



**Institut für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln**

Verena Wiedemann

Die Konsequenzen der Beilegung des Rechtsstreits  
mit der Europäischen Kommission  
aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

**Arbeitspapiere  
des Instituts für Rundfunkökonomie  
an der Universität zu Köln**

**Heft 239**

**Köln, im Januar 2008**

## **Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie**

ISSN der Arbeitspapiere: 0945-8999  
ISBN des vorliegenden Arbeitspapiers 239: 978-3-938933-43-5

Schutzgebühr 7,00 EUR

Die Arbeitspapiere können im Internet eingesehen  
und abgerufen werden unter der Adresse  
<http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de>

Mitteilungen und Bestellungen richten Sie bitte per E-Mail an:  
[rundfunk-institut@uni-koeln.de](mailto:rundfunk-institut@uni-koeln.de)  
oder an die u. g. Postanschrift



## **Institut für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln**

Hohenstaufenring 57a  
50674 Köln  
Telefon: (0221) 23 35 36  
Telefax: (0221) 24 11 34

Verena Wiedemann

**Die Konsequenzen der Beilegung des Rechtsstreits  
mit der Europäischen Kommission  
aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks \***

Gliederung

1. Vorbemerkungen.....	5
2 Die rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung vom 24. 4. 2007 .....	6
3. Ausgestaltung des Dreistufentests .....	7
4. Entwicklungsoffener, weiter Rundfunkauftrag als rechtliches Prinzip der Kommissionsentscheidung .....	9
5. Bestands- und Entwicklungsgarantie öffentlich-rechtlicher Angebote unabhängig von der Marktpräsenz kommerzieller Anbieter .....	12
6. Zusammenfassung.....	16

---

\* Vortrag, den die Autorin, Generalsekretärin der ARD, am 13. 11. 2007 auf der vom Institut für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln veranstalteten Tagung "Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks" vorgetragen hat.



Verena Wiedemann

Die Konsequenzen der Beilegung des Rechtsstreits  
mit der Europäischen Kommission  
aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

**1. Vorbemerkungen**

Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich möchte mich zunächst ganz herzlich beim Institut für Rundfunkökonomie für die Einladung zu dieser Veranstaltung bedanken. Über mein heutiges Thema, die Konsequenzen der Entscheidung der Europäischen Kommission für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, wird zurzeit sehr viel gesprochen, auch in der letzten Woche wieder auf den Münchner Medientagen. Vor allem unsere geschätzten kommerziellen Wettbewerber lesen sehr viel aus dieser Entscheidung heraus. Ob all das aber auch tatsächlich in der Entscheidung steht, was da hineingelesen wird, darüber können wir Dank des Instituts für Rundfunkökonomie heute glücklicher Weise intensiv diskutieren und auch die Kommission dazu hören.

Ich möchte Ihnen in meinem Vortrag zunächst einen Überblick über die aus unserer Sicht wesentlichen Konsequenzen der Entscheidung geben. Zu diesen Konsequenzen gehören sowohl die rechtlichen Prinzipien, die sich in der Entscheidung niederschlagen, wie die umfangreichen Hausaufgaben, die auf die Länder, auf die Rundfunkanstalten und auf unsere Aufsichtsgremien bei der Umsetzung der Entscheidung in den RStV und in der Folge bei der Anwendung der neuen Vorschriften zukommen.

Bevor ich mich in einem ersten Teil meiner Ausführungen allerdings mit den kommenden Aufgaben und in einem zweiten Teil mit einigen wesentlichen rechtlichen Prinzipien beschäftige, möchte ich eine medienpolitische Bemerkung vorausschicken, die ebenfalls eine unmittelbare Konsequenz aus der Entscheidung der Kommission ist, und die an dieser Stelle Missverständnissen vorbeugen soll: Die Entscheidung der Kommission ist bis spätestens Mai 2009 umzusetzen. Bis zur Novelle gilt der jetzige Rundfunkstaatsvertrag. Die Angebote der ARD haben sich also bis zur Rechtsänderung an diesen Maßstäben messen zu lassen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung der Kommission. Die ARD hat dem Vorsitzenden der Rundfunkkommission der Länder, Herrn MP Beck, dennoch bereits im September mitgeteilt, dass die ARD das Inkraft-Treten des 11. RÄStV nicht abwarten wird, wenn sie neue oder wesentlich veränderte Gemeinschaftsangebote plant, und dass sie auch ohne Rechtspflicht bereits in der Zeit bis dahin den so genannten Dreistufentest anwenden wird.



