

DER DIREKTOR

Professor Dr. Matthias Cornils

Mainzer Medieninstitut e.V.
Jakob-Welder-Weg 4
55128 Mainz

Telefon 06131 1449250
Telefax 06131 1449260
info@mainzer-medieninstitut.de
www.mainzer-medieninstitut.de



Mainz, 15. Januar 2019

Stellungnahme Professor Dr. Matthias Cornils

Direktor des Mainzer Medieninstituts

Lehrstuhl für Medienrecht, Kulturrecht und Öffentliches Recht, Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Anhörung von Sachverständigen
des Ausschusses für Kultur und Medien
des Landtages Nordrhein-Westfalen

zum Gesetz zur Zustimmung zum Zweiundzwanzigsten Staatsvertrag zur Änderung
rundfunkrechtlicher Staatsverträge (22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung
weiterer Gesetze (17. Rundfunkänderungsgesetz)
Geszentwurf der Landesregierung, Drucksache 17/4220

Für die Einladung und Möglichkeit, im Rahmen dieser Anhörung eine Stellungnahme abzugeben, bedanke ich mich. Meiner Profession entsprechend werde ich mich im Wesentlichen auf juristische Beurteilungen oder Einschätzungen beschränken. Dies kann hier, auch der kurzen Vorbereitungszeit geschuldet, nur in Kurzfassung und nicht mit Vollständigkeitsanspruch geschehen. Die schriftliche Stellungnahme beschränkt sich zudem auf den nun in Gesetzesform gegossenen Kompromiss zum öffentlich-rechtlichen Telemedienauftrag (Art. 1 des Geszentwurfs).

Der nun zur Zustimmung der Landtage gestellte 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag ist bekanntlich das Ergebnis langjähriger, teils erbittert geführter Auseinandersetzungen und Beratungen zwischen den beteiligten Interessenträgern, namentlich den Rundfunkanstalten einerseits, den Vertretungen der Presseverlage andererseits, und den Staatskanzleien. Sowohl die Verlegerverbände als auch die Anstaltsleitungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks haben den gefundenen Kompromiss (mit geringerer oder größerer Begeisterung) als zumindest akzeptable Lösung begrüßt und seine Bedeutung zur Befriedung des jahrelangen Streits betont. Das ist immerhin ein rechtspolitisch wichtiges Datum, enthebt freilich nicht der Notwendigkeit, die verfassungsrechtlichen (und ggf. europarechtlichen) Spielraumgrenzen der gesetzlichen Neubestimmung des Telemedienauftrags und die Frage einer etwaigen Überschreitung solcher Grenzen im Auge zu behalten.

Tatsächlich sind schon gegen die bisherige Fassung des Auftrags und auch gegen seine Fortschreibung im vorliegenden Entwurf immer wieder Einwände auch verfassungsrechtlicher Qualität geäußert worden, insbesondere gegen die angeblich schon bisher (und auch im 22. RÄStV immer noch?) zu weitgehenden Beschränkungen der journalistischen Gestaltungsfreiheit in den Redaktionen der Sender. Hinzu kommt – aus umgekehrter Richtung – neue Kritik an der Ausweitung der Möglichkeiten öffentlich-rechtlicher Abrufdienste in zeitlicher Hinsicht (Entfristung, Verweildauerverlängerung), insbesondere aus den Reihen der Filmproduzenten und sonstigen Urheber oder Leistungsschutzberechtigten, die ein Unterlaufen ihres Anspruchs auf angemessene Vergütung durch die „Zweitverwertung“ durch öffentliche Zugänglichmachung befürchten, darüber hinaus auch der privaten Medienwirtschaft, die eine Erschwerung oder sogar Vereitelung der Entwicklung von VoD-Geschäftsmodellen beklagt.

