847, 848; *Paal*, AfP 2015, 500, 502.

<sup>66</sup> *Wimmer/Nawrath*, ZUM 2016, 126, 128.

die Freigabe des Telemedienkonzepts ist insoweit kein Freifahrtsschein.<sup>67</sup>

### *3. Marktverhaltens- oder Marktzugangsregel?*

§ 3a UWG bestimmt, dass derjenige unlauter handelt, der einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Es stellt sich somit abschließend die Frage, ob es sich bei § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 3. TS RStV um eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 3a UWG handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Gesetzesvorschriften sind nach der Legaldefinition in Art. 2 EGBGB alle Rechtsnormen. Auch der in Landesrecht transformierte RStV gehört dazu.<sup>68</sup> Zweifelhaft ist, ob die Norm auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Ausgeschlossen aus dem Anwendungsbereich des § 3a UWG werden insbesondere Marktzutrittsregeln.<sup>69</sup> Die Abgrenzung zwischen Marktverhaltens- und Marktzutrittsregelungen ist mitunter schwierig, da Letztere inhärent zugleich anordnen, dass auch nach Betreten des Marktes das verbotene Verhalten verboten bleibt.<sup>70</sup>

In Bezug auf § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 3. TS RStV wird teilweise angenommen, es handele sich um eine bloße Marktzutrittsregelung, da es in dessen Rahmen um die Frage geht, ob das entsprechende Telemedium überhaupt angeboten werden darf, mithin ob die Anstalten den Markt mit ihren Angeboten betreten dürfen.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Kahl, K&R 2015, 803, 804.

<sup>68</sup> Vgl. Wank, Rechtsschutzpositionen Dritter gegen neue oder veränderte Telemedienangebote von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2014, S. 170 f.

<sup>69</sup> Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 11/14.

<sup>70</sup> Paal, AfP 2015, 500, 503.

<sup>71</sup> Vgl. Peifer, GRUR-Prax 2012, 521, 523; Neuhoff, jurisPR-ITR 24/2012, Anm. 6; Brock/Schmidtmann, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Aufl. 2014, IV. Öffentlich-rechtliche Medienangebote, Rn. 124; Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1498; ebenso noch immer Hain/Brings, AfP 2016, 11, 13.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass es für die Anwendung des § 3a UWG nach dessen Wortlaut schon ausreicht, dass die gesetzliche Vorschrift «*auch*» eine Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Marktbeteiligten darstellt.<sup>72</sup> Die in Rede stehende gesetzliche Vorschrift muss also gerade auch, aber nicht ausschließlich, den Interessen der Marktteilnehmer zu dienen bestimmt sein.<sup>73</sup>

Zwar regelt § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 3. TS RStV, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten nichtsendungsbezogene presseähnliche Telemedien nicht anbieten dürfen. Sie regelt jedoch auch, dass sie, wenn sie in den ihnen eröffneten Wettbewerb auf dem Markt der Telemedien eintreten, auf nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote verzichten müssen.<sup>74</sup> Dieses Verbot erfolgt auch im Interesse privater Anbieter,<sup>75</sup> sodass dann aber richtigerweise anzunehmen ist, dass es sich bei der Bestimmung um eine Marktverhaltensnorm im Sinne des § 3a UWG handelt.<sup>76</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Wie im Rahmen der vorstehenden Ausführungen festgestellt wurde, besteht zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Presseverlagen ein Wettbewerbsverhältnis auf dem Markt der Online-Nachrichtenangebote.<sup>77</sup> Im Rahmen lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten können sich die Anstalten nicht auf die Legalisierungswirkung eines Verwaltungsaktes berufen, da ein solcher im Verfahren des 3-Stufen-Tests überhaupt nicht erlassen wird.<sup>78</sup> Zu-

<sup>72</sup> Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 4 Rn. 11.49.

<sup>73</sup> Lüdemann, ZUM 2014, 187, 193; BGH, GRUR 2005, 875, 876 – *Diabetesteststreifen*.

<sup>74</sup> BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 59 – *Tagesschau-App*.

<sup>75</sup> Peters, NJW 2010, 335, 341.

<sup>76</sup> So auch Fiedler, K&R 2012, 795, 796; Paal, AfP 2015, 500, 501; Degenhart, AfP 2014, 107; Hartl/Wagner, jurisPR-ITR 6/14, Anm. 5; Wimmer/Nawrath, ZUM 2016, 126, 131; LG Köln, ZUM-RD 2012, 613, 617; So nun auch BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 55 f. – *Tagesschau-App*; offengelassen noch von OLG Köln, ZUM 2014, 245, 247.

<sup>77</sup> Siehe soeben unter 1.

<sup>78</sup> Siehe soeben unter 2.

dem handelt es sich bei § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 3. TS RStV zumindest auch um eine Marktverhaltensnorm nach § 3a UWG.<sup>79</sup> Demnach ist es Presseverlagen möglich, gegen das Angebot von Telemedien durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach dem UWG vorzugehen.

## D. Die Tagesschau-App als nichtsendungsbezogenes presseähnliches Angebot

Im folgenden Teil soll erörtert werden, ob es sich bei dem Angebot der Tagesschau-App um ein nichtsendungsbezogenes presseähnliches Angebot im Sinne von § 11d Abs. 2 S.1 Nr. 3, 3. TS RStV handelt, mit der Folge, dass dieses unzulässig wäre.

### 1. (Nicht)sendungsbezogene Angebote

Unter sendungsbezogenen Telemedien sollen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV Angebote zu verstehen sein, die der Aufbereitung von Inhalten aus einer konkreten Sendung einschließlich Hintergrundinformationen dienen, soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Angebote thematisch und inhaltlich die Sendung unterstützend vertiefen und begleiten. Sendungsbezug bedeutet also, dass eine konkrete Sendung thematisch und inhaltlich vertieft und begleitet wird.<sup>80</sup>

### 2. Presseähnliche Angebote

Während es bei einem sendungsbezogenen Angebot unerheblich ist, ob es presseähnlich ist, ist dieser Aspekt bei einem nichtsendungsbezogenen Angebot das A und O.<sup>81</sup> Es kommt dann entscheidend darauf an, ob es sich bei dem Angebot um ein presseähnliches Angebot handelt. Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV sind presseähnliche Angebote

<sup>79</sup> Siehe soeben unter 3.

<sup>80</sup> Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, RStV § 2 Rn. 169.

<sup>81</sup> Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 304.

nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien, sondern alle journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen. Die Norm nennt also den Inhalt und die Gestaltung von Zeitungen und Zeitschriften als entscheidende Kriterien der Presseähnlichkeit.