Ein Pilotprojekt haben wir bereits gemeinsam mit dem SWR-Rundfunkrat als Federführer durchgeführt, nämlich die ARD-Mediathek. Wir sind zwar der Meinung, dass die Mediathek die künftigen Kriterien für ein neues und damit gremienpflichtiges Angebot nicht erfüllt, wir wollten durch diesen Piloten aber bereits erste prozedurale Erfahrungen mit dem künftigen Verfahren sammeln. Und wir wollten deutlich machen, dass wir keineswegs daran denken, die zwei Jahre bis zur Umsetzung auszunutzen, um noch schnell neue Angebote in den Markt zu bringen, so als wollten wir die Brüsseler Vorgaben unterlaufen. Das haben wir gar nicht nötig, denn ein Angebot wie die ARD-Mediathek schafft erheblichen öffentlich-rechtlichen Mehrwert für unser Publikum bei der Nutzung unserer Inhalte und besteht daher, wie wir dem Aufsichtsgremium auch zeigen konnten, den Dreistufentest unabhängig davon, ob er vor oder nach der förmlichen Umsetzung der Kommissionsentscheidung durchgeführt wird.

Was aber nicht sein kann, ist ein zweijähriger Innovationsstopp für ARD und ZDF, den der VPRT ins Spiel gebracht hat. Dies hätte zum einen nichts mit der Entscheidung aus Brüssel zu tun. Es würde aber auch dem Gebot eines sich dynamisch entwickelnden Funktionsauftrags widersprechen, der nur dann eingelöst werden kann, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei der Entwicklung der elektronischen Medien nicht zurückfällt und leistungsstark bleibt. Deshalb stehen ARD und ZDF auch in laufendem Kontakt zur Rundfunkkommission mit dem Ziel, bis Mitte Dezember wesentliche Eckpunkte für das künftige Verfahren in die Ländergemeinschaft einzubringen.

## **2. Die rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 24. 4. 2007**

Lassen Sie mich nun zu den rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung vom 24. April kommen. Eine dieser Konsequenzen hat das Institut für Rundfunkökonomie bereits in der Überschrift für diesen Veranstaltungsteil benannt, dass nämlich die Kommission das Verfahren gegen Deutschland gemäß Artikel 19 der Verfahrensordnung eingestellt hat. Das bedeutet zunächst, dass die Kommission für die Vergangenheit keine Überkompensation im Sinne des Beihilferechts festgestellt hat, so dass es zu keiner Rückerstattungspflicht von Gebührenmitteln durch ARD und ZDF kommt. Für uns wichtig ist auch, dass die Kommission beim gegenwärtigen Rundfunkfinanzierungssystem von einer bestehenden Beihilfe ausgegangen ist, so dass die Länder für die Zukunft keiner Notifizierungspflicht im Rahmen der Vorgaben für neue Programmvorhaben von ARD und ZDF unterliegen. Die Kriterien, die in der Entscheidung benannt werden und die die beihilferechtlich unbeachtliche Umgestaltung einer bestehenden Beihilfe von einer die Notifizierungspflicht auslösenden Neubehilfe unterscheidet, werden sich die Länder bei der angekündigten Reform des Rundfunkfinanzierungssystems sicher sehr genau ansehen.

Allerdings, auch wenn Deutschland seine Rechtsposition förmlich gewahrt hat, wonach die Rundfunkgebührenfinanzierung keine Beihilfe im europäischen Rechtssinne ist, muss der Rundfunkstaatsvertrag an einigen Stellen doch er-

heblich angepasst werden. De facto ist es also so, dass das Beihilferecht deutliche Spuren im deutschen Rundfunkrecht hinterlässt.

Welche Aufgaben bis Juni 2008, wenn der Text des 11. RÄStV feststehen soll, nicht nur auf die Länder, sondern auch auf ARD und ZDF zukommen, möchte ich im Folgenden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zunächst umreißen:

Die weitreichendste Konsequenz ist sicherlich, dass der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für digitale Angebote konkretisiert werden muss. Dies betrifft zum einen die Konkretisierung der Telemediendienste, auf die ich im zweiten Teil meines Vortrags noch näher eingehen werde, als auch die drei digitalen Kanäle der ARD. Sie haben in diesem Jahr ihr zehnjähriges Bestehen gefeiert, sie sind also alles andere als neue digitale Angebote. Auch haben die Länder mit dem 8. RÄStV den Auftrag für diese Kanäle bereits dahingehend präzisiert, dass sie im Schwerpunkt Information, Kultur und Wissen vermitteln sollen, wie das bei EinsPlus, EinsFestival und EinsExtra auch der Fall ist.

Nun müssen die Länder aber noch einmal anhand von spezifischen Kriterien diese Schwerpunkte näher beschreiben. Dabei werden die Länder mit Blick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. September acht geben müssen, dass sie bei dieser wie auch bei jeder anderen Präzisierung der Auftragsdefinition nicht die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen überschreiten, denn die Karlsruher Richter warnen eindringlich davor, die Programmautonomie der Rundfunkanstalten nicht zu beeinträchtigen. In diesem Fall haben die Länder der Kommission bereits die Kriterien vorgeschlagen, mit denen sie den Auftrag für die drei Digitalkanäle präzisieren wollen, und die Kommission hat diesen Kriterien in ihrer Entscheidung schon zugestimmt. Die ARD muss den Ländern nun Programmkonzepte unter Bezugnahme auf diese Programmkategorien für alle drei digitalen Kanäle vorlegen, und diese sind zuvor noch von den zuständigen Gremien zu genehmigen. Daran arbeiten wir gerade.