1. Zwei Thesen

Meine Einschätzung dieser Kritiken möchte ich vorab in zwei Thesen zusammenfassen:

- Die im 22. RÄStV formulierte Neufassung des öffentlich-rechtlichen Telemedienauftrags liegt innerhalb des medienverfassungsrechtlich den Landesgesetzgebern eröffneten Gestaltungsspielraums, ist insbesondere mit der grundrechtlichen Gewährleistung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) vereinbar.
- Etwaige Probleme unzureichender Vergütung von Rechteinhabern aufgrund künftig verlängerter Verweildauern von Telemedienangeboten in den eigenen Portalen der Anstalten (§ 11d Abs. 4 Satz 1 RStV idF des 22. RÄStV) oder auf Drittplattformen (§ 11d Abs. 4 Satz 2 RStV idF des 22. RÄStV) liegen auf der Ebene urheberrechtlicher Rechtegestaltung und -durchsetzung, können hingegen kein rechtlich durchgreifendes Argument gegen eine rundfunkrechtliche Erweiterung der (Zweit-) Verwertungsmöglichkeiten der Rundfunkanstalten sein.

Die Frage der (in Politik und Literatur teilweise bestrittenen) verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Begrenzung des Telemedienauftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten betrifft mit Blick auf den 22. RÄStV noch insbesondere zwei Gesichtspunkte, zum einen die fortbestehende grundsätzliche Beschränkung auf nicht presseähnliche Angebote (§ 11d Abs. 7 RStV idF des 22. RÄStV), zum anderen den zwar erweiterten, aber noch immer begrenzenden Rahmen öffentlicher Zugänglichmachung (Verbot des Angebots außereuropäischer angekaufter Werke, Verweildauerbegrenzung, § 11d Abs. 2 Nr. 2 und 3, Abs. 5 Nr. 2 RStV idF des 22. RÄStV). Keine ernsthaften Zweifel wirft die Neufassung des Auftrags im Hinblick auf die unions-wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit und inhaltliche Validität des Auftrags (Art. 106 Abs. 2 AEUV) auf; dieser Frage soll hier daher nicht weiter nachgegangen werden.

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Als öffentlich-rechtliche Zweckschöpfungen können die Rundfunkanstalten nur aufgrund gesetzlicher Aufgabenzuweisung tätig werden, nicht aufgrund auftragsunabhängiger, „originärer“ Handlungsfreiheit; das gilt für die Rundfunksendungen genauso wie für das Angebot von Abrufdiensten. Die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation ihrer Tätigkeit (auch im online-Bereich) ist mithin notwendig immer gleichbedeutend mit der Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Schranken hinsichtlich des Inhalts und der Reichweite des gesetzlichen Auftrags. Dafür ist im Rundfunkrecht – häufig in der Diskussion unterbewertet – zwischen verfassungsrechtlichen *Geboten* und verfassungsrechtlicher *Erlaubnis* zu unterscheiden: Einige, aber keineswegs alle Festlegungen zum Rundfunkauftrag sind verfassungsrechtlich obligatorisch, gehen also auf einen entsprechenden Ausgestaltungsauftrag, ein Beauftragungsgebot aus Art. 5 Abs. 1 GG zurück, so etwa (jedenfalls unter den bestehenden Voraussetzungen des dualen Rundfunksystems) die Aussagen zum Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Bereich der linearen Rundfunksendungen („klassischer Funktionsauftrag“).

Andere Gestaltungen sind verfassungsrechtlich zulässig, aber nicht zwingend geboten, liegen also im politisch zu verantwortenden Gestaltungsspielraum des demokratischen Gesetzgebers, so etwa Anzahl und Zuschnitt öffentlich-rechtlicher Programme oder – jüngst vom Bundesverfassungsgericht entschieden – die Art und Weise der Mittelerhebung für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch einen an die Wohnungsinhaberschaft anknüpfenden nichtsteuerlichen Beitrag.