### a) Kriterium 1: der Inhalt

Probleme ergeben sich jedoch bereits bei der Betrachtung des ersten Merkmals. Das Kriterium des Inhalts erweist sich als gänzlich ungeeignet für die erforderliche Abgrenzung. Denn einen spezifischen Inhalt von Presse auf der einen und Rundfunk auf der anderen Seite gibt es nicht.<sup>82</sup> Sowohl die Presse als auch der Rundfunk berichten regelmäßig über eine Vielzahl von Themen, angefangen bei aktuellen Geschehnissen über Politik, Kultur, Sport bis hin zu Unterhaltung.<sup>83</sup>

Die Nachrichtenportale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weisen demnach wenig überraschend eine ähnliche Angebotsbreite und -tiefe auf wie Zeitungen und Zeitschriften.<sup>84</sup> Das Tatbestandsmerkmal «Inhalt» kann daher kein relevantes Abgrenzungskriterium sein.<sup>85</sup>

### b) Kriterium 2: die Gestaltung

Wichtigstes Merkmal für die Frage der Presseähnlichkeit ist demnach die konkrete Gestaltung des Angebots.<sup>86</sup> Wie dieses zu verstehen ist, ist indessen hoch streitig.<sup>87</sup>

Klar ist, dass das Bereithalten nichtsendungsbezogener Angebote, die auf eine Zeitungen und Zeitschriften entsprechende Art ge-

<sup>82</sup> Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 92.

<sup>83</sup> Vgl. Schmidmann, ZUM 2013, 536, 538.

<sup>84</sup> Vgl. Gerhardt, AfP 2010, 16, 18.

<sup>85</sup> Zutreffend Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 306.

<sup>86</sup> Schmidmann, ZUM 2013, 536, 538.

<sup>87</sup> Schulz, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, RStV § 2 Rn. 171.

staltet sind, verboten wird.<sup>88</sup> Unklar ist jedoch, welcher Maßstab hier anzulegen ist. Teilweise wird angenommen, dass allein auf die typische Gestaltung gedruckter Zeitungs- und Zeitschriftenausgaben abzustellen sei.<sup>89</sup> Kriterien seien die Dominanz unbewegter Text- und Bildelemente, aber auch Spaltensatz, typische Überschriften, eine Titelseite usw.<sup>90</sup> Dies hätte freilich zur Folge, dass kaum ein Onlineangebot als presseähnlich anzusehen wäre.<sup>91</sup> Allenfalls bei so genannten E-Papern könnte diesem Maßstab folgend wohl eine Presseähnlichkeit bejaht werden.

Eine derart restriktive Betrachtungsweise widerspricht jedoch dem Gesetzeswortlaut und dem Willen des Gesetzgebers.<sup>92</sup> Denn zum einen sollen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien presseähnlich sein. Zum anderen lohnt sich ein Blick in die Begründung zum 12. RÄStV, wo es heißt: Es solle verhindert werden, dass die Rundfunkanstalten ihren inhaltlichen und gestalterischen Schwerpunkt in Texten setzen.<sup>93</sup> Intention des Gesetzgebers war es demnach, Texte in Telemedien zu verbieten, die nicht auf Rundfunksendungen bezogen sind.<sup>94</sup>

Diese Zielsetzung ist auch aus dem Wortlaut der Regelung ableitbar, denn bei allen Unterschieden im Printbereich bildet das allen Zeitungen und Zeitschriften gemeinsame Gestaltungsmerkmal allein die unterschiedlich gewichtete Kombination von Text und Standbild.<sup>95</sup> Indiz für die Presseähnlichkeit ist demnach eine starke Textorientierung des Angebots.<sup>96</sup>

<sup>88</sup> Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1499 f.

<sup>89</sup> Schmidtmann, ZUM 2013, 536, 539; Holznagel, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, RStV § 2 Rn. 96.

<sup>90</sup> Vgl. Schmidtmann, ZUM 2013, 536, 539 f.

<sup>91</sup> Vgl. Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 93.

<sup>92</sup> Kahl, Elektronische Presse und Bürgerjournalismus, 2013, S. 146.

<sup>93</sup> Begründung zum zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, abrufbar unter: <http://www.ard.de/download/138950/index.pdf>, S. 17 f.

<sup>94</sup> Starck, JZ 2013, 103, 104.

<sup>95</sup> Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 107.

<sup>96</sup> Martini, in: BeckOK InfoMedienR, 10. Ed., Stand: 1.11.2015, RStV § 2 Rn. 65.

Einige Literaturstimmen nehmen von diesem Ausgangspunkt an, dass Telemedien dann nicht presseähnlich seien, wenn sie ihren Schwerpunkt in einer hörfunk- oder fernsehähnlichen Gestaltung haben.<sup>97</sup> Die Multimedialität eines Angebots schlösse demnach die Presseähnlichkeit aus.<sup>98</sup>

Allerdings ist anzunehmen, dass allein die Verwendung auch onlinetypischer Gestaltungsmittel die Presseähnlichkeit noch nicht automatisch ausschließt, wenn es Text-Standbild-Kombinationen gibt.<sup>99</sup> Richtigerweise ist für die Nichtpresseähnlichkeit eine Multimedialität zu fordern, die sich deutlich von der klassischen Text-Bild-Kombination unterscheidet.<sup>100</sup>

Das Verbot presseähnlicher nichtsendungsbezogener Telemedien untersagt im Ergebnis solche Angebote, bei denen Texte und stehende Bilder deutlich im Vordergrund stehen, es sich also schwerpunktmäßig um *Lesemedien* handelt.<sup>101</sup>

### c) Kriterium 3: Presseersatzfunktion

Ergänzend zu dem Kriterium der Gestaltung zur Abgrenzung presseähnlicher und nicht presseähnlicher Angebote wird gelegentlich ein weiteres ins Spiel gebracht. Das Verbot presseähnlicher Angebote müsse immer dann gelten, wenn ein öffentlich-rechtliches Textangebot die Lektüre einer Zeitung oder Zeitschrift funktional ersetzen kann.<sup>102</sup> Auch das LG Köln hat im Rechtsstreit um die Tagesschau-App dieses Argument aufgegriffen und erklärt ein Angebot, das geeignet ist, als Ersatz für die Lektüre von Presse im Sinne von Zeitungen oder Zeitschriften zu dienen, sei presseähnlich.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> Zenker, GWR 2015, 499.

<sup>98</sup> Neuhoff, jurisPR-ITR 24/2012, Anm. 6.

<sup>99</sup> So aber wohl Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1500; Hain/Brings, AfP 2016, 11, 13.

<sup>100</sup> Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 307.

<sup>101</sup> So wohl zu verstehen auch BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 62 ff. – *Tagesschau-App*; zustimmend Gersdorf, GRUR-Prax 2015, 513; *derselbe* bereits AfP 2010, 421, 432.

<sup>102</sup> Gerhardt, AfP 2010, 16, 20; Fiedler, K&R 2012, 795, 796 f.

<sup>103</sup> LG Köln, ZUM-RD 2012, 613, 618.

Dieser Ansicht ist der BGH allerdings in seiner Entscheidung entgegengetreten. Auf die Presseersatzfunktion der öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote solle es nicht ankommen.<sup>104</sup>

Diese nur sehr knapp erläuterte Aussage des BGH ist jedoch zu kritisieren. Denn wenn es für das Verbot presseähnlicher Angebote nicht darauf ankommen soll, ob die Angebote als Presseersatz dienen können, wozu dient dann überhaupt das Verbot presseähnlicher Angebote?<sup>105</sup>

Hintergrund der Regelung im RStV war gerade auch die bestehende Gefahr, dass Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die gedruckten Zeitungen verdrängen könnten.<sup>106</sup> Eine Strategie der Verdrängung privater Anbieter ist den Anstalten jedoch untersagt.<sup>107</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint das Kriterium des Ersatzes der Lektüre von Presseprodukten dann aber durchaus geeignet, zumindest ein Hilfskriterium bei der Bestimmung der Presseähnlichkeit darzustellen.

### 3. Vergleichsmaßstab

Im Rahmen der Feststellung der Presseähnlichkeit öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote stellt sich weiterhin die Frage, welcher Vergleichsmaßstab anzulegen ist. Sieht man in einem Angebot im Sinne von § 11d Abs. 2 S.1 Nr. 3, 3. TS RStV einen einzelnen Artikel, dürften die Rundfunkanstalten ohne Sendungsbezug keine textlastigen Beiträge verfassen. Stellt man hingegen auf den gesamten Onlineauftritt ab, kommt es nur darauf an, dass dieser insgesamt nicht zu viele Textelemente enthält.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Siehe BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 66 – *Tagesschau-App*.

<sup>105</sup> So zu Recht Kahl, K&R 2015, 803, 804.

<sup>106</sup> Vgl. Starck, JZ 2013, 103, 104.

<sup>107</sup> Peters, K&R 2009, 26, 32.

<sup>108</sup> Nawrath, MMR 2011, 79, 82.

Ein Teil der Literatur geht in der Tat davon aus, dass Vergleichsmaßstab das Telemedienangebot als Ganzes sein müsse.<sup>109</sup> Der BGH schränkt die Analyse zumindest dahin gehend ein, dass auf die nicht-sendungsbezogenen Teile des Angebots abzustellen sein soll.<sup>110</sup>

Auch der EuGH argumentiert in einer Entscheidung zur Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste<sup>111</sup> in eine ähnliche Richtung. Er geht davon aus, dass im Rahmen der Frage, ob ein audiovisueller Mediendienst im Sinne der Richtlinie vorliegt, deren Art. 1 Abs. 1 lit. a) i) dahin auszulegen sei, dass bei der Beurteilung des Hauptzwecks eines in der elektronischen Ausgabe einer Zeitung angebotenen Dienstes der Bereitstellung von Videos darauf abzustellen ist, ob dieser Dienst als solcher in Inhalt und Funktion gegenüber der journalistischen Tätigkeit des Betreibers der betreffenden Website eigenständig und nicht nur eine (insbesondere wegen der zwischen dem audiovisuellen Angebot und dem Textangebot bestehenden Verbindungen) unabtrennbare Ergänzung dieser Tätigkeit ist.<sup>112</sup>

Es hat also den Anschein, als würde der EuGH in einer vergleichbaren Frage, nämlich bei jener nach der Beurteilung der Inhalte eines Internetangebots, in ähnlicher Weise wie der BGH auf die Gesamtheit der relevanten Teile abstellen<sup>113</sup>. Man muss jedoch berücksichtigen, dass die Ausgangspunkte der beiden Entscheidungen erheblich divergieren. Der EuGH fällt seine Entscheidung vor dem Hintergrund der Frage, ob die entsprechenden Teile des Onlineauftritts fernsehähnlich und ggf. neben der Onlinezeitung des Verlegers eigenständig sind. Die Feststellung der Videoinhalte des Onlineauftritts ist dabei ohne Weiteres möglich.

Anders ist dies im Falle des Telemedienangebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Hier kommt es zunächst darauf an, welche Inhalte als presseähnlich anzusehen sind. Bereits dies ist, wie

<sup>109</sup> So *Wank*, Rechtsschutzpositionen Dritter gegen neue oder veränderte Telemedienangebote von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2014, S. 31; *Schmidtmann*, ZUM 2013, 536, 539; *Papier/Schröder*, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 94.

<sup>110</sup> So BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 62 – *Tagesschau-App*.

<sup>111</sup> Richtlinie 2010/13/EU.

<sup>112</sup> EuGH, ZUM-RD 2015, 705 – *New Media v Bundeskommunikationssenat*.

<sup>113</sup> So wohl auch *Klein*, K&R 2015, 793, 794.

bereits aufgezeigt wurde, mit Schwierigkeiten verbunden.<sup>114</sup> Daneben kommt es auf die Trennung von sendungsbezogenen und nichtsendungsbezogenen Inhalten an. Diese kann in der Praxis aber entgegen der Ansicht des BGH durchaus schwer zu handhaben sein.<sup>115</sup> Im Falle des Telemedienangebots der Tagesschau kann die Trennung zwischen sendungsbezogenen und nichtsendungsbezogenen Inhalten freilich bereits deswegen keine Rolle spielen, weil das Angebot insgesamt als nichtsendungsbezogen beschrieben ist.<sup>116</sup> Insofern gehen die Aussagen des BGH an dieser Stelle schon grundsätzlich fehl.

Auch der Sinn und Zweck der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste einerseits und des Verbots nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote im RStV andererseits sind völlig unterschiedlich. Ziel der Richtlinie ist der Übergang von den nationalen Märkten zu einem gemeinsamen Markt für die Herstellung und Verbreitung von Programmen, bei Wahrung des Allgemeininteresses und fairer Wettbewerbsbedingungen.<sup>117</sup> Hauptzweck der Regelung im RStV ist die Verhinderung der Verdrängung der gedruckten Presse durch die Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.<sup>118</sup>

Aus ebendiesem Sinn und Zweck der Vorschrift folgt aber, dass der einzelne Beitrag den Vergleichsgegenstand bilden muss.<sup>119</sup> Wäre dies nicht so, könnte § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 3. TS RStV die intendierte Begrenzungskraft nicht entfalten.<sup>120</sup> Denn es käme dann nur darauf an, dass das Angebot bzw. dessen nichtsendungsbezogene Teile insgesamt nicht zu viele Textelemente enthalten. Solange das Angebot nur mit ausreichend rundfunktypischen Elementen angereichert würde, könnten die öffentlich-rechtlichen Anstalten munter presseähnliche Texte verbreiten. Dann jedoch drohte faktisch ein

<sup>114</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt D.2.

<sup>115</sup> Vgl. *Wimmer/Nawrath*, ZUM 2016, 126, 132.

<sup>116</sup> Vgl. *Wimmer/Nawrath*, ZUM 2016, 126, 132; siehe auch unten, Gliederungspunkt 4. b).

<sup>117</sup> Vgl. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste.

<sup>118</sup> Vgl. *Starck*, JZ 2013, 103, 104.

<sup>119</sup> Vgl. *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 433.

<sup>120</sup> *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 422.

Leerlaufen des Verbots.<sup>121</sup> Richtig ist es demzufolge, eigenständige Artikel, Berichte und Analysen in Textform nicht zuzulassen.<sup>122</sup>

#### *4. Bewertung von Tagesschau-App und tagesschau.de*

Nachdem die grundlegenden Kriterien zur Bestimmung der Presseähnlichkeit eines Angebotes dargelegt worden sind, soll nun gestützt darauf das konkrete Angebot der Tagesschau-App eingeordnet werden.

##### a) Tagesschau-App als eigenständiges Telemedienangebot

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, ob es sich bei der Tagesschau-App um ein eigenständiges Telemedienangebot handelt oder diese bereits von einem schon genehmigten Telemedienkonzept mit erfasst wird.

Denkbar erscheint in diesem Zusammenhang, dass die Tagesschau-App von dem bereits geprüften Internetangebot tagesschau.de mit umfasst wird. Im Rahmen der Prüfung von tagesschau.de wurde die Tagesschau-App allerdings nicht explizit geprüft.<sup>123</sup> Das Telemedienkonzept selbst enthält eher spärliche Aussagen hierzu.<sup>124</sup> Wörtlich heißt es dort lediglich: «Die ARD nutzt Applikationen nach dem jeweiligen Stand der Technik, um auf ihre Telemedienangebote zu verweisen bzw. Inhalte auf verschiedenen Endgeräten leichter zugänglich zu machen.»<sup>125</sup>

Die App könnte gegenüber tagesschau.de durchaus ein eigenständiges Telemedienangebot sein. Ausschlaggebend wäre, wie erheblich ggf. bestehende inhaltliche Änderungen sind.<sup>126</sup> Inhaltlich je-

<sup>121</sup> Vgl. Nawrath, MMR 2011, 79, 82.

<sup>122</sup> Gerhardt, AfP 2010, 16, 17.

<sup>123</sup> Hartl/Wagner, jurisPR-ITR 6/14, Anm. 5.

<sup>124</sup> Vgl. Wimmer/Nawrath, ZUM 2016, 126, 130.

<sup>125</sup> Telemedienkonzepte des Norddeutschen Rundfunks, Angebotsbeschreibung für tagesschau.de und eins-extra.de, abrufbar unter: [http://www.ndr.de/der\\_ndr/unternehmen/gremien/rundfunkrat122.pdf](http://www.ndr.de/der_ndr/unternehmen/gremien/rundfunkrat122.pdf), S. 35.

<sup>126</sup> Vgl. Wierny, ZUM 2014, 196, 200.

doch entspricht die Tagesschau-App der Seite [tagesschau.de](http://tagesschau.de).<sup>127</sup> Eine gesonderte redaktionelle Befassung erfolgt im Falle der Tagesschau-App nicht.<sup>128</sup> In technischer Hinsicht ist die App nur ein zusätzlicher Ausspielweg für ein nahezu identisches Angebot.<sup>129</sup> Die App kann also als ein rein technisches Zugangsmittel zu den Inhalten von [tagesschau.de](http://tagesschau.de) verstanden werden.<sup>130</sup>

Aufgrund der Nennung der Ausspielung der Inhalte von [tagesschau.de](http://tagesschau.de) über Applikationen und der bloßen andersartigen technischen Zugriffsmöglichkeit auf die identischen Inhalte ist davon auszugehen, dass die Freigabe des Telemedienkonzepts [tagesschau.de](http://tagesschau.de) auch den Abruf dieser Inhalte über die Tagesschau-App erfasst.<sup>131</sup>

### b) Angebot nichtsendungsbezogen und nicht presseähnlich?

Damit bleibt zu erörtern, inwieweit das Angebot von [tagesschau.de](http://tagesschau.de) sendungsbezogen und/oder presseähnlich ist. Abzustellen ist bei dieser Betrachtung richtigerweise nicht allein auf das Angebot als Ganzes, sondern auf den einzelnen Beitrag innerhalb des Angebots.<sup>132</sup>

Ob das Angebot von [tagesschau.de](http://tagesschau.de) sendungsbezogen ist, lässt sich nicht pauschal für alle Inhalte feststellen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass sich die öffentlich-rechtlichen Sender ihren Bestand an Onlinemedien als nichtsendungsbezogene Angebote genehmigen lassen.<sup>133</sup> Auch das Telemedienangebot zu [tagesschau.de](http://tagesschau.de) ist insgesamt als nichtsendungsbezogenes genehmigt worden.<sup>134</sup> Das führt aber logisch dazu, dass der Sen-

<sup>127</sup> Starck, JZ 2013, 103.

<sup>128</sup> Neuhoff, jurisPR-ITR 24/2012, Anm. 6.

<sup>129</sup> Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1497.

<sup>130</sup> Peifer, GRUR-Prax 2012, 521, 522.

<sup>131</sup> So auch BGH, ZUM 2015, 989 Rz. 41 – *Tagesschau-App*; Hain, AfP 2012, 313, 322; Schwartmann, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Aufl. 2014, 2.1 Online-Aktivitäten, Rn. 30.

<sup>132</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt D.3.

<sup>133</sup> Vgl. Gerhardt, AfP 2010, 16, 17 f.

<sup>134</sup> Vgl. Beschluss des NDR-Rundfunkrates vom 25.6.2010, abrufbar unter: [http://www.ndr.de/der\\_ndr/unternehmen/gremien/rundfunkrat120.pdf](http://www.ndr.de/der_ndr/unternehmen/gremien/rundfunkrat120.pdf), S. 15 f.

dungsbezug an und für sich niemals vorliegen kann,<sup>135</sup> worauf sich die Anstalten dann behaften lassen müssten. Selbst wenn im Einzelfall doch ein Sendungsbezug gegeben sein sollte, ist jedenfalls davon auszugehen, dass das Angebot, ob der Genehmigung als nichtsendungsbezogenes Angebot, erhebliche nichtsendungsbezogene Elemente enthält.

Als nichtsendungsbezogenes kann das Angebot von tagesschau.de und Tagesschau-App ausschließlich zulässig sein, wenn es nicht presseähnlich ist. Presseähnlich ist ein Angebot, wenn es einen Schwerpunkt in Texten und stehenden Bildern setzt, daher ein Lesemedium darstellt und ggf. auch als Presseersatz dienen kann.<sup>136</sup>

Ruft der Nutzer tagesschau.de oder die Tagesschau-App auf, wird er sogleich mit umfangreichen Textnachrichten und stehenden Bildern konfrontiert. Zwar finden sich auch Video- und Audiobeiträge, diese erscheinen aber eher als Ergänzung der Textbeiträge. Gefühlt macht die Tagesschau selbst nur etwa zehn Prozent der App aus.<sup>137</sup> Die Texte übersteigen erheblich den zur Koordination und Erläuterung notwendigen Umfang.<sup>138</sup> Enthalten sind zahl- und umfangreiche Nachrichtenartikel in Textform.<sup>139</sup>

Es ist folglich schon davon auszugehen, dass der gestalterische Schwerpunkt insgesamt auf Texten liegt.<sup>140</sup> Jedenfalls sind die einzelnen Inhalte äußerst textlastig. Sowohl die Seite tagesschau.de insgesamt als auch die einzelnen Beiträge stellen sich als Lese-medien dar. Da die derart gestalteten Beiträge auch problemlos in Tageszeitungen erscheinen könnten,<sup>141</sup> sind sie darüber hinaus geeignet, die Lektüre derartiger Presseprodukte zu ersetzen. Nach allem ist das Angebot von tagesschau.de und damit auch der Tagesschau-App als presseähnlich anzusehen, mit der Folge, dass es

<sup>135</sup> So zu Recht *Gerhardt*, AfP 2010, 16, 18.

<sup>136</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt D.2.b) und c).

<sup>137</sup> *Ory*, K&R 2011, Heft 3, Editorial.

<sup>138</sup> *Todsen*, Grenzen gebührenfinanzierter Telemedien, 2013, S. 236.

<sup>139</sup> *Lenski*, Verw. 2012, 465, 466.

<sup>140</sup> A.A. als Mitarbeiter im Justitiariat des NDR *Neuhoff*, jurisPR-ITR 24/2012, Anm. 6.

<sup>141</sup> Zum Teil handelt es sich ohnehin um bloße Agenturmeldungen.

als nichtsendungsbezogenes presseähnliches Angebot gem. § 11d Abs. 2 S.1 Nr. 3, 3. TS RStV unzulässig ist.

## E. Verfassungsrechtliche Betrachtung

Bereits nach der einfachgesetzlichen Betrachtung ist das Angebot von tagesschau.de und damit auch der Tagesschau-App als unzulässig anzusehen. Es stellt sich jedoch daneben auch und gerade die Frage, wie weit der öffentlich-rechtliche Telemedienauftrag überhaupt gehen darf.

Hintergrund des Streits um die Onlineangebote der Rundfunkanstalten ist, dass es im Internet, anders als auf herkömmlichen Märkten, zur Konfrontation von Angeboten der Rundfunkanstalten mit jenen der Presse kommt.<sup>142</sup> Die klassischen medialen Abgrenzungen zwischen Rundfunk/TV, Zeitungen, Zeitschriften, Filmen und vielen anderen Inhaltsangeboten verschwimmen hier zunehmend.<sup>143</sup>

Zwar haben die Anstalten mit dem 12. RÄStV einen originären Onlineauftrag erhalten.<sup>144</sup> Die Regelungen des RStV stellen für die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote darauf ab, ob ein Sendungsbezug der Angebote gegeben ist bzw. ansonsten ob die entsprechenden Inhalte presseähnlich sind. Wann ein Sendungsbezug vorliegt und was als presseähnlich anzusehen ist, lässt sich aber nicht ohne Streit bestimmen.<sup>145</sup> Auch erscheint es zweifelhaft, ob die getroffenen Regelungen den spezifischen Anforderungen des Grundgesetzes tatsächlich gerecht werden.

<sup>142</sup> Vgl. *Hain*, AfP 2012, 313, 314; *Schmidmann*, ZUM 2013, 536.

<sup>143</sup> *Spindler*, AfP 2012, 328, 329.

<sup>144</sup> *Neuhoff*, ZUM 2012, 371, 372; *Wank*, Rechtsschutzpositionen Dritter gegen neue oder veränderte Telemedienangebote von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2014, S. 28.

<sup>145</sup> Ähnlich *Neuhoff*, ZUM 2012, 371, 377.

### *1. Verfassungsrechtlicher Rundfunk- und Pressebegriff*

Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, einen Blick auf die Grundrechte der Presse- und Rundfunkfreiheit zu werfen.

#### a) Pressefreiheit

Grundrechte stellen im Regelfall Individualgrundrechte dar und vermitteln dem Einzelnen den Legitimationstitel zur Entfaltung seiner Freiheit nach privatautonomen Handlungsmustern.<sup>146</sup> Auch die Pressefreiheit ist eine Jedermannfreiheit.<sup>147</sup> Ziel des Grundrechts ist es insbesondere, Presseverlage vor staatlichen Eingriffen zu schützen.<sup>148</sup>

Der klassische Begriff der Presse umfasst alle gedruckten und zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Publikationen<sup>149</sup>. Die zunehmende Digitalisierung im Bereich der Medien führt jedoch dazu, dass gedruckte Werke der Presse seltener werden und Presseverlage ihre Produkte zunehmend digital über das Internet verbreiten.

Teilweise wird davon ausgegangen, dass dies am Begriff der Presse nichts ändere, die Pressefreiheit nur gedruckte Presse erfasse und nicht Betätigungen der Presseverlage im Netz<sup>150</sup>. Textdienste würden bei einer Verbreitung über das Internet danach grundsätzlich unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff fallen.<sup>151</sup> Folgte man dieser Logik und reduzierte die Pressefreiheit auf gedruckte Publikationen, drohte die Pressefreiheit allerdings Schritt für Schritt gegenstandslos zu werden.<sup>152</sup> Denn die Druckerzeugnisse werden

<sup>146</sup> Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 29.

<sup>147</sup> Vgl. Rösler, JZ 2009, 438, 439.

<sup>148</sup> Vgl. Gounalakis, LMK 2015, 374236.

<sup>149</sup> Vgl. BVerfG, ZUM-RD 1997, 105, 107 – *Werkszeitung*.

<sup>150</sup> Vgl. Neuhoff, ZUM 2012, 371, 376.

<sup>151</sup> So tatsächlich Hahn, ZRP 2008, 217, 219; Witt, Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2007, S. 86; Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 79; zumindest zweifelnd Paal, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 2010, S. 112 ff.

<sup>152</sup> Vgl. Gersdorf, AfP 2010, 421, 423.

zunehmend und am Ende voraussichtlich vollständig durch elektronische Textangebote ersetzt.<sup>153</sup>

Allein auf den Übertragungsweg abzustellen, ist demnach nicht zielführend; vielmehr würde damit die Rundfunkfreiheit auf Kosten anderer Freiheitsrechte «aufgeblasen». <sup>154</sup> Richtigerweise sind Onlinedienste also nicht generell Rundfunk.<sup>155</sup> Auch das BVerfG geht von einem weiten Pressebegriff aus.<sup>156</sup> Da der Begriff der Presse Entwicklungsoffen ist,<sup>157</sup> erscheint ein Abrücken vom Erfordernis der drucktechnischen Verkörperung als zwingenden Definitionselement erforderlich.<sup>158</sup>

Das Leseverhalten orientiert sich von der Papierzeitung hin zum Internet.<sup>159</sup> Das Lesen von gedruckten und digital verbreiteten Texten unterscheidet sich aber nicht grundlegend, sodass jedenfalls elektronische Textdienste als Lesemedien funktional mit der Presse vergleichbar sind.<sup>160</sup> Die Verbreitung von Presse mittels elektronischer Medien unterfällt daher nach richtiger Ansicht ebenfalls der Pressefreiheit.<sup>161</sup>

## b) Rundfunkfreiheit

Die Rundfunkfreiheit wird anders als die Pressefreiheit nicht als individuelles Freiheitsrecht betrachtet. Die Rundfunkfreiheit gilt vielmehr als «dienende» Freiheit;<sup>162</sup> sie dient der Meinungsviel-

<sup>153</sup> Vgl. *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 423.

<sup>154</sup> Korrekt *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 104.

<sup>155</sup> Vgl. *Degenhart*, CR 2011, 231, 234.

<sup>156</sup> BVerfG, ZUM-RD 1997, 105, 107 – *Werkszeitung*.

<sup>157</sup> *Möllers*, AfP 2008, 241, 243; *Degenhart*, CR 2011, 231, 235; so auch selbst *Papier/Schröder*, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 80.

<sup>158</sup> *Kühling*, in: BeckOK InfoMedienR, 10. Ed., Stand: 1.11.2015, GG Art. 5 Rn. 46.

<sup>159</sup> *Möllers*, AfP 2008, 241, 250.

<sup>160</sup> Vgl. *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 424 f.

<sup>161</sup> Vgl. *Degenhart*, CR 2011, 231, 235; *Möllers*, AfP 2008, 241, 243; *Peifer*, GRUR-Prax 2012, 521, 522.

<sup>162</sup> Vgl. *Castendyk*, AfP 2008, 467, 469, Fußnote 25.

falt.<sup>163</sup> Um diese dienende Funktion wahrnehmen zu können, ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Bestands-, Entwicklungs- und Finanzierungsgarantie abgesichert.<sup>164</sup>

Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff setzt sich aus den Kriterien der Bestimmung für die Allgemeinheit, dem Vorliegen von Darbietungen aller Art und der fernmeldetechnischen Verbreitung zusammen.<sup>165</sup> Hierunter fallen insbesondere die klassischen Radio-(Audio) und Fernsehprogramme (Video).

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk muss dafür Sorge tragen, dass für die Gesamtheit der Bevölkerung Programme geboten werden, welche umfassend und in der vollen Breite des klassischen Rundfunkauftrags informieren, und dass Meinungsvielfalt in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise gesichert ist.<sup>166</sup> Für die Finanzierung dieses verfassungsrechtlich geschützten Programmangebots zu sorgen ist der Gesetzgeber verpflichtet.<sup>167</sup> Zur Sicherung ebendieser Grundversorgung wird den Anstalten die Bestands- und Entwicklungsgarantie zugebilligt.<sup>168</sup>

Wenn die Anstalten nun mit ihren Angeboten vermehrt ins Internet vorstoßen, berufen sie sich dabei auf ihre Entwicklungsgarantie. Diese besteht allerdings nicht neben, sondern innerhalb des besonderen Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks,<sup>169</sup> sodass fraglich ist, inwieweit die auftretenden Entwicklungstendenzen von der Rundfunkfreiheit gedeckt sind.

<sup>163</sup> BVerfG, NJW 1991, 899, 903 – *WDR Urteil*.

<sup>164</sup> Vgl. Cornils/Naumann, ZUM 2016, 1, 2.

<sup>165</sup> Vgl. Witt, Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2007, S. 49.

<sup>166</sup> BVerfG, NJW 1987, 2987, 2988 – *Baden-Württemberg Beschluss*.

<sup>167</sup> BVerfG, NJW 1991, 899, 903 – *WDR Urteil*.

<sup>168</sup> Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio, S. 42.

<sup>169</sup> Lenski, Verw. 2012, 465, 480.

## 2. Das Internet als Infrastruktur

Technisch ist das Internet nicht nur als ein eigenes Medium, sondern als eine Infrastruktur zu verstehen.<sup>170</sup> Es eröffnet sowohl ein neues Betätigungsfeld als auch einen zusätzlichen Vertriebsweg.<sup>171</sup>

Da der Rundfunkbegriff entwicklungsoffen ist, muss den Anstalten gestattet sein, das Internet als Distributionsplattform für ihre «klassischen» Rundfunkinhalte zu nutzen.<sup>172</sup> Es wäre nicht richtig, die Rundfunkanbieter für die Verbreitung ihrer Programme ausschließlich auf eine ältere Technik zu verweisen.<sup>173</sup> So hat auch das BVerfG festgestellt, dass die Nutzung der neuen Übertragungsformen von der Gewährleistung der Grundversorgung umfasst wird.<sup>174</sup>

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können folglich im Rahmen ihrer Entwicklungsgarantie ihre klassischen Funk- und Fernsehinhalte neben Antenne, Kabel und Satellit auch über das Internet verbreiten. Dabei sollte es keine Rolle spielen, ob die Inhalte über klassische Webseiten oder mobile Anwendungen bereitgestellt werden. So wären etwa auch Handy-TV oder eine Mediathek-App vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag erfasst. Auf positive Resonanz selbst bei den Zeitungsverlegern ist beispielsweise die Mediathek-App des ZDF gestoßen.<sup>175</sup>

## 3. Weiter gehende Angebote der Anstalten im Internet

Die Entwicklungsgarantie garantiert den Rundfunkanstalten also, dass sie ihr Programm auch im Internet verbreiten dürfen. Das Internet ist jedoch nicht eine bloße Vervielfachung von Ausspielwegen, sondern auch ein eigenes Medium.<sup>176</sup> Es geht ARD und ZDF auch

<sup>170</sup> Möllers, AfP 2008, 241, 247; zustimmend Degenhart, CR 2011, 231, 234.

<sup>171</sup> Paal, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 2010, S. 52.

<sup>172</sup> Müller-Terpitz, AfP 2008, 335, 341.

<sup>173</sup> Vgl. Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 34.

<sup>174</sup> BVerfG, NJW 1991, 899, 900 – *WDR Urteil*.

<sup>175</sup> Vgl. Schwartmann, in: Schwartmann, Praxishandbuch, 2.1 Online-Aktivitäten, Rn. 32.

<sup>176</sup> Neuhoff, ZUM 2012, 371, 379.

nicht darum, lediglich ihre Programme im Internet auszustrahlen, also das Internet als weiteres Verbreitungsmedium zu nutzen.<sup>177</sup> Sie pochen mit Nachdruck darauf, daneben alle möglichen Telemedien anzubieten.<sup>178</sup>

Teilweise wird tatsächlich angenommen, die Anstalten dürften das Internet nicht nur als alternativen Übertragungsweg für ihr konventionelles Programm nutzen, sondern jenes müsse ihnen auch für eigengeartete Telemedien und -dienste offenstehen.<sup>179</sup>

Allerdings haben die interaktiven Medien mit der Aufgabe des Rundfunks an sich nichts zu tun; eine unreflektierte Expansion in das Internet erweist sich daher als verfassungsrechtlich problematisch.<sup>180</sup> Denn wie bereits erläutert worden ist, ist die Rundfunkfreiheit einer strengerer Regulierung unterworfen als etwa die Pressefreiheit. Die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ermächtigt ihren Träger nicht zu beliebigem Gebrauch.<sup>181</sup> Der Rundfunk muss immer der Meinungsvielfalt dienen. Ein zusätzliches Onlineangebot kann damit nur zulässig sein, wenn es die gefährdete Meinungsvielfalt zu sichern vermag.<sup>182</sup>

Beim herkömmlichen Programmrfundfunk wurde bisher immer eine Gefährdung der Meinungsvielfalt angenommen. Zunächst bestand ein Mangel an Sendefrequenzen, hinzu kam ein hoher finanzieller Aufwand zur Programmberitstellung, zudem wurde die besondere Suggestivkraft des Fernsehens als zusätzliches Risiko angenommen.<sup>183</sup>

Die Legitimation der Entwicklungsgarantie fußt also auf einem «Mangelszenario».<sup>184</sup> Auch das BVerfG hat seine Aussagen bisher stets vor dem Hintergrund einer nicht ausreichenden Vielfaltssiche-

<sup>177</sup> Vgl. *Castendyk*, AfP 2008, 467, 468.

<sup>178</sup> *Ring*, AfP 2008, 342.

<sup>179</sup> Vgl. *Badura*, AÖR 134 (2009), 240, 266; *Papier/Schröder*, Verfassungsfragen des Dreistufentests, S. 88.

<sup>180</sup> Vgl. *Ladeur*, ZUM 2009, 906, 909.

<sup>181</sup> BVerfG, NJW 1991, 899, 904 – *WDR Urteil*.

<sup>182</sup> Vgl. *Castendyk*, AfP 2008, 467, 472.

<sup>183</sup> Vgl. *Ladeur*, ZUM 2009, 906, 910.

<sup>184</sup> *Müller-Terpitz*, AfP 2008, 335, 339.

rung getroffen.<sup>185</sup> Aufgabe und «Lebensberechtigung» des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist somit die Gefahr des Vielfaltsdefizits, mithin eines Marktversagens.<sup>186</sup>

Tatsächlich ist jedoch ein Markversagen online bisher nicht feststellbar.<sup>187</sup> Ein Defizit an Meinungspluralität und thematischer Breite ist im Internet derzeit nicht zu besorgen.<sup>188</sup> Gerade bezüglich Textinhalten besteht im Internet ein hinreichender Wettbewerb.<sup>189</sup>

In Ermangelung eines bestehenden oder zu erwartenden Vielfaltsdefizits im Internet sind gebührenfinanzierte Textangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von Verfassungs wegen dann aber nicht zulässig.<sup>190</sup> Der Gesetzgeber ist im Bereich der Telemedien (wie der Presse) zunächst an die klassische Regel des Vorrangs privater Aktivitäten gebunden.<sup>191</sup>

### a) Orientierungs- und Leuchtturmfunction

Teilweise wird davon ausgegangen, dass sich gerade aus der unüberschaubaren Vielfalt der Angebote im Internet ein Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ableiten lasse. Es bestehe Skepsis gegenüber den im Internet aufzufindenden Informationen, sodass die Nutzer Orientierungshilfen zum Auffinden der Qualitätsangebote bräuchten.<sup>192</sup> Marken der Anstalten wie etwa der «Tagesschau» brächten die Bürger Vertrauen entgegen,<sup>193</sup> und diese müssten Orientierungs- und Leuchtturmfunction auch im Internet haben.

Es ist beachtenswert, dass die eben genannte These unter anderem von einem ehemaligen Präsidenten des BVerfG vertreten wird. Denn sie verkehrt die verfassungsrechtlichen Vorgaben quasi in ihr

<sup>185</sup> Müller-Terpitz, AfP 2008, 335, 339.

<sup>186</sup> Vgl. Castendyk, AfP 2008, 467, 470; Gersdorf, AfP 2010, 421, 428 f.

<sup>187</sup> Wimmer, AfP 2009, 321, 323.

<sup>188</sup> Vgl. Müller-Terpitz, AfP 2008, 335, 340.

<sup>189</sup> Rösler, JZ 2009, 438, 447.

<sup>190</sup> Gersdorf, AfP 2010, 421, 430.

<sup>191</sup> Ladeur, ZUM 2009, 906, 910.

<sup>192</sup> Brinkmann, ZUM 2013, 193, 198; vgl. auch Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 87 f.

<sup>193</sup> Vgl. Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 88.

Gegenteil. Aus der Tatsache, dass im Internet Vielfalt besteht, einen Mangel und damit einen Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten herleiten zu wollen, erscheint geradezu paradox.<sup>194</sup>

Ein solcher Gedanke der Orientierung und damit letztlich der Lenkung eines durch Meinungs- und Angebotsvielfalt geprägten Medienangebots steht auch im deutlichen Widerspruch zur Idee der gesellschaftlichen Kommunikation als grundsätzlich staatsfreien Prozesses.<sup>195</sup> Das Argument verfängt zudem inhaltlich nicht, denn vergleicht man die aufgezeigte Situation mit dem klassischen Pressebereich, ergibt sich ein ähnliches Bild, nämlich eine unübersehbare Vielfalt an Publikationen mit Inhalten, die unterschiedlicher nicht sein könnten. Es gibt auch keine Zeitung, in der sich alle Meinungen wiederfinden.<sup>196</sup> Warum der Leser im Internet (wo die Transparenz sogar tendenziell noch größer ist) mit der Informationsvielfalt im Gegensatz zum klassischen Pressebereich nicht zurechtkommen sollte, bleibt unklar.<sup>197</sup> Wer hier ein öffentlich-rechtliches Engagement fordert, müsste auch für die Herausgabe einer öffentlich-rechtlichen Zeitung plädieren.<sup>198</sup> Öffentlich-rechtliche Presse jedoch ist verfassungsrechtlich verboten.<sup>199</sup>

Daneben sei bemerkt, dass renommierte Zeitungsverlage eine ähnliche Reputation wie öffentlich-rechtliche Sendeanstalten haben.<sup>200</sup> Auch diese stellen vermehrt Telemedienangebote bereit, so dass ein Mangel an vertrauenswürdigen Informationsangeboten im Internet gar nicht gesehen werden kann. Auch ist für die Realisierung einer Leitbildfunktion öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, zumal vor dem Hintergrund der Konvergenz der Medien, kein

<sup>194</sup> Ähnlich *Degenhart*, CR 2011, 231, 236.

<sup>195</sup> *Lenski*, Verw. 2012, 465, 483.

<sup>196</sup> *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 428.

<sup>197</sup> *Todsen*, Grenzen gebührenfinanzierter Telemedien, 2013, S. 91.

<sup>198</sup> Korrekt *Müller-Terpitz*, AfP 2008, 335, 340; *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 428; *Wimmer*, AfP 2009, 321, 322.

<sup>199</sup> Vgl. *Fiedler*, K&R 2012, 795, 798.

<sup>200</sup> Vgl. *Spindler*, AfP 2012, 328, 331; ebenso *Zehlein*, WuM 2013, 460, 464.

zusätzliches Textangebot notwendig. Eine solche Funktion kann hinreichend auch über Audio- und Videobeiträge erfüllt werden.

Zudem läuft der sich entwickelnde digitale Pressemarkt<sup>201</sup> ersichtlich Gefahr, durch ein neues gebührenfinanziertes, frei zugängliches Angebot, welches potenziell den gleichen Inhalt kostenfrei anbietet,<sup>202</sup> vollständig verdrängt zu werden.<sup>203</sup> Die Vielfalt im Internet könnte also durch Angebote der Rundfunkanstalten sogar gefährdet werden.<sup>204</sup>

### b) Werbung als Vielfaltsproblem

Als weiteres Argument für das Erfordernis eines breiteren Onlineauftrags der Anstalten wird angeführt, dass sich Angebote im Internet primär über Werbung finanzieren. Die Ausrichtung der Internetwerbung nach «Page Views» habe die Folge, dass Netzinhalte statt an publizistischen vordringlich an ökonomischen Interessen ausgerichtet würden; dies wiederum führe zu einer einseitigen Ausrichtung des Angebots an den Interessen der Werbekunden und damit zu einer Beeinflussung der Meinungsbildung beim Konsumenten.<sup>205</sup> Gerade im Internet könne der Empfänger nicht erkennen, welche Berichte neutral sind und welche tendenziös.<sup>206</sup> Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hingegen sei ausschließlich publizistischen Interessen verpflichtet und damit Garant der Meinungsvielfalt.<sup>207</sup> Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter sei es gerade, *die Informationsquelle zu sein, die Gewähr für Objektivität und Binnenpluralismus bietet.*<sup>208</sup>

<sup>201</sup> Vgl. Fiedler, K&R 2012, 795, 799.

<sup>202</sup> Vgl. Ory, AfP 2010, 20, 24.

<sup>203</sup> Wimmer, ZUM 2009, 601, 607.

<sup>204</sup> Vgl. Gerhardt, AfP 2010, 16.

<sup>205</sup> Vgl. Eberle, AfP 2008, 329, 331; Langbauer/Ripel, MMR 2015, 572, 573; Witt, Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2007, S. 119 f.

<sup>206</sup> Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 76.

<sup>207</sup> Eberle, AfP 2008, 329, 331; Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 76.

<sup>208</sup> Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, S. 76.

Dieses Argument trägt ebenfalls nicht. Auch und gerade im Zeitungs-/Zeitschriftenmarkt ist die Situation nicht anders.<sup>209</sup> Auch hier stellen Werbeeinnahmen einen nicht zu unterschätzenden Ertragsfaktor dar. Dies hat jedoch nicht verhindert, dass angesehene, publizistisch werthaltige Zeitungen wie etwa FAZ, Süddeutsche Zeitung oder Die Zeit entstanden sind. Auch im Internet ist nicht erkennbar, dass publizistisch werthaltige Inhalte nicht entstehen, zumal auch renommierte Zeitungen ihre Printinhalte online anbieten. Überdies erweist sich die Annahme der primären Finanzierung aller Online-Nachrichtenangebote über Werbeeinnahmen mittlerweile als unzutreffend. So gibt es in zunehmendem Maße Bezahlangebote der Zeitschriftenverlage, die sich am Markt etablieren.<sup>210</sup>

Auch die Hypothese, dass öffentlich-rechtlich bereitgestellte Inhalte wegen ihrer Gebührenfinanzierung publizistisch höherwertig seien als Angebote Privater, passt nicht.<sup>211</sup> Tatsächlich nimmt die Qualität der Nachrichtenbeiträge auch bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten ab. Beispielhaft sei hier auf einen Beitrag auf der Website tagesschau.de verwiesen, in dem es um die vom EuG (Gericht der Europäischen Union) behandelte Frage ging, ob eine Coca-Cola-Flasche als Marke geschützt werden könne. In dem Artikel war neben Marken- auch von Patent- und Designschatz die Rede; die Begriffe wurden offenbar synonym verwandt und vermischt; es entstanden Kreationen wie Designpatent und Markenpatent. Dem fachlich interessierten Leser standen die Haare zu Berge, und auch dem Jurastudenten im Anfangssemester wurde klar, dass mit dem Beitrag etwas nicht stimmen konnte.<sup>212</sup>

<sup>209</sup> Vgl. *Todsen*, Grenzen gebührenfinanzierter Telemedien, 2013, S. 94.

<sup>210</sup> Genannt seien an dieser Stelle beispielhaft die Angebote F.A.Z. PLUS, auffindbar unter: [www.fazplus.de](http://www.fazplus.de), sowie SZ Plus, auffindbar unter: <https://produkte.sueddeutsche.de/sz-plus-angebote>.

<sup>211</sup> *Wimmer*, AfP 2009, 321, 324.

<sup>212</sup> Mittlerweile ist der Beitrag nur noch in korrigierter Form abrufbar unter: <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/patent-coca-cola-101.html>.

#### 4. Zwischenergebnis

Presse und Rundfunk stehen sich im Internet in einer bisher nicht bekannten Konkurrenzsituation gegenüber, was die Zuordnung der Inhalte zu einem der beiden Institute mitunter schwierig erscheinen lässt. Richtigerweise sind Audio- und Videobeiträge grundsätzlich der Rundfunkfreiheit zuzuordnen und umgekehrt Texte, stehende Bilder und Grafiken der Pressefreiheit.<sup>213</sup>

Die Tendenz der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, eigene Telemedien anbieten zu wollen, ist kritisch zu sehen. Da Ton- und Bewegtbildsendungen, nicht aber Textangebote die Substanz des klassischen Rundfunks bilden, kann sich die Entwicklungsgarantie der Anstalten im Kern auch nur auf Audio- und Videobeiträge beziehen, nicht jedoch auf Textangebote.<sup>214</sup> Anders wäre dies ggf. beim Vorliegen eines Defizits an Meinungspluralität im Internet zu beurteilen. Ein solches ist jedoch nicht erkennbar.

Die Verfassungsgarantie ist auf das zur Erfüllung des Auftrags Erforderliche beschränkt.<sup>215</sup> Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk steht es frei, seine typischen Ausdrucksformen des Hörfunks und Fernsehens auch im Internet zu verbreiten. Die Garantie sollte jedoch auch darauf beschränkt bleiben.<sup>216</sup> Ein darüber hinausgehender Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet mit Textinhalten ist abzulehnen.<sup>217</sup>

### F. Fazit

Der Streit um den zulässigen Umfang der Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten beschäftigt die (Rechts-) Wissenschaft praktisch seit Onlinepräsenzen der Anstalten ange-

<sup>213</sup> Vgl. *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 105 f.

<sup>214</sup> *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 427.

<sup>215</sup> *Badura*, AöR 134 (2009), 240, 246.

<sup>216</sup> Vgl. auch *Starck*, JZ 2013, 103, 104; *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608, 615.

<sup>217</sup> *Degenhart*, CR 2011, 231, 237.

boten werden. Die im Dezember 2010 eingeführte.<sup>218</sup> Tagesschau-App hat den Streit neu befeuert und vor die Zivilgerichte getragen. Ein Ende ist auch nach dem Urteil des BGH im Jahre 2015<sup>219</sup> nicht absehbar.

Die gerichtliche Auseinandersetzung dreht sich zum einen um die Frage, ob § 11d Abs. 2 S.1 Nr. 3, 3. TS RStV eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 3a UWG darstellt, zum anderen um die Einordnung der Tagesschau-App als presseähnliches Angebot.

Wie die vorliegende Untersuchung gezeigt hat, ist nach richtigem Verständnis davon auszugehen, dass § 11d Abs. 2 S.1 Nr. 3, 3. TS RStV zumindest auch eine Marktverhaltensregel ist.<sup>220</sup> Gemessen an den entscheidenden Kriterien der Gestaltung des Angebots als Lesemedium, das zudem geeignet ist, die Lektüre von Presseprodukten zu ersetzen, sind tagesschau.de und damit zugleich die Tagesschau-App als presseähnlich einzustufen und daher unzulässig.<sup>221</sup>

Aber selbst wenn auch die Gerichte dieser Einordnung im Ergebnis folgen sollten, wird das grundsätzliche Problem damit nicht gelöst.<sup>222</sup> An ähnlichen Angeboten der öffentlich-rechtlichen Anstalten würden sich voraussichtlich ähnliche Streitigkeiten entzünden.

Die Frage, inwieweit die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Teamedien vor dem Hintergrund des Grundgesetzes überhaupt anbieten dürfen, ist dahin gehend zu beantworten, dass die Anstalten auf die Verbreitung ihrer klassischen Ausdrucksformen des Hörfunks und Fernsehens auch im Internet zu beschränken sind. Ein Grundversorgungsauftrag mit Textinhalten im Internet ist abzulehnen<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> Vgl. Peifer, GRUR-Prax 2012, 521; Paal, AfP 2015, 500.

<sup>219</sup> BGH, ZUM 2015, 989 – Tagesschau-App.

<sup>220</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt C.4.

<sup>221</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt D.4.b).

<sup>222</sup> Vgl. Totsen, Grenzen gebührenfinanzierter Teamedien, 2013, S. 238.

<sup>223</sup> Siehe oben, Gliederungspunkt E.3.