In Bezug auf die Telemedien, die wir bis zum Inkrafttreten des 11. RÄStV bereits veranstalten, sind wir verpflichtet, den Ländern ein Gesamtkonzept zu den neuen Medien vorzulegen. Die Länder müssen dann förmlich bestätigen, dass diese Tätigkeiten vom öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er im künftigen Rundfunkstaatsvertrag konkretisiert ist, abgedeckt sind.

### **3. Ausgestaltung des Dreistufentests**

Aufgaben kommen auf uns aber auch mit Blick auf den Dreistufentest zu, der künftig für alle neuen oder wesentlich veränderten Angebote durchzuführen ist. Zum Verfahren erwarten die Länder von ARD und ZDF Vorschläge, die in den neuen Staatsvertrag Eingang finden sollen und die wir gemeinsam mit unseren Gremien erarbeiten. Mit dem Dreistufentest wird die Rolle der Gremienaufsicht bei ARD und ZDF erheblich gestärkt. Zugleich, und dies ist für die besondere Verfasstheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland mit Blick auf das Gebot der Staatsferne besonders wichtig, wurde die Binnenkontrolle durch die Gremien als unabhängige Kontrollinstanz grundsätzlich anerkannt. Im Anschluss an die förmliche Genehmigung neuer Angebote durch die Aufsichtsgre-



mien soll zukünftig noch eine Überprüfung der Entscheidung durch die Rechtsaufsicht erfolgen. Diese Überprüfung wird sich damit zu befassen haben, ob sich die Gremien an die staatsvertraglichen Vorgaben gehalten und ob sie insbesondere das Verfahren eingehalten haben.

Aus Sicht der ARD wird es bei dem gesamten Verfahren des Dreistufentests darauf ankommen, dass 1. der Grundsatz der Staatsferne gewahrt wird, und 2. ein möglichst handhabbares, flexibles und einfaches Verfahren festgelegt wird. Letzteres ist bei der ARD angesichts ihrer komplizierten Strukturen als Arbeitsgemeinschaft mit neun unabhängigen Landesrundfunkanstalten besonders schwierig, für die Frage der Wettbewerbsfähigkeit der ARD aber von nicht zu unterschätzender Tragweite.

Im Übrigen sind wir gerade dabei, wie es in der Entscheidung vorgesehen ist, Kriterien dafür zu entwickeln, wann in Zukunft ein gremienpflichtiges Angebot vorliegt. Die Kommissionsentscheidung gibt hierfür bereits erste Anhaltspunkte, nämlich 1. die Bedeutung des neuen oder geänderten Angebots für den publizistischen Wettbewerb; 2. die finanzielle Relevanz; 3. die geplante Dauer; und 4. vergleichbare Angebote der Rundfunkanstalt aus Nutzersicht. ARD und ZDF müssen diese Kriterien in Satzungen oder Richtlinien noch weiter konkretisieren.

Weitere Aufgaben kommen auf ARD und ZDF mit Blick auf die Sportrechte zu. Für die Erfüllung unseres Funktionsauftrags und für unsere Wettbewerbsfähigkeit ist es in diesem Zusammenhang zunächst entscheidend, dass die Kommission ausdrücklich anerkannt hat, dass Sport Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Auftrags sein kann, dass sich aus dem durchschnittlichen Anteil von 10% Sport an unserem Gesamtprogramm und aus den geltenden Finanzierungsregelungen für Sportprogramme keine Wettbewerbsbedenken herleiten lassen, und dass auch der Erwerb von Exklusivrechten für uns legitim ist, um ein weites Publikum zu erreichen und die Attraktivität unserer Programme zu fördern. Allerdings werden wir in Zukunft noch transparenter als bisher schon dartun müssen, dass wir Sublizenzen für ungenutzte Sportrechte systematisch und in für Dritte vorhersehbarer Weise am Markt zur Sublizenzierung anbieten. Dazu müssen wir auch genau definieren, wann genau man von ungenutzten Rechten sprechen kann.

Auf die Aufgaben, die auf ARD und ZDF mit Blick auf ihre kommerziellen Tätigkeiten zukommen, möchte ich an dieser Stelle nur kurz eingehen. Hierzu wird es im RStV zunächst eine neue Vorschrift geben, die „kommerzielle Tätigkeiten“ der Rundfunkanstalten regelt und derartige Tätigkeiten beispielhaft aufführt, also vor allen Dingen Werbung und Sponsoring, Verwertungsaktivitäten, Merchandising, Produktionstöchter und die Vermietung von Senderstandorten. Derartige kommerzielle Tätigkeiten müssen in Zukunft in selbständige Tochtergesellschaften ausgelagert werden, was von vornherein die geforderte getrennte Buchführung beinhaltet. Die Ausgliederung hat bei der ARD bereits weitestgehend stattgefunden, aber wir müssen uns alle unsere diesbezüglichen Aktivitäten noch einmal daraufhin anschauen, inwieweit sie unter diese Verpflichtung fallen und ggf. restrukturiert werden müssen, damit sichergestellt ist, dass die kommerziellen Tätigkeiten tatsächlich nur zu Marktbedingungen erbracht wer-



den. Für die Praxis unserer Tochterunternehmen wird das in Zukunft bedeuten, dass sie den Nachweis erbringen müssen, dass sie marktkonform agieren, dem Prinzip des marktwirtschaftlichen Investors genügen und das „arm's length“ Prinzip anwenden, also eine konsequente personelle und organisatorische Trennung zwischen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalt und den privatwirtschaftlichen Tochtergesellschaften durchhalten.

#### **4. Entwicklungsoffener, weiter Rundfunkauftrag als rechtliches Prinzip der Kommissionsentscheidung**

Lassen Sie mich nach diesem Überblick über die verschiedenen Aufgabenfelder, die die Entscheidung der Kommission für uns gebracht hat, im zweiten Teil meines Vortrags auf zwei ausgewählte und aus meiner Sicht überaus bedeutende rechtliche Prinzipien der Kommissionsentscheidung im Hinblick auf unseren Funktionsauftrag für uns eingehen.

Ausschlaggebend für die Zukunftsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist sicherlich, dass die Europäische Kommission einen entwicklungsoffenen, weiten Rundfunkauftrag anerkannt hat. Die Kommission zitiert an dieser Stelle der Entscheidung ausdrücklich das Amsterdamer Protokoll zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk sowie die Rundfunkmitteilung der Kommission von 2001 und bestätigt noch einmal, dass die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten fällt und sich die Kommission lediglich auf die Überprüfung von offensichtlichen Fehlern bei dieser Auftragsdefinition beschränkt. Diese Zurückhaltung bei ihrer Prüfung begründet die Kommission mit der Bedeutung des Rundfunks für die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft, mit dem besonderen Charakter der Rundfunkbranche und der Bedeutung, die das Ziel hat, den Pluralismus in den Mitgliedsstaaten einschließlich der kulturellen und sprachlichen Vielfalt zu wahren.

Die Kommission belässt es jedoch nicht dabei, sich lediglich mit dem traditionellen Rundfunkangebot zu beschäftigen. Sie nimmt auch neue technische Übertragungswege und neue Mediendienste ausdrücklich in den Blick. So bestätigt sie zum einen das Recht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, an neuen technologischen Entwicklungen teilzuhaben und Rundfunkinhalte über neue Plattformen zu verbreiten. Dieses Prinzip ist auch als Grundsatz der Technologie-neutralität bekannt. Die Kommission geht aber noch weiter und bestätigt ebenfalls, dass der Auftrag sich auch inhaltlich weiterentwickeln und neue Dienste erfassen kann, „die keine „Programme“ im traditionellen Sinne sind, sofern diese – auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter – denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen.“

Bei den so genannten „allgemeinen Programmtätigkeiten“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten akzeptiert die Kommission ausdrücklich eine „breit gefasste“ Definition – worunter wohl eine nicht allzu präzise Auftragsdefinition zu verstehen ist. Im Falle von neuen Plattformen und neuen Diensten verlangt die Kommission allerdings eine weitergehende Auftragspräzisierung. Dies tut



sie mit Hinweis darauf, dass in den neuen Medien „eine breite Palette von Diensten“ denkbar ist, „die sich in ihrer Art von den im Rahmen herkömmlicher Fernsehprogramme erbrachten Diensten unterscheiden und bei denen die Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess und der spezifische Beitrag der Rundfunkanstalt zur Deckung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse nicht immer erkennbar ist.“

Man könnte bei dieser Passage von einer Schlüsselstelle der Entscheidung im Hinblick auf die dynamische Auftragsdefinition der Rundfunkanstalten sprechen, denn diese Passage besagt m. E. zweierlei:

1. Dass öffentlich-rechtliche Angebote immer dann im Internet legitim sind, wenn sie eine Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess haben und wenn sie einen spezifischen Beitrag zur Deckung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft leisten. Diese beiden Kriterien sind bei einem herkömmlichen Fernseh- oder Hörfunkprogramm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ohne weiteres erfüllt und bedürfen deshalb keiner näheren Begründung, so dass der Auftrag hier auch weniger präzise sein kann, anders als im Internet, wo es eine Fülle von Inhalten gibt, die derartige Kriterien niemals erfüllen würden. Die Kommission nennt in der Entscheidung Beispiele für solche Angebote, nämlich etwa den gesamten Bereich der E-Commerce Angebote. Im Ergebnis gibt es also angesichts der Neuartigkeit der Angebote in der digitalen Welt eine zusätzliche Begründungspflicht für die Teilhabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.
2. Die zitierte Passage und einige weitere ähnlichen Inhalts beinhalten aber noch eine weitere Botschaft: Es gibt in der digitalen Welt für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk keinen Funktionsauftrag erster und zweiter Klasse!

Was meine ich damit? Es bedeutet, dass sich der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus der analogen Welt 1:1 im Internet fortsetzt, weil er dort immer dann legitim ist, wie die Kommission ausdrücklich bestätigt, wenn er die gleiche Funktion wie der klassische Rundfunk erfüllt, nämlich denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dient, wie die herkömmlichen Angebote aus der analogen Welt. Dieser für die Online-Welt unveränderte Funktionsauftrag kommt auch in einer anderen entscheidenden Passage der Entscheidung noch einmal zum Ausdruck. Hier stellt die Kommission zunächst in Aussicht, dass der RStV Kriterien enthalten wird, denen die Online-Angebote dienen müssen: „Diese Kriterien beziehen sich auf Funktionen, die gerade durch das öffentlich-rechtliche Online-Angebot erfüllt werden müssen, um den unverändert bestehenden Auftrag der Anstalten unter den Bedingungen des Medienwandels zu erfüllen.“

Und tatsächlich, wenn die Kommission im Folgenden auf der Basis der Angebote der Länder Kriterien für Online-Angebote auflistet, und zwar beispielhaft – also nicht abschließend –, dann fällt auf, dass diese Kriterien weder von der Notwendigkeit „programmbegleitender Angebote mit programmbezogenem Inhalt“ sprechen, wie sie im geltenden RStV normiert sind, noch dass sie eine Begrenzung nach der Höhe des Budgets vorsehen.

Im Gegenteil, die beispielhafte Kriterienliste ist sehr viel weiter als der geltende RStV. Sie umfasst

1. allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft zu ermöglichen,
2. Minderheiten adäquaten Zugang zu den Angeboten zu verschaffen,
3. Bürgern den Nutzen der neuen digitalen Angebote nahe zu bringen,
4. glaubwürdige Orientierungshilfe bei neuen digitalen Diensten zu bieten,
5. Medienkompetenz zu fördern und
6. Rundfunksendungen dem Wandel der Mediennutzung entsprechend zu begleiten.

Der Funktionsauftrag bleibt also nach der Entscheidung der Kommission auch in der digitalen Welt vollständig erhalten, er wird nicht zu einem Weniger, zu einem Auftrag zweiter Klasse. Die Herausforderung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird sein, die richtigen Mittel oder genauer: die angemessenen Angebote zu entwickeln, die diesem Auftrag in der digitalen Welt gerecht werden. In der analogen Rundfunkwelt war dies einfach: Dass ein frei empfangbarer, universell verbreiteter Fernsehkanal mit einem qualitativ hochwertigen Vollprogramm einen Beitrag zu den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft leistet, war ohne weiteres erkennbar. Aber wie setzt der öffentlich-rechtliche Rundfunk diesen Auftrag möglichst wirkungsvoll in der Online-Welt des Internets um?

Hier fehlen uns noch viele Erfahrungen, nicht zuletzt, weil diese Welt noch so neu ist und sich zugleich so ungeheuer schnell verändert. Man darf annehmen, dass die Erfüllung des Funktionsauftrags in der Online-Welt jedenfalls voraussetzt, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein weites, qualitativ hochwertiges, zeitsouveränes und frei zugängliches Angebot für alle Bevölkerungsgruppen bereithalten muss, dass er auffindbar und aufgrund einer starken Marke auch wiedererkennbar sein muss. Und man darf annehmen, dass dies angesichts sich ändernder Mediennutzung auch ganz neue Angebotsformen voraussetzen wird. Aber welche sich für die Erfüllung des Funktionsauftrags auf Dauer besonders gut eignen werden, das lässt sich heute, in dieser Phase des stürmischen Übergangs in die Digitalisierung, noch gar nicht endgültig absehen. Dies bedeutet auch, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag nie abschließend definiert sein darf, weil wir, um es einmal ganz einfach auszudrücken, einfach nicht wissen, was sich wie verändern wird. In jedem Fall muss der öffentlich-rechtliche Funktionsauftrag flexibel auf die neuen Entwicklungen reagieren können, Experimente müssen möglich sein, damit Erfahrungen gesammelt werden können, und es wird Anpassungen des bestehenden Angebots bedürfen.

Mir scheint, dass auch die Kommission in ihrer Entscheidung die Schwierigkeiten berücksichtigt hat, die es macht, im Internet die adäquaten Mittel für die Erfüllung des Funktionsauftrags zu definieren. So sagt die Entscheidung ausdrücklich, dass auch Online-Rechner, Online-Spiele, Online-Kontaktbörsen oder Chat-Rooms zum Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gehören können, aber dies soll nicht automatisch der Fall sein, sondern nur dann, wenn der-



artige Angebote „die spezifische Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten widerspiegeln“.

Wenn man allerdings dem VPRT oder dem BDZV zuhört, dann soll man denken, die von der Kommission geforderte Auftragspräzisierung in der digitalen Welt hätte einen ganz anderen Zweck, nämlich den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zurückzufahren, ihn zu einem Auftrag zweiter Klasse zu machen. Die Präzisierung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist in erster Linie aber dazu da, dazulegen, in welchem Maße ein Angebot dem öffentlichen Interesse dient, also einen Beitrag zur Meinungsvielfalt und zur kulturellen Vielfalt leistet. Für diese Analyse spielt dann auch die Marktbetrachtung eine Rolle, aber in einem publizistischen Sinne, nicht in dem Sinne, dass es darum gehen würde, die Geschäftsmodelle der Wettbewerber zu schützen. Dies wird auch noch an mehreren anderen Stellen der Kommissionsentscheidung deutlich:

So begründet die Kommission ihre Forderung nach einer Präzisierung des Auftrags neben der Notwendigkeit, die Geeignetheit der Mittel für den verfolgten Zweck darzulegen, auch damit, dass der Umfang der neuen Mediendienste des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Wettbewerber vorhersehbar sein soll. Auf die Vorhersehbarkeit soll es also ankommen, und zwar deshalb, damit die sonst bestehende Unsicherheit über die weitere Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Wettbewerber nicht davon abhält, solche neuen Mediendienste selbst zu entwickeln und anzubieten. Dritten soll die Planung ihrer eigenen Geschäftsmodelle also sehr wohl erleichtert werden, aber nicht in dem Sinne, dass ihnen der öffentlich-rechtliche Rundfunk das Feld überlässt, sondern lediglich in dem Sinne, dass sie sich genau überlegen können, welches Angebot angesichts der öffentlich-rechtlichen Leistungen für sie wirtschaftlich sinnvoll ist. Das Beihilferecht geht also auch in der digitalen Medienwelt grundsätzlich vom Nebeneinander öffentlich-rechtlicher und kommerzieller Medienangebote aus, solange sich die öffentlich-rechtlichen Angebote im Rahmen ihres Funktionsauftrags bewegen.

### **5. Bestands- und Entwicklungsgarantie öffentlich-rechtlicher Angebote unabhängig von der Marktpräsenz kommerzieller Anbieter**

Ich komme nun zum zweiten Teil meiner Analyse zentraler Rechtsprinzipien, die mit der Kommissionsentscheidung verbunden sind. Lassen Sie mich dazu noch einmal auf den Dreistufentest zurückkommen. Künftig sollen die Rundfunkanstalten, wenn sie neue Angebote veranstalten wollen, in Selbstverpflichtungen darlegen, in welcher Weise diese Angebote

1. zum öffentlichen Auftrag gehören und damit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft entsprechen,
2. in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen und
3. wie hoch der Aufwand für die Erbringung des Angebots ist.

Diese drei Kriterien werden dann von den unabhängigen Kontrollgremien in einem separaten Verfahren überprüft, an dessen Ende die Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Angebots steht. Die Selbstverpflichtungen für neue oder wesentlich veränderte Angebote sind damit Teil der von der Kommission geforderten Auftragspräzisierung.

Die kommerziellen Anbieter berufen sich auch auf den Dreistufentest für ihre These, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet ihre Geschäftsmodelle nicht stören dürfen. Worauf stützen sie sich für diese These? Es gibt zwei Ansatzpunkte: Zum einen, dass die Kommissionsentscheidung postuliert, dass der Begriff des publizistischen Wettbewerbs in der Gesetzesbegründung weiter zu konkretisieren ist, nämlich dahingehend, dass „Umfang und Qualität der vorhandenen, frei zugänglichen Angebote sowie marktrelevante Auswirkungen des geplanten Angebots sowie die meinungsbildende Funktion des vorgesehenen Angebots (die unterhaltende Elemente einschließen kann) angesichts vorhandener Angebote“ in die Prüfung einbezogen werden sollen. Und weiterhin ist vorgesehen, dass Dritte Gelegenheit zur Stellungnahme zu den marktlichen Auswirkungen erhalten sollen. Die Rundfunkgremien haben sich vor ihrer Entscheidung mit diesen Stellungnahmen zu befassen.

Welche Bedeutung hat aber nun das Kriterium der marktlichen Auswirkungen für die Legitimation eines öffentlich-rechtlichen Online-Angebots? Dass allein die Behauptung, ein neues Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks werde negative Auswirkungen auf Geschäftsmodelle von Wettbewerbern haben, für die Verneinung der Legitimation nicht ausreichen kann, dürfte sich von selbst verstehen, obwohl man es bei den gegenwärtigen Attacken des VPRTs und anderer auf die Online-Angebote der ARD mit nichts als solchen unbewiesenen Behauptungen zu tun hat. Wie ist es aber nun, wenn die Wettbewerber den Nachweis führen würden, dass ein Angebot negative Auswirkungen auf ihre Geschäftsmodelle hätte? Müssten die Aufsichtsgremien diesem Vortrag von Wettbewerbern bei ihrer Abwägung Gewicht einräumen, und wenn ja, welches?

Zunächst ist festzustellen, dass eine Rechtsstellung dieser Dritten durch die Möglichkeit zu Stellungnahmen ausdrücklich gerade nicht entsteht. Das bedeutet, dass die Gremien innerhalb der Grenzen des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in ihrer Ermessensentscheidung über ein neues Angebot frei sind. Wann aber könnten die Wettbewerber gegebenenfalls mit Aussicht auf Erfolg geltend machen, dass ein von den Gremien genehmigtes und von der Rechtsaufsicht geprüftes neues Angebot doch gegen die beihilferechtlichen Vorgaben verstößt?

Die Kommissionsentscheidung selbst hilft für diese Frage bereits weiter. Sie zitiert nämlich die relevante beihilferechtliche Norm, also Art. 86 Abs. 2 EGV. Danach muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – und um eine solche handelt es sich nach dem Verständnis der Kommission beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk – „den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht in einem unverhältnismäßig hohen Maße beeinträchtigen.“ Maßstab der Zulässigkeit ist nicht etwa, ob die Maßnahme verhältnismäßig ist, sondern ob sie „nicht unverhältnismäßig“ ist. Art. 86 Abs. 2 EGV formuliert es so,





dass die Beihilfe die „Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“. Und das Amsterdamer Protokoll vervollständigt diesen Satz noch mit den Worten „wobei der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.“

Maßstab der Frage, wann eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gegen das Interesse der Gemeinschaft verstößt, ist also eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Bei der Beurteilung, wann eine solche Unverhältnismäßigkeit gegeben ist, spielt aber keineswegs nur die Perspektive der Wettbewerber eine Rolle, sondern ebenso das Interesse der Gesellschaft, mithin also der Bürger, daran, dass sie in den Vorteil der fraglichen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kommen.

Das heißt zunächst einmal, dass eine Beeinträchtigung der Geschäftsmodelle kommerzieller Veranstalter auch im Internet durch die Leistungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Rahmen seines Funktionsauftrages grundsätzlich hinzunehmen ist. Denn Auswirkungen auf private Wettbewerber sind der Entscheidung einer Gesellschaft zugunsten jeglicher Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wesensimmanent, und zwar immer dann, wenn diese Dienstleistungen nicht als staatliches Monopol angeboten werden, sondern in einem Wettbewerbsumfeld.

Die Frage ist dann allerdings nach den Grenzen der Beeinträchtigung, die die Wettbewerber durch die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hinnehmen müssen.

Erlauben Sie mir an dieser Stelle einen kurzen Abstecher zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. September. Auch in dieser Entscheidung wird der dynamische, entwicklungsoffene Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks noch einmal bestätigt. Danach bedarf es auch der neuen Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, um der latenten Gefährdung der Meinungsvielfalt durch Medienkonzentration auf der Anbieterseite aufgrund der in diesem Markt herrschenden Bedingungen der Netzwerkökonomie nachhaltig zu begegnen. Mit anderen Worten, nach der höchsten Rechtsprechung sind die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerade die verfassungsrechtlich gebotene Antwort auf die Geschäftsmodelle der Wettbewerber, und nicht etwa die an den Rändern dieser Geschäftsmodelle gerade noch geduldeten Nischenangebote. Der verfassungsmäßige Funktionsauftrag koppelt also Bestand und Entwicklung öffentlich-rechtlicher Angebote von der Marktanwesenheit kommerzieller Anbieter grundsätzlich ab.

Kann aber ein solches Verständnis mit dem Beihilferecht kompatibel sein? Für mich steht außer Frage, dass es an dieser Stelle einen latenten Konflikt zwischen Verfassungsrecht und Beihilferecht gibt. Ob er allerdings zum Tragen kommt, hängt von der Ausgestaltung des beihilferechtlichen Prüfungsmaßstabs ab. Eine mögliche Antwort liegt in einer Beihilfeentscheidung der Kommission aus dem Jahre 1999 zum 24 Stunden Nachrichtenkanal der BBC. In dieser Entscheidung stellte die Kommission fest, dass der – damals noch analog verbreit-

tete – 24stündige Nachrichtenkanal sehr wohl deutlich spürbare negative Auswirkungen auf die zwei schon vorhandenen kommerziellen Nachrichtenkanäle in Großbritannien hatte, etwa deshalb, weil der kostenlos zur Verfügung gestellte BBC-Kanal den Wettbewerber SkyNews aus vielen Kabelnetzen verdrängt hatte. Die Kommission war jedoch der Ansicht, dass diese Beeinträchtigung der Geschäftsmodelle der Wettbewerber hinzunehmen sei. Denn zum einen diene ein öffentlich-rechtlicher Nachrichtenkanal den demokratischen und sozialen Bedürfnissen einer Gesellschaft und sei damit legitim. Zum anderen hätten die privaten Wettbewerber zwar Marktanteile verloren, dafür seien die britischen Zuschauer jetzt aber durch eine größere Nachrichtenauswahl bereichert und der Medienpluralismus sei gestärkt worden. Tatsächlich, so die Kommission, hätten die Wettbewerber durchaus auch noch schwerwiegendere Wettbewerbsbeeinträchtigungen hinnehmen müssen, um das Angebot eines öffentlich-rechtlichen Nachrichtenkanals zu ermöglichen. Wann immer ein Mitgliedstaat entscheide, eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorzusehen, sei ein gewisser Schaden für Wettbewerber vorhersehbar, heißt es in dieser Entscheidung. Deshalb stelle Art. 86 Abs. 2 EGV auch darauf ab, dass die Entwicklung des Handels nicht exzessiv beeinträchtigt werde. Die Grenze des Hinnehmbaren bestehe erst dort, wo 1. den Wettbewerbern die gewerbliche Tätigkeit unmöglich gemacht werde oder 2. der Markteintritt potenzieller Wettbewerber verhindert werde.

Die Grenze der zulässigen Beeinträchtigung des Wettbewerbs liegt beihilferechtlich also bei der Marktverstopfung. Diese Marktverstopfung wird aber auch nicht am Marktzustand vor Eintritt des öffentlich-rechtlichen Angebots in den Wettbewerb definiert, sondern im Sinne einer dynamischen Marktbetrachtung, d. h. ob die Entwicklung des Wettbewerbs zu einer solchen Marktverstopfung führt. Die Marktverstopfung muss also signifikant und auf längere Sicht hin angelegt sein, um beihilferechtlich im Sinne der Unzulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Angebots relevant zu werden.

Wenn man allerdings betrachtet, wie dynamisch sich der Markt in der rasant wachsenden Welt des Internets entwickelt, dürfte kaum ein Online-Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine solche Wirkung entfalten, erst recht nicht, wenn man sich vergegenwärtigt, wie gering die Investitionen von ARD und ZDF im Vergleich zu denen der kommerziellen Wettbewerber einschließlich der großen Verlagshäuser ausfallen. So hat die ARD für die kommende Gebührenperiode für die Programmbegleitung sämtlicher ihrer regionalen Hörfunk- und regionalen und nationalen Fernsehangebote lediglich 45 Mio. Euro pro Jahr bei der KEF angemeldet.

Mit dem oben skizzierten Verständnis von den beihilferechtlichen Grenzen öffentlich-rechtlicher Online-Angebote dürfte ein Konflikt mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben an dieser Stelle weitgehend theoretisch bleiben. Wenn die Aufsichtsgremien zukünftig im Rahmen des Dreistufentests also mit der Frage konfrontiert sind, welches Gewicht sie den Stellungnahmen von Wettbewerbern zumessen sollen, dann ist für ihre Prüfung tatsächlich das Kriterium des Beitrags zum *publizistischen* Wettbewerb maßgeblich: An der Stelle, an der



ein neues Angebot der ARD auf den publizistischen Wettbewerb auf längere Sicht *vielfaltsverengend* wirken würde, stünde dies weder im Einklang mit dem Ziel von Karlsruhe, dass öffentlich-rechtliche Angebote grundsätzlich *vielfaltsfördernd und -während* wirken sollen, noch mit dem Ziel der Kommission, dass mit solchen Angeboten keine dauerhafte Marktverstopfung einhergehen darf.

## 6. Zusammenfassung

Soweit meine heutigen Ausführungen zu den Konsequenzen der Entscheidung vom 24. April für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Ich halte noch einmal die wesentlichen drei Thesen meines Vortrags fest:

1. Trotz des rechtlichen Vorbehalts der Länder über die beihilferechtliche Qualität der Rundfunkgebühren hinterlässt die Entscheidung der Kommission de facto erhebliche Spuren im Recht des deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die in bestimmten Bereichen auch in einem rechtlichen Spannungsverhältnis zur Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts stehen.
2. Nicht nur nach der Karlsruher Entscheidungspraxis, auch nach der Entscheidung der Kommission gibt es für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk keinen Auftrag erster Klasse für die traditionellen Medien und zweiter Klasse für Telemediendienste. Im Gegenteil, jedes neue digitale Angebot, das denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dient, kann unter den Funktionsauftrag fallen.
3. Die Gremienkontrolle wird erheblich gestärkt, aber nicht zugunsten der Geschäftsmodelle der Wettbewerber, sondern zugunsten der Überprüfung, wie geeignet ein neues digitales Angebot tatsächlich ist, um in der Online-Welt zum publizistischen Wettbewerb beizutragen. Die Wettbewerber müssen Auswirkungen auf den Wettbewerb grundsätzlich hinnehmen. Die Grenze des Zumutbaren ist hier lediglich die auf längere Sicht hin angelegte Marktverstopfung.