Ob im Sinne dieser Unterscheidung auch die Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Anstalten mit der Erbringung von Abrufdiensten zum verfassungsrechtlichen Pflichtauftrag gehört oder aber medienpolitischer Prärogative unterfällt, ist im medienrechtlichen Schrifttum umstritten.¹ Einiges spricht dafür, in diesem Bereich, der über den etablierten Programmauftrag hinausgeht, angesichts hier noch unklarer Funktionsnotwendigkeit öffentlich-rechtlicher Angebote für die demokratische Meinungsbildung nur von einer verfassungsrechtlichen *Zulässigkeit*, nicht aber Gebotenheit auszugehen, jedenfalls hinsichtlich

¹ Gegen einen verfassungsrechtlichen Telemedienauftrag jüngst etwa *Schmitt*, NVwZ 2018, 769 (770 ff.).

eigenständiger, nicht programmakzessorischer online-Angebote.² Diese Grundfrage bedarf hier indessen keiner Beantwortung, weil nicht in Rede steht, ob die Anstalten überhaupt mit dem Angebot von Abrufdiensten beauftragt werden sollen, sondern nur, wie die im RStV (weiterhin) vorgesehenen Grenzen dieses Auftrags verfassungsrechtlich zu beurteilen sind.

Diese Grenzen, insbesondere also das Verbot presseähnlicher Angebote, das Verbot der Zugänglichmachung angekaufter außereuropäischer Produktionen und die Verweildauerbegrenzungen, könnten immerhin (so wird es ja teilweise behauptet) mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen zum Betätigungsrecht der öffentlich-rechtlichen Anstalten unvereinbar sein. Ein solcher Konflikt mit verfassungsrechtlichen Bindungen ist im Übrigen sogar vorstellbar, wenn im Sinne der dargelegten Unterscheidung grundsätzlich keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zu einer Telemedien-Beauftragung der Anstalten angenommen wird (also keine „Ob“-Verpflichtung). Denn derartige verfassungsrechtliche Bindungen des Ausgestaltungsgesetzgebers können auch an eine als solche „freie“ (im Spielraum liegende) gesetzgeberische Grundsatzentscheidung anknüpfen und sodann das „Wie“ der Ausgestaltung prägen. Denkbar ist dies hier insbesondere im Hinblick auf die grundrechtlich garantierte Programmfreiheit der Anstalten, die sich auf die gesetzlich zugewiesenen Programme (hier nun: Abrufdienste) bezieht und dem Gesetzgeber (oder anderen hoheitlichen Kompetenzträgern) inhaltliche Einflussnahmen auf das Programm (bzw. die Gestaltung der online-Angebote) verwehrt.

3. Zum (grundsätzlichen) Verbot presseähnlicher Angebote

Das in § 11d Abs. 7 RStV idF des 22. RÄStV aufrechterhaltene Verbot (nicht sendungsbezogener) presseähnlicher Angebote ist mit der Neufassung des Telemedienauftrags durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag 2009 in das Rundfunkrecht eingeführt worden – und seither rechtspolitisch wie verfassungsrechtlich umstritten. Sicherlich kann man Zweifel haben – und solche Zweifel sind vielfach geäußert worden –, ob eine Begrenzung des online-Betätigungsfeldes der Anstalten anhand des Kriteriums der Presseähnlichkeit der Weisheit letzter Schluss ist. Mit diesem Kriterium wird ein Schutzwahl des privatwirtschaft-

² Näher *Cornils*, in: *Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, Präambel Rn. 47 ff.

lichen Sektors gegenüber öffentlich finanzierten Angeboten errichtet, der die Sphären anhand ihrer äußerlichen Phänomenologie (Text und Standbilder einerseits, Bewegtbilder und Töne andererseits) abgrenzt und so die aus der analogen Zeit stammende Medienartenunterscheidung zwischen Rundfunk und Presse auch für nichtlineare Internetinhalte fort- und festschreibt. Dass die Zulässigkeit publizistischer Tätigkeit in den online-Redaktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch künftig davon abhängen soll, dass Informationen im Schwerpunkt in Tönen und/oder Filmsequenzen, nicht aber in Textform überbracht werden, mag durchaus Befremden auslösen: Dieselben Sätze sind unproblematisch, wenn sie (in einem Video oder einer Audioaufzeichnung) von einem Sprecher vorgetragen, jedoch problematisch, wenn sie schriftlich niedergelegt und zur Lektüre dargeboten werden.

Allerdings muss auch gesehen werden, dass in der jahrelangen, intensiv geführten rechtspolitischen Debatte offenbar kein besseres, den (variablen) Möglichkeiten von online-Inhalten adäquateres Kriterium für einen Kompromiss in Sicht gekommen ist, der die Interessen beider Seiten (Rundfunk und Pressewirtschaft) gleichermaßen hätte wahren können. Und weiter: Wirkt das phänomenologische Merkmal der Presseähnlichkeit auch aus einer medienwissenschaftlichen Perspektive antiquiert, so lassen sich dafür immerhin die Vorteile eingeübter Praxis und auch wirtschaftlich wichtiger Kontinuität in der Beschreibung der je „eigenen“ Betätigungsfelder nennen. Für die Kulturtechnik des journalistischen Textes gibt es auch nicht mit gleicher Plausibilität wie für die bewegten Bilder eine Notwendigkeit einer Ausbreitung öffentlicher Angebote; sie ist ja seit jeher und bis heute durch das Institut der freien Presse gewährleistet. Insofern darf und muss Regulierung auch auf reale Gegebenheiten reagieren. Die Presse ist nun einmal da und funktioniert anerkannt auch in der Produktion von general-interest-Inhalten – auch online, während die Funktion des lange monopolistischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch im später etablierten dualen Rundfunksystem immer vor dem Hintergrund plausibel beobachtbarer Qualitätsdefizite im privaten Fernsehen und Rundfunk bestimmt worden ist. Das sind tatsächliche Unterschiede, von denen nicht schlechthin unplausibel ist, dass sie auch heute noch mit der grundsätzlichen Beschränkung der nicht-kommerziellen Telemedienangebote auf das angestammte Metier der bewegten Bilder und der Töne Berücksichtigung finden dürfen.³

³ S. so auch *Cornils*, ZUM 2019, Heft 2, im Erscheinen.

Und die verfassungsrechtlichen Einwände gegen das Begrenzungskriterium der Presseähnlichkeit sind zwar nicht durchweg haltlos; sie prägen immerhin auch die derzeit beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfassungsbeschwerde in Sachen Tagesschau-App.

Sie dürften aber m.E. im Ergebnis nicht durchgreifen. Diese Einwände stützen sich auf Argumente, die sich einerseits schlechthin gegen gegenständliche Begrenzungen des Tätigkeitsfeldes der öffentlich-rechtlichen Anstalten richten, andererseits spezifischer auf die Schutzwirkung des verfassungsrechtlich für den linearen Rundfunk anerkannten Grundsatzes der Programmfreiheit berufen.

Erstere Argumentationslinie sucht zum einen Rückhalt in Aussagen der Rundfunkrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die in anderen Kontexten gesetzliche Betätigungsverbote zulasten der Anstalten für verfassungswidrig erklärt haben – insbesondere sind das die Ausführungen im Beschluss zum Landesmediengesetz Baden-Württemberg aus dem Jahr 1986 (sog. 5. Rundfunkentscheidung des BVerfG), in dem das Gericht den gesetzlichen Ausschluss lokaler Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für mit der Rundfunkfreiheit unvereinbar befunden hat, obwohl derartige Angebote nach eigener gerichtlicher Einschätzung nicht einmal zum verfassungsrechtlich garantierten Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (vulgo: „Grundversorgung“) gehörten.⁴ Zum anderen wird ein online-Betätigungsrecht der Anstalten, das nicht wesentlich durch gesetzliche Bedingungen oder Vorbehalte eingeschränkt werden dürfe, aus der dem öffentlichen Rundfunk zugesprochenen Entwicklungsgarantie hergeleitet, und zwar unter dem Gesichtspunkt der vom Bundesverfassungsgericht mehrfach betonten technologischen Entwicklungsoffenheit des Rundfunkauftrags („dynamischer Rundfunkbegriff“)⁵.

a) Publizistischer Wettbewerb

Was die Argumentation mit den (schon als solchen problematischen und zumindest missverständlichen)⁶ Aussagen aus der 5. Rundfunkentscheidung des Bundesverfassungsgerichts anbelangt, halte ich es für nicht überzeugend, die darin liegende „Entgrenzungslogik“

⁴ BVerfGE 74, 297, Rn. 93 ff.

⁵ BVerfGE 73, 118 (154); 74, 297, Rn. 132 ff.; 83, 238 (298 ff.); 119, 181 (218); 136, 9, Rn. 37.

⁶ Cornils, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, Präambel Rn. 28 ff.

(öffentlich-rechtliche Angebote sind immer gut für den publizistischen Wettbewerb, vollkommen ungeachtet marktlicher Auswirkungen,⁷ und dürfen daher nicht, auch nicht im gesetzlichen Auftrag, beschränkt werden) heute ohne weiteres auf die online-Betätigung der Anstalten zu übertragen. Hätte das Argument des „publizistischen Wettbewerbs“ eine derartige von Verfassung wegen zuständigkeitsbegründende Rundumwirkung auch in neuen, gerade nicht angestammten Rundfunk-Betätigungsfeldern, müssten die Anstalten auch ohne weiteres selbständige Presseerzeugnisse produzieren dürfen – was das Bundesverfassungsgericht indes eindeutig ausgeschlossen hat.⁸ Selbst für den Rundfunk im engeren Sinne hat das Bundesverfassungsgericht in den späteren Gebührenurteilen das Programmdefinitions- und damit auch -begrenzungsrecht des Gesetzgebers gegenüber den Anstalten (und deren institutionellen Ausdehnungsinteresse) betont.⁹ Und das jüngste Urteil zum Rundfunkbeitrag unterstreicht zwar die nach wie vor gegebene, ja aus Sicht der Richter sogar wachsende Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch unter den Bedingungen der Digitalisierung. Zur Frage eines Engagements des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet (in Grund und Maß) verhalten sich diese Passagen aber nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich.

b) Dynamischer Rundfunkbegriff und -auftrag

Auch die verfassungsgerichtlich anerkannte Dynamik des (innovationsoffenen) Rundfunkauftrags immunisiert diesen nicht absolut gegen jede Auftragsbegrenzung des Gesetzgebers. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfte zwar dahingehend zu verstehen sein, dass sie (wenn auch bisher nicht ausdrücklich) auch die Telemedien zu den neuartigen „Verbreitungsformen und -wegen“¹⁰ des Rundfunks rechnet, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht grundsätzlich verschlossen bleiben dürfen.¹¹ Medienrechtliche Beschränkungen dieser Auftragskomponente zur Stabilisierung der Funktionali-

⁷ BVerfGE 74, 297, Rn. 100: „Diese wirtschaftlichen Gründe rechtfertigen indessen kein Verbot von Beiträgen zur regionalen und lokalen Meinungsbildung durch den Rundfunk. Marktchancen können eine Frage wirtschaftlicher, nicht aber der Meinungsfreiheit sein.“

⁸ BVerfGE 83, 238, Rn. 448 ff. (nur Programmzeitschriften zulässig).

⁹ BVerfGE 90, 60, Rn. 151; 119, 181, Rn. 131 ff.

¹⁰ BVerfG NJW 2018, 3223 – Rundfunkbeitrag, Rn. 78.

¹¹ Rspr. seit BVerfGE 74, 297 (324 f., 350 f.), s. *Cornils*, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, Präambel Rn. 47; *Dörr/Holzschlag/Picot*, Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in der Cloud, 2016, . 39 ff., 65 ff.

tät des Gesamt-Mediensystems sind damit aber keineswegs ausgeschlossen. Die (zunächst ohnehin vor allem auf die Signal und Übertragungstechnik, in zweiter Linie allerdings auch auf die Darstellungsformate bezogene) Entwicklungsoffenheit des Auftrags ist auch vom Bundesverfassungsgericht richtigerweise immer in ihrem Bezug auf die Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Meinungsbildung gesehen worden;¹² sie kann sich nicht etwa gegenüber dieser Funktion verselbstständigen und aus sich heraus neue Betätigungsfelder für die Anstalten erschließen.

Durchaus anders als im dualen Rundfunksystem, in dem der öffentlich-rechtliche Rundfunk aus guten Gründen eine verfassungsrechtlich bewehrte dominante Stellung, in der Sache sogar einen Alleinvertretungsanspruch für den Rundfunk-Funktionsauftrag in Anspruch nehmen darf, kann die verfassungsrechtliche Funktion der online-Medien nicht (im wesentlichen) nur auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bezogen und bei diesem konzentriert werden. Hier müssen für diese Funktion vielmehr die vorfindlichen privatwirtschaftlichen Angebote, insbesondere der Pressehäuser, mit einbezogen werden: Art. 5 Abs. 1 GG sucht – das ist sein medienübergreifendes „Normziel“ – insgesamt demokratie-funktionale Meinungsbildungsprozesse zu gewährleisten und nimmt dafür alle Medien als Faktoren in den Blick.¹³ Die Gewährleistung schützt daher zu diesem Ziel institutionell nicht nur den Rundfunk (und hier besonders den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als Hauptfunktionsträger), sondern ebenso auch andere Medien, dies auch gerade in ihrer spezifischen (bei der Presse privatwirtschaftlichen) Rationalität („Institut der freien Presse“).¹⁴ Bei den online-Medien, also in einem Bereich, in dem nun Entfaltungsansprüche der Rundfunkunternehmen und der Presseunternehmen zusammentreffen, besteht mithin auch eine verfassungsrechtlich anerkannte und unter Schutz gestellte Funktion der auf die „öffentliche Aufgabe“ der Presse verpflichteten privatwirtschaftlichen Medienunternehmen für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung. Diese muss mit dem online-Entwicklungsinteresse

¹² BVerfGE 119, 181, Rn. 130: „Da das Programmangebot auch für neue Inhalte, Formate und Genres sowie für neue Verbreitungsformen offen bleiben muss, der Auftrag also dynamisch an die Funktion des Rundfunks gebunden ist (vgl. BVerfGE 83, 238 <299>; siehe schon BVerfGE 74, 297 <350 f.>), darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf den gegenwärtigen Entwicklungsstand in programmlicher, finanzieller und technischer Hinsicht beschränkt werden.“

¹³ BVerfGE 91, 125 (134): Rundfunk und Presse unterscheiden sich in ihrer Funktion nicht. Unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation sind beide für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung, für Kritik und Kontrolle der öffentlichen Gewalt und für die Wahlentscheidung als demokratischen Grundakt des Volkes unerlässlich. Unterschiede bestehen allerdings im Mittel der Funktionserfüllung.“

¹⁴ Grundlegend BVerfGE 20, 162 – Spiegel-Urteil; näher dazu *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2016, § 1 LPG Rn. 134 ff.

des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (wenn dieses verfassungsrechtlich anerkannt wird) abgeglichen werden.

Daraus ergibt sich für den Mediengesetzgeber die verfassungsrechtliche Pflicht zur Ausgestaltung eines Medienkollisionsrechts, das auch Begrenzungen des Tätigkeitsbereichs der öffentlich-rechtlichen Anstalten zum Schutz der ihrerseits institutionell-verfassungsrechtlich abgesicherten Existenzgrundlagen der privaten Medienunternehmen einschließt. Bei aller möglichen Kritik am Kriterium der Presseähnlichkeit ist eine Abgrenzung, die insoweit gerade die nach ihrem Erscheinungsbild für die privatwirtschaftliche Presse typischen und charakteristischen Textformate weiterhin der Presse vorbehält und somit ihrer verfassungsrechtlichen Teilfunktion für das Normziel des Art. 5 Abs. 1 GG zurechnet, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

c) Programmfreiheit

Das wohl bedenkenswerteste Argument gegen die gesetzliche Beschränkung auf nicht im Schwerpunkt texthaltige Angebote dürfte sich aus der verfassungsrechtlichen Garantie der journalistischen Autonomie in Fragen inhaltlicher Gestaltung (bei den linearen Rundfunkprogrammen: „Programmfreiheit“) herleiten lassen. Auch die Programmfreiheit besteht aber nicht grenzenlos und ist nicht gleichbedeutend mit einem heteronom nicht steuerbaren Selbstdefinitionsrecht der Anstalten (d. h. der Intendanten, Programmdirektoren oder Redaktionen) hinsichtlich der eigenen Handlungsfelder. Weder gegen gesetzliche Programmzahlbegrenzungen noch gegen grundsätzliche thematische Programmwidmungen (Vollprogramm, Spartenprogramm, Kultur, Unterhaltung, Politik usw.) kann sich die grundlegende Gestaltungsautonomie durchsetzen, gewiss auch nicht gegen „abstrakte“ Formatvorgaben: So ergibt sich das Recht, neben linearen Sendungen auch Abrufdienste bereitzustellen, ebenso wenig „automatisch“ aus der Programmfreiheit (bedarf vielmehr gesetzlicher Beauftragung) wie ein (tatsächlich nicht bestehendes) Recht der Anstalten, auch Printprodukte zu erstellen.

Von diesem Ausgangspunkt aus dürfte auch die abstrakte Gestaltungsvorgabe einer fernseh- bzw. hörfunkähnlichen, im Schwerpunkt audiovisuellen Darstellungsform noch mit der Gewährleistung journalistischer Autonomie vereinbar sein. Dafür, dass sie mit journalistischer Praxis in den Anstaltsredaktionen kompatibel ist, spricht immerhin das Beispiel des ZDF, dessen Abrufdienstangebote bisher bekanntlich mit dem de lege lata bestehenden

Verbot der Presseähnlichkeit anders als bei der ARD kaum in Konflikt geraten sind – und zwar offenbar als Folge einer hausinternen Grundsatzentscheidung oder Gestaltungsleitlinie. Dies zeigt, dass derartige „äußere“ Gestaltungsvorgaben (die es ja ohnehin in der journalistischen Praxis immer gibt) möglich sind, ohne journalistische Inhaltlichkeit in einer grundrechtlich bedenklichen Weise zu beschränken.

In auch rechtlich beachtlichem Maß gemindert wird die Einschränkungswirkung des Verbots der Presseähnlichkeit überdies durch die in § 11d Abs. 7 Sätze 3 und 4 RStV idF des 22 RÄStV vorgesehenen Ausnahmen (Angebotsübersichten, Schlagzeilen usw. sowie – wie schon nach bisherigem Recht – sendungsbezogene Telemedien).

4. Erweiterter Telemedienauftrag und Institutsgarantie der freien Presse

Keiner vertieften Begründung bedarf die Annahme der Verfassungsmäßigkeit des Telemedien-Kompromisses mit Blick auf die gegenläufigen Interessenpositionen der Presse. Soweit diese verfassungsrechtlichen Schutz genießen, sind sie durch den Kompromiss hinreichend gewahrt. Zwar beansprucht, wie erläutert, die verfassungsrechtliche Garantie des Instituts der Presse Beachtung durch den Mediengesetzgeber, auch soweit er den öffentlich-rechtlