



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

Gutachten

**Die Neuregelung des  
Artikel 7b Richtlinie 2010/13/EU  
(AVMD-RL)**

**Spielraum und zu beachtende Vorgaben  
bei der mitgliedstaatlichen Umsetzung  
der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/1808**

Prof. Dr. Mark D. Cole

unter Mitwirkung von

Christina Etteldorf  
Jan Henrich

D-66121 Saarbrücken, Franz-Mai-Straße 6  
Tel.: +49-681-99 275-11 • Fax: +49-681-99 275-12  
emr@emr-sb.de • www.emr-sb.de

September 2019

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>2</b>
<b>Executive Summary .....</b>	<b>3</b>
Deutsche Fassung.....	3
English Version.....	8
<b>1. Gegenstand des Gutachtens .....</b>	<b>13</b>
1.1. Hintergrund der Untersuchung.....	13
1.2. Inhalte und Struktur des Gutachtens .....	16
1.3. Zu den Begrifflichkeiten .....	16
1.3.1. Zum Kontext mit dem Urheber- und Wettbewerbsrecht .....	16
1.3.2. Zu beispielhaften Erscheinungsformen von Überblendungen und Veränderungen.....	18
<b>2. Entstehungsgeschichte und Einordnung .....</b>	<b>21</b>
2.1. Kontext und Ziele der Reform.....	21
2.2. Genese von Artikel 7b AVMD-RL .....	24
<b>3. Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten beim EU- Richtlinienrecht .....</b>	<b>30</b>
3.1. Allgemeiner Umsetzungsspielraum bei Richtlinien der EU .....	30
3.1.1. Europarechtliche Grundlagen .....	30
3.1.2. Insbesondere: Zur Bedeutung der Erwägungsgründe für den Umsetzungsprozess.....	33
3.2. Allgemeiner Umsetzungsspielraum im Rahmen der AVMD-RL .....	34
3.2.1. Umsetzungsspielräume und nicht-koordinierter Bereich .....	34
3.2.2. Umsetzungsspielräume und koordinierter Bereich .....	34
3.2.3. Einschränkungen von Grundfreiheiten unter Berücksichtigung des ARD/ProSieben-Urteils des EuGH .....	36
3.3. Systematische Erwägungen zum Umsetzungsspielraum im Rahmen des Art. 7b AVMD-RL.....	38
3.4. Konkreter Umsetzungsspielraum im Rahmen von Artikel 7b AVMD-RL ..	39
3.4.1. Umsetzungspflicht.....	39
3.4.2. Gegenstand des Umsetzungsspielraums: persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der Norm bei teleologischer Auslegung.....	40
3.4.3. Faktoren des Umsetzungsspielraums .....	48
3.4.4. Art. 7b AVMD-RL im Kontext von Selbst- und Koregulierung.....	55
<b>4. Fazit und Ausblick.....</b>	<b>57</b>

## Executive Summary

### Deutsche Fassung

1. Mit der jüngsten Reform der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL) wurden 2018 eine Reihe neuer, die bisherige Regulierung teils grundlegend überarbeitende und ergänzende Bestimmungen eingeführt, die von den Mitgliedstaaten bis zum 19. September 2020 in nationales Recht überführt werden müssen. In dem zweiten Entwurf eines Medienstaatsvertrags, der derzeit zur Diskussion steht, wurden die Neuerungen der AVMD-RL in Deutschland bereits in weiten Teilen aufgegriffen.
  2. Im Mittelpunkt der AVMD-Reform stehen unter anderem „neue“ Medienakteure in digitalen Kommunikations- und Wertschöpfungsketten, insbesondere auch Plattformen, die durch verschiedene der eingeführten Regelungen stärker in die Verantwortung, etwa für die Wahrung von Verbraucherschutzinteressen, gezogen werden, was sich wiederum als Eingriff in deren grundrechtlich mehrdimensional geschützte Freiheiten darstellen kann. Solche Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Geschäftsmodelle, die Plattformen bzw. Distributoren betreffen, stehen dabei regelmäßig auch im Zusammenhang mit dem Schutz der Interessen von Inhabern und Nutzern.
  3. Zu diesen Regelungen zählt der neue Art. 7b AVMD-RL, der in Verbindung mit Erwägungsgrund 26 Bestimmungen zum Schutz audiovisueller Mediendienste vor Veränderungen oder Überblendungen enthält und Kern des vorliegenden Gutachtens ist. Danach werden Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass von Mediendiensteanbietern bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste nicht ohne die ausdrückliche Zustimmung dieser Anbieter zu kommerziellen Zwecken überblendet oder verändert werden, womit insbesondere sog. „Overlay-Techniken“ adressiert werden. Die Ausgestaltung der genauen rechtlichen Bedingungen, einschließlich möglicher Ausnahmen vom grundsätzlichen Überblendungsverbot, wird dabei den Mitgliedstaaten überlassen, wobei insbesondere auch die berechtigten Interessen der Nutzer berücksichtigt werden sollen.
  4. Diese Bestimmung des Art. 7b AVMD-RL ist sehr weit gefasst, wodurch sich grundsätzlich eine Vielzahl von Umsetzungsmöglichkeiten für den nationalen Gesetzgeber ergeben. Mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen bei der Umsetzung sind allerdings – unbeschadet verfassungsrechtlicher Schranken, die nicht Gegenstand des Gutachtens sind – sowohl Grenzen durch das Primärrecht der EU als auch durch den Telos der Norm vor dem Hintergrund der Zielsetzung der AVMD-RL im Kontext der Schaffung eines digitalen Binnenmarkts gesetzt.
  5. Dabei spielen Kontext, Ziele und Entstehungsgeschichte von Art. 7b AVMD-RL für die historische und teleologische Auslegung des Normtextes eine entscheidende Rolle. Eine Analyse des umfangreichen Evaluierungsprozesses zur bisherigen AVMD-RL, der deren Reform mitbestimmte und insbesondere das Grünbuch der Kommission, mehrere Beteiligungsverfahren für Stakeholder und Entschließungsanträge der EU-Institutionen umfasste, verdeutlicht, dass eine Regulierung zum Veränderungs- und
-

---

Überblendungsschutz den Interessen aller Beteiligten (Distributoren, Rundfunkveranstalter und Nutzer) gerecht werden muss, wobei im Rahmen des Evaluierungsverfahrens vor allem die Interessen der Nutzer vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes in der kommerziellen Kommunikation im Mittelpunkt standen.

6. Zudem kommt Erwägungsgrund 26 eine wichtige Konkretisierungsfunktion bei Art. 7b AVMD-RL zu, die im Rahmen der Umsetzung zu beachten ist. Das ergibt sich einerseits bereits aus einer Analyse des Evaluierungsprozesses und der Trilogverhandlungen zur Reform, im Rahmen derer der Kompromiss zwischen den am EU-Rechtsetzungsprozess beteiligten Organen vor dem Hintergrund der eher zurückhaltenden Regulierungsbereitschaft des Rates unter Betonung der Notwendigkeit von Garantien in den Erwägungsgründen zu lesen ist. Andererseits folgt dies auch aus allgemeinen unionsrechtlichen Interpretationsmethoden. Erwägungsgründe haben, wenngleich nicht unmittelbar rechtsverbindlich, zentrale Bedeutung bei der historischen und teleologischen Auslegung eines EU-Rechtsakts, tragen also zur Auslegung bei, was vom EuGH anerkannt ist. Vor dem Hintergrund, dass in ihnen regelmäßig die Ziele einer Bestimmung definiert oder konkretisiert werden, entspricht das auch der Vorgabe des Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach Richtlinien „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ sind. Die Erwägungsgründe spielen dort umso mehr eine entscheidende Rolle, je stärker die Positionen der am Rechtsetzungsprozess beteiligten EU-Organe divergierten, wie dies auch im Trilogverfahren zu Art. 7b AVMD-RL der Fall war.
7. Aus der Begriffsbestimmung des Typus Richtlinie in Art. 288 Abs. 3 AEUV folgen bei der nationalen Umsetzung von Richtlinien generell aber nicht nur Grenzen, sondern auch Gestaltungsspielräume: Zwar ist der wesentliche Regelungsgehalt von Richtlinien im Hinblick auf deren zunehmende Detaildichte aufgrund der damit verbundenen deutlichen Vorgaben zur Zweckbestimmung der Rechtsangleichung für die Mitgliedstaaten im koordinierten Bereich verbindlich vorgegeben. Den Mitgliedstaaten verbleibt allerdings auch hier ein im Einzelfall unterschiedlich intensiver Gestaltungsspielraum; sie sind nicht per se daran gehindert, auch im koordinierten Bereich überschießende Regelungen zu erlassen. Auch die Frage, welche Bedeutung der Rechtsharmonisierung für die souveränen Ordnungsspielräume der Mitgliedstaaten im nicht-koordinierten Bereich zukommt, entzieht sich einer generellen, vom Einzelfall losgelösten Beantwortung. Der den Mitgliedstaaten verbleibende Gestaltungsspielraum hängt nicht zuletzt auch davon ab, in welchen Bereich zwischen Mindest- und Maximalharmonisierung die konkrete Regelung einzuordnen ist.
8. In Bezug auf die AVMD-Richtlinie im Speziellen sieht Art. 4 ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten auch ausführlichere oder strengere Bestimmungen für Medienanbieter als die in der Richtlinie enthaltenen Vorgaben erlassen können, sofern diese mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Vor allem im Bereich der Regulierung „neuer“ Medienakteure, die innerhalb der AVMD-RL (noch) wenig konturiert ist, verfolgt die AVMD-RL eher einen Ansatz der Mindestharmonisierung. Ein bestimmtes regulatorisches Konzept, das im Ganzen von der Einräumung enger oder weiter Spielräume im Umsetzungsprozess geprägt ist, lässt sich dagegen aus der AVMD-RL nicht

---

ableiten. Konkret kommt es daher für die Beurteilung der Frage nach dem Umsetzungsspielraum neben den aus allgemeinen Grundsätzen folgenden Vorgaben auf die jeweilige Vorschrift an.

9. Laut EuGH muss – im Lichte der Grundrechte und Grundfreiheiten – eine Vorschrift, die im Bereich der Dienstleistungen eine die Ausübung einer grundlegenden Freiheit betreffende Tätigkeit einer Beschränkung unterwirft (wie auch Art. 7b AVMD-RL eine ist), klar und eindeutig formuliert sein. Ist sie dies nicht, ist sie laut EuGH im Zweifelsfall möglichst eng, also für den von der Beschränkung betroffenen Kreis weniger belastend, auszulegen. Daraus folgt auch, dass Einschränkungen der Dienstleistungstätigkeit, die die AVMD-RL vorsieht, von den Mitgliedstaaten grundsätzlich restriktiv auszulegen sind. Diese Auslegungsleitlinie gilt insbesondere, wenn die Reichweite einer Vorschrift nicht eindeutig ist und/oder die Gründe für die Schaffung einer konkreten Regelung unklar sind und/oder die Positionen der Rechtsetzungsorgane im Legislativprozess nicht gleichlaufend waren.
10. Für ein restriktives Verständnis von grundrechtsrelevanten Freiheitsbeschränkungen bei der Umsetzung spricht im Übrigen bereits der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der in Bezug auf Rechtsetzungsaktivitäten der EU als grundlegendes Prinzip des EUV bedeutsam ist und zudem auch von den Mitgliedstaaten auf Ebene der nationalen Rechtsetzung in Umsetzung von EU-Recht zu beachten ist – unabhängig von entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorgaben – und den Mitgliedstaaten wie der EU selbst zwar einerseits eine Beschränkung von Grundfreiheiten des Binnenmarktes zum Verfolgen unionsrechtlich anerkannter Ziele von allgemeinem Interesse ermöglicht, hierbei aber zwingend den Einsatz geeigneter, erforderlicher und insbesondere verhältnismäßiger Mittel verlangt. Dabei gilt es, bei mehreren möglichen Lösungswegen denjenigen zu wählen, der am wenigsten intensiv in die Rechte der Beteiligten eingreift und so im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz einen adäquaten Ausgleich der Interessen der Interessenträger zu finden, der im Einklang mit den Grundrechten und Grundfreiheiten steht.
11. Als Interessenträger adressiert Art. 7b AVMD-RL mit Blick auf den Schutz vor Überblendungen und Skalierungen zunächst die Mediendiensteanbieter, wie sie in Art. 1 Abs. 1 AVMD-RL definiert werden, also die klassischen Rundfunk-, im Anwendungsbereich der AVMD-RL präziser formuliert Fernsehanbieter und die Anbieter non-linear verbreiteter audiovisueller Inhalte. Als Interessenträger im Bereich von Ausnahmen von diesem Grundsatz identifiziert Art. 7b Abs. 2 AVMD-RL „Nutzer“, die sich angesichts der Vielgestaltigkeit von verschiedenen Plattformangeboten als Adressaten ebenso vielfältig darstellen können und demnach ebenso vielfältige Interessen im vorliegenden Kontext aufweisen können. Der zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der von Art. 7b AVMD-RL und Erwägungsgrund 26 durch die Erforderlichkeit „angemessener und verhältnismäßiger Maßnahmen“ der Mitgliedstaaten nochmals gesondert betont wird, fordert außerdem die Beachtung der Interessen derjenigen, die von der Verpflichtung oder Beschränkung betroffen werden. Das sind, aufgrund mangelnder Eingrenzung auf bestimmte Angebote und der stattdessen vorgenommenen Orientierung an Berechtigten im Rahmen von Art. 7b AVMD-RL, die ver-

schiedenen Arten von Plattformanbietern und Geräteherstellern, was einer pauschalisierenden Betrachtung bei der Gewichtung der Interessen sowie einer Konzentrierung dieser Gewichtung in einer generellen, die Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalles ausschließenden, gesetzlichen Regulierung aus unionsrechtlichen Gründen entgegenstehen dürfte.

12. Der sachliche Schutzbereich der Vorschrift erfasst in Bezug auf den geschützten Inhalt audiovisuelle Mediendienste, die von Mediendienstanbietern bereitgestellt werden, womit umfassend alle Inhalte – neben Fernsehprogrammen und Mediendiensten auf Abruf auch die kommerzielle Kommunikation – eingeschlossen sind, die die weite Definition des Art. 1 Abs. 1 lit. a AVMD-RL erfüllen. Grundsätzlich sind danach alle Erscheinungsformen von Veränderungen, einschließlich der Überblendung solcher Inhalte, verboten. Der sachliche Anwendungsbereich des grundsätzlichen Verbots erfasst also optische (oder akustisch wahrnehmbare) Abweichungen bei der Wahrnehmung des Signals durch den Nutzer im Vergleich zur in die Verbreitung gebrachten Fassung. Da die Vorschrift den Schutz des Verbrauchers in einer seine berechtigten Interessen wahren Form sicherstellen soll, wäre eine ausnahmslose Verbotsregel bezüglich von Veränderungen und Überblendungen nicht von der Zielrichtung der Vorschrift gedeckt. Daher bestehen Ausnahmen und Beschränkungen zum Verbot, wobei die Art. 7b AVMD-RL und Erwägungsgrund 26 zwischen unerlaubten Veränderungen und solchen, die von der Vorschrift nicht erfasst werden oder zulässig sind, differenzieren.
  13. Veränderungen, denen der Mediendienstanbieter zustimmt, unterfallen nicht dem Schutzzweck der Vorschrift und sind daher bereits vom Schutzbereich ausgenommen. Aufgrund der in Art. 7b AVMD-RL enthaltenen Bedingung, dass nur solche Veränderungen und Überblendungen verboten sein sollen, die kommerziellen Zwecken (außerhalb solcher der Mediendienstanbieter selbst) dienen, sind auch Veränderungen und Überblendungen ausgenommen, die dazu dienen, notwendige technische Informationen anzuzeigen. Deren Aufzählung in Erwägungsgrund 26 beschränkt sich dabei nicht auf reine Funktionselemente wie zum Beispiel die Lautstärkeregelung, sondern erfasst auch komplexere Systemelemente wie Suchfunktionen oder elektronische Programmführer. Ausgenommen vom Schutzbereich sind zudem Veränderungen, die vom Nutzer ausgelöst werden. Die im Erwägungsgrund aufgenommene Differenzierung der Nutzerhandlung danach, ob sie „ausgelöst oder genehmigt“ worden ist – beides führt zu einer Ausnahme des Zustimmungserfordernisses – deutet darauf hin, dass es unterschiedliche Wege zur Anpassung des Signals im Sinne einer aktiven oder passiven Handlung geben soll.
  14. Die Stakeholder-Interessen verdeutlichen ein Spannungsfeld, insbesondere aus Fragen zu Wertschöpfung, redaktioneller Verantwortung, Werkschutz, Innovationsfreiheit, Wettbewerbsfähigkeit und Nutzerfreundlichkeit. Die ursprünglich diskutierten Forderungen nach einer stärkeren Regulierung von Überblendungen und Skalierungen bezogen sich vornehmlich auf einen Schutz vor Überblendung mit oder ohne Störung von Werbung. Erst später wurden in der Diskussion verstärkt Fragen der Darstellungsform und des Einflusses auf Medien- und Angebotsnutzung aufgeworfen. In
-

haltenanbieter sprachen von einem „Weglotsen“ der Nutzer auf die Plattformwelt der Distributoren. Bei diesen wiederum wurde dabei insbesondere ein Interesse an einer technologieneutralen, europaweit einheitlichen Regelung geäußert, die Raum für teilweise bereits etablierte nutzerorientierte Systeme und zukünftige Innovationsmöglichkeiten im Rahmen der Darstellungsform offenlassen würde.

15. Bei der Umsetzung von Art. 7b AVMD-RL in nationales Recht kommt es entscheidend auf eine Abwägung der Interessen der betroffenen Parteien an, bei der auch die Beschränkungen der Rechtsposition der aus einer solchen Vorschrift mit Pflichten belasteten Partei ausreichend Berücksichtigung finden müssen. Die Interessenabwägung ist dabei keine isoliert oder abstrakt vorzunehmende Bewertung der Wichtigkeit des Schutzes einerseits und der Schwere des Eingriffs für Dritte andererseits. Vielmehr muss diese im Kontext mit dem Regulierungsumfeld gesehen werden, mit der Besonderheit der Konstellation mehrerer Beteiligter im Vorgang der Bereitstellung audiovisueller Mediendienste bis hin zu ihrer Konsumtion. Dabei soll der Nutzer des Inhalts zum einen die „Endentscheidung“ über die Art der Konsumtion des Inhalts bewahren können, zum anderen müssen die mit dem Schutz einhergehenden Verpflichtungen für andere Beteiligte gemessen an der Eingriffsintensität gegenüber dem Schutzinteresse ausgerichtet werden. Da ein Überblendungs- und Veränderungsschutz nicht unabhängig von diesen Anbietern erfolgen kann, ist der Gesetzgeber durch den Konnex der beiden Faktoren Schutz für die eine und Obliegenheit für die andere Partei gehalten, schon vom Ansatz her bei der Entscheidung über zu treffende Maßnahmen die Wirkung auf der Verpflichtetenseite mit zu bedenken und nicht lediglich durch Ausnahmebestimmungen einen Ausgleich zu schaffen. Art. 7b AVMD-RL verlangt insoweit bereits bei der Etablierung der Grundregel „angemessene und verhältnismäßige“ Maßnahmen.
  16. Die in der Vorschrift festgelegte Interessengewichtung, die im Erwägungsgrund 26 noch verdeutlicht wird, muss berücksichtigen, dass der vollständige Ausschluss bestimmter Nutzerhandlungen ein sehr intensiver Eingriff ist, der daher nur für die intensivste Form der Veränderung audiovisueller Mediendienste vorzusehen ist, während weniger intensive „Beeinträchtigungen“ gegen eine rigide gesetzliche Regelung sprechen. Es spricht vielmehr im Blick auf eine Entwicklungsoffenheit vieles für eine Umsetzungslösung, die eine gewisse Flexibilität zulässt, so dass in der Anwendungspraxis entschieden werden kann, ob eine bestimmte Funktionalität und die Art ihrer Anwendung dem berechtigten Interesse des Nutzers entspricht oder das Gebot des Veränderungs- und Überblendungsschutzes überwiegt. Die konkreten, aber nicht abschließenden Beispiele im Erwägungsgrund 26 können dabei als Leitlinien herangezogen werden.
  17. Ein geeignetes Mittel, für eine die Interessen aller Beteiligter fördernde und wahrende Umsetzung von Art. 7b AVMD-RL könnte dabei auch das Instrument der Selbst- und Koregulierung sein, das im Rahmen der neuen Richtlinie erheblich an Gewicht gewonnen hat. Erwägungsgrund 13 hebt dabei insbesondere hervor, dass diese bei der Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus eine wichtige Rolle spielen kann und sich bei der Verwirklichung von Zielen von öffentlichem Interesse im
-

Bereich der neuen audiovisuellen Mediendienste als wirksamer erweisen könnte, wenn sie mit der aktiven Unterstützung der Diensteanbieter erfolgt. Dies sind zwei Zielvorgaben, die von der Regelung des Art. 7b AVMD-RL maßgeblich vorgesehen werden.

### English Version

1. The recent reform of the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) introduced in 2018 a number of new provisions, some of which fundamentally overhaul and supplement the existing regulation. Member States must transpose the goal of these new provisions into national law by 19 September 2020. In the second draft of a State Media Treaty, which is currently under discussion in Germany, the new specifications of the AVMSD have already been taken up to a large extent.
  2. The AVMSD reform focuses, inter alia, on “new” media players in digital communication and value chains, in particular platforms, which are more strongly held responsible by various of the introduced provisions, e.g. for safeguarding consumer interests, which in turn can be seen as an interference with their multidimensionally protected fundamental freedoms. Such impairments of business models – which are protected by fundamental rights that affect platforms or distributors – are also regularly connected to the protection of the interests of content providers and users.
  3. These provisions include the new Art. 7b AVMSD, which, in conjunction with Recital 26, contains provisions to protect audiovisual media services against overlays or modifications and is the core of this legal opinion. Under this provision, Member States are obliged to ensure that audiovisual media services provided by media service providers are not overlaid for commercial purposes or modified without the explicit consent of these providers. The definition of the precise legal conditions, including possible exceptions to the principle prohibition of overlays, is left to the Member States, whereby the legitimate interests of the users are in particular to be taken into account.
  4. The provision of Art. 7b AVMSD is very broad in scope, which in principle gives rise to a large number of possibilities for national legislators to implement it. However, without prejudice to constitutional limitations which are not subject of this legal opinion, the Member States’ scope for implementation is limited both by EU primary law and by the telos of the provision against the background of the objectives of the AVMSD in the context of the creation of a Digital Single Market.
  5. The context, objectives and history of Art. 7b AVMSD have a decisive role to play in the historical and teleological interpretation of the provision. An analysis of the extensive evaluation process for the existing AVMSD, which influenced the reform and in particular included the Commission's Green Paper, several stakeholder participation procedures and motions for resolutions by the EU institutions, illustrate that rules to protect against overlays and modifications must serve the interests of all parties involved (distributors, broadcasters and users), whereby the evaluation pro-
-



cess focused primarily on the interests of users in the context of consumer protection in commercial communications.

6. Recital 26 has an important concretising function with regard to Article 7b AVMSD, which must be taken into account in the context of implementation by the Member States. On the one hand, this already results from an analysis of the evaluation process and the trilogue negotiations on the reform, in the context of which the compromise between the bodies involved in the EU legislative process must be read against the background of the Council's rather reluctant readiness to regulate on this matter, emphasising the need for guarantees in the recitals. On the other hand, this also follows from general interpretation methods under Union law. Although not directly legally binding, recitals are of central importance in the historical and teleological interpretation of an EU legal act and thus contribute to the interpretation of what is recognised by the CJEU. In view of the fact that they regularly define or specify the objectives of a provision, this also corresponds to the stipulation of Art. 288 (3) TFEU, according to which directives are "binding, as to the result to be achieved". The recitals play an even more decisive role the more the positions of the EU institutions involved in the legislative process diverged, as was the case in the trilogue procedure on Art. 7b AVMSD.
  7. Art. 288 (3) TFEU, however, generally not only imposes limits on the national transposition of Directives, but leaves room for manoeuvre: it is true that the essential regulatory content of Directives, in view of their increasing density of detail, is binding on the Member States in the coordinated area due to the associated clear requirements regarding the purpose of approximation of laws. The Member States, however, retain a margin of manoeuvre of varying intensity which depends on each case. They are not per se prevented from enacting further reaching rules in the coordinated area as well. The question of the significance of legal harmonisation for the sovereign regulatory leeway of the Member States in the non-coordinated area also eludes a general answer which would be unconnected to each individual case of transposition obligation. The room for manoeuvre left to the Member States depends not least on the area between minimum and maximum harmonisation in which the concrete ruleset is to be classified.
  8. Regarding the AVMSD in particular, Article 4 explicitly provides that Member States may also adopt more detailed or stricter rules in the fields coordinated by this Directive, provided that such rules are in compliance with Union law. Particularly in the area of the regulation of "new" media players, which has (so far) only few contours within the Directive, the AVMSD rather pursues an approach of minimum harmonisation. On the other hand, the AVMSD does not provide a basis for a specific regulatory concept which is characterised by the granting of narrow or wide scope in the implementation process as a whole. Therefore, the assessment of the question of the scope for implementation depends not only on the requirements resulting from general principles but also on the respective provision in concrete.
  9. According to the CJEU, in the light of fundamental rights and freedoms, a provision which, in the field of the freedom of services, imposes a restriction on the exercise of
-

an activity relating to that fundamental freedom (which Article 7b AVMSD is an example of) must be clearly and unambiguously worded. If this is not the case, the CJEU states that in case of doubt it must be interpreted as narrowly or strict as possible, i.e. less burdensome for the group affected by the restriction. It also follows from this that limitations on the service activity provided for in the AVMSD must in principle be interpreted restrictively by the Member States. This interpretation guideline applies in particular if the scope of a provision is not clear and/or the reasons for the creation of a concrete regulation are unclear and/or the positions of the legislative bodies in the legislative process were controversial.

10. Moreover, for the implementation the general principle of proportionality – which is important in relation to EU legislative activities as a fundamental principle of the TEU and which must also be observed by the Member States at the level of national legislation in the implementation of EU law, irrespective of the corresponding constitutional requirements – already speaks in favour of a restrictive understanding of limitations on freedoms that have an impact on fundamental rights. Although this principle enables the Member States and the EU itself to restrict fundamental freedoms of the internal market in order to pursue objectives of general interest recognised under Union law, it requires the use of appropriate, necessary and, in particular, proportionate means. In the case of several possible solutions, it is essential to choose the one that interferes least intensively with the rights of the parties involved and thus to find an adequate balance between the interests of the stakeholders by means of ‘practical concordance’, which is in line with the fundamental rights and freedoms.
  11. With a view to protection against overlays and modifications, Art. 7b AVMSD initially addresses media service providers as targets in the way they are defined in Art. 1 (1) of the AVMSD, i.e. traditional broadcasting providers and non-linear media service providers. Art. 7b (2) of the AVMSD identifies “users” as further targets in the area of exceptions to this principle, who, in view of the diversity of different platform offerings, can as addressees appear in many different ways and can therefore have equally diverse interests in the present context. That the principle of proportionality has to be observed is emphasised again separately by Art. 7b and Recital 26 AVMSD by referring to the necessity of “appropriate and proportionate measures” by the Member States. Therefore, the interests of those affected by the obligation or restriction have to be taken into account. The ones affected are the different types of platform providers and equipment manufacturers in a broadly understood way. However, due to the lack of limitation to certain offers and the choice instead to refer in the framework of Art. 7b AVMSD to the parties that are protected, a generalised consideration in the weighting of interests as well as a concentration of this weighting in a general formulation of a national rule could be difficult and instead calls for the consideration of circumstances of each individual case of provider.
  12. The material scope of the provision covers – regarding the protected content – audiovisual media services provided by media service providers, which comprehensively includes all offerings – in addition to television programmes and media services on-demand also commercial communication - that fulfil the broad definition of Art. 1 (1)
-

- 
- (a) AVMSD. In principle, all forms of modification, including the overlaying of such content, are prohibited. Thus, the material scope covers optically (or acoustically perceptible) deviations in the perception of the signal by the user compared to the version distributed. Since the provision is intended to ensure the protection of the consumer in a form that safeguards his legitimate interests, an unexceptional prohibition rule regarding modifications and overlays would not be covered by the objective of the provision. There are therefore exceptions and restrictions to the prohibition, with Art. 7b and Recital 26 AVMSD differentiating between unlawful modifications and those that are already not covered by the provision or are permissible per se.
13. Changes permitted by the audiovisual media service provider are already not covered by the aim of the provision and therefore fall outside the scope of protection. Due to the condition contained in Art. 7b AVMSD that only such modifications and overlays are to be prohibited that serve commercial purposes (which are then not the ones of the media service provider itself), modifications that serve to display necessary technical information are also excluded from the scope of protection. Their enumeration in Recital 26 is not limited to purely functional elements such as volume control, but also covers more complex system elements such as search functions or electronic programme guides. Modifications triggered by the user are also excluded from the scope of protection. The differentiation in the recital of the user action according to whether it has been "initiated or authorised" – both of which lead to an exception to the requirement of approval of by the media service provider for the modification or overlay – indicates that there are different ways of adapting the signal in the sense of an active or passive triggering.
14. Stakeholder interests as they were expressed in the reform process, illustrate a field of tension, in particular between questions of value creation, editorial responsibility, the protection of content, freedom of innovation, competitiveness and user friendliness. The original calls for a rule against overlays and modifications primarily were aimed at a protection against overlays in form of advertising or overlays of such advertising. Only later did the discussion increasingly raise questions of the form of presentation and the influence on media and the use of offerings. Content providers spoke of a "guiding away" of users to the own platform world of distributors. These, in turn, expressed a particular interest in a technology-neutral, Europe-wide uniform regulation that would leave room for already established user-oriented systems and future innovation possibilities within the framework of the presentation form.
15. In transposing Article 7b AVMSD into national law, it is crucial to balance the interests of the parties concerned, taking sufficient account of the restrictions on the legal position of the parties burdened with obligations by such a provision. The balancing of interests is not an isolated or abstract assessment of the importance of protection on the one hand and the seriousness of the interference for third parties on the other. Rather, it must be seen in the context of the regulatory environment, with the particularity of the constellation of several participants in the process of providing audiovisual media services through to their consumption. On the one hand, the user
-

of the content should be able to preserve the “final decision” on the type and form of consumption of the content; on the other hand, the obligations for other parties associated with the protection must be adopted to the intensity of intervention in relation to the protection interest. Since protection against overlays and modifications cannot be provided independently of these providers, the legislator is bound by the connection between the two factors of protection for one party and obligation for the other to take into account the effect on the obligated party when deciding on the measures to be taken, even from the outset, and not merely to create compensation by means of exceptions. In this respect, Art. 7b AVMSD already requires “appropriate and proportionate” measures when the basic rule is established.

16. The weighting of interests laid down in the provision, which is further clarified in recital 26 AVMSD, must take account of the fact that the total exclusion of certain user actions is a very intensive intervention, which should therefore only be provided for the most intensive form of modification of audiovisual media services, while less intensive “impairments” speak against rigid legal regulation. Rather, in view of an openness to development, there is much to be said for an implementation solution that permits a certain flexibility, so that it can be decided in application practice whether a certain functionality and the way in which it is applied correspond to the legitimate interest of the user or whether the requirement of protection against modifications and overlays prevails. The concrete but non-exhaustive examples in recital 26 can be used as guidelines.
17. An appropriate means of implementing Art. 7b AVMSD in a way that promotes and safeguards the interests of all parties involved could also be the instrument of self- and co-regulation, which has gained considerably increased importance within the framework of the new Directive. Recital 13 AVMSD emphasises in particular that this can play an important role in ensuring a high level of consumer protection and could prove more effective in achieving public interest objectives in the field of new audiovisual media services if it is carried out with the active support of service providers. These are two objectives which the regulation of Art. 7b AVMSD provides for in a decisive manner.

---

## 1. Gegenstand des Gutachtens

### 1.1. Hintergrund der Untersuchung

Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste<sup>1</sup> als Kernelement des Rechts der audiovisuellen Mediendienste auf Ebene der Europäischen Union wurde jüngst durch die Richtlinie (EU) 2018/1808<sup>2</sup> grundlegend reformiert. Dabei wurden sowohl eine Reihe völlig neuer Bestimmungen – wie zum Beispiel die Art. 28a und 28b AVMD-RL für Video-Sharing-Plattformen – eingeführt, als auch bestehende Regelungen überarbeitet oder in ihrem Anwendungsbereich mit dem Ziel der Schaffung eines „level playing fields“ zwischen Anbietern, die mit vergleichbaren Angeboten um die Zuschauergunst im Wettbewerb stehen, angeglichen. Ein Beispiel für diese stärkere Vereinheitlichung der vormals stark zwischen Anbietern linearer und non-linearer Dienste unterscheidenden Regeln ist Art. 13 AVMD-RL zur Förderung europäischer Werke.

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Bestimmungen der Änderungsrichtlinie zur AVMD-RL<sup>3</sup> bis zum 19. September 2020 in nationales Recht umzusetzen. Diese Umsetzung, die der nationalen Ebene je nach Vorschrift unterschiedliche und unterschiedlich weite Umsetzungsspielräume belässt, stellt die Mitgliedstaaten aktuell vor dem Hintergrund teils gänzlich neuer Ansätze und Mechanismen der Regulierung vor große Herausforderungen.

Auch der deutsche Gesetzgeber – im Fall einer ausschließlich oder im Schwerpunkt medienrechtlichen Regelungsmaterie die zuständigen Landesgesetzgeber<sup>4</sup> – steht vor dieser zeitlich wie inhaltlich ambitionierten Aufgabe. Die Länder haben sich dieser Herausforderung durch einen Entwurf für einen Medienstaatsvertrag der Rundfunkkommission der

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), OJ L 95, 15.4.2010, p. 1–24.

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, OJ L 303, 28.11.2018, p. 69–92.

<sup>3</sup> In diesem Gutachten bezeichnet „AVMD-RL“ die Richtlinie 2010/13/EU in der Fassung der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/1808.

<sup>4</sup> Der Umfang, in dem die Länder zur Umsetzung der AVMD-RL zuständig sind, ist derzeit Gegenstand von Kontroversen zwischen Bund und Ländern. Auf Bundesebene ist ein Referentenentwurf zur Anpassung des Telemediengesetzes vorgelegt worden, nach dem auch in umfassender Weise Bestimmungen der AVMD-RL im Bundesgesetz umgesetzt würden, vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Viertes Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes und zur Änderung weiterer Gesetze, abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/referentenentwurf-viertes-gesetz-zur-aenderung-des-telemediengesetzes-und-zur-aenderung-weiterer-gesetze.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/referentenentwurf-viertes-gesetz-zur-aenderung-des-telemediengesetzes-und-zur-aenderung-weiterer-gesetze.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

---

Länder (nachfolgend „MStV-E“)<sup>5</sup> in weiten Teilen bereits gewidmet und diesen Entwurf zur Diskussion<sup>6</sup> gestellt. Der MStV-E adressiert dabei nicht nur Themen wie Video-Sharing-Dienste sowie Werbung und Jugendmedienschutz, deren (Neu-)Regulierung auch von der AVMD-RL gefordert wird, sondern in autonomer Ordnungsentscheidung auch Fragen wie das System von Rundfunkbegriff und -zulassung, Medienplattformen und Intermediären.

Die beiden letztgenannten Themen waren bereits Gegenstand von Diskussionen zwischen Bund und Ländern, die im Ergebnis zu einem Bericht der „Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz“ vom Juni 2016 führten.<sup>7</sup> In diesem Bericht ist unter anderem vorgesehen, dass „die Regelungen zum Schutz der Signalintegrität ... zu ergänzen (sind) um Vorgaben, unter welchen Voraussetzungen Überblendungen und Skalierungen zulässig sind“<sup>8</sup>. Dieses Ergebnis baut auf dem Zwischenbericht der Bund-Länder-Kommission<sup>9</sup> vom Dezember 2015 auf. Dort war zum Thema „Schutz der Signalintegrität und Schutz der Darstellung von Inhalten am Bildschirm“ ausgeführt:<sup>10</sup>

*„Der gesetzlich verankerte Grundsatz der Signalintegrität erscheint weiterhin sinnvoll und soll daher beibehalten werden.*

*Darüber hinaus darf die Überblendung, Skalierung oder sonstige Veränderung der Darstellung des Bildes der Verbreitung audiovisueller Inhalte mit besonderer Meinungsbildungsrelevanz jedenfalls nur dann zulässig sein, wenn diese vom Nutzer im Einzelfall veranlasst (oder gegebenenfalls auch als Grundeinstellung autorisiert) ist.*

*Es ist insofern zu klären, ob und inwieweit die Überblendung, Skalierung oder sonstige Veränderung der Darstellung des Bildes bei der Verbreitung audiovisueller Inhalte mit besonderer Meinungsbildungsrelevanz zusätzlich der Autorisierung durch den Inhabeanbieter bedürfen soll.*

*Eine Überblendung mit Werbung, die nicht in anderen Diensten eingebettet ist, soll jedoch nur dann zulässig sein, wenn dies vom Anbieter audiovisueller Inhalte mit besonderer Meinungsbildungsrelevanz autorisiert ist.“*

<sup>5</sup> Rundfunkkommission der Länder, Diskussionsentwurf für einen „Medienstaatsvertrag“, Stand: Juli 2019, abrufbar unter [https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/MStV-E\\_Synopse\\_2019-07\\_Online\\_.pdf](https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/MStV-E_Synopse_2019-07_Online_.pdf).

<sup>6</sup> Vgl. zum Beteiligungsverfahren Medienstaatsvertrag das hierzu eingerichtete Portal auf der Webseite der (federführenden) Landesregierung Rheinland-Pfalz unter <https://www.rlp.de/de/landesregierung/staatskanzlei/medienpolitik/beteiligungsverfahren-medienstaatsvertrag/>.

<sup>7</sup> Abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/473870/07ba875e860ada4556526641bd9151b6/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk-data.pdf?download=1>.

<sup>8</sup> Ibidem, S. 24.

<sup>9</sup> Abrufbar unter [https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Zwischenbericht\\_Bund-Laender-Kommission\\_zur\\_Medienkonvergenz\\_Dezember\\_2015.pdf](https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Zwischenbericht_Bund-Laender-Kommission_zur_Medienkonvergenz_Dezember_2015.pdf).

<sup>10</sup> Ibidem, S. 34.

Damit spielt – mit Blick auf die sich weiter entwickelnde Medienkonvergenz – sowohl in der deutschen wie europäischen Reformdebatte die Frage des Schutzes bestimmter audiovisueller Inhalte vor Veränderungen oder Überblendungen eine wichtige Rolle. Eine der Änderungen der neuen AVMD-RL ist in dieser Hinsicht der neue Art. 7b AVMD-RL, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass von Mediendiensteanbietern bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste nicht ohne die ausdrückliche Zustimmung dieser Anbieter zu kommerziellen Zwecken überblendet oder verändert werden. Adressiert werden damit also insbesondere sogenannte „Overlay-Techniken“, die das Aussehen des Bildschirminhalts (und gegebenenfalls auch den Inhalt des Audiosignals) beim Nutzer gegenüber der Situation ohne „Overlay“ verändern. Es wird argumentiert, dass damit eine Gefährdung der Integrität (im Sinne von unverändertem Zustand) von Inhalten beziehungsweise Signalen erreicht wird, gegen die eine einschränkende Regelung einzuführen ist. Dementsprechend ist eine Grundregel zur Signalintegrität in die AVMD-RL aufgenommen worden. Die Ausgestaltung der genauen rechtlichen Bedingungen, einschließlich möglicher Ausnahmen vom grundsätzlichen Überblendungsverbot, wird dabei den Mitgliedstaaten überlassen, wobei insbesondere auch die berechtigten Interessen der Nutzer und Mediendiensteanbieter, die die Inhalte ursprünglich bereitgestellt haben, berücksichtigt werden sollen. Bereits auf den ersten Blick wird deutlich, dass diese Bestimmung sehr weit gefasst ist und sich grundsätzlich eine Vielzahl von Umsetzungsmöglichkeiten für den nationalen Gesetzgeber ergeben.

Ein Umsetzungsvorschlag zu Art. 7b AVMD-RL findet sich nunmehr in § 52a Abs. 3 und 4 MStV-E, der Überblendungen und Skalierungen mit kommerzieller Kommunikation, Inhalten aus Rundfunkprogrammen oder rundfunkähnlichen Telemedien, einschließlich Empfehlungen oder Hinweisen hierauf, ohne Einwilligung des Inhaltanbieters verbietet, wobei Ausnahmen zum einen für technische Änderungen zur Verbesserung der Kapazitätsnutzung und zum anderen mit Blick auf vom Nutzer im Einzelfall veranlasste Änderungen vorgesehen werden.

Unabhängig von einer konkreten Umsetzung ist die Regelung in Art. 7b AVMD-RL gleichbedeutend mit Einschnitten in die grundrechtlich mehrdimensional geschützte Freiheit von Anbietern von Plattformen und Benutzeroberflächen, die stärker in die Verantwortung für die Verwirklichung der gemeinwohlorientierten Zielsetzungen der AVMD-RL gezogen werden. Abhängig von der konkreten nationalen Umsetzung können diese Eingriffe erheblich sein und damit auch die bislang bestehende Ausgestaltung der Regulierung, die sich am Nutzerverhalten und deren Interessen einerseits und dem Interesse des Plattformdiensteanbieters andererseits ausgerichtet hat, grundlegend verändern. Für Mediendiensteanbieter, deren Inhalte auf den jeweiligen Plattformen bereitgestellt werden, bedeutet Art. 7b AVMD-RL demgegenüber einen höheren Schutz für die Integrität ihrer Inhalte. Auch vor dem Hintergrund einer Berücksichtigung dieser widerstreitenden Interessen enthält Erwägungsgrund 26 zu Art. 7b AVMD-RL detailliertere Vorgaben, was Ziele und Faktoren der Umsetzung anbelangt, die im nationalen Implementierungsverfahren Berücksichtigung finden sollen.

---

## 1.2. [Inhalte und Struktur des Gutachtens](#)

Vor diesem Hintergrund soll das vorliegende Gutachten die Frage analysieren, welchen Umsetzungsspielraum Art. 7b AVMD-RL den Mitgliedstaaten überlässt und welche europarechtlichen Vorgaben und Grenzen bei der Schaffung und Anwendung nationaler Bestimmungen zur Signalintegrität auf Plattformen zu beachten sind. Hierzu wird Art. 7b AVMD-RL zunächst in den Kontext sowohl medienrechtlicher Regulierung der EU insgesamt als auch der Reform der AVMD-RL gesetzt und seine Entstehung beleuchtet. Dies erfolgt, um Ziele und Intentionen des EU-Gesetzgebers herauszuarbeiten, die mit der Regelung, die erst spät im Trilogverfahren seitens des Europäischen Parlaments vorgeschlagen wurde, verfolgt wurden. Anschließend wird auf den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten eingegangen, wobei zunächst Grundsätze und Grenzen der Umsetzung von EU-Richtlinien im Allgemeinen aus dem Primärrecht aufgezeigt werden. Darauf aufbauend wird die Frage nach dem Umsetzungsspielraum speziell der AVMD-RL aufgeworfen, zu deren Beantwortung auch einschlägige Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden kann. Dabei ist es unerlässlich, eine Betrachtung des Gesamtkonzepts der AVMD-RL vorzunehmen und verschiedene Regelungen mit unterschiedlich ausgestalteten Umsetzungsspielräumen zu kategorisieren. Schließlich werden die Anforderungen, die Art. 7b AVMD-RL konkret an die nationale Implementierung stellt, eingehend anhand der herausgearbeiteten Vorgaben aus dem EU-Recht untersucht.

Das Gutachten wurde im Auftrag von ANGA – Verband der Kabelnetzbetreiber, bitkom – Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien, eco – Verband der Internetwirtschaft und ZVEI – Zentralverband Elektrotechnik und Elektronikindustrie vom Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) erstellt. Es soll einen Beitrag zu einer juristisch fundierten Versachlichung der Diskussion um die nationale Umsetzung der Vorgaben des EU-Rechts aus Art. 7b AVMD-RL leisten, indem es Mindestanforderungen und Grenzen der Ausgestaltung für ein grundrechtswahrendes und -optimierendes Überblendungsregime im Medienrecht aufzeigt. Dabei sollen beispielhaft verschiedene Ausgestaltungsfragen vor dem Hintergrund der die Interessen aller beteiligter Interessenträger berücksichtigenden Zielvorgaben der AVMD-RL näher beleuchtet werden, die bei der innerstaatlichen Diskussion wichtig sind.

## 1.3. [Zu den Begrifflichkeiten](#)

### 1.3.1. [Zum Kontext mit dem Urheber- und Wettbewerbsrecht](#)

Die AVMD-RL nennt in Erwägungsgrund 26 den Schutz der „Integrität der Sendungen und audiovisuellen Mediendienste der Mediendienstanbieter“, der gewährleistet werden müsse. In den vorbereitenden Dokumenten, Verhandlungsunterlagen und Stellungnahmen zur Richtlinienreform ist hierfür meist der Begriff der „Signalintegrität“ verwendet. Gemeint ist bei dieser Bezugnahme allerdings nicht die eigentliche Integrität von Signalen wie sie – ebenfalls unter Verwendung des Begriffs „Signalintegrität“ – in urheberrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen (sowie etwa auch telekommunikationsrechtlichen) Zusammenhängen angesprochen wird.

---



Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass urheberrechtliche Fragestellungen von der AVMD-RL ausgeklammert werden, weil diese an anderer Stelle europarechtlich verortet sind und durch gesonderte urheberrechtliche Regelungen – auch mit Auswirkungen auf den durch die AVMD-RL geregelten Sektor – abgedeckt werden. Auch wenn also die Diskussion um „Signalintegrität“ (auch) eine ursprünglich urheberrechtlich geprägte Motivation hatte, ist die letztlich in der AVMD-RL aufgenommene Regelung zum Schutz audiovisueller Mediendienste vor Veränderung und Überblendung keine zur Klärung dieser Frage. Gegenstand dieses Gutachtens ist die Analyse der AVMD-RL, so dass die urheberrechtliche Betrachtung ausgeklammert bleibt. Dies ändert nichts daran, dass neben der sich aus Verpflichtungen durch die Umsetzung der AVMD-RL ergebenden Auflagen für davon betroffene Anbieter von Plattformen oder Distributoren gegebenenfalls auch urheberrechtlich bedingte Grenzen zu beachten sind.

Im nationalen Regelungskontext zeigt sich die Vielschichtigkeit der „Integritätsfragen“ beim Signal besonders markant bei der folgenden Zusammenschau: § 87 Abs. 1 Nr. 1 des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) gewährt Sendeunternehmen das ausschließliche Recht, ihre Inhalte weiterzusenden, findet aber im Verhältnis zwischen Rundfunkveranstaltern und Plattformen keine Anwendung (insbesondere weil es bspw. bei einer Überblendung auch an einem technischen Eingriff in das hier mittelbar geschützte Rundfunksignal fehlt).<sup>11</sup> § 4 Nr. 9 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) schützt Rundfunkinhalte vor Nachahmungen<sup>12</sup> und mit dem Veränderungs-, Vermarktungs- und Entbündelungsverbot aus § 52a Abs. 3 RStV werden der technische und inhaltliche Transportstrom des Rundfunksignals geschützt<sup>13</sup>. Demgegenüber kann man bei der Regelung des Art. 7b AVMD-RL eher von einer Art „Integrität der Inhalte“ sprechen. Dabei geht es darum, dass das Aussehen des Bildschirminhalts in einer Art verändert wird, die in der vom Nutzer gesehenen beziehungsweise wahrgenommenen Form nicht mehr der ursprünglichen Form der Darstellung entspricht, die der Inhalt zu dem Zeitpunkt hatte, an dem er die jeweilige Plattform „erreicht“ hat. Veränderungs- und Überblendungsschutz im Sinne der im Rahmen dieses Gutachtens verwendeten Begrifflichkeit bedeutet also den Schutz von Inhalten vor dem „Hinzufügen einer weiteren Schicht“ durch Dritte. Dass eine lediglich der Verbesserung des technischen Signals dienende Veränderung dieses Signals nicht vom Tatbestand des Art. 7b AVMD-RL erfasst sein soll, zeigt sich – soviel soll an dieser Stelle bereits erwähnt werden – im Erwägungsgrund 26 der AVMD-RL.

---

<sup>11</sup> Vgl. hierzu umfassend und m.w.N. Ladeur/Gostomzyk, Computer und Recht 1/2014, S. 28, 31 f.

<sup>12</sup> Ladeur/Gostomzyk, Computer und Recht 1/2014, S. 28, 31 f.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu etwa Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, Rundfunkstaatsvertrag und Jugendmedienschutzstaatsvertrag, § 52 a Rn. 8 ff.; sowie die Entscheidung der ZAK zum sog. Red-Button-Signal („Der Begriff „Programm“ in § 52a Abs. 3 Satz 1 RStV umfasst nur das Rundfunkprogramm selbst, also Bild und Ton, nicht aber weitere, das Programm lediglich begleitende Dienste“), Informationen abrufbar unter [https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung/news/zak-pressemitteilung-062015-zak-trifft-grundlegende-entscheidungen-zur-plattformregulierung/?tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&cHash=c80a654ec9b6d82944e0f783b60ac06b](https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung/news/zak-pressemitteilung-062015-zak-trifft-grundlegende-entscheidungen-zur-plattformregulierung/?tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&cHash=c80a654ec9b6d82944e0f783b60ac06b).

---

### 1.3.2. Zu beispielhaften Erscheinungsformen von Überblendungen und Veränderungen

Ohne dass hier eine umfassende Einordnung erfolgen kann noch muss (weil es bei der Umsetzung nicht um eine erscheinungsspezifische Lösung geht, sondern eine, die generell einen Veränderungs- und Überblendungsschutz sicherstellt), soll zur weiteren Begriffsklärung ein beispielhafter Überblick gegeben werden, wie vielfältig Überblendungen und Signalveränderungen sein können. Dabei ist weder aus dem Rechtstext der AVMD-RL noch aus einer allgemeingültigen Definition heraus genau ableitbar, welche Formen erfasst sein müssen oder sollen beziehungsweise wer Verpflichteter einer solchen Regelung ist. Das Kommissions-„Grünbuch über die Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt: Wachstum, Schöpfung und Werte“ verdeutlichte, dass Plattformen „von den Herstellern in das Gerät integriert werden oder von anderen Marktteilnehmern, wie Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste und Kabelfernsehbetreibern, Over-the-Top-Anbietern (OTT) oder Rundfunkunternehmen, angeboten werden können“.<sup>14</sup> Als „Overlays“ werden dort sehr allgemein visuelle Elemente, die während einer Sendung auf dem Bildschirm erscheinen, bezeichnet.<sup>15</sup>

Etwas detaillierter als in dieser allgemeinen Bezugnahme aufgeführt, zeigt sich, dass die Veränderung von Bildschirmhalten durch Skalierung und Überblendung im Rahmen verschiedener Verbreitungswege audiovisueller Inhalte in unterschiedlicher Weise eine Rolle spielen kann. Ein bekanntes und seit geraumer Zeit verbreitetes Anwendungsbeispiel sind Smart TV-Systeme<sup>16</sup>, also Fernsehgeräte, auf denen lineare und non-lineare Inhalte aufeinandertreffen können. Dabei können während einer Sendung beziehungsweise bei der Wiedergabe von einem audiovisuellen Inhalt auf dem Bildschirm des Endgeräts zusätzliche visuelle Elemente in unterschiedlichen Ausmaßen und Varianten erscheinen.<sup>17</sup> Beispielsweise sind dies Überblendungen eines Inhalts mit Hinweisen und Informationen, Untertitel, Steuerungselemente des Endgeräts, elektronische Programmführer, Inhalte Dritter (beispielsweise als Bild-in-Bild), Empfehlungen oder Inhalte kommerzieller Kommunikation.

Unter Steuerungselementen sind dabei Funktionen zu verstehen, mit denen die Bedienung des Geräts beziehungsweise seiner Funktionalitäten (namentlich in Bezug auf Art und Weise des Rezeptionserlebnisses) oder das Anwählen des Dienstes erfolgt, wie Lautstärkeregler, Suchfunktionen, Navigationsmenüs oder gegebenenfalls Senderübersichten. Wie noch näher zu analysieren sein wird, können solche Steuerungselemente aufgrund ihrer mit dem Gerät verbundenen technischen Erforderlichkeit – ähnlich wie beispielsweise Überblendungen mit (technischen) Warnhinweisen oder Informationen von öffentlichem Interesse – als funktionaler Bestandteil des Gerätes eingeordnet werden. Daher werden diese auch in der hier zu untersuchenden Vorschrift der AVMD-RL nebst des auf

---

<sup>14</sup> Grünbuch über die Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt: Wachstum, Schöpfung und Werte, COM(2013) 231 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0231:FIN:DE:PDF>, S. 5, Fn. 19.

<sup>15</sup> Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14), S. 17, Fn. 68.

<sup>16</sup> Im Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14), noch als „Hybridfernsehen“ bezeichnet.

<sup>17</sup> Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14), S. 17, Fn. 68.

---

---

diese bezogenen Erwägungsgrundes vom allgemeinen Überblendungsverbot ausgenommen.<sup>18</sup>

Überblendungen durch kommerzielle Kommunikation können „auf“ Werbung oder anderen Inhalten erfolgen, sowohl im linearen Bereich als lineare „In-Stream-Videos“ oder im On-demand-Bereich als sogenannte Pre-, Mid-, oder Post-Rolls geschaltet werden, die also vor, innerhalb beziehungsweise als Unterbrechung oder nach den eigentlich abgerufenen Inhalten sichtbar werden.<sup>19</sup>

Electronic Program Guides (EPGs) sind elektronische Programmführer, die dem Nutzer Informationen über verfügbare audiovisuelle Inhalte beziehungsweise Rundfunkprogramme und sonstige Dienste im Rahmen vorstrukturierter Funktionen geben. Typischerweise können diese EPGs so aufgerufen werden, dass sie (im linearen Bereich) gleichsam „auf“ dem aktuell laufenden Bild liegen, wobei die Darstellungsformen sich unterscheiden, aber zum Beispiel auch eine gleichzeitige Ansicht von EPG-Übersichten neben dem laufenden Bild ermöglichen. Die EPGs können zudem individualisierten, am Nutzerverhalten angepassten Filterungen unterliegen<sup>20</sup> und unterschiedlich angesteuert werden.

Eine Skalierung des Fernsehbilds beziehungsweise vergleichbarer audiovisueller Inhalte kann dazu verwendet werden, neben einem beispielsweise verkleinerten Inhalt weitere Informationen (namentlich Werbung und auf das konkrete Angebot, auf sonstige Angebote des Anbieters oder auf Angebote Dritter bezogene Inhalte) anzeigen zu lassen. Dies geschieht meist in der Darstellungsform des Split-Screen, also einer Aufteilung des Bildes in zwei oder mehr Bereiche mit unterschiedlichen Inhalten (wie zum Beispiel der gerade erwähnte EPG im Hauptteil des Bildes, während das laufende Fernsehbild in der Betrachtungszeit in einem verkleinerten Fenster abgebildet wird). Davon zu unterscheiden ist der Second Screen, also die Nutzung eines zweiten Bildschirms, parallel zum laufenden Fernsehprogramm, auf dem verbunden mit oder unabhängig vom audiovisuellen Inhalt des Hauptbildschirms zusätzliche Inhalte und Informationen aufgerufen oder interaktive Funktionen verwendet werden können.<sup>21</sup>

In Verbindung mit Skalierungen und Überblendungen spielen oftmals individualisierte beziehungsweise personalisierte Werbung und Empfehlungen eine Rolle. Solche werblichen beziehungsweise empfehlenden Botschaften zeichnen sich dadurch aus, dass auf Grundlage automatisierter Beobachtungen von beispielsweise Seh- oder Kaufgewohnheiten, kommerzielle Inhalte an einzelne Nutzer ausgespielt werden, die an individuelle Interes-

---

<sup>18</sup> Erwägungsgrund 26 der Richtlinie (EU) 2018/1808 nennt dabei ausdrücklich bspw. Steuerungselemente von Benutzeroberflächen wie Lautstärkereglern oder Senderübersichten; Vgl. hierzu im Einzelnen Abschnitt 3.4.2.

<sup>19</sup> Glossar des Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V., abrufbar unter: <https://www.bvdw.org/glossar/>.

<sup>20</sup> Ladeur/Gostomzky, Medienkollisionsrecht: Der Rundfunk im Netzwerk der Netzwerke, CR 1/2014, S. 32 f.

<sup>21</sup> Glossar des Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V., abrufbar unter: <https://www.bvdw.org/glossar/>.

---

sen angepasst sind.<sup>22</sup> Ähnlich gestaltet sind individualisierte Empfehlungen, die auf einzelne Nutzer zugeschnittene Programmhinweise zu audiovisuellen Inhalten – teilweise auch von Drittanbietern – enthalten können. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Überblendungen nicht nur das Videosignal bei audiovisuellen Inhalten betreffen können, sondern auch die Tonspur technisch veränderbar ist.

Es zeigt sich also, dass es eine Vielzahl unterschiedlicher Arten von „Überblendungen“ gibt, die im Zusammenhang mit Fragen des Veränderungs- und Überblendungsschutzes möglicherweise relevant sein können. Zusammenfassend und im Überblick formuliert kann es Überblendungen geben, die der Nutzer direkt durch eine angewählte Taste an der Fernbedienung oder die Kombination seines Endgerätes mit einer weiteren Signalquelle veranlasst. Es kann zu Überblendungen kommen, weil der Nutzer diese in den Voreinstellungen eines Systems angewählt hat – wobei sich dann beim Empfang die Frage stellt, wer der Nutzer etwa des Fernsehgeräts ist: derjenige, der die Einstellung vorgenommen hat, oder derjenige, der gerade vor dem Fernseher sitzt. Auf dem Bildschirm können Nachrichten von einer Systemsoftware aufscheinen, zum Beispiel der Hinweis bei einem Festplattenrekorder, dass kein Speicherplatz mehr zur Verfügung steht. Programm- beziehungsweise Inhalteanbieter können selbst „Überblendungen“ ihrer Inhalte vornehmen, indem sie etwa durch verschiedene Inserts, Split Screens oder teils auch sogenannte Countdown-Spots von der jeweiligen Sendung verschiedene Inhalte wie zum Beispiel Werbung einblenden. Schließlich können Überblendungen auch vom Plattformanbieter veranlasst beziehungsweise für den Nutzer ermöglicht werden. So werden beispielsweise EPGs ganz regelmäßig im Bereich von Smart TV-Geräten oder Set-Top-Boxen vom Anbieter bereitgestellt, diese aber anzuwählen und einzurichten beziehungsweise überhaupt zu aktivieren, beruht auf einer Mitwirkung des Nutzers. Dabei kann der Faktor, welche Inhalte in EPGs oder anderen Empfehlungsinhalten angezeigt werden, von entsprechenden Einstellungen des Nutzers, Plattformherstellers/-betreibers oder Inhalteanbieters, also von Favorisierung (beispielsweise durch das Anlegen von Favoriten oder Interessengebieten), Programmierung (beispielsweise algorithmenbasierte Empfehlungssysteme) oder vertraglicher Ausgestaltung (beispielsweise durch Vereinbarung, dass nur Inhalte des jeweiligen Senders des angezeigten Hauptinhalts empfohlen werden dürfen) abhängen. Die Frage, welche medienrechtlichen Vorgaben dabei im Blick auf das Gebot der Chancengleichheit und das Diskriminierungsverbot gegebenenfalls zu beachten sind, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Die unterschiedlichen Erscheinungsformen von Überblendungen lassen sich demnach auch danach differenzieren, wer den Anlass des jeweiligen Überblendungsvorgangs setzt, etwa der Gerätehersteller durch eine entsprechende Programmierung oder Hardware, der Betreiber der Benutzeroberfläche, der Anbieter der einzelnen Plattform oder Anwendung, der Nutzer oder der Inhaltanbieter oder mehrere gemeinsam durch gestufte Aktionen.

---

<sup>22</sup> Ladeur/Gostomzky, Medienkollisionsrecht: Der Rundfunk im Netzwerk der Netzwerke, CR 1/2014, S. 33.

---

## 2. Entstehungsgeschichte und Einordnung

### 2.1. Kontext und Ziele der Reform

Im Jahr 2013 hat die Kommission das Grünbuch über die „Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt: Wachstum, Schöpfung und Werte veröffentlicht“<sup>23</sup> und damit dem Reformprozess im Bereich audiovisueller Medien einen wichtigen Impuls gegeben. Das Grünbuch sollte eine breit angelegte öffentliche Debatte über die Auswirkungen des Wandels der audiovisuellen Medienlandschaft anstoßen, der geprägt ist durch eine stetig zunehmende Konvergenz der Mediendienste und die Art, wie diese Dienste genutzt und bereitgestellt werden.

Die Kommission versteht „Konvergenz“ in ihrem Grünbuch als „fortschreitendes Zusammenwachsen herkömmlicher Rundfunkdienste mit dem Internet“ und wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, wie sich diese Konvergenz auf einem größeren europäischen Markt in Wirtschaftswachstum und geschäftliche Innovation umsetzen lässt und welche Auswirkungen sie auf Werte wie Medienpluralismus, kulturelle Vielfalt und Verbraucherschutz hat.<sup>24</sup> Potentiale für Wachstum und Innovation sieht die Kommission dabei auf Ebene zahlreicher Interessenträger: Gerätehersteller und Technologieentwickler hätten die Möglichkeit, einen wachsenden Markt mit innovativen Produkten, einschließlich benutzerfreundlicher Schnittstellen und Zugangsmöglichkeiten, zu bedienen, Netzbetreiber könnten die Nachfrage nach höheren Bandbreiten bedienen, Inhalteersteller hätten Chancen, ein größeres Publikum anzusprechen und Rundfunkunternehmen stünden mehr Plattformen für die Verbreitung ihrer Inhalte offen. Als Faktoren für die Nutzung dieser Potentiale nennt die Kommission einen für Wachstum hinreichend großen Markt, ein von Wettbewerb geprägtes Umfeld, die Bereitschaft zur Anpassung vorhandener Geschäftsmodelle, Interoperabilität und eine geeignete Infrastruktur. Um die durch das Internet geprägte Zukunft der Medien zu gestalten, müsse Europa diese Faktoren befördern und zugleich die Grundwerte schützen, auf die sich die Regulierung audiovisueller Mediendienste stützt.<sup>25</sup> Vor dem Hintergrund der Frage, ob überhaupt und wie an bestimmten Stellen eine Ausgestaltung durch europäische Vorgaben erfolgen sollte, adressiert das Grünbuch ausdrücklich auch kommerzielle Einblendungen (sogenannte Overlays), die innerhalb der linearen Dienste von Rundfunkveranstaltern eingeblendet werden und die Frage, ob diese Einblendungen mit oder ohne Einwilligung der Nutzer und Rundfunkveranstalter gezeigt werden dürften. Ohne dies zu beantworten, stellt das Grünbuch in diesem Zusammenhang allerdings klar, dass eine Personalisierung angebotener Inhalte Verbrauchern und Werbetreibenden zugutekommen kann, sofern der Schutz personenbezogener Daten gewährleistet wird.<sup>26</sup>

Im daraufhin eröffneten Beteiligungsverfahren gingen zahlreiche Stellungnahmen von verschiedenen Interessenträgern wie Wirtschaftsvertretern, Verbrauchern und Investo-

---

<sup>23</sup> Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14).

<sup>24</sup> Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14), S. 3, 4.

<sup>25</sup> Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14), S. 5.

<sup>26</sup> Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14), S. 17.

ren ein, die hier punktuell unter Punkt 3.4.3.2 aufgegriffen werden.<sup>27</sup> An dieser Stelle sei angemerkt, dass auch die später von Art. 7b AVMD-RL aufgegriffene Materie dort eine – wenngleich neben anderen Themen eine eher untergeordnete – Rolle gespielt hat, sich ein klarer Konsens hierzu jedoch nicht fand. Vor allem die Frage, wer letztlich über die Zulässigkeit kommerzieller Überblendungen entscheiden sollte, wurde kontrovers diskutiert. Einige Stimmen wollten diese Entscheidung vollständig dem Nutzer überlassen, während andere argumentierten, dass die Entscheidungsfreiheit des Benutzers nur für Überlagerungen von Drittanbietern (das heißt nicht vom Programmanbieter selbst) maßgeblich sein sollte. Andere verorteten die Entscheidung allein bei den Rundfunkveranstaltern, was jedoch wieder andere vor dem Hintergrund des Ausschlusses einer Personalisierung der Bildschirmhalte durch den Nutzer kritisierten, weil dies gerade eines der Leistungsmerkmale des hybriden Fernsehens sei. Schließlich wurde die Entscheidungsbezugnis über solche Einblendungen teilweise bei Produzenten und Autoren gesehen.<sup>28</sup>

Auch die EU-Institutionen äußerten sich zum Grünbuch in Stellungnahmen und Entschließungsanträgen, insbesondere das Europäische Parlament<sup>29</sup> und der Rat<sup>30</sup>. Vor dem Hintergrund der Gutachtenfrage soll an dieser Stelle die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. Juli 2013 zum Vernetzten Fernsehen näher beleuchtet werden, in der zu einer Regulierung von Connected TV-Plattformen aufgerufen wurde, die den Zugang zu Inhalten von Fernsehsendern und ihre Integrität, die Transparenz für die Verbraucher und die Anwendung elementarer berufsethischer Regeln gewährleiste.<sup>31</sup> Hierin forderte das Parlament die Kommission auf, die Integrität linearer und nicht-linearer Angebote auf Hybridplattformen gesetzlich abzusichern und insbesondere die Überblendung oder Skalierung dieser Angebote durch Plattformanbieter oder Dritte mit Inhalten oder sonstigen Diensten zu untersagen, soweit diese nicht vom Nutzer ausdrücklich initiiert wurden und im Fall von Inhalten, die nicht der Individualkommunikation zuzurechnen sind, durch den Inhalteanbieter autorisiert wurden. Zudem wies das Parlament darauf hin, dass der unautorisierte Zugriff auf die Inhalte oder Rundfunksignale eines Anbieters durch Dritte sowie deren unautorisierte Entschlüsselung, Nutzung oder Weiterverbreitung ebenfalls

---

<sup>27</sup> Ergebnisse des Beteiligungsverfahrens abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/consultation-green-paper-preparing-fully-converged-audiovisual-world-growth-creation-and-values>.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu insgesamt Susanne Nikoltchev (Hrsg.), Neue Werbeformen in der konvergenten audiovisuellen Welt, IRIS Spezial, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg, 2014.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zur Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt (2013/2180(INI)), abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0232&language=DE&ring=A7-2014-0057>.

<sup>30</sup> Council conclusions on European Audiovisual Policy in the Digital Era, 25. November 2014, abrufbar unter [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/educ/145950.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/educ/145950.pdf).

<sup>31</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. Juli 2013 zu „Connected TV“ (2012/2300(INI)), abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0329&language=DE&ring=A7-2013-0212](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0329&language=DE&ring=A7-2013-0212;);

auszuschließen seien.<sup>32</sup> Im gleichen Entschließungsantrag wurde aber die Auffassung betont, dass neue oder die Erweiterung bestehender Werbeverbote und andere Eingriffe in das Finanzierungsinstrument Werbung verhindert werden sollten, um neue Geschäftsmodelle in der digitalen TV-Welt zu ermöglichen. Die Kommission wurde aufgefordert, die künftigen Herausforderungen des „Connected TV“ im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit des Sektors im Auge zu behalten, indem sie die Flexibilisierung quantitativer Werbevorgaben ermögliche.<sup>33</sup> Im Lichte dieser Ausführungen ist auch der spätere Vorschlag für die Einführung von Art. 7b AVMD-RL durch die die Änderungsrichtlinie (EU) 2018/1808 seitens des Parlaments zu sehen (vgl. hierzu unter Punkt 2.2.).

Schließlich verdient in Bezug auf den Kontext und die Ziele der AVMD-RL-Reform auch die „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“<sup>34</sup> besondere Beachtung, die die Europäische Kommission am 6. Mai 2015 in einer Mitteilung vorlegte. Eines der erklärten Ziele dieser Strategie war unter anderem die Aktualisierung der EU-Vorschriften für den audiovisuellen Bereich und die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für vergleichbare digitale Quellen, die Bekämpfung illegaler Online-Inhalte und der Schutz der am stärksten gefährdeten Nutzer. Insgesamt zielt die Strategie in allen dort angesprochenen Bereichen auf die bestmögliche Ausschöpfung des Wachstumspotentials der digitalen Wirtschaft in Europa und die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in der EU. So heißt es beispielsweise:

*„Die Größe eines vollständig verwirklichteten digitalen Binnenmarkts wird Unternehmen helfen, über den EU-Binnenmarkt hinaus zu wachsen und die EU zu einem noch attraktiveren Standort für weltweit tätige Unternehmen zu machen. Die Offenheit des europäischen Marktes sollte bewahrt und im digitalen Bereich weiterentwickelt werden.“<sup>35</sup>*

Als Teil der Strategie hatte die Kommission in der Mitteilung angekündigt, die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste auf ihren Anwendungsbereich hin und im Hinblick auf die Art der für alle Marktteilnehmer geltenden Vorschriften, insbesondere die Maßnahmen zur Förderung europäischer Werke und die Vorschriften zum Schutz von Minderjährigen wie auch die Werbevorschriften zu überprüfen.<sup>36</sup>

Im Zuge dieses Evaluierungsprozesses startete die Kommission am 6. Juli 2015 ein öffentliches Beteiligungsverfahren zur Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste unter dem Titel „A media framework for the 21st century“, um zunächst zu prüfen, welche Teile der Richtlinie derzeit (noch) als zweckmäßig erachtet werden, um dann in Form einer Folgenabschätzung Erkenntnisse und Meinungen über die künftige Politik der Medien-

<sup>32</sup> Entschließung „connected TV“. aaO (Fn. 31), Punkt 34.

<sup>33</sup> Entschließung „connected TV“, aaO (Fn. 31), Punkte 12 und 16.

<sup>34</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015)192 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1447773803386&uri=CELEX:52015DC0192>.

<sup>35</sup> Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, aaO (Fn. 34), S. 21.

<sup>36</sup> Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, aaO (Fn. 34), S. 12.

dienste zu sammeln. Auch hier spielte der Veränderungs- und Überblendungsschutz zwar eine Rolle und wurde insbesondere von Mitgliedstaaten, Regulierungsbehörden und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbietern in die Evaluierung eingebracht,<sup>37</sup> allerdings bestand weiterhin kein Konsens der Interessenträger über das Ob und Wie der Ausgestaltung einer solchen möglichen Regelung.<sup>38</sup>

All die vorgenannten Initiativen mündeten Mitte 2016 im Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU.<sup>39</sup> Der geschilderte Kontext ist von Bedeutung, weil er nicht zuletzt bei historischer und teleologischer Auslegung des Normtextes mitentscheidend für das Verständnis der Zielsetzung auch von Art. 7b AVMD-RL ist und insbesondere aufzeigt, welche Einflüsse und Erwägungen auf die Ausformulierung der Regelung eingewirkt haben. Der umfangreiche Evaluierungsprozess unter Beteiligung verschiedenster Interessenträger verdeutlicht, dass der Gesetzgeber zur AVMD-RL vor der Herausforderung stand und steht, Kompromisse in einer konvergenten Medienlandschaft zwischen Verbrauchern, klassischen und neuen Medien(dienste)anbietern, Distributoren, Urhebern und vielen mehr zu finden. Bemerkenswert ist dabei beispielsweise, dass die Kommission in ihren Arbeitspapieren die Thematik des Schutzes der „Signalintegrität“ allein unter dem Punkt des Verbraucherschutzes im Bereich Werbung („*Providing for an optimal level of consumer protection (Commercial communication)*“) behandelt beziehungsweise dort eingeordnet hat.<sup>40</sup>

## 2.2. Genese von Artikel 7b AVMD-RL

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU wurde am 25. Mai 2016 veröffentlicht – und damit zeitlich wenige Monate nach Vorlage des Zwischenberichts und wenige Wochen vor Veröffentlichung des im nationalen Kontext in Deutschland erstellten Endberichts der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz. Begründet wurde der Kommissionsvorschlag mit der Notwendigkeit, Veränderungen des Marktumfelds und der Nutzungsweise audiovisueller Medien sowie dem technologischen Wandel Rechnung zu tragen. Zwar betonte die Kommission, dass immer mehr Verbraucher über intelligente/vernetzte Fernsehgeräte und tragbare Geräte auf Inhalte von Video-on-Demand (VoD)- und Video-Sharing-Plattform (VSP)-

---

<sup>37</sup> Vgl. hierzu den zusammenfassenden Bericht der EU Kommission, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-directive-201013eu-audiovisual-media-services-avmsd-media-framework-21st#DE>, S. 5.

<sup>38</sup> Ergebnisse des Beteiligungsverfahrens abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-directive-201013eu-audiovisual-media-services-avmsd-media-framework-21st#DE>; Vgl. im Übrigen Punkt 3.4.3.2.

<sup>39</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM(2016) 287 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0287>.

<sup>40</sup> Commission Staff Working Document, Ex-post REFIT evaluation of the Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU, SWD(2016) 170 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0170&from=EN#footnote19>, Punkt IV. 2.



Dienste zugreifen und Angebote im Internet über Plattformen sowohl neuer als auch klassischer Anbieter immer stärker werden und im Wettbewerb um das gleiche Publikum stehen.<sup>41</sup> Eine Regelung zum Schutz audiovisueller Mediendienste vor Veränderung und Überblendung fand sich jedoch im Entwurf noch nicht. Auch die Stellungnahmen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen im Oktober und Dezember 2016 sowie die allgemeine Ausrichtung des Rates aus Mai 2017<sup>42</sup> enthielten keine Erwägungen in diese Richtung. Erst das Europäische Parlament brachte, wie oben erwähnt, einen entsprechenden Regelungsvorschlag in das Trilogverfahren<sup>43</sup> ein.<sup>44</sup>

Nach dem Vorschlag des Parlaments für einen neuen Art. 7b AVMD-RL sollten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Sendungen und Dienstleistungen der Mediendienstanbieter ohne ihre ausdrückliche Zustimmung nicht verändert oder überlagert werden dürften, mit Ausnahme von Diensten, die vom Empfänger zum privaten Gebrauch angefordert werden. Dies geschah in der Erwägung (vorgeschlagene Erwägungsgründe 13a und 15a), dass die redaktionelle Verantwortung und die audiovisuelle Wertschöpfungskette geschützt werden müsse. Das Parlament begründete den Änderungsantrag damit, dass die Sicherstellung des Veränderungs- und Überblendungsschutzes von Mediendienstanbietern von zentraler Bedeutung sei und daher Dritte ohne die Zustimmung des betreffenden Mediendienstanbieters nicht zu Änderungen in der Lage sein sollten.<sup>45</sup> Änderungen der Darstellung von Sendungen und Diensten, die vom Empfänger eines Dienstes ausgelöst wurden, sollten dagegen weiterhin ohne Zustimmung zulässig sein.

In der folgenden Synopse wird die vom Parlament vorgeschlagene Formulierung der Regelung, einschließlich der begleitenden Erwägungsgründe der finalen Fassung in der Richtlinie (EU) 2018/1808, wie sie am 28. November 2018 im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurde, gegenübergestellt.

- 
- <sup>41</sup> Vgl. hierzu den Kommissionsvorschlag (Fn. 39) unter dem Punkt „Gründe und Ziele des Vorschlags“.
- <sup>42</sup> Allgemeine Ausrichtung des Rates zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten vom 24. Mai 2017, abrufbar unter [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_9691\\_2017\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9691_2017_INIT).
- <sup>43</sup> Für einen Gesamtüberblick über die verschiedenen Positionen und Änderungen im Trilogverfahren vgl. die Synopse des EMR, abrufbar in verschiedenen Fassungen unter <https://emr-sb.de/synopsis-avms/>.
- <sup>44</sup> Standpunkt des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten vom 10. Mai 2017, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0192+0+DOC+XML+V0//DE>.
- <sup>45</sup> Vgl. hierzu den Bericht des Ausschusses für Kultur und Bildung vom 10. Mai 2017, A8-0192/2017, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_deposes/rapports/2017/0192/P8\\_A\(2017\)0192\\_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2017/0192/P8_A(2017)0192_DE.pdf), S. 87.
-

Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 10. Mai 2017	Richtlinie (EU) 2018/1808
<p style="text-align: center;"><b>Erwägungsgrund 15a</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Erwägungsgrund 26</b></p>
<p>Um die redaktionelle Verantwortung der Mediendienstanbieter und die audiovisuelle Wertschöpfungskette zu schützen, ist es unerlässlich, dass die Integrität der Sendungen und Dienste der Mediendienstanbieter sichergestellt wird. Sendungen und Dienste sollten ungekürzt, unverändert und ohne Unterbrechung übertragen werden. Sendungen und Dienste sollten nicht ohne die Zustimmung des Mediendienstleisters abgeändert werden.</p>	<p>Um die redaktionelle Verantwortung der Mediendienstanbieter und die audiovisuelle Wertschöpfungskette zu schützen, ist es unerlässlich, dass die Integrität der Sendungen und <b>audiovisuellen Mediendienste</b> der Mediendienstanbieter sichergestellt werden kann. Sendungen und <b>audiovisuelle Mediendienste</b> sollten <b>ohne Kürzung, Veränderung oder Unterbrechung und ohne Überblendung für kommerzielle Zwecke</b> übertragen werden, es sei denn, die <b>betreffenden Mediendienstanbieter haben dem ausdrücklich zugestimmt. Die Mitgliedstaaten sollten gewährleisten, dass die Zustimmung des Mediendienstanbieters bei Überblendungen, die vom Empfänger des Dienstes ausschließlich zum privaten Gebrauch ausgelöst oder genehmigt werden, wie etwa Überblendungen durch Dienste für die individuelle Kommunikation, nicht erforderlich ist. Steuerungselemente von Benutzeroberflächen, die wie Lautstärkereglern, Suchfunktionen, Navigationsmenüs oder Senderübersichten für die Bedienung des Geräts oder das Anwählen des Dienstes erforderlich sind, sollten nicht erfasst werden. Zulässige Überblendungen wie Warnhinweise, Informationen von öffentlichem Interesse, Untertitel oder Überblendungen mit kommerzieller Kommunikation, die vom Mediendienstanbieter bereitgestellt werden, sollten ebenfalls nicht unter diese Bestimmung fallen. Unbeschadet der Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates<sup>46</sup> sollten auch Datenkomprimierungsverfahren zur Reduzierung der Größe einer Datei und andere technische Verfahren zur Anpassung eines Dienstes an das Mittel der Verbreitung (wie Auflösung und Codierung), in deren Fall der Inhalt in keiner Weise verändert wird, nicht erfasst werden. Maßnahmen zum Schutz der Integrität von Sendungen und audiovisuellen Mediendiensten sollten verhängt werden, wenn sie notwendig sind, um von Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht eindeutig festgelegte Ziele von allgemeinem Interesse zu erreichen. Durch solche Maßnahmen sollten Unternehmen verhältnismäßige Verpflichtungen in Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen auferlegt werden.</b></p>
<p style="text-align: center;"><b>Erwägungsgrund 13a</b></p>	
<p>Um die Wirksamkeit dieser Richtlinie sicherzustellen, insbesondere hinsichtlich der redaktionellen Verantwortung von Mediendienstanbietern, sollte die Integrität von Sendungen und Diensten gewahrt werden. Änderungen der Darstellung von Sendungen und Diensten, die vom Empfänger eines Dienstes ausgelöst wurden, sollten zulässig sein.</p>	

<sup>46</sup> Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (ABl. L 310 vom 26.11.2015, S. 1).

Artikel 7b	Artikel 7b
<p>Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Sendungen und Dienstleistungen der Mediendienstanbieter ohne ihre ausdrückliche Zustimmung nicht verändert oder überlagert werden, mit Ausnahme von Diensten, die vom Empfänger zum privaten Gebrauch angefordert werden.</p>	<p>Die Mitgliedstaaten <b>ergreifen angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen, um sicherzustellen, dass von Mediendienstanbietern bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste nicht</b> ohne die ausdrückliche Zustimmung <b>dieser Anbieter zu kommerziellen Zwecken überblendet</b> oder verändert werden. <b>Für die Zwecke dieses Artikels bestimmen die Mitgliedstaaten die genauen rechtlichen Bedingungen einschließlich Ausnahmen – insbesondere zur Wahrung der berechtigten Interessen der Nutzer –, wobei sie die berechtigten Interessen der Mediendienstanbieter berücksichtigen, die die audiovisuellen Mediendienste ursprünglich bereitgestellt haben.</b></p>

Der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments hatte für die ausdrückliche Nennung von „kommerziellen Overlays“ im Text der Richtlinie und eine Formulierung in den Erwägungsgründen votiert,<sup>47</sup> wonach die „Änderungen der Darstellung von Sendungen und Diensten, die vom Empfänger genehmigt oder ausgelöst wurden“, zulässig sein sollten. Im finalen Standpunkt des Parlaments wurde dieser Vorschlag aber nicht aufgenommen, wie sich an der oben dargestellten Formulierung erkennen lässt. Allerdings zeigt die Tatsache, dass gerade dieser Ausschuss (dessen Aufgabenzuschnitt die Stellungnahme zur Koordinierung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften im Bereich des Binnenmarktes sowie die Förderung und der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher umfasst)<sup>48</sup> für eine Ausnahme bei „vom Empfänger genehmigten oder ausgelösten“ Änderungen Stellung bezieht, für wessen berechnigte Interessen eine solche Regel maßgeblich streitet.

Angesichts der Tatsache, dass die Thematik des Veränderungs- und Überblendungsschutzes im Evaluierungsverfahren (vgl. oben Punkt 2.1.) eine eher untergeordnete Rolle gespielt hat, kam der Vorschlag des Parlaments für einige Beobachter vergleichsweise überraschend. Es verwundert daher nicht, dass der Regelungsvorschlag kontrovers in den Trilogverhandlungen diskutiert wurde. Entsprechend waren Art. 7b AVMD\_RL und die dazugehörigen Erwägungsgründe in den Verhandlungsdokumenten lange als „pending issues“ (Oktober 2017)<sup>49</sup> oder „main outstanding issues“ (März 2018)<sup>50</sup> gekennzeichnet.

<sup>47</sup> Stellungnahme des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 19. Dezember 2016, abrufbar unter

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/avis/2016/589291/IMCO\\_AD\(2016\)589291\\_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/avis/2016/589291/IMCO_AD(2016)589291_DE.pdf). Art. 7b lautete hier (hier Art. 9b): „Die Mitgliedstaaten stellen sicher,

dass Programme und Dienste von Mediendienstanbietern nicht ohne deren Zustimmung geändert werden können, wie beispielsweise durch kommerzielle Overlays.“; Ausnahmevorschriften fanden sich nur in den Erwägungsgründen.

<sup>48</sup> Vgl. Punkt Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments, 9. Wahlperiode - Juli 2019, Anlage VI: Zuständigkeiten der Ausschüsse des Parlaments, abrufbar unter

[http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2019-07-02-ANN-06\\_DE.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2019-07-02-ANN-06_DE.html).

<sup>49</sup> Dokument 13507/17 vom 25. Oktober 2017, abrufbar unter

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13507-2017-INIT/en/pdf>.

Insbesondere der Rat, dessen finale Ausrichtung keine Regelung zum Schutz der Signalintegrität enthalten hatte, erhob dabei Bedenken, ob dieses eher technische Problem in den Anwendungsbereich der AVMD-RL falle, wie es durch diese Richtlinie durchgesetzt werden könne, und dass es keine Folgenabschätzung zu dieser Frage gäbe, da das Thema nicht Teil des Vorschlags der Kommission gewesen war.<sup>51</sup> In Anerkennung, dass es sich hierbei jedoch um „eine Schlüsselfrage für das Europäische Parlament“ handle, schlug der Rat „im Geiste des Kompromisses“ vor, sich dem „Standpunkt des Parlaments anzunähern, aber gleichzeitig einen vorsichtig(er)en Ansatz zu verfolgen“<sup>52</sup>.

Der Kompromissvorschlag, den der Rat auf Basis dieser Erwägungen zunächst am 17. April 2018 vorschlug, unterschied sich daher vom Vorschlag des Parlaments und nahm in den Erwägungsgründen auch einige, nach Auffassung des Rates notwendige, Garantien auf. Diese Änderungsvorschläge sind in der folgenden synoptischen Darstellung (in englischer Originalfassung des Dokuments) zwischen dem Standpunkt des Europäischen Parlaments und dem Kompromissvorschlag des Rates zu entnehmen:

Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 10. Mai 2017	Kompromissvorschlag des Rates vom 17. April 2018
<p style="text-align: center;"><b>Article 7b</b></p> <p>Member States shall ensure that the programmes and services of media service providers are not modified or overlaid without their explicit consent with the exception of services initiated by the recipient of a service for private use.</p>	<p style="text-align: center;"><b>Article 7b</b></p> <p>Member States shall <b>take appropriate and proportionate measures to ensure that audiovisual media services provided by</b> media service providers are not modified or overlaid <b>for commercial purposes</b> without the explicit consent <b>of those providers</b>.</p> <p><b>Member States shall ensure that functionalities solely initiated or authorised by the recipient of the service for private use, such as services for individual communications, do not require the consent of the media service provider.</b></p>
<p style="text-align: center;"><b>Recital 15a</b></p> <p>In order to protect the editorial responsibility of the media service providers and the audiovisual value chain, it is essential that the integrity of the programmes and services supplied by media service providers be guaranteed. Programmes and services should be transmitted without being shortened, altered or interrupted. Programmes and services should not be modified without the consent of the media service provider</p>	<p style="text-align: center;"><b>Accompanying recital</b></p> <p>In order to protect the editorial responsibility of the media service providers and the audiovisual value chain, it is essential <b>to be able to guarantee</b> the integrity of the programmes and <b>audiovisual media services</b> supplied by media service providers. Programmes and <b>audiovisual media services</b> should be transmitted without being shortened, altered or interrupted, <b>or overlaid for commercial purposes by third parties, without the explicit consent of such</b></p>

<sup>50</sup> Dokument 6854/18 vom 16. März 2018, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6854-2018-INIT/en/pdf>.

<sup>51</sup> Dokument 6854/18, aaO (Fn. 50), S. 8.

<sup>52</sup> Dokument 7106/18 vom 17. April 2018, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7106-2018-INIT/en/pdf>.

<b>Recital 13a</b>	media service providers.
In order to ensure the effectiveness of this Directive, in particular as regards the editorial responsibility of media service providers, the integrity of programmes and services should be safeguarded. Changes in the display of programmes and services that have been initiated by the recipient of a service should be permitted.	Control elements of any user interfaces necessary for the device operation or programme navigation should not be covered by the provision. Neither should be covered legitimate overlays such as warning information, public interest information, subtitles or commercial communications overlays provided by the media service provider.
	Measures to protect the integrity of programmes and audiovisual media services should only be imposed where they are necessary to meet general interest objectives clearly defined by Member States in conformity with Union law. Such measures should only impose proportionate obligations on undertakings in the interest of legitimate public policy considerations.

Zahlreiche dieser kompromisshaft vorgeschlagenen Änderungen haben Eingang in den finalen Text der Richtlinie gefunden. Die folgend (hier in eigener Übersetzung des Kompromissvorschlags des Rates) abgedruckte, strengere und teils klarere Formulierung der Notwendigkeit von Ausnahmen in Art. 7b UnterAbs. 2 AVMD-RL wurde so in der Formulierung der Regelung nicht übernommen:

*Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Funktionalitäten, die ausschließlich vom Empfänger des Dienstes für die private Nutzung initiiert oder genehmigt werden, wie beispielsweise Dienste für die Individualkommunikation, keine Zustimmung des Mediendiensteanbieters erfordern.*

Jedoch findet sich der Inhalt in Erwägungsgrund 26 des finalen Richtlinien texts wieder. Daraus lässt sich ableiten, dass es sich hierbei um eine wichtige Konkretisierung des Richtlinien texts handelt, die offenbar zur Bedingung („the text in the related recitals offers some *necessary* guarantees“<sup>53</sup>) der Aufnahme des vom Parlament vorgeschlagenen Regelungsinhalts gemacht wurde. Zudem lässt sich aus diesem Vorschlag, der auf den angesprochenen Bedenken des Rates beruhte, und dem finalen Text der Richtlinie im Vergleich zu dem sehr restriktiven ersten Ansatz des Parlamentes schließen, dass jedenfalls ein in der Reichweite zurückhaltender(er) Ansatz gewählt wurde, Art. 7b AVMD-RL mithin jedenfalls im Rahmen der Umsetzung nicht zwingend restriktiv im Sinne eines möglichst umfassenden Verbots ausgelegt werden muss.

Vor dem Hintergrund seines Wortlauts und der gewählten Systematik der Konkretisierung in Form eines umfangreichen Erwägungsgrundes steht Art. 7b AVMD-RL einer Auslegung, die die Interessen aller Beteiligten und insbesondere der dort ausdrücklich genannten Nutzer wahrt, mindestens offen.

<sup>53</sup> Dokument 7106/18 vom 17. April 2018, aaO (Fn. 52); Hervorhebung durch Verfasser.

---

### 3. Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten beim EU-Richtlinienrecht

#### 3.1. Allgemeiner Umsetzungsspielraum bei Richtlinien der EU

##### 3.1.1. Europarechtliche Grundlagen

###### 3.1.1.1. *Wesensmerkmale von Richtlinien*

Der Gesetzgeber der EU ist bei der Wahl seiner Mittel zur rechtsharmonisierenden Herstellung des Binnenmarktes, einschließlich des audiovisuellen Binnenmarktes, grundsätzlich frei, das heißt, es bleibt ihm überlassen, ob er sich hierzu zum Beispiel des Instruments einer Verordnung oder einer Richtlinie bedient.<sup>54</sup> Das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Amsterdam enthielt noch die ausdrückliche Verpflichtung zur Wahl der am wenigsten in nationales Recht eingreifenden Form („einfachste Form“) einer Maßnahme. Dieser ausdrückliche primärrechtliche Vorrang für den Einsatz des Instruments der Richtlinie ist zwar mit dem Vertrag von Lissabon aus dem nunmehr geltenden Protokoll Nr. 2<sup>55</sup> entfallen. In Bereichen wie der Binnenmarktregulierung, die dem Unionsgesetzgeber Wahlfreiheit über die Form lassen, erscheint allerdings im Sinne der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität ein weiter bestehender Vorrang des Einsatzes der Richtlinie naheliegend.<sup>56</sup> Einem solchen Ansatz hat der Unionsgesetzgeber seit Erlass der EWG-Fernsehrichtlinie bis zur letzten Novelle der AVMD-RL bei der Schaffung des EU-weiten Rahmens für den audiovisuellen Binnenmarkt durchgängig Rechnung getragen<sup>57</sup>.

Indem der Unionsgesetzgeber das Instrument der Richtlinie wählte, hat er zugleich auch der kulturpolitischen Querschnittsklausel in Art. 167 AEUV mit ihrer auch die medienpolitische Souveränität der Mitgliedstaaten schonenden Wirkung in einer auf den Rechtsakts-typus bezogenen Weise Rechnung getragen.<sup>58</sup> Denn während die Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV „allgemeine Geltung“ hat, „in allen ihren Teilen verbindlich“ ist und „unmittelbar“ in jedem Mitgliedstaat gilt, ist die Richtlinie nach Absatz 3 dieser Norm „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, [*lediglich*, hervorhebende Ergänzung durch Verf.] hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaat-

---

<sup>54</sup> Vgl. z.B. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2019, Art. 288 AEUV Rn. 81.

<sup>55</sup> ABl. EU 2008 Nr. C 115/206.

<sup>56</sup> Vgl. auch Lopatka, Die EU und die Mitgliedstaaten: Subsidiarität. Proportionalität. Weniger, aber effizienteres Handeln, 2018, S. 23.

<sup>57</sup> Dass im Verlauf von Änderungen an Rechtsakten neben den Inhalten auch die Form ersetzt wird, kann man am Beispiel der ehemaligen Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr sehen, die durch die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG ersetzt wurde

<sup>58</sup> Vgl. hierzu Ukrow/Ress, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2019, Art. 167 AEUV Rn. 148 ff.

lichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“. Daraus folgt nicht zuletzt, dass eine wortgenaue 1:1-Umsetzung von Richtlinien nicht erforderlich ist.<sup>59</sup> Die Mitgliedstaaten sind auch im Blick auf je unterschiedliche medienpolitische und -rechtliche Ordnungs- und Vielfaltskonzeptionen weder *per se* daran gehindert, abweichende redaktionelle Fassungen zu wählen noch insgesamt daran gehindert, im Umsetzungsakt über die Umsetzungserfordernisse hinausreichende Regelungen zu treffen.

#### 3.1.1.2. *Rahmenbedingungen bei der Umsetzung*

Sollen EU-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt werden, bedarf es der Klärung, welche Form der Regelung geeignet ist (Normhierarchie, Regelungstyp). Form und Mittel müssen geeignet sein, das von der Richtlinie verbindlich vorgeschriebene Ziel zu erreichen.<sup>60</sup> Insbesondere muss eine hinreichend bestimmte und klare Umsetzung erfolgen, so dass – soweit eine Richtlinie dem Einzelnen Rechte gewährt – dieser von seinen Rechten Kenntnis erlangen und diese, wenn erforderlich, vor den Gerichten durchsetzen kann. Diesen Erfordernissen der Publizität, Klarheit und Bestimmtheit genügen zweifelsfrei Paragrafen und Rechtsverordnungen. Ob auch die Umsetzung in Verwaltungsvorschriften als ausreichend angesehen werden kann, ist umstritten. Eine nicht ausreichende Umsetzung stellt die bloße Änderung der Verwaltungspraxis dar. Sofern die Umsetzung durch Selbst- oder Koregulierung erfolgen soll, muss diese ebenfalls den genannten Erfordernissen von Bestimmtheit und Transparenz genügen.<sup>61</sup>

#### 3.1.1.3. *Mindest- und Maximalstandards*

Bereits aus dem Primärrecht folgt zwar der Grundsatz, dass eine Richtlinie in ihrem wesentlichen Regelungsgehalt für die Mitgliedstaaten verbindlich ist. Wäre dies anders, verfehlte man den Sinn und Zweck der Richtliniensetzung, nämlich die Rechtsangleichung innerhalb der EU. Allerdings ist auch der Spielraum zu berücksichtigen, der den Adressaten der Richtlinie im Gegensatz zur Verordnung, die in all ihren Teilen verbindlich ist, eingeräumt wird. Da Richtlinien nach ihrer vertraglichen Einordnung durch den AEUV in erster Linie dem Telos der Rechtsharmonisierung verpflichtet sind, sprechen zwar gewichtige Gründe für eine Vermutungsregelung dahingehend, dass mit ihnen im Sinne einer Höchststandard-Regulierung ein Rechtszustand geschaffen werden soll, der es den Mitgliedstaaten verbietet, strengere Regelungen zu erlassen beziehungsweise anzuwenden. Allerdings ist diese Vermutungsregelung bereits deshalb im Einzelfall widerlegbar, weil dem unionsrechtlichen Harmonisierungsziel gegenüber dem Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers mit Blick auf die Dichotomie der primärrechtlichen Ausformung des Rechtsakts Richtlinie höchstens grundsätzlich, nicht aber generell der Vorrang eingeräumt werden kann: Die Richtlinie als Rechtsaktstypus kann daher im Sinne einer Sperrwirkung den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nur grundsätzlich daran hindern, den koordinierten Bereich überschießende Regelungen zu erlassen oder beizubehalten.

---

<sup>59</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-360/87, Kommission/Italien, Slg. 1991, I-791.

<sup>60</sup> Vgl. z.B. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2008, Tz. 294.

<sup>61</sup> Vgl. zur Pflicht zur hinreichend bestimmten, klaren und transparenten Umsetzung z.B. EuGH, Rs. C-361/88, Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2567, Rn. 24 (st. Rspr.)

Eine Abweichung zu Lasten der Harmonisierung ist demgegenüber insbesondere dann mit primärem Unionsrecht vereinbar, wenn die betreffende EU-Richtlinie selbst ausdrücklich (lediglich) einen Mindeststandard für die jeweilige Regelungsmaterie festlegt. Mithin kann nur eine genaue Untersuchung der jeweiligen Richtlinie Aufschluss über deren Regulierungskonzeption in Bezug auf etwaige Sperrwirkungen und damit verbunden die Frage geben, ob bei der Umsetzung der Richtlinie eine Höchststandard-Harmonisierung („maximum harmonisation“) zu beachten ist oder ob eine Mindeststandard-Harmonisierung („minimum harmonisation“) vorliegt, die dem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet, strengere Regelungen beizubehalten oder zu erlassen.

#### 3.1.1.4. *Innerstaatliche Vorgaben*

Eine bei der Umsetzung von EU-Richtlinien in deutsches Recht typische Herausforderung ist es, die Reichweite der Geltung des Grundgesetzes zu erkennen und angemessen zu berücksichtigen. Da das europäische Primär- und Sekundärrecht nach unionsrechtlicher Betrachtungsweise Vorrang vor jedwedem nationalen Recht hat, besteht zwar eine Bindung des deutschen Gesetzgebers an die Vorgaben von EU-Richtlinien, soweit diese den Mitgliedstaaten keinen Spielraum bei der Umsetzung gewähren. In dem Umfang, in dem eine solche unionsrechtliche Bindung des Mitgliedstaates aber nicht gegeben ist, ist der deutsche Gesetzgeber, sei es der Bundesgesetzgeber, seien es Landesgesetzgeber, uneingeschränkt zur Beachtung der Vorgaben, die sich aus dem GG ergeben, verpflichtet. Eine besondere Bedeutung haben dabei die Grundrechte: Eingriffe in Grundrechte müssen dann zum einen – auch nach nationalem Maßstab – verhältnismäßig sein, das heißt, dass der Gesetzgeber diejenige Variante der Richtlinienumsetzung wählen muss, welche die betroffenen Privaten, seien es Bürger, seien es Unternehmen, am wenigsten belastet. Zudem muss der Gesetzgeber im Umsetzungsakt dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG genügen. Es ist jeweils im Wege der Auslegung der entsprechenden EU-Richtlinien zu ermitteln, ob beziehungsweise welche Spielräume der nationale Gesetzgeber hat.

Will ein deutsches Gericht wegen einer bei gesetzlicher Umsetzung einer EU-Richtlinie aus seiner Sicht bestehenden Grundrechtsverletzung im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle eine verfassungsgerichtliche Klärung herbeiführen, so hat es daher – auch mit Blick auf das Zusammenspiel von deutschem und europäischem Grundrechtsschutz – vor einer Vorlage der betreffenden gesetzlichen Regelung an das Bundesverfassungsgericht zu klären, ob dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung des Unionsrechts ein Spielraum verblieben ist. Hierfür muss es, wenn Unklarheit über die Bedeutung des Unionsrechts besteht, ein Vorabentscheidungsverfahren zum Gerichtshof der Europäischen Union einleiten, unabhängig davon, ob es ein letztinstanzliches Gericht ist. Zwar besteht nach Unionsrecht eine Pflicht zur Vorlage ausschließlich für letztinstanzliche Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des nationalen Rechts angefochten werden können. Wenn jedoch unklar ist, ob und inwieweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belässt, sind aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts auch Instanzgerichte vor einer nationalen Richtervorlage zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zum Europäischen Gerichtshof verpflichtet. Denn hier geht es um die Bestimmung der Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts und

---



damit um eine für die Zulässigkeit der Normenkontrolle zwingend zu klärende Vorfrage.<sup>62</sup> Aus dieser Rechtsprechung ist ersichtlich, dass der nationale verfassungsrechtliche Rahmen bei Umsetzungsfragen mit den Vorgaben aus dem EU-Recht verschränkt ist.

### 3.1.2. Insbesondere: Zur Bedeutung der Erwägungsgründe für den Umsetzungsprozess

Dieser Abschnitt soll die Bedeutung der Erwägungsgründe und der unterschiedlichen Positionen der EU-Rechtssetzungsorgane im Gesetzgebungsverfahren für den Umsetzungsprozess von Richtlinien betrachten.

Bei der Umsetzung einer Richtlinie ist nicht zuletzt zu bedenken, welchen sachlichen Anwendungsbereich diese hat. Auch insoweit kommt den Erwägungsgründen der Richtlinie besondere Bedeutung zu.<sup>63</sup> Zwar haben die Erwägungsgründe keine originäre rechtliche Bindungswirkung. So hat der EuGH betont, dass die Begründungserwägungen eines Rechtsakts der EU rechtlich nicht verbindlich sind „und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht“.<sup>64</sup> Mithin können die Erwägungsgründe nicht dazu herangezogen werden, um eine Auslegung entgegen dem Inhalt der eigentlichen Regelungen einer Richtlinie zu begründen. Im Rahmen der semantischen Grenzen des Wortlauts der Norm kommt jedoch den Erwägungsgründen zentrale Bedeutung bei der historischen und teleologischen Auslegung eines EU-Rechtsakts zu: Dass sie „zur Auslegung beitragen“ können, ist durch den EuGH anerkannt.<sup>65</sup> Sie werden im Rahmen der Auslegung eines Rechtsakts der EU meist neben dem Wortlaut, dem Regelungsziel und/oder dem Zusammenhang genannt, in dem die Vorschrift steht.<sup>66</sup> Diese teleologische Relevanz der Erwägungsgründe ist auch mit Blick auf die Vorgabe des Art. 288 Abs. 3 AEUV in Bezug auf Umsetzungsakte bedeutsam, dass die Richtlinie „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ ist. Denn das verbindliche Ziel wird durch die Erwägungsgründe in den Grenzen des Wortlauts der Norm interpretatorisch erhellt, weshalb der Europäische Gerichtshof regelmäßig die Erwägungsgründe heranzieht, um die Auslegung einer Richtlinienbestimmung zu bestätigen.

Die Reichweite der Umsetzungsspielräume eines Mitgliedstaates ist im Übrigen in den Grenzen der Vorgaben des Wortlauts des Richtlinien textes sowie der Zielsetzung der Richtlinienbestimmung bei Anwendung der historischen Auslegungsmethode umso größer, je stärker die Positionen der am Rechtsetzungsprozess beteiligten EU-Organen in selbigem divergierten.

---

<sup>62</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4. Oktober 2011 - 1 BvL 3/08 -, Rn. 44 ff.

<sup>63</sup> Vgl. auch Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2008, Tz. 296.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-345/13, Karen Millen Fashions, ECLI:EU:C:2014:2013, Rn. 31.

<sup>65</sup> EuGH, Rs. 215/88, Casa Fleischhandel, Slg. 1989, 2789 Rn. 30 (st. Rspr.).

<sup>66</sup> Vgl. Leisner, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (703) m.w.N.

---

### 3.2. [Allgemeiner Umsetzungsspielraum im Rahmen der AVMD-RL](#)

#### 3.2.1. [Umsetzungsspielräume und nicht-koordinierter Bereich](#)

In den Bereichen, die von der AVMD-RL nicht koordiniert sind, verbleibt es in den Grenzen, die zum einen durch das EU-Primärrecht, zum anderen durch anderes Sekundärrecht der EU wie zum Beispiel die must-carry-Bestimmungen des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation<sup>67</sup> gesetzt sind, bei einem umfassenden Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten für originäre medienordnungsrechtliche Überlegungen aus Anlass der Umsetzung der novellierten AVMD-RL.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die mitgliedstaatliche Souveränität in Bezug auf Regelungen im nicht-koordinierten Bereich nicht auch durch die AVMD-RL mittelbar berührt werden kann. Diese Fernwirkungen des durch die AVMD-RL koordinierten Bereichs für Gestaltungsspielräume im nicht-koordinierten Bereich folgen namentlich aus der seitens des EuGH entwickelten Dogmatik zur Beschränkung von Grundfreiheiten: Es gilt für den Umsetzungsgeber, was die primärrechtlichen Schranken betrifft, auch darauf zu achten, bei entsprechenden gesetzgeberischen Schritten außerhalb des koordinierten Bereichs auf eine Kohärenz und Verhältnismäßigkeit etwaiger Einschränkungen der Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit, zu achten,<sup>68</sup> wobei die Kohärenz der Einschränkungen im Hinblick auf die gesetzgeberische Zwecksetzung wiederum durch eine Zielsetzung der AVMD-RL wie des innerstaatlichen Gesetzgebungsaktes zu deren Umsetzung mitbestimmt werden kann.

#### 3.2.2. [Umsetzungsspielräume und koordinierter Bereich](#)

Die AVMD-RL belässt den Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung Spielräume, wie bereits aus deren Art. 4 deutlich wird, wobei der umfassende unionsrechtliche Gestaltungsspielraum durch Vorgaben des jeweiligen Verfassungsrechts eingegrenzt sein kann: Danach können die Mitgliedstaaten Mediendienstanbieter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, ausführlicheren oder strengeren Bestimmungen in den von der Richtlinie koordinierten Bereichen nachzukommen. Jedoch müssen solche schärferen Bestimmungen wiederum mit dem Unionsrecht im Einklang stehen. Zwar nimmt diese Regelung nur Mediendienstanbieter in den Blick. Dies darf aber nicht in dem Sinne interpretiert werden, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf sonstige Medienakteure, ungeachtet ihrer Verpflichtungen aus der AVMD-RL, am Erlass anderer oder weitergehender Maßgaben gehindert wären. Insoweit gelten keine spezifischen Begrenzungen aus der AVMD-RL über deren Anwendungsbereich hinaus. Dies gilt auch für diejenigen Akteure, die zwar in

---

<sup>67</sup> Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, OJ L 321, 17.12.2018, p. 36–214, Art. 114, ehemals Art. 31 der Richtlinie 2002/22/EG (Universal-diensterichtlinie).

<sup>68</sup> Vgl. für den Bereich der Glücksspielregulierung die ständige Rechtsprechung des EuGH, Rs. C-3/17, Sporting Odds Ltd, ECLI:EU:C:2018:130, Rn. 24 ff.; Rs. C-46/08, Carmen Media Group, ECLI:EU:C:2010:505, Rn. 68. Was dies konkret für eine innerstaatliche Umsetzung bedeuten kann, zeigt Ukrow, Online-Glücksspiel in der Regulierung – Kohärenz im Werden?, ZfWG 2019, 223 ff.

bestimmten Vorschriften der AVMD-RL in Bezug genommen werden, aber nicht im Fokus der Regulierung durch diese Richtlinie als Mediendiensteanbieter stehen. Soweit der Anwendungsbereich der AVMD-RL über diesen Kreis hinausgeht und dabei – wie dies namentlich auch bei Plattformanbietern der Fall ist – deutlich weniger inhaltlich konturiert ist als bei Mediendiensteanbietern, können die Mitgliedstaaten ausführlichere oder strengere Pflichten einführen als durch die der AVMD-RL vorgegeben. Jedoch gilt dann auch für solche Vorschriften, dass sie mit dem gesamten Unionsrecht im Einklang stehen müssen.

Bei der Umsetzung der AVMD-RL kann sich ein Mitgliedstaat auch der Instrumente der Selbst- und Koregulierung bedienen. Die Bedeutung dieser Instrumente wurde durch die Novelle der Richtlinie 2018 nochmals nachhaltig gestärkt: Nach Art. 4a Abs. 1 der novellierten Richtlinie

*unterstützen (die Mitgliedstaaten) die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes, die auf nationaler Ebene in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen angenommen werden, soweit das nach ihrem jeweiligen Rechtssystem zulässig ist. Diese Kodizes müssen a) derart gestaltet sein, dass sie von den Hauptbeteiligten in den betreffenden Mitgliedstaaten allgemein anerkannt werden, b) ihre Ziele klar und unmissverständlich darlegen, c) eine regelmäßige, transparente und unabhängige Überwachung und Bewertung ihrer Zielerfüllung vorsehen und d) eine wirksame Durchsetzung einschließlich wirksamer und verhältnismäßiger Sanktionen vorsehen.*

Nach Absatz 2 der Regelung

*(können) die Mitgliedstaaten und die Kommission die Selbstregulierung durch Verhaltenskodizes der Union fördern, die von Mediendiensteanbietern, Video-Sharing-Plattform-Anbietern oder Organisationen, die solche Anbieter vertreten, erforderlichenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Sektoren wie Industrie-, Handels-, Berufs- und Verbraucherverbänden oder -organisationen aufgestellt werden. Solche Kodizes müssen derart gestaltet sein, dass sie von den Hauptbeteiligten auf Unionsebene allgemein anerkannt werden und mit Absatz 1 Buchstaben b bis d in Einklang stehen.*

In Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten erleichtert die Kommission im Einklang mit den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit gegebenenfalls die Erstellung von Verhaltenskodizes der Union.<sup>69</sup>

Es steht den Mitgliedstaaten nach Art. 4a Abs. 3 der novellierten AVMD-RL

<sup>69</sup> Die Unterzeichner der Verhaltenskodizes der Union übermitteln nach dieser Regelung die Entwürfe dieser Kodizes sowie Änderungen der Kommission. Die Kommission konsultiert den Kontaktausschuss zu den Entwürfen dieser Kodizes oder Änderungen. Die Kommission macht die Verhaltenskodizes der Union dann öffentlich zugänglich und kann für sie in angemessener Weise Öffentlichkeitsarbeit betreiben.

*weiterhin frei, ihrer Rechtshoheit unterworfenen Mediendiensteanbieter zu verpflichten, ausführlicheren oder strengeren Bestimmungen nachzukommen, die mit dieser Richtlinie und dem Unionsrecht in Einklang stehen, einschließlich wenn ihre unabhängigen nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen zu dem Schluss gelangen, dass sich ein Verhaltenskodex oder Teile desselben als nicht wirksam genug erwiesen haben. Die Mitgliedsstaaten melden solche Vorschriften ohne unangemessene Verzögerung der Kommission.*

Auch diese Bestimmung verengt den Kreis der von einer strengeren innerstaatlichen Umsetzungsbestimmung Betroffenen aus den genannten teleologischen Gründen nicht auf Mediendiensteanbieter, wenngleich diese vornehmlich vom persönlichen Anwendungsbereich der AVMD-RL angesprochen sind.

### 3.2.3. Einschränkungen von Grundfreiheiten unter Berücksichtigung des ARD/ProSieben-Urteils des EuGH

Soweit sich Auslegungsfragen bezüglich einer Vorschrift im Sekundärrecht der EU ergeben, die im Anwendungsbereich einer Grundfreiheit liegen, hat der EuGH allgemeine Leitlinien entwickelt. Sowohl das Angebot von audiovisuellen Mediendiensten, wie auch Dienste, die der Verbreitung von solchen audiovisuellen Mediendiensten dienen, unterfallen der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 und 57 AEUV. Für die audiovisuellen Mediendienste ergibt sich dies auch aus der Bezugnahme auf die Vorschrift in der Definition des Art. 1 (1) a) i). Art. 7b AVMD-RL bezieht sich sowohl auf Mediendiensteanbieter, als auch auf andere Anbieter, die durch das Verbot betroffen sind. Dabei ist nicht eindeutig, wie die Vorschrift auszulegen ist, insbesondere, soweit es um den Umfang des Verbots geht. In solchen Fällen muss bei der Auslegung das Ziel der Vorschrift im Blick auf die anwendbare Grundfreiheit berücksichtigt werden. Dazu hat der EuGH in verschiedenen Urteilen, konkret bezogen auf die AVMD-RL, Ausführungen machen können.<sup>70</sup>

1999 hat der EuGH in einem ersten zentralen Urteil<sup>71</sup> zur Beschränkung der Sendezeit für Werbung innerhalb von Fernsehsendungen, das auf einem Rechtsstreit zwischen der ARD und der Pro Sieben Media AG basierte, wichtige Ausführungen zum Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen der AVMD-RL getroffen, die auch heute noch Gültigkeit beanspruchen. Das Urteil betraf die Auslegung von Art. 11 Abs. 3 der damaligen Fern-

<sup>70</sup> Neben dem im Folgenden ausführlich dargestellten Urteil, das die erste umfassende Auslegung in diesem Sinne ist, kann weiter verwiesen werden auf EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Rs. C-195/06, KommAustria ./ ORF, ECLI:EU:C:2007:613, Rn. 25 ff. sowie Urteil vom 24. November 2011, Rs. C-281/09, Kommission ./ Spanien, ECLI:EU:C:2011:767, Rn. 43 ff.

<sup>71</sup> EuGH, Urteil vom 28. Oktober 1999, Rs. C-6/98, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) ./ Pro Sieben Media AG. Vgl. zu den daraus ableitbaren Auslegungsgrundsätzen auch Cole/Haus, Dienstleistungsfreiheit brutto oder netto? Probleme der europäischen Sprachenvielfalt am Beispiel der EG-Fernsehrichtlinie – EuGH, Slg. 1999, I-7599, in: Jus 2001, 435.

srichtlinie 89/552/EWG<sup>72</sup> in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG<sup>73</sup>, der wie folgt lautet:

*Die Übertragung audiovisueller Werke wie Kinospielefilme und Fernsehfilme (mit Ausnahme von Serien, Reihen, leichten Unterhaltungssendungen und Dokumentarfilmen) kann für jeden vollen Zeitraum von 45 Minuten einmal unterbrochen werden, sofern ihre programmierte Sendezeit mehr als 45 Minuten beträgt. Eine weitere Unterbrechung ist zulässig, wenn die programmierte Sendedauer um mindestens 20 Minuten über zwei oder mehrere volle 45-Minuten-Zeiträume hinausgeht.*

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit wurden verschiedene Auffassungen von den Beteiligten vertreten, wie diese Regelung auszulegen sei. Nach Auffassung von Pro Sieben sollte das Bruttoprinzip zugrunde gelegt werden, wonach in den Zeitraum, für den die zulässige Zahl der Unterbrechungen berechnet wird, die Dauer der Werbung einzubeziehen sei (was in bestimmten Fällen mehr Werbeunterbrechungen erlauben würde). Laut ARD sollte das Nettoprinzip gelten, wonach nur die Dauer der Werke selbst einbezogen werden dürften.

Der EuGH stellte in seinem Urteil allerdings fest, dass Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie mehrdeutig sei, sich insbesondere weder aus Wortlaut, Systematik oder den zugrundeliegenden Dokumenten aus dem Gesetzgebungsverfahren ableiten lasse, ob Art. 11 Abs. 3 das Brutto- oder Nettoprinzip vorschreibe.<sup>74</sup> Aus dem Regelungszusammenhang und der Zielsetzung der Regelung – auf die es im Falle der Mehrdeutigkeit des Gesetzeswortlauts ankomme – ergebe sich jedoch, dass das Bruttoprinzip aus Art. 11 Abs. 3 abzuleiten sei. Der Gerichtshof begründete dies damit, dass es sich dabei um die weitere der beiden Auslegungsalternativen handelt, also eine Auslegung, die weniger strenge Vorgaben mache. Begründet wurde dies vom EuGH weiter mit Ausführungen, die auch im Lichte der Grundrechte (insbesondere der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der zwischenzeitlich geschaffenen und verbindlich gewordenen Grundrechtecharta) und Grundfreiheiten (insbesondere der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV) der EU zu lesen sind: Eine Vorschrift, die im Bereich der Dienstleistungen eine die Ausübung einer grundlegenden Freiheit betreffende Tätigkeit einer Beschränkung unterwirft, müsse diese Beschränkung klar zum Ausdruck bringen. Sei eine Beschränkung – wie hier Art. 11 Abs. 3 – nicht klar und eindeutig formuliert, sei sie daher möglichst eng auszulegen.<sup>75</sup> Der EuGH hat also in diesem Fall klargestellt, dass sich die Auslegung von mehrdeutigen Regelungen, im Zweifel an den Interessen desjenigen zu orientieren hat, dessen (grundrechtlich oder grundfreiheitlich geschützte) Freiheiten durch die Regelung eingeschränkt werden.

<sup>72</sup> Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, OJ L 298, 17.10.1989, S. 23–30.

<sup>73</sup> Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, OJ L 202, 30.7.1997, S. 60–70.

<sup>74</sup> EuGH, aaO (Fn. 71), Rn. 23 ff.

<sup>75</sup> EuGH, aaO (Fn. 71), Rn. 29 f.

Im damaligen Fall hielt der EuGH jedoch eine Umsetzung des Nettoprinzips im nationalen Recht dennoch für möglich, da Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 89/552/EWG in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG (wie heute Art. 4 Abs. 1 der AVMD-RL) den Mitgliedstaaten erlaubte, ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstaltern, strengere oder ausführlichere Verpflichtungen aufzuerlegen. Allerdings berücksichtigte der EuGH auch hier, ob die nationale Umsetzung die Erreichung des Zieles der Richtlinie, insbesondere die freie Ausstrahlung von Fernsehsendungen entsprechend den in der Richtlinie vorgesehenen Mindestnormen zu gewährleisten, gefährde. Im Ergebnis verneinte er dies. Auch die Grundfreiheiten (insbesondere der freie Dienstleistungsverkehr, der im zugrundeliegenden Fall durch die Regelung beeinträchtigt wurde) standen einer solchen nationalen Umsetzung im konkreten Fall laut EuGH nicht entgegen, da der Eingriff wegen der überwiegenen Interessen am Schutz der Verbraucher gegen ein Übermaß an geschäftlicher Werbung beziehungsweise die Erhaltung einer bestimmten Programmqualität gerechtfertigt sei.

Wenngleich im damaligen Verfahren eine andere Regelung und andere Interessenträger Verfahrensgegenstände waren, lässt sich aus dem Urteil verallgemeinernd ableiten, dass bei mehrdeutigen und unklar formulierten Bestimmungen der AVMD-RL europäische Vorgaben zu beachten sind, insbesondere die Auslegung nicht vollständig den Mitgliedstaaten überlassen ist. Ferner kann abgeleitet werden, dass die Regelungen der AVMD-RL, die in geschützte Rechtsgüter Dritter eingreifen, durch die Mitgliedstaaten grundsätzlich restriktiv auszulegen sind – insbesondere, wenn die Reichweite einer Vorschrift oder die Gründe für ihre Schaffung unklar oder kontrovers sind –, was auch im Rahmen der Umsetzung zu beachten ist.

### 3.3. [Systematische Erwägungen zum Umsetzungsspielraum im Rahmen des Art. 7b AVMD-RL](#)

Die Frage, welche Umsetzungsspielräume den Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Art. 7b AVMD-RL zustehen, wäre in erheblichem Umfang vorgeprägt, wenn die AVMD-RL als Ganzes durch ein bestimmtes regulatorisches Konzept der Einräumung enger oder weiter Spielräume im Umsetzungsprozess geprägt wäre. Eine solche unitarisierende Konzeption ist aber nicht vorhanden. Vielmehr zeichnet sich die AVMD-RL durch ein heterogenes Bild in Bezug auf den „Grad des Umsetzungsspielraums“ aus. Während zum Beispiel bei dem Sponsoringverbot nach Art. 10 Abs. 2

*Audiovisuelle Mediendienste oder Sendungen dürfen nicht von Unternehmen gesponsert werden, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Zigaretten und anderen Tabakerzeugnissen sowie von elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehältern ist.*

nur ein marginaler Umsetzungsspielraum in Bezug auf das Verständnis, was „Haupttätigkeit“ im Sinne dieser Norm ist, erkennbar ist, besteht ein deutlich größerer Spielraum

zum Beispiel dort, wo die Richtlinie selbst lediglich Mindestvorgaben macht, wie dies zum Beispiel in Bezug auf Anbieterkennzeichnungspflichten nach Art. 5 Abs. 1 der Fall ist:<sup>76</sup>

*Jeder Mitgliedstaat stellt sicher, dass ein seiner Rechtshoheit unterworfenen Mediendiensteanbieter den Empfängern eines Dienstes mindestens die nachstehend aufgeführten Informationen leicht, unmittelbar und ständig zugänglich macht.*

Umsetzungsspielräume sind nicht zuletzt auch dort eröffnet, wo die AVMD-RL auf Begrifflichkeiten abstellt, die in der Richtlinie selbst keine definitorische Klärung erfahren, wie dies zum Beispiel in Bezug auf das Sponsoringverbot für „Nachrichtensendungen“ und „Sendungen zur politischen Information“ in Art. 10 Abs. 4 Satz 1 der AVMD-RL der Fall ist.

Art. 7b der AVMD-RL ordnet sich insoweit in die Kategorie derjenigen Richtlinienbestimmungen ein, die den Mitgliedstaaten einen eher weiten Umsetzungsspielraum belassen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die AVMD-RL insoweit keine definitorischen Vorgaben macht, aber auch weil die Richtlinie vorsieht, dass ein grundrechtsgeprägter Abwägungsprozess zwischen betroffenen Rechtspositionen unterschiedlicher in der Norm adressierter Akteure vorzunehmen ist. Bei diesem Abwägungsprozess in der innerstaatlichen Umsetzungen ist aber insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten, wie sich aus den limitierenden Auflagen aus dem Erwägungsgrund Nr. 26 ergibt, wonach bestimmte Formen der Überblendung von vornherein vom Verbot auszunehmen sind und zugleich Auflagen an die von der Verpflichtung betroffenen Anbieter unter Berücksichtigung des Nutzerinteresses und nur bei Vorhandensein legitimer öffentlicher Interessen als „eindeutig“ im Unionsrecht festgelegten Zielen eingeführt werden dürfen.

### [3.4. Konkreter Umsetzungsspielraum im Rahmen von Artikel 7b AVMD-RL](#)

#### [3.4.1. Umsetzungspflicht](#)

Durch die zwingende Formulierung des Art. 7b AVMD-RL („ergreifen“ und „bestimmen“) stellt sich die Frage, wie der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten bezüglich dieses Regelungsgegenstandes, der zwar nicht in Bezug auf das „Ob“, aber in Bezug auf die Art und Weise der Umsetzung besteht, aussieht. Für dieses „Wie“ der Umsetzung ist von grundlegender Bedeutung, dass Richtlinien, wie erörtert, so umgesetzt werden müssen, dass nach nationalem Recht das – von der jeweiligen Einzelvorschrift oder -regelung der Richtlinie – verfolgte Ziel erreicht wird. Wie dies zu geschehen hat und ob zum Beispiel bereits bestehende Regelungen ausreichend zur Wahrung oder Erreichung des Ziels sind,

---

<sup>76</sup> Ein weiteres Beispiel hierfür ist, dass nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 die Übertragung von Fernsehfilmen (mit Ausnahme von Serien, Reihen und Dokumentationen), Kinospielefilmen und Nachrichtensendungen „für jeden programmierten Zeitraum von mindestens 30 Minuten“ einmal für Fernsehwerbung oder Teleshopping unterbrochen werden. Die Übertragung von Kindersendungen darf für jeden programmierten Zeitraum von mindestens 30 Minuten einmal für Fernsehwerbung unterbrochen werden, sofern die Gesamtdauer der Sendung nach dem Sendeplan mehr als 30 Minuten beträgt.

---

ist jedoch eine Auslegungsfrage, für deren Beantwortung es auf das Zusammenspiel von Unionsrecht und (gegebenenfalls schon vorhandenem) mitgliedstaatlichem Recht unter Berücksichtigung von Auslegungsmethoden wie dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts ankommt.

Die allgemein zu beachtenden Vorgaben und Grenzen bei der Richtlinienumsetzung, ebenso wie die Spezifika bei der AVMD-RL-Umsetzung, sind oben behandelt worden. Im Folgenden soll, unter Anwendung der dort herausgearbeiteten Ergebnisse, untersucht werden, welcher Spielraum – unter Einbeziehung der allgemeinen Vorgaben – für die Umsetzung von Signalintegritätsregelungen für die Mitgliedstaaten besteht.

### 3.4.2. Gegenstand des Umsetzungsspielraums: persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der Norm bei teleologischer Auslegung

#### 3.4.2.1. *Berechtigte im Bereich des Grundsatzes – Mediendiensteanbieter*

Die Vorschrift des Art. 7b AVMD-RL besagt zunächst eindeutig, dass die von den Mitgliedstaaten zu ergreifenden Maßnahmen dazu dienen müssen, dass von Mediendiensteanbietern geschaffene „audiovisuelle Mediendienste“, also zum Beispiel das Fernsehprogramm bei einem Fernsehprogrammanbieter, davor geschützt werden, ohne deren Zustimmung „überblendet oder verändert“ zu werden. Der Grundsatz ist also ein Verbot, das aber nicht unlimitiert ist, sondern Einschränkungen erfährt, in dem in der Vorschrift – sowie detaillierter in den Erwägungsgründen – aufgeführt wird, welche Überblendungen nicht vom Verbot erfasst werden, wie zum Beispiel solche, die nicht zu kommerziellen Zwecken erfolgen.

Soweit es um den Grundsatz geht, stehen damit zunächst eindeutig „Mediendiensteanbieter“ im Fokus der Vorschrift. Sie sind zwar nicht die Adressaten einer sich aus der Umsetzung der Vorschrift ergebenden Pflicht, jedoch sind sie die Berechtigten, die grundsätzlich eine solche Signalintegrität verlangen können. Bereits daraus ergibt sich aber, dass neben den Berechtigten weitere von der Vorschrift erfasste Beteiligte zu beachten sind, namentlich neben den die Verpflichtung in der Praxis umzusetzenden Dienstanbietern – ohne dass diese spezifisch genannt werden – auch die Nutzer, um deren Wahrnehmung des Signals es geht und die im Fokus der Ausnahmen aus der Vorschrift stehen.

Mediendiensteanbieter im Sinne der Vorschrift sind die in Art. 1 Abs. 1 lit. d) AVMD-RL definierten Anbieter von Mediendiensten, also die natürliche oder juristische Person, die die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des audiovisuellen Mediendienstes tragen und bestimmen, wie diese gestaltet werden. Dazu gehören zunächst die Anbieter von Fernsehprogrammen – also im Sinne der Richtlinie von „linearen Diensten“ – die als spezieller Fall eines Mediendiensteanbieters in Art. 1 Abs. 1 lit. f) AVMD-RL mit einer gesonderten Definition aufgeführt sind. Daneben sind aber auch Anbieter jeder anderen Art von audiovisuellen Mediendiensten eingeschlossen, die von der Richtlinie erfasst sind, weil die Vorschrift systematisch in dem Teil der Richtlinie (Kapitel III) zu finden ist, der Bestimmungen für alle audiovisuellen Mediendienste enthält und in Art. 7b AVMD-RL ausdrücklich die Formulierung „bereitgestellte audiovisuelle Me-



---

diendienste“ gewählt wurde. Damit sind auch nichtlineare Dienste wie Video-on-Demand-Angebote vom Schutzbereich der Vorschrift erfasst. Insoweit soll der „level playing field“-Ansatz der Richtlinienreform auch in Bezug auf den Veränderungs- und Überblendungsschutz verwirklicht werden, wenngleich die Diskussion der Frage um die Notwendigkeit einer solchen Schutznorm zunächst im Blick auf das herkömmliche Fernsehprogramm-signal geführt wurde.<sup>77</sup>

Die Vorschrift verdeutlicht noch in anderer Hinsicht, welche Zielrichtung zentral ist: Bei der Bestimmung von Ausnahmen vom Grundsatz sind wiederum die „berechtigten Interessen der Mediendienstanbieter“ zu berücksichtigen, was unterstreicht, dass die Vorschrift aufgenommen wurde, um die Position der Inhalteanbieter zu stärken. Jedoch ist, wie oben dargestellt, die Vorschrift in engem Zusammenhang mit den Erwägungsgründen zu lesen, weil es im Verhandlungsprozess dem Rat der EU darauf ankam, durch die ausführlichere Fassung der Erwägungsgründe eine Klarstellung aufzunehmen, dass die Ausgestaltung der Vorschrift berücksichtigen muss, wie sich die Regelung auf die anderen Beteiligten auswirken wird. Dies bezieht sich sowohl auf die dort genannten Nutzer als auch die „technische Seite“, also die Anbieter der Hardware oder der Übertragungsdienstanbieter wie Plattformen, indem bestimmte Ausnahmen aufgenommen wurden, die in der Sphäre dieser Anbieter liegen. Zudem verdeutlicht der Erwägungsgrund 26, dass die Aufnahme der Vorschrift zugunsten der Mediendienstanbieter wiederum zweckorientiert ist: Einerseits soll damit sichergestellt werden, dass die Wahrnehmung der redaktionellen Verantwortung der Anbieter unberührt bleibt. Soweit diese aber nicht beeinträchtigt wird, muss der Schutz durch ein Verbot nicht ausgedehnt werden, weshalb im weiteren Text des Erwägungsgrundes etwa nutzerseitig vorgenommene Einstellungen zum privaten Gebrauch von vornherein ausgenommen sind. An einer funktionierenden Zuordnung der redaktionellen Verantwortung besteht außerdem ein über den Mediendienstanbieter hinausgehendes, allgemeines Interesse, so dass dieser Schutzzweck nicht allein zugunsten dieser Anbieter aufgeführt ist. Der weitere Zweck wird als Schutz der audiovisuellen Wertschöpfungskette angegeben. Dieser Zweck stellt im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Vorschrift, wonach bestimmte Veränderungen oder Überblendungen der Inhalte eines Mediendienstanbieters verboten sind, vornehmlich darauf ab, dass die Refinanzierung eines angebotenen Programminhalts sichergestellt bleibt. Jedoch ist die Wertschöpfungskette, die hier in Bezug genommen wird, mehrdimensional und nicht eindeutig nur auf die Mediendienstanbieter als im Bereich der AVMD-RL wichtigsten Akteure beschränkt: So kann die Produktion von audiovisuellen Medieninhalten außerhalb der Mediendienstanbieter erfolgen und dann auf anderem Weg als etwa über ein lineares Fernsehprogramm seinen Weg zum Zuschauer finden. Diese Komplexität der Inhalteverbreitung und -nutzung im heutigen Medienangebot, die auch darauf basiert, dass die Transporteure der Inhalte am „Gesamtprodukt“ aufgrund ihrer Rolle beteiligt sind, ist ein Grund, weshalb der Erwägungsgrund abschließend darauf hinweist, dass trotz der Schutzrichtung auf Mediendienstanbieter die von Verpflichtungen (beziehungsweise durch das Verbot: von Limitierungen) betroffenen Dienstanbieter nicht unverhältnismäßig belastet werden dürfen.

---

<sup>77</sup> Vgl. hierzu die Abschnitte 2.2. und 3.4.3.2.

---

### 3.4.2.2. *Berechtigte im Bereich der Ausnahmen – Nutzer*

Eine Definition des Begriffs der Nutzer findet sich im Katalog des Art. 1 Abs. 1 der AVMD-RL nicht. Vielmehr werden in der AVMD-RL verschiedene Begriffe verwendet, die nicht definiert, konsequent getrennt oder in einer bestimmten Form voneinander abgegrenzt werden. So wird beispielsweise in Art. 5 AVMD-RL (eine der Vorschriften, die für alle audiovisuellen Mediendienste gelten) auf den „Empfänger des audiovisuellen Mediendienstes“ abgestellt, welchem gegenüber die dort genannten Informationspflichten erfüllt werden müssen. In den Bestimmungen zur Produktplatzierung und zum Sponsoring (Art. 10 und 11 AVMD-RL), sowie zum Minderjährigenschutz (Art. 6a AVMD-RL), die ebenfalls für alle in Art. 1 Abs. 1 lit. a) AVMD-RL definierten audiovisuellen Mediendienste gelten, ist dagegen vom „Zuschauer“ die Rede. Der Begriff des Nutzers findet dagegen regelmäßig dort Anwendung, wo es allein um die „neueren“ Formen audiovisueller Medien abseits vom klassischen linearen Fernsehen geht, also insbesondere in den Vorschriften zu On-Demand-Angeboten (Art. 1 Abs. 1 lit. g) AVMD-RL), Video-Sharing-Plattformen (Art. 28b AVMD-RL) und auch im Plattformbereich (Art. 7b AVMD-RL). „Nutzer“ werden also im Rahmen solcher Regelungen angesprochen, in deren Kontext es um Dienste geht, die ein Mehr an Selbstbestimmtheit im Rahmen der „Nutzung“ sowie eine aktive Teilnahme an Auswahl der Inhalte beziehungsweise im Bereich der VSP sogar an deren Ausgestaltung ermöglichen – in Abgrenzung zu den eher passive Tätigkeiten beschreibenden Begriffen des „Empfangens“ oder „Zuschauens“, die beide zu der Zeit, in der die Richtlinie ausschließlich linear verbreitete Angebote erfasst hat, für alle Vorschriften passten und in diesem fortbestehenden Kontext weiter Bestand haben.

Unabhängig davon, welcher Begriff im konkreten Fall verwendet wird, ist den genannten Vorschriften aber gemein, dass es um den Rezipienten eines audiovisuellen Mediendienstes oder anderen Dienstes, der audiovisuelle Inhalte bereitstellt, geht, der in bestimmten Bereichen eines Schutzes bedarf. So soll etwa der Nutzer eindeutig auf Sendungen und nutzergenerierte Videos hingewiesen werden, die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation enthalten (Art. 28b AVMD-RL), der Zuschauer soll ausreichende Informationen zu potentiell entwicklungsbeeinträchtigenden Inhalten erhalten (Art. 6a Abs. 3 AVMD-RL) und deutlich auf Produktplatzierungen hingewiesen werden (Art. 10 Abs. 2 AVMD-RL), und dem Empfänger müssen Informationen über Mediendienstanbieter leicht, unmittelbar und ständig zugänglich gemacht werden (Art. 5 Abs. 1 AVMD-RL). Aus dieser beispielhaften Aufzählung lässt sich bereits erkennen, dass die AVMD-RL, in deren Mittelpunkt der Regulierung die Anbieter der audiovisuellen Dienste stehen, dort, wo sie (auch) den Zuschauer, Empfänger oder Nutzer adressiert, vor allem Transparenz, Information und Schutz herbeiführen will. Solche Regeln sind vorrangig aus dem Verbraucherschutzrecht bekannt, das kein in sich geschlossenes Rechtsgebiet darstellt, sondern regelmäßig in allen speziellen Rechtsgebieten niederschlägt, in dessen Rahmen Unternehmen mit Privatpersonen in Berührung kommen. So sind die Zuschauer, Empfänger und Nutzer nichts anderes als Verbraucher im Sinne der AVMD-RL, die die dort regulierten Dienste ansehen, empfangen, nutzen oder in einer sonst denkbaren Form konsumieren. Die AVMD-RL trägt damit insoweit auch der verbraucherschutzpolitischen Querschnittsklausel des AEUV Rechnung.

Daran lässt sich aber auch erkennen, dass es im Rahmen der AVMD-Richtlinie keinen im Detail abgrenzbaren und vordefinierten Kreis an Verbrauchern gibt, sondern grundsätzlich alle Personen und Personengruppen in Betracht kommen, die Zugriff auf einen audiovisuellen Mediendienst haben (können). Zu Zeiten der ursprünglichen Fernseh-Richtlinie im Jahr 1989 waren Verbraucher in diesem Sinne noch all jene, die ein Fernsehgerät besitzen oder Zugang zu einem solchen hatten.<sup>78</sup> Heute sind es nicht mehr nur diese Verbraucher, sondern vielmehr all jene, die ein internetfähiges Endgerät (Smartphones, Tablets, PCs, TV-Geräte, etc.) besitzen oder Zugang zu einem solchen haben. Das Spektrum der diese Interessengruppe ausmachenden Nutzungscharakteristika hat sich demnach wesentlich erweitert. Während in Bezug auf Regelungen mit (auch) verbraucher-schützendem Charakter im Bereich des linearen Fernsehens somit auch die Online-Zuschauer (beispielsweise über Streams oder andere Anwendungen) einbezogen werden müssen, gehen solche Regelungen im Bereich von Plattformen aufgrund der in Abschnitt 1.3.2. beschriebenen Vielgestaltigkeit an verschiedenen Plattformen, Benutzeroberflächen und Anwendungen noch einen Schritt weiter. Der Verbraucherkreis kann hier kaum sinnvoll eingegrenzt werden.

Ein Problem im Zusammenhang mit dem Verbraucher (Nutzer/Zuschauer/Empfänger) ergibt sich daraus, dass im Regelfall die Konsumtion eines von der Vorschrift erfassten Mediendienstes nicht an eine individuell zurechenbare Freischaltung geknüpft ist. Selbst in den Fällen, in denen (abhängig von der Art der jeweiligen Plattform bzw. des „Empfangsgeräts“) etwa die Eingabe eines Freischaltcodes für das Gerät oder den jeweiligen Dienst notwendig ist, kann daraus nicht sicher geschlossen werden, dass ein bestimmter (identifizierter) Nutzer den Dienst konsumiert. Daher stellt sich auch im Fall der Identifikation vor Nutzung eines Dienstes die Frage, ob mit dieser Kennung versehene Grundeinstellungen im jeweiligen Nutzerinteresse sind, wenn zum Beispiel zahlreiche Zuschauer im Raum sind. Zwar könnte hier davon ausgegangen werden, dass eine Anknüpfung an das Interesse des jeweils „geräte- beziehungsweise dienstkontrollierenden“ Individuums vertretbar ist, aber dann müssten Identifizierungs-, Registrierungs- oder Wiedererkennungsfunktionen auf Plattformen als zwingend vorgeschrieben werden, was wiederum medien- und datenschutzrechtliche Fragen aufwerfen würde.

Die Anknüpfung an einen so verstandenen Nutzer, der im Regelfall nicht sicher identifiziert ist, macht es schwierig, eine allgemeine Regelung, die für eine Vielzahl in ihren Anwendungsmechanismen häufig verschiedener Plattformen gilt, zu treffen, die allein auf ein individuelles Nutzerinteresse abstellen.

Jedoch nennt Art. 7b Unterabs. 2 AVMD-RL für die Ausgestaltung der Ausnahmen vom Grundsatz des Einwilligungsvorbehaltes durch die Inhaltenanbieter für Signaländerungen oder -überblendungen insbesondere die berechtigten Interessen der Nutzer als entscheidend, wobei allerdings auch die berechtigten Interessen der Mediendienstanbieter berücksichtigt werden sollen. Sowohl die doppelte Bezugnahme auf zu berücksichtigende Interessen (in Bezug auf das Interesse der Nutzer und zugleich das Interesse der Anbieter) als auch die Voranstellung des Wortes „berechtigter“ zeigen, dass nicht jedes beliebige Interesse im Rahmen der mitgliedstaatlichen Umsetzung der Ausnahmen berücksich-

---

<sup>78</sup> Die Kommerzialisierung des Internet entwickelte sich etwa ab dem gleichen Jahr.

tigt werden muss und soll. Insbesondere ist dem Nutzer auf Regulierungsebene nicht jede Möglichkeit beispielsweise der Personalisierung oder Funktionalität des jeweiligen Plattformangebots zu eröffnen, sondern nur soweit dies – auch gegenüber den berechtigten Interessen des Mediendiensteanbieters – noch gerechtfertigt erscheint.

Die Grenzen, in deren Rahmen ein solches Nutzerinteresse (noch oder schon) berechtigt in diesem Sinne ist, sind von der Richtlinie nicht ausdrücklich vorgegeben, sondern müssen vielmehr Ergebnis einer Abwägung sein. Umgekehrt ist daher das berechtigte Interesse des Nutzers bei der möglichen Einschränkung der Rechtsposition des Mediendiensteanbieters von zentraler Bedeutung. Nicht jedes Interesse des Medienanbieters kann als berechtigt in diesem Sinne gelten. Ausnahmemöglichkeiten unter Berücksichtigung der Nutzerinteressen muss es zumindest aus der Perspektive des Unionsgesetzgebers zwingend geben, denn sonst hätte es einer Erwähnung in der Form als Bestandteil der Norm nicht bedurft.

In Erwägungsgrund 26 werden in konkreterer Form bereits beispielhaft Funktionalitäten (zum Beispiel Lautstärkereglern und Navigationsmenüs) aufgelistet, in denen von vornherein die berechtigten Interessen der Nutzer an deren Umsetzung gegenüber einem etwaigen (angenommenen) Interesse des Mediendiensteanbieters überwiegen und die deshalb von der Schutzwirkung der Norm ausgenommen sind. Darüber hinaus sind weitere Ausnahmen im Rahmen von Art. 7b Unterabs. 2 AVMD-RL möglich, die dem Nutzer mehr Autonomie im Rahmen einer nutzerorientierten Angebotsausgestaltung belassen. Um wiederum den Interessen der Mediendiensteanbieter gerecht zu werden, ist es aber zum Beispiel denkbar, dass die Ausnahmen unter bestimmte zeitliche (beispielsweise die Erneuerung einer Einwilligung oder Einstellung nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums) oder anwendungsbereichsbezogene (beispielsweise keine plattformübergreifenden GENERALEINSTELLUNGEN) Bedingungen gestellt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass eine Einschränkung der Nutzermöglichkeiten unter Bezugnahmen auf berechtigte Interessen der Mediendiensteanbieter nur erfolgen kann, wenn deren Interesse das des Nutzers überwiegt. Spezifische Interessen und deren Gewichtung werden in Abschnitt 3.4.3 beispielhaft näher beleuchtet.

#### 3.4.2.3. *Weitere von der Vorschrift Betroffene*

In der Vorschrift des Art. 7b AVMD-RL selbst sind neben den Mediendiensteanbietern nur die Nutzer ausdrücklich genannt. Den Mitgliedstaaten ist also auferlegt, zum Schutze der Mediendiensteanbieter und unter Berücksichtigung der Interessen der Nutzer Maßnahmen zu ergreifen gegen bestimmte Formen der Veränderung oder Überblendung des Signals, die ohne Zustimmung erfolgen. Damit sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei darin, eine Lösung zu entwickeln, die diesen beiden Polen genügt. Jedoch ist aus technischen Gründen automatisch ein weiterer Beteiligter bei diesen Lösungsmöglichkeiten betroffen, so dass diese Kategorie in der Vorschrift „mitgedacht“ ist: aus technischen Gründen ist es der Anbieter einer Infrastruktur (in allgemeiner Form gesprochen) bestehend aus einem Übermittlungsweg und einem (beziehungsweise mehreren) Hardware-Endgerät(en), der für das Ankommen des Inhaltessignals beim Nutzer sorgt.

---

Daher sind diese Hersteller und Plattformen („Unternehmen“, Erwägungsgrund 26), die aufgrund ihrer Position im Transportprozess die Möglichkeit zur Beeinflussung des Signals vor Ankunft beim Nutzer haben, auch von der Vorschrift betroffen. Auch wenn diese Anbieter also nicht ausdrücklich genannt sind, ist deren Rechtsposition im Umsetzungsprozess ebenso entscheidend. Die Vorschrift erkennt dies an, ohne die Betroffenen zu nennen, indem sie ausdrücklich regelt, dass nur „angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen“ von den Mitgliedstaaten ergriffen werden dürfen. Die Verhältnismäßigkeit bezieht sich dabei auf eine Beschränkung, die in diesem Fall nicht auf der Seite von Inhaltenanbietern oder Nutzern liegt, sondern auf der Seite der von der Verpflichtung Betroffenen. Daher ist die Auswirkung der Maßnahme auf die Rechtsposition von Geräteherstellern, Plattformanbietern und vergleichbaren Beteiligten zu prüfen.

#### 3.4.2.4. *Sachlicher Anwendungsbereich des geschützten Inhalts*

Art. 7b AVMD-RL erfasst audiovisuelle Mediendienste, die von Mediendiensteanbietern bereitgestellt werden. Damit sind zunächst diejenigen Inhalte angesprochen, die die weite, aber an mehrere Kriterien geknüpfte Definition des Art. 1 Abs. 1 lit. a (i) AVMD-RL erfüllen. Dazu zählen die getrennt in den Buchstaben e) (Fernsehprogramme) und g) (audiovisuelle Mediendienste auf Abruf), definierten Erscheinungsformen. Daneben wird aber auch – und im Kontext des Art. 7b AVMD-RL besonders wichtig – die kommerzielle Kommunikation nach Art. 1 Abs. 1 lit. a (ii) AVMD-RL in allen ihren Erscheinungsformen (zu denen nach Art. 1 Abs. 1 lit. h AVMD-RL unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung zählen) erfasst. Der die Vorschrift begleitende Erwägungsgrund 26 nennt die „Integrität der Sendungen“ der Mediendiensteanbieter und bezieht sich damit auf Art. 1 Abs. 1 lit. b AVMD-RL und die dort festgelegte Definition. Eine Sendung ist demnach eine Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die unabhängig von ihrer Länge Einzelbestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist. Insoweit besteht im Zusammenhang mit Art. 7b AVMD-RL kein Erfordernis zu einer systematischen oder teleologischen Reduktion des Begriffs der audiovisuellen Mediendienste als Schutzgegenstand, vielmehr sind umfassend Inhalte betroffen, die die weite Definition des Art. 1 Abs. 1 lit. a AVMD-RL erfüllen.

Zweifelhaft erscheint demgegenüber, ob über die Bezugnahme auf „Sendungen“ sogar von Telos und Historie der Norm her der sachliche Anwendungsbereich des Art. 7b AVMD-RL auch auf Inhalte auf Video-Sharing-Plattformen ausgedehnt wird. Hierfür könnte zwar Art. 1 Abs. 1 lit. aa AVMD-RL sprechen, nach dem ein Video-Sharing-Plattform-Dienst im Sinne der AVMD-RL eine Dienstleistung ist, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder eines trennbaren Teils der Dienstleistung oder eine wesentliche Funktion der Dienstleistung darin besteht, „Sendungen“ oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen, und deren Organisation vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt wird, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, insbesondere durch Anzeigen, Tagging und Festlegung der Abfolge. Vor diesem Hintergrund der Bezugnahme auf „Sendungen“ könnte argumentiert werden, dass sich zum Beispiel auch nutzergenerierte Videos, die über redaktionell gestaltete „channels“ transportiert werden, im

Schutzbereich des Art. 7b AVMD-RL bewegen. Dagegen spricht allerdings, dass „audiovisueller Mediendienst“ – auf den Art. 7b AVMD-RL begrifflich rekurriert – und Video-Sharing-Plattform-Dienst nach der Systematik der novellierten AVMD-RL klar voneinander getrennte Gattungstypen sind. Außerhalb des Schutzbereichs befinden sich im Übrigen jedenfalls die Plattformen selbst, über die Videos geteilt werden.

Ausgenommen vom Schutzbereich der Vorschrift sind zudem solche Angebote, die zwar überblendet oder verändert worden sind, aber bei denen der Mediendiensteanbieter (also der Inhaltenanbieter) eine Zustimmung dazu erteilt hat. Diese Zustimmung darf nicht nur vermutet werden, sie muss vielmehr laut der Vorschrift explizit erfolgt sein. Damit stellt die Vorschrift klar, dass sie nicht entgegen dem Willen einer der von der Vorschrift geschützten Partei (Mediendiensteanbieter) eine Umgestaltung ihres Angebots verhindern will. Dies ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit, da die Vertragsfreiheit es erlaubt, dass zwischen Inhaltenanbietern und etwa Distributoren Vereinbarungen getroffen werden, welches Angebot zu welchen Konditionen, wie transportiert wird. Die Vorschrift schützt zwar insbesondere auch den Verbraucher, nicht aber einen davon losgelösten objektiven Wert, der gegen den Schutzbereich des Inhaltenanbieters durchzusetzen wäre. Deshalb ist auch bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen, die Betrachtung der Position aller drei Beteiligten – Inhaltenanbieter, Nutzer und Übermittler (was Gerätehersteller und Plattformen einschließt) – entscheidend.

#### 3.4.2.5. *Sachlicher Anwendungsbereich des grundsätzlichen Verbots*

Wie bereits mehrfach erläutert, soll Art. 7b AVMD-RL den Schutz audiovisueller Mediendienste vor Veränderung und Überblendung durch die nationale Umsetzung sicherstellen. Das dazu aufgestellte Verbot bezieht sich auf Handlungen, mit denen ein audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter bereitgestellt wird, „überblendet oder verändert“ wird. Ohne dass diese Begriffe separat definiert werden, bezieht sich der sachliche Anwendungsbereich auf die Situation, in der das vom Nutzer wahrgenommene Angebot nicht genau dem entspricht, was vom Mediendiensteanbieter bereitgestellt wurde. Gemeint sind optisch (oder akustisch wahrnehmbare) Abweichungen. Dabei bezeichnet Veränderung die allgemeinere Form und die Überblendung könnte als besondere Form einer Veränderung gewertet werden. Weil aber bei der Überblendung das „darunter“ liegende Bild- oder Tonsignal nicht geändert, sondern nur (ganz oder teilweise) durch die Überblendung unsichtbar oder anders sichtbar wird, könnte die Verwendung ausschließlich des Begriffs „Veränderung“ so ausgelegt werden, dass ein Überblenden das Ursprungssignal unverändert lässt. Die separate Erwähnung stellt klar, dass solche Eingriffe gleich zu werten sind. Eine Veränderung liegt etwa dann eindeutig vor, wenn zum Beispiel das Bildsignal unterbrochen, neu zusammengesetzt oder mit anderem Inhalt ersetzt würde. Eine Veränderung kann aber auch so erfolgen, dass sie vom Nutzer nicht oder nur schwierig zu erkennen ist, weil zum Beispiel die Signaldaten komprimiert werden, ohne dass es zu einem sichtbaren Qualitätsverlust kommt.

Grundsätzlich sind alle Erscheinungsformen von Signalveränderungen einschließlich der Überblendung verboten. Eine solche Regel würde im Blick auf das damit verfolgte Ziel aber viel zu weitgehend sein, wenn sie nicht Ausnahmen und Beschränkungen unterliegen würde. Neben dem Schutz des Inhaltenanbieters ist vor allem der Schutz des Ver-

---

brauchers durch die Vorschrift beabsichtigt und es würde dem widersprechen, wenn Veränderungen nicht möglich wären, die etwa eine funktionale Verbesserung der Übertragung ohne Veränderung des Inhalts bedeuten oder die eine Ansteuerung bestimmter Funktionen in der Entscheidungshoheit des Nutzers erlauben. Genau aus diesem Grunde differenziert sowohl die Vorschrift selbst als auch in ausführlicherer Weise der begleitende Erwägungsgrund zwischen unerlaubten Veränderungen und solchen, die von der Vorschrift nicht erfasst werden oder eben zulässig sind.

Einerseits sind Veränderungen, die vom Mediendiensteanbieter erlaubt worden sind, wie dargestellt aus dem Schutzbereich herausgenommen. Andererseits stellt die Einfügung der Bedingung „zu kommerziellen Zwecken“ klar, dass diejenigen Veränderungen erfasst sein sollen, bei denen ein eigenes kommerzielles Interesse des „Verändernden“ an der Handlung besteht. Dies lässt sich gut am Beispiel illustrieren, dass eine vom Mediendiensteanbieter, als Teil des Programms eingefügte kommerzielle Kommunikation (ohne Zustimmung) durch eine andere Form der Werbung überblendet und damit unsichtbar gemacht wird. Diese andere Werbung würde in dem Beispiel dem kommerziellen Interesse einer anderen Partei als dem Mediendiensteanbieter dienen und dem Geschäftsmodell des ursprünglichen Inhalteanbieters schaden. Der Schutz der Wertschöpfungskette ist nach dem Erwägungsgrund 26 eines der Ziele der Vorschrift.

Es fehlt an einem solchen kommerziellen Interesse, wenn die Überblendung oder Veränderung nicht erfolgt, um einen Teil des Signals zu „verstecken“ oder zu ersetzen, sondern etwa eine notwendige technische Information zu zeigen. Das Aufrufen eines Systemmenüs auf einem Gerät (sei es (im linearen Bereich) ein Fernseher oder ein Receiver oder vergleichbares separates Gerät) erfolgt „auf“ das gerade laufende Bild und müsste andernfalls in einem Modus erfolgen, bei dem kein audiovisueller Mediendienst zugleich laufen darf, wenn solche Veränderungen auch vom Verbot erfasst werden. Da damit kein kommerzielles Interesse verfolgt wird, sondern neben Grundeinstellungen zum Beispiel auch die Navigation durch vorhandene Programme oder Sendungen erfolgen kann, bezieht sich Erwägungsgrund 26 ausdrücklich auf solche Arten von Veränderungen, die auszunehmen sind. Ausdrücklich beschränkt sich die Aufzählung nicht auf reine Funktionselemente wie zum Beispiel die Lautstärkeregelung, die typischerweise durch einen Balken oder eine aufscheinende Zahl auf dem Display angezeigt wird, wenn etwa auf der Fernbedienung der entsprechende Knopf gedrückt wird. Es werden auch komplexere Systemelemente wie Suchfunktionen, mit denen das vorhandene Angebot durchsucht werden kann, oder die oben unter 1.3.2 erläuterten elektronischen Programmführer erwähnt.

Daneben fehlt es am kommerziellen Interesse (einer Drittpartei), wenn die Veränderung durch den Nutzer herbeigeführt wird. Dies wäre schon aus der Auslegung des Vorschriftentexts ersichtlich, da die dort genannten berechtigten Interessen des Nutzers diesem erlauben müssen, das bei ihm ankommende Signal in der Art wahrzunehmen, wie es seiner Vorstellung entspricht. Der Erwägungsgrund stellt dieses Interesse so dar, dass bezüglich Überblendungen – nur diese werden genannt – durch den Nutzer eine Zustimmung des Mediendiensteanbieters nicht erforderlich ist, das Verbot der Überblendung also ebenfalls nicht gilt. Die Überblendung muss dabei „ausschließlich zum privaten Ge-

brauch“ erfolgen, was jedoch nichts anderes bedeutet, als dass sie vom jeweiligen Nutzer für sein Nutzungserlebnis herbeigeführt wurde. Andernfalls könnte die Schwelle zur kommerziellen Veranlassung gegebenenfalls überschritten sein. Die im Erwägungsgrund aufgenommene Differenzierung der Nutzerhandlung danach, ob sie „ausgelöst oder genehmigt“ worden ist – beides führt zu einer Ausnahme des Zustimmungserfordernisses – deutet darauf hin, dass es unterschiedliche Wege zur Anpassung des Signals geben soll. Die Auslösung ist ein aktiver Vorgang, also zum Beispiel der Aufruf eines Systemmenüs, wohingegen die Genehmigung eine vom Nutzer gegebene Zustimmung, zum Beispiel zu einer bestimmten Darstellungsform der Suchfunktion, erfasst.

Bestimmte Inhalte, die durch Überblendungen beim Nutzer ankommen, sind ebenfalls nach dem Erwägungsgrund von der Bestimmung ausgenommen, weil sie zulässig sind. Erwähnt werden zum Beispiel Warnhinweise oder Untertitelungen. Auch hier ist von einem Interesse des Nutzers auszugehen, diese Informationen zu erhalten, so dass der Erwägungsgrund verdeutlicht, dass das Verbot keinesfalls umfassend zu verstehen ist, weil ansonsten die Schutzrichtung der Vorschrift nicht mehr erfüllt wäre. Da die Aufzählung ausdrücklich („wie“) nur Beispiele nennt, sind alle vergleichbaren Arten von Informationen und Funktionen als zulässig anzusehen. Dies verdeutlicht, dass eine abschließende Regelung, welche Veränderungen bzw. Überblendungen ausgeschlossen oder zulässig sein sollen, durch die Vorschrift nicht erfolgen sollte. Vielmehr wird dadurch der Rahmen einer die Verhältnismäßigkeit beachtenden Abwägung der unterschiedlichen Interessen bei der mitgliedstaatlichen Lösung einer Sicherstellung von Signalintegrität vorgegeben.

### 3.4.3. Faktoren des Umsetzungsspielraums

#### 3.4.3.1. *Allgemeiner Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eines der tragenden Prinzipien des Unionsrechts und schlägt sich sowohl auf kompetenzrechtlicher Ebene (nach Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen) als auch auf materiellrechtlicher Ebene im Rahmen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Grundrechten und Grundfreiheiten nieder.<sup>79</sup> Vor allem letztere Ausprägung ist im vorliegenden Zusammenhang relevant, da die Regelung des Art. 7b AVMD-RL beziehungsweise deren Umsetzung auf nationaler Ebene insbesondere in die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 der EU-Grundrechtecharta und die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV eingreift, wenn dadurch zum Beispiel Plattformanbietern oder Geräteherstellern Pflichten und Beschränkungen auferlegt werden.

Neben der Wahrung spezieller Vorgaben für Beschränkungen der Grundrechte und Grundfreiheiten müssen nicht nur Rechtsakte der EU als durch Grundrechte und Grundfreiheiten gebundenem Akteur, sondern auch die Maßnahmen und Gesetze von Mitglied-

---

<sup>79</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden allgemein: von Danwitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 9/2003, 393 ff.



staaten – selbst wenn sie in Ausübung eigener ausschließlicher Kompetenzen handeln<sup>80</sup> – zur Erreichung eines zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Zieles des Allgemeininteresses geeignet und erforderlich sein; zudem müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen.<sup>81</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient damit allgemein im Sinne der Herstellung praktische Konkordanz als Richtschnur für die Abwägung im Rahmen des Ausgleichs kollidierender Rechtsgüter<sup>82</sup> und fordert daher auch im Rahmen der Umsetzung von Art. 7b AVMD-RL eine Abwägung der widerstreitenden Interessen der Mediendiensteanbieter an der Integrität ihrer Inhalte sowie der Nutzer an Transparenz auf der einen Seite mit den Interessen der Plattformen und weiterer Betroffener an Gestaltungsfreiheit und der Nutzer an der selbstbestimmten/individualisierten Nutzung von Plattformen und Geräten auf der anderen Seite.

Obwohl der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als grundlegendes Prinzip des Unionsrechts unabhängig von einer ausdrücklichen Erwähnung in Verordnungen oder Richtlinien des Unionsgesetzgebers unmittelbar gilt, ist im Zusammenhang mit Art. 7b AVMD-RL zu unterstreichen, dass die Vorschrift explizit betont, dass die Mitgliedstaaten nur „angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen“ ergreifen dürfen, mit denen die Signalintegrität sichergestellt werden soll. Auch unterstreicht Erwägungsgrund 26 nochmals, dass entsprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten (nur) verhängt werden sollen, „wenn sie notwendig sind, um von Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht eindeutig festgelegte Ziele von allgemeinem Interesse zu erreichen“ und „Unternehmen verhältnismäßige Verpflichtungen in Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen auferlegt werden“ sollen. Diese Beschränkung der Verpflichtungen ist durchaus weitgehend, weil es zur Begründung eines legitimen Interesses bedarf, das über den Einzelnen hinausgeht und zugleich erkannt worden ist, dass die den Unternehmen auferlegten Verpflichtungen gravierend sein können und deshalb auf das verhältnismäßige Maß zu reduzieren sind.

Hinzu kommt zudem, dass Art. 7b Unterabs. 2 AVMD-RL im Rahmen der von den Mitgliedstaaten vorzusehenden Ausnahmen die Notwendigkeit der Beachtung der berechtigten Interessen der Mediendiensteanbieter und Nutzer hervorhebt – ebenfalls eine Bedingung, die im Rahmen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ohnehin gilt. Auch hier zeigt sich erneut, dass es bei der Umsetzung der Vorschrift wesentliche auf eine richtige Abwägung der unterschiedlichen Interessen ankommt.

Aus diesen zusätzlichen Mehrfachbetonungen – die im Übrigen im ursprünglichen Vorschlag des Parlaments noch nicht vorhanden waren und daher Bestandteil des mit dem Rat gefundenen Kompromisses über die zusätzliche Aufnahme dieser Vorschrift in der Änderungsrichtlinie ist<sup>83</sup> – wird ersichtlich, dass der Unionsgesetzgeber darauf bedacht war, die besondere Beachtung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit mitgliedstaatlicher Regelungen sicherzustellen. An die Mitgliedstaaten richtet sich also

---

<sup>80</sup> Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 11. September 2007, Rs. C-76/05, mit weiteren Verweisen.

<sup>81</sup> EuGH, Urteil vom 11. Juli 1989, Rs. 265/87, Rn. 21.

<sup>82</sup> Von Danwitz, aaO (Fn. 79), 393, 395.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu Abschnitt 2.2.

---

ein Auftrag, eine angemessene Balance zwischen den Interessen der Nutzer, Medienanbieter und Plattformanbieter und vergleichbarer Betroffener zu finden, die das Ziel des Schutzes der Signalintegrität in adäquater Weise im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erreicht, wozu auch die Ausnahmen und Beschränkungen gehören. Dabei gilt es, bei mehreren möglichen Lösungswegen diejenige zu wählen, die am wenigsten intensiv in die Rechte der Beteiligten (sowohl auf Berechtigten- als auch vornehmlich auf Verpflichtetenseite) eingreift.

Nachfolgend sollen die jeweiligen Interessen, die in der Diskussion der vergangenen Jahre geäußert wurden, dargestellt werden, um sie dann bei der Anwendung der Vorgaben aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einzubeziehen.

#### 3.4.3.2. *Interessen der Stakeholder*

Bei der Betrachtung der in die Abwägung der Interessen einzustellenden Überlegungen ist es interessant, die in der Vergangenheit geäußerten Positionsbestimmungen der unterschiedlichen Beteiligten heranzuziehen. Im Rahmen der vorzunehmenden innerstaatlichen Umsetzung der Neuregelung des Artikel 7b AVMD-RL sind insbesondere zwei Beteiligungsverfahren von Bedeutung: Die öffentliche Konsultation der EU-Kommission zur Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste 2015 sowie das erste Beteiligungsverfahren zum Medienstaatsvertrag 2018.<sup>84</sup>

Die Themenbereiche „Skalierung“ und „Überblendung“ spielten bei den Stellungnahmen zunächst eine vergleichsweise geringe Rolle und wurden 2015 unter dem Stichwort „Gewährleistung eines optimalen Verbraucherschutzniveaus“ im Rahmen der kommerziellen Kommunikation diskutiert, allerdings teilweise auch im Zusammenhang mit Fragen des Urheberrechts oder der redaktionellen Verantwortung. In der von der Kommission erstellten Übersicht zum Beteiligungsverfahren<sup>85</sup> wird die Forderung nach Regeln zu „signal integrity“ erwähnt, allerdings lediglich als einer von mehreren Vorschlägen im Bereich der Werberegulierung. Deutlicher wurden die unterschiedlichen Argumentationslinien zwischen Distributoren und Inhalteanbietern im Rahmen des innerstaatlichen Beteiligungsverfahrens zum ersten Entwurf des Medienstaatsvertrags.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Die EU-Konsultation lief vom 6. Juli bis zum 30. September 2015, diejenige zum Medienstaatsvertrags-Entwurf vom 23. Juli bis zum 30. September 2018. Zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Rechtsgutachtens ist die zweite Anhörung zum Medienstaatsvertrag (3. Juli bis 9. August 2019) bereits abgeschlossen, die Ergebnisse sind allerdings noch nicht veröffentlicht.

<sup>85</sup> Synopsis report of the Public consultation on Directive 2010/13/EU on Audiovisual Media Services (AVMSD) - A media framework for the 21st century 06 July-30 September 2015, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/report-public-consultation-review-audiovisual-media-services-directive-avmsd>.

<sup>86</sup> Eingaben der öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, Verbände, Unternehmen, Personen aus der Medienwirtschaft sowie Bürgerinnen und Bürger abrufbar unter: <https://www.rlp.de/de/landesregierung/staatskanzlei/medienpolitik/beteiligungsverfahren-medienstaatsvertrag/bisherige-stellungnahmen/>.

---

Von Seiten der Inhalteanbieter sowie der Journalisten-, Produzenten-, aber auch Werbeverbände wurde im Hinblick auf die Überarbeitung der AVMD-RL insbesondere ein stärkerer Schutz der eigenen Inhalte vor ungefragter Überblendung mit (oder teilweise auch Herausfiltern von) Werbung gefordert. Einige Unternehmen plädierten dabei für eine Ausweitung bestehender Beschränkungen auf non-lineare Dienste. Die Anbieter audiovisueller Mediendienste sollten immer in der Lage sein zu entscheiden, welche Werbung als Teil ihres Programms ausgestrahlt wird. Zur Begründung verwiesen die Inhalteanbieter auf eine ansonsten drohende Störung der Wertschöpfungskette. Überblendungs-Systeme könnten Einnahmen der Mediendienstanbieter verringern und diese an Vermittler weiterleiten, die nicht unmittelbar in die audiovisuelle Produktion investieren. Zudem wurde die Sorge vor möglichen Eingriffen in die Werke oder ihrer Darstellung geäußert. Einige Inhalteanbieter stellten dabei auch auf die Sicherung der redaktionellen Verantwortung ab. Der Bereich der Darstellung von individuell gestalteten Benutzeroberflächen oder Empfehlungssystemen fand in den Stellungnahmen zur AVMD-RL dagegen kaum Erwähnung. Teilweise wurden „Dienste der Individualkommunikation oder übliche Gerätefunktionen“ explizit von einer Forderung nach stärkerer Regulierung ausgeklammert.

Etwas deutlicher und umfangreicher wurden die Standpunkte der Inhalteanbieter im Rahmen des Beteiligungsverfahrens zum ersten Entwurf des Medienstaatsvertrags im Jahr 2018 erörtert. Hierbei äußerten diese ein Interesse an einem möglichst umfangreichen Schutz vor Überblendungen oder Skalierungen, der über klassische Werbeeinblendungen hinaus gehe und keinen Ausnahmetatbestand im Rahmen einer „Generaleinwilligung“ zulasse. Es wurde darauf hingewiesen, dass Plattformanbieter zunehmend eigene Inhalte anbieten oder kommerziell mit Inhalteanbietern kooperieren, also immer mehr zu Wettbewerbern der Rundfunkveranstalter würden. Aus diesem Grund läge es nahe, dass Einblendungen oder Empfehlungen eines Plattformbetreibers zu werten seien wie kommerzielle Kommunikation. Die Möglichkeit einer „Generaleinwilligung“ würde in der Praxis dazu führen, dass Plattformbetreiber die Möglichkeit hätten Geschäftsmodelle zu Lasten und auf Kosten der Sender zu etablieren. Es könnte ein „Weglotsen“ der Nutzer aus dem linearen Senderbereich in die „Plattformwelt“ stattfinden. Teilweise wurde auch die Ausweitung der Beschränkung von Überblendungen auf sogenannte „Pre-Rolls“ vorgebracht, also die Verknüpfung von Angeboten Dritter beim individuellen Aufruf eines bestimmten Inhaltes eines Anbieters.

Von Seite der Distributoren fanden sich ebenfalls nur wenige Äußerungen zu den Themenbereichen „signal integrity“ oder „Skalierung“ und „Überblendung“ im Rahmen der öffentlichen Konsultation der EU-Kommission 2015. In einzelnen Stellungnahmen wurde darauf hingewiesen, dass „Programmintegrität“ bereits auf einem hohen Niveau geschützt sei und gefordert, dass Darstellungsformen, die im Interesse des Nutzers liegen, auf jeden Fall erlaubt sein müssten. Dies wird insbesondere mit einer Sicherstellung der Nutzerfreundlichkeit begründet. Nutzer sollten die Möglichkeit zu Bildschirm Anpassungen haben. Neue Techniken würden neue Darstellungsformen erlauben, die den Nutzern nicht vorenthalten werden sollten. Über den Signalschutz hinausgehende Vorgaben wären daher in einem sich rasant weiterentwickelnden Markt „vorschnell, zu restriktiv und innovationshemmend“.

Deutlicher wurde die Kritik an einer starken Einschränkung von Überblendungs- und Skalierungsmöglichkeiten im Rahmen der Stellungnahmen zum ersten Entwurf des MStV von 2018. Durch den vorgeschlagenen Gesetzestext<sup>87</sup> wäre die Nutzerautonomie künftig eingeschränkt. Die Regelung würde eine Ausweitung des Signalschutzes zu Lasten der Anbieter bedeuten, für den es keinen Anlass gebe. Die Distributoren verwiesen zudem auf das Nutzerinteresse und führten an, dass Hinweise und Empfehlungen im Rahmen von Überblendungen potentiell zur Vielfalt der vom Nutzer wahrgenommenen Inhalte und damit zu einer ausgewogeneren Meinungsbildung beitragen würden. Algorithmenbasierte Empfehlungssysteme seien generell bei den Nutzern akzeptiert und würden einen hohen Zufriedenheitsgrad erreichen. Demgegenüber stünden Bestrebungen, den Nutzer durch das Verbot von Empfehlungen über Inhalte Dritter in einem „walled garden“ bestimmter Anbieter zu halten. Ein Schutz der Inhalte vor einer illegitimen kommerziellen Ausnutzung sei bereits durch die geltende Rechtsordnung gesichert und bedürfen keiner weiteren Sonderregeln. Die Distributoren äußerten zudem im Hinblick auf zukünftige Innovationsmöglichkeiten und internationale technische Standards den Wunsch nach einer technologieneutralen und europaweit einheitlichen Regelung zu diesen Fragen.

#### 3.4.3.3. *Interessengewichtung im Kontext des Regulierungsumfelds*

In den vorangegangenen Abschnitten wurde herausgearbeitet, dass es bei der Umsetzung von Art. 7b AVMD-RL in nationales Recht entscheidend auf eine Abwägung der unterschiedlichen von den Regelungen zum Veränderungs- und Überblendungsschutz betroffenen Parteien ankommt. Insbesondere ist zur Rechtfertigung einer mediendiensteanbieter-schützenden Norm nicht nur deren Auswirkung auf die Gestaltungsmöglichkeiten des individuellen Nutzers in den Abwägungsvorgang einzubeziehen. Vielmehr kommt es bei der Ausgestaltung entscheidend darauf an, dass die ebenfalls grundrechtsrelevanten Beschränkungen der Rechtsposition der von aus einer solchen Vorschrift mit Pflichten belasteten Parteien ausreichend Berücksichtigung finden. Die Interessenabwägung ist dabei keine isoliert oder abstrakt vorzunehmende Bewertung der Wichtigkeit des Schutzes einerseits und der Schwere des Eingriffs für Dritte andererseits, sondern muss im Kontext mit dem Regulierungsumfeld gesehen werden, also die Besonderheit der Konstellation mit mehreren Beteiligten im Vorgang der Bereitstellung audiovisueller Mediendienste bis hin zu ihrer Konsumtion berücksichtigen.

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die Schutzrichtung der Norm auf die Inhalteanbieter ausgerichtet ist, wie oben ausführlich dargestellt worden ist. Geschützt werden sollen die Mediendiensteanbieter wegen der Anfangsinvestition bei der Inhalteproduktion vor einer Verschiebung der Kommerzialisierungsmöglichkeit auf dritte Beteiligte, die nicht unmittelbar an der Erstellung des Mediendienstes beteiligt waren. Dieser Hinweis findet sich im Erwägungsgrund 26 mit der Erwähnung der Medienwertschöpfungskette. Eine weitere Facette, die dort ebenfalls genannt ist, betrifft die Sicherstellung der redaktionellen Ver-

---

<sup>87</sup> Die Stellungnahmen beziehen sich auf den § 52a des MedienStV-Vorschlags im Rahmen der Onlinebeteiligung (Juni bis September 2018). Eine Synopse inklusive des überarbeiteten Vorschlags der Rundfunkkommission (Juli 2019) ist abrufbar unter: [https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/MStV-E\\_Synopse\\_2019-07\\_Online\\_.pdf](https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/MStV-E_Synopse_2019-07_Online_.pdf).

antwortung des Inhaltenanbieters. Gemeint ist dabei, dass derjenige Anbieter, dem aufgrund der Hoheit über die Gestaltung und das Erscheinen des Angebots eine Verantwortung für den Inhalt übertragen wird, die Kontrolle über den Inhalt beibehalten muss, bis dieser beim Nutzer angekommen ist. Bei einer ohne seine Zustimmung oder Kenntnis vorgenommenen Veränderung könnte der Anbieter seine redaktionelle Kontrolle (und damit Verantwortung) nicht vollständig wahrnehmen. Jedoch ist bereits darauf hingewiesen worden, dass diese weit formulierte Interessenlage des Berechtigten aus der Vorschrift, klaren Grenzen unterliegt. Zum einen soll der Nutzer des Inhalts die „Entscheidung“ über die Art der Konsumtion des Inhalts bewahren können, zum anderen müssen die mit dem Schutz einhergehenden Verpflichtungen für andere Beteiligte gemessen an der Eingriffsintensität gegenüber dem Schutzinteresse ausgerichtet werden. Dies bedeutet, dass der Umsetzungsgesetzgeber bei der Wahl der Mittel zur Erreichung des Schutzziels der Vorschrift den Anbietern der Infrastruktur und Dienste, „über“ die das Signal zum Verbraucher gelangt, in grundrechtsschonender Weise nur diejenigen Verpflichtungen aufzuerlegen hat, die angemessen und verhältnismäßig im engeren Sinne sind. Da ein Schutz des Inhaltesignals nicht unabhängig von diesen Anbietern erfolgen kann – jedenfalls soweit ergänzend zu bestehenden Rechtspositionen, etwa im Urheberrecht, nun auch innerhalb des AVMD-Umsetzungsrechts Regelungen getroffen werden – ist der Gesetzgeber durch den Konnex der beiden Faktoren Schutz für eine und Obliegenheit für die andere Partei gehalten, schon vom Ansatz her bei der Entscheidung über zu treffenden Maßnahmen die Wirkung auf der Verpflichtetenseite mit zu bedenken und nicht lediglich durch Ausnahmebestimmungen einen Ausgleich zu schaffen.

Diese Interessengewichtung ist sowohl in der Vorschrift selbst durch die Festlegung nicht vom Schutzbereich erfasster Konstellationen und durch die Verdeutlichung in den Erwägungsgründen in der Richtlinie als verpflichtender Auftrag an die Mitgliedstaaten enthalten. Zentrales Element ist dabei, dass nicht nur die Verpflichtung gegenüber dem Betroffenen verhältnismäßig sein muss. Vielmehr findet sie auch die Grenze dort, wo der individuelle Nutzer durch die Verpflichtung (Anderer) daran gehindert wäre, das Angebot in der ihm passenden Weise wahrzunehmen. Zu dieser oft als Nutzerautonomie bezeichneten Handlungsfreiheit des den Mediendienst konsumierenden Verbrauchers gehört die Möglichkeit, die ihm zur Verfügung stehende Infrastruktur so einzusetzen, dass sie ihm sein eigenes Wahrnehmungserlebnis bietet. Es würde zu unterschiedlichen Maßstäben führen, wenn der Nutzer (der dazu die notwendigen Kompetenzen hat) auf einem Gerät (zum Beispiel dem Computer) durch eigene Auswahl oder Programmierung zum Beispiel die parallele Abbildung mehrerer audiovisueller Inhalte herbeiführen könnte, dies aber auf einem anderen Gerät (zum Beispiel dem Fernseher) nicht dürfte. Daher gibt die Richtlinie vor, dass diese Position des Nutzers bei der Umsetzung zu beachten ist, wobei es um Handlungen des Nutzers geht, die dieser zu seinem privaten Gebrauch vornimmt.

Auch wenn die Richtlinie eindeutig ist, soweit es um die generelle Berücksichtigung der Interessen des Nutzers geht, ist die genaue Bedeutung der Nutzerautonomie nicht unmittelbar ableitbar. Es gibt keine vorab festgelegte Übersicht an Handlungen, die davon gedeckt sind. Daher muss bezüglich jeder Konstellation im Blick auf die nach den oben vorgegebenen Maßstäben für die Abwägung ermittelt werden, ob dem Nutzerinteresse durch eine Regelung Rechnung getragen worden ist. Die im Erwägungsgrund dargestell-

---

ten Beispiele bieten dabei eine Orientierung. So kann der Nutzer Fenster, die der Individualkommunikation dienen, über das Bild des audiovisuellen Mediendienstes legen, zum Beispiel wenn er seinen Bildschirm für Videotelefonie nutzt. Da heutige Endgeräte und Benutzeroberflächen für Plattformen vielfältige (Zusatz-)Funktionen aufweisen, stellen sich schwierigere Abwägungsfragen bei weniger eindeutigen Situationen als dem im Erwägungsgrund genannten Beispiel der Individualkommunikation. So ist etwa fraglich, ob das Anwählen einer Zusatzfunktion, die mit einer Überblendung einhergeht, vom Nutzer jedes Mal bei Nutzung stattfinden muss oder ob es zur Nutzerautonomie gehört, bestimmte Anpassungen vorzunehmen, die über einen einmaligen Vorgang hinaus Überblendungen zum gleichen Zweck wiederholt zulassen. Als Beispiel kann hier dienen, dass ein Nutzer als Standardeinstellung wählt, dass das Endgerät immer mit einem bestimmten linearen Programm startet, wenn es angeschaltet wird, aber dann auch immer zugleich der elektronische Programmführer sich öffnet und das Programmbild überdeckt oder zunächst nur verkleinert angezeigt wird. Die Richtlinie gibt hier keine eindeutigen Vorgaben, erkennt aber an, dass vom Nutzer veranlasste Veränderungen zu seinem Privatgebrauch von einem Verbot auszunehmen sind. Ob und wie eine dauerhafte oder längerfristige – also etwa in bestimmten Abständen zu erneuernde beziehungsweise bestätigende – Genehmigung für solche Anpassungen des Signalerscheinungsbildes voraussetzen oder möglich ist, muss sich aus der Abwägung ergeben. Dabei ist jede Verkürzung des berechtigten Interesses des Nutzers daraufhin zu untersuchen, ob das Interesse des Mediendiensteanbieters an der Integrität seiner Inhalte überwiegt und entgegen des Handlungswillens des Nutzers bestimmte Einstellungen nicht vorgenommen, sondern jeweils nur einmalig aktiviert werden können. Es ist ersichtlich, dass es ein Spektrum geben wird zwischen dauerhaften Veränderungen, die wegen ihrer Auswirkung auf die Wertschöpfungskette eher problematisch sind, und etwa Überblendungen, die jeweils nur kurzfristig ein Signal teilweise überdecken. Die von den Mitgliedstaaten getroffene Maßnahme, also typischerweise die Frage eines gesetzlich niedergelegten Verbots, muss berücksichtigen, dass der vollständige Ausschluss bestimmter Nutzerhandlungen ein sehr intensiver Eingriff ist, der für die intensivste Form der Veränderung des Signals vorzusehen ist, während weniger intensive „Beeinträchtigungen“ des Signals gegen eine rigide gesetzliche Regelung sprechen. Weil bereits heute die Erscheinungsformen von Veränderungen und Überblendungen vielfältiger Natur sind, es in der jeweiligen Nutzersituation nicht klar ist, wer das Signal gerade mit welchen Veränderungen wahrnimmt und sich in Zukunft weitere Technologien entwickeln können, die dem Nutzer zusätzliche Funktionalitäten erlauben, spricht vieles für eine Umsetzungslösung, die eine bei Beibehaltung des Schutzziels der Signalintegrität gewisse Bandbreite an Flexibilität zulässt, so dass in der Anwendungspraxis entschieden werden kann – zum Beispiel durch eine Aufsichtsbehörde –, ob eine bestimmte Funktionalität und die Art ihrer Anwendung dem berechtigten Interesse des Nutzers entspricht oder das Signalintegritätsgebot überwiegt.

Leitlinien bei diesem Bewertungsvorgang lassen sich auch daraus entnehmen, dass bestimmte systembezogene Funktionalitäten ebenso wie solche, die einem allgemeinen Interesse dienen, im Erwägungsgrund als weitere von vornherein zulässige Formen von Überblendungen, die beispielhaft für vergleichbare Situationen stehen, genannt sind. Bei den Funktionalitäten sind Suchfunktionen und Programmführer erwähnt und gerade diese lassen sich von den Nutzern typischerweise einstellen, um zum Beispiel zunächst nur

eine bestimmte Programm-kategorie anzuzeigen. Daran ist wiederum zu erkennen, dass der Unionsgesetzgeber bei der Aufnahme der Vorschrift den Verbraucher im Blick hatte, der im Rahmen eines berechtigten Schutzinteresses der Inhalteanbieter nicht daran gehindert werden soll, sich sein Nutzererlebnis zu gestalten. Diese Anpassungen durch den Nutzer sind auch im Lichte des zweiten Grundes für die Schutzrichtung der Vorschrift unproblematisch. Soweit damit die Sicherstellung der Verantwortlichkeit durch den Inhalteanbieter gewährleistet werden soll, ist die veränderte Wahrnehmung eines dargebotenen Inhalts, die durch den Nutzer veranlasst wird, unproblematisch. Diese Anpassung liegt außerhalb der Sphäre, die der Inhalteanbieter kontrollieren muss, weil der Medieninhalt beim Nutzer in der Weise angekommen ist, in der er auf den Weg gebracht wurde. Die Veränderung tritt dann gleichsam erst nach Ankunft beim Nutzer ein.

Die Beispiele in den Erwägungsgründen, die als Leitlinien dienen können, sind auch deshalb für die Abwägung wichtig, weil nach Art. 7b AVMD-RL die Mitgliedstaaten die „genauen rechtlichen Bedingungen“ für die Umsetzung der Vorschrift treffen müssen. Zu diesen Bedingungen gehört zunächst die zwingend zu berücksichtigende Herausnahme bestimmter Funktionalitäten, die mit einer Überblendung einhergehen, wie beispielsweise Steuerungselemente, ohne dass es dafür einer Zustimmung bedarf. Darüber hinaus sind aber auch weitere Ausnahmen im vom Erwägungsgrund vorgesehenen Abwägungsprozess einzubeziehen, so dass nationale Umsetzungsregelungen erst vollständig sind, wenn sie beides ermöglichen: einen Schutz durch ein grundsätzliches Verbot, das aber begrenzt ist und Ausnahmen zulässt. Nach dem Erwägungsgrund ist auch als Grenze zu berücksichtigen, dass nur notwendige Maßnahmen zu treffen sind, die der Zielerreichung dienen und zugleich im Einklang mit Unionsrecht, einschließlich der Grundrechte und Grundfreiheiten von den Verpflichtungen Betroffener stehen. Diesen Rahmen haben die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Vorschrift insgesamt zu beachten.

#### 3.4.4. Art. 7b AVMD-RL im Kontext von Selbst- und Koregulierung

Mit der letzten Revision hat die Selbst- und Koregulierung im Bereich der AVMD-Richtlinie nochmals erheblich an Bedeutung gewonnen. Dies lässt sich insbesondere daran erkennen, dass ein neuer Art. 4a AVMD-RL eingeführt wurde, wonach die Mitgliedstaaten (bei der Umsetzung der Richtlinie) die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes unterstützen, die auf nationaler Ebene in den von der Richtlinie koordinierten Bereichen angenommen werden, soweit das nach ihrem jeweiligen Rechtssystem zulässig ist. Auf diese Regelung wird in zahlreichen Bestimmungen der neuen AVMD-Richtlinie verwiesen. Damit werden die Mitgliedstaaten also in weiten Bereichen ermutigt, auf dieses „neue“ Regulierungsinstrument zurückzugreifen. So soll die Selbst- und Koregulierung vor allem in den Bereichen des Minderjährigenschutzes (Art. 6a AVMD-RL) sowie der Sicherstellung der Rechtmäßigkeit und Angemessenheit kommerzieller Kommunikation (Art. 9 AVMD-RL) ein Einsatzgebiet finden. Vor allem in Bezug auf Videosharing-Plattformen, die nunmehr auch durch Art. 28a und 28b AVMD-RL einer an die klassischen Mediendiensteanbieter in abgestufter Form angenäher-ten Regulierung unterworfen werden, wird dies Gesetzgeber und Regulierer vor große Herausforderungen in der Umsetzung stellen, da es bezüglich dieser Anbieter bislang regelmäßig noch kein umfassendes Regulierungssystem gab und die Instrumente der

---

Selbst- und Koregulierung im Bereich von VSP ebenfalls im Großteil der Mitgliedstaaten völliges Neuland sind.<sup>88</sup>

Die Erwägungsgründe 12 bis 14 der AVMD-RL nennen die Vorteile, Bedingungen und präferierten Einsatzgebiete solcher Selbst- und Koregulierungsmechanismen in der innerstaatlichen Umsetzung. Erwägungsgrund 13 stellt mit dem Verbraucherschutz und neuartigen Mediendienstangeboten zwei Bereiche heraus, in denen die Selbst- und Koregulierung besondere Vorteile gewähre:

*„Die Erfahrung hat gezeigt, dass sowohl Selbst- als auch Koregulierungsinstrumente, die im Einklang mit den unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten angewandt werden, bei der Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus eine wichtige Rolle spielen können. Die Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele von öffentlichem Interesse im Bereich der neuen audiovisuellen Mediendienste sind wirksamer, wenn sie mit der aktiven Unterstützung der Diensteanbieter selbst ergriffen werden.“*

Mit dieser Motivation angesprochen wird die Eignung der Selbst- und Ko-Regulierung, die im Zusammenhang mit Eingriffen durch Medienregulierung sich ergebenden Abwägungsprobleme aufzufangen, indem solchermaßen erzielte Ergebnisse eine höhere Akzeptanz der Adressaten aufgrund ihrer eigenen Beteiligung erreichen und zugleich alle Beteiligten in die Verantwortung nimmt.<sup>89</sup>

Art. 7b AVMD-RL nimmt Art. 4a AVMD-RL nicht ausdrücklich in Bezug, schreibt also die Umsetzung der Maßnahmen zum Schutz der Signalintegrität im Wege von auf Verhaltenskodizes gestützter Selbst- und Koregulierung nicht vor. Nach Art. 7b AVMD-Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten vielmehr „angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen“ ergreifen, wobei ihnen der im obigen Rahmen herausgearbeitete Umsetzungsspielraum zusteht. Umgekehrt müssen Umsetzungsmaßnahmen nicht überhaupt beziehungsweise nicht notwendigerweise vollständig klassisch gesetzgeberischer Natur sein, sondern können auch Instrumente der Selbst- und Koregulierung umfassen, solange dabei sichergestellt ist, dass das Ziel der Vorschrift erreicht wird. Wie dargestellt dient Art. 7b AVMD-RL auch, wenn nicht sogar überwiegend<sup>90</sup>, dem Verbraucherschutz, weshalb eine Herangehensweise unter Einbeziehung von Selbst- und Koregulierung naheliegt, was auch Erwägungsgrund 13 unterstreicht. Wegen der Komplexität bei der praktischen Umsetzung der Vorschrift, zum Beispiel was die Programmierung zulässiger Ausnahmen betrifft (vgl. hierzu Abschnitt 1.3.2.), ist davon auszugehen, dass Regulierungsmaßnahmen sich als

<sup>88</sup> Vgl. hierzu eingehend die vom EMR in Kooperation mit der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle erstellte IRIS Spezial 2019-2 zum Thema „Self- and Co-regulation in the transposition of the revised AVMSD“, die Ende des Jahres erscheint.

<sup>89</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Selbst- und Ko-Regulierung im EU-Rechtsrahmen“ (Initiativstellungnahme), OJ C 291, 4.9.2015, p. 29–39, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52014IE4850>.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu die Einordnung der Kommission, geschildert unter Punkt 2.2, und die Darstellung der Interessenlage unter Punkt 3.4.3.2.



---

wirksamer erweisen, wenn sie mit der aktiven Unterstützung der betroffenen Anbieter von Plattformen und vergleichbaren Infrastrukturen erörtert und implementiert würden.

Eine Herangehensweise bei der Regulierung, die für diese Fragen zunächst auf die Lösung durch die betroffenen „Plattformanbieter“ abstellt, die gegebenenfalls im Rahmen einer Koregulierung einer aufsichtlichen Maßnahme zugänglich ist, hätte den weiteren Vorteil einer besseren Anpassungsfähigkeit bei zukünftigen Entwicklungen. Wie bereits erwähnt, nennt Art. 7b AVMD-RL selbst keinen spezifischen Adressaten des Verbots beziehungsweise der Verpflichtung zur Gewährleistung der Integrität von Inhalten, sondern setzt bei den zu schützenden Inhalten (von Mediendiensteanbietern bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste) und zu schützenden Personengruppen (Nutzer) an. Welche Distributoren dagegen erfasst werden sollen, bleibt offen, es fehlt an einer expliziten Bezugnahme auf diese. Unter Berücksichtigung der Vielzahl unterschiedlicher Wege, auf denen audiovisuelle Inhalte über eine Vielzahl verschiedener Verbreitungslösungen wie etwa Video-Sharing-Plattformen, Video-on-Demand-Plattformen, Streams, soziale Netzwerke, Mediatheken, Apps, Set-Top-Boxen oder Smart TV-Geräte zum Nutzer kommen, erscheint eine Einbeziehung der entsprechenden „Plattform“<sup>91</sup>-Industrie bei der Entwicklung möglicher Lösungen naheliegend. Dies gilt auch deshalb, weil neben der Unklarheit, wer zum Adressatenkreis der Vorschrift gehört, die Unterschiedlichkeit möglicher Lösungen in der praktischen Anwendung für Selbstverpflichtungen sprechen könnte, die gemeinsame (Mindest-)Standards festlegen. Bei jeglicher Form von Selbst- und Koregulierungsmechanismen ist aber zu beachten, dass die Effektivität von Kontrollmaßnahmen und Sanktionen durch einen adäquaten Rechtsrahmen gewährleistet ist.<sup>92</sup> Dazu können gesetzgeberische Auffangmechanismen gehören, die eine regelmäßige, transparente und unabhängige Überwachung und Bewertung der Zielerfüllung der relevanten Vorschrift ermöglichen.

Insgesamt bietet sich auch ohne konkrete Vorgabe in der AVMD-RL für den Bereich der Durchsetzung der Signalintegrität an, bei der innerstaatlichen Umsetzung die Einbeziehung der von den Verpflichtungen betroffenen Anbieter zu erreichen und die gesetzliche Vorgabe nicht zu streng auszugestalten, um einer solchen Beteiligung Raum zu lassen.

#### 4. Fazit und Ausblick

Die obige Analyse der Rahmenbedingungen bei der Umsetzung von EU-Richtlinienrecht im Allgemeinen, der novellierten AVMD-RL im Speziellen und insbesondere dem darin enthaltenen Art. 7b AVMD-RL hat verdeutlicht, dass die Vorschrift zum Schutz der Signalintegrität in der Umsetzung komplex ist. Einerseits besteht eine Umsetzungspflicht dergestalt, dass Mitgliedstaaten jedenfalls Maßnahmen vorsehen müssen, die das Signal

---

<sup>91</sup> Ohne dass dieser Begriff für sich genommen, eine rechtlich vordefinierte Gruppe von Anbietern festlegt. Im Grünbuch der EU Kommission, aaO (Fn. 14) heißt es bspw., dass Plattformen „von den Herstellern in das Gerät integriert werden oder von anderen Marktteilnehmern, wie Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste und Kabelfernsehbetreibern, Over-the-Top-Anbietern (OTT) oder Rundfunkunternehmen, angeboten werden“.

<sup>92</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Selbst- und Ko-Regulierung im EU-Rechtsrahmen“, aaO (Fn. 89).

---

im Interesse des Inhabers grundsätzlich vor Veränderungen und Überblendungen schützt. Andererseits gibt die Vorschrift selbst keine konkrete Lösung zur Umsetzung vor, so dass nicht wie in anderen Bereichen eine 1:1-Übertragung des Wortlauts möglich ist. Wie die Mitgliedstaaten den von ihnen auszufüllenden Spielraum bei der Umsetzung gestalten müssen, lässt sich aber aus Art. 7b AVMD-RL in Verbindung mit dem diese Rahmenbedingungen verdeutlichenden Erwägungsgrund 26 ableiten. Dabei ist schon aus der Vorschrift ersichtlich, dass der Schutz der Inhalteintegrität, vorrangiger Anlass zur Einführung der Regelung gewesen ist, jedoch erfolgt aufgrund der Beeinträchtigung der Position Dritter durch jede Schutzmaßnahme eine klare Begrenzung des Umfangs des Schutzes. Ohne dass die Ausnahmen und zulässigen Veränderungen und Überblendungen alle aufgelistet werden, wird eine zwingende Verbindung von Schutzregelungen mit Ausnahmen festgelegt. Darüber hinaus wird verdeutlicht, dass die im Erwägungsgrund genannten Beispiele für vom Anwendungsbereich ausgenommene Tatbestände ebenso wie zulässige Konstellationen nur exemplarisch stehen als Resultat einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, die auch bezüglich weiterer Tatbestände durchgeführt werden kann.

Die Signalintegritäts-Vorschrift erkennt das Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechtspositionen der Betroffenen an und beschränkt sich eben nicht lediglich auf die Feststellung der Schutzrichtung zugunsten der Inhabers. Vielmehr wird herausgestellt, dass letztlich das berechtigte Interesse des Nutzers zur Ausgestaltung der Art der Kenntnisnahme des audiovisuellen Mediendienstangebots gewahrt bleiben muss, indem dieser die Autonomie behält, in seinem Privatrahmen Anpassungen vorzunehmen, für die es keiner Zustimmung des Inhabers bedarf. Ferner, und dies ist im Erwägungsgrund 26 deutlicher ausformuliert als in der Vorschrift des Art. 7b AVMD-RL, der aber ebenfalls diese Erkenntnis zugrunde liegt: Ein Schutz des Signals geht einher mit Verpflichtungen auf Seiten von Distributoren, Plattformen und Geräteherstellern, in deren Rechtsposition eingegriffen wird. Daher muss bei der nationalen Umsetzung der Vorschrift eine Interessenabwägung dergestalt erfolgen, dass von vornherein die (Aus-)Wirkung auf die Position aller drei beteiligten Parteien einbezogen wird und nicht lediglich im Rahmen von Ausnahmen die Grundrechtseingriffsintensität auf Seiten der Drittpartei (also nicht der durch die Vorschriften Berechtigten und nicht der Nutzer) abgemildert wird. Aufgrund der Komplexität des Abwägungsvorgangs ist im Zweifelsfall eine gesetzliche Regelung zu wählen, die eine bestimmte Flexibilität zulässt, im Rahmen konkreter praktischer Umsetzung eine Gewichtung nach der Entwicklung der Marktrealitäten vorzunehmen.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass das besondere Regulierungsumfeld der Produktion, Zusammenstellung und Verbreitung audiovisueller Inhalte schon im Allgemeinen für den Gesetzgeber herausfordernd ist. Dies gilt insbesondere an den Stellen, an denen eine Regelung unterschiedliche Beteiligte unmittelbar betrifft. In der in diesem Gutachten behandelten Vorschrift handelt es sich um ein solches Beispiel, da Art. 7b AVMD-RL die Anbieter audiovisueller Mediendienste als die entscheidenden Beitragenden zu einem entsprechenden Angebot für die Nutzer mit einem besonderen Schutz ausstattet. Jedoch bedarf es für das tatsächliche Ankommen der Inhalte beim Nutzer der Beteiligung von Distributoren, von Plattformanbietern, die Mediendienste zusammenführen,

---

von Geräteherstellern, die Darstellungsmöglichkeiten für den Nutzer beitragen, und vergleichbaren Diensteanbietern, weshalb diese in der Konstruktion der Regelung und der Prüfung ihrer Auswirkung mit einzubeziehen sind. Durch entsprechend die Interessen der Beteiligten ausgewogen berücksichtigende Regelungen wird insgesamt zu einem durch die AVMD-RL geförderten europäischen Binnenmarkt für audiovisuelle Mediendienste beigetragen, bei dem neben den Inhaltenanbietern (sowie -produzenten) und Nutzern auch an der Verbreitung beteiligte weitere Diensteanbieter beziehungsweise Produzenten mitwirken.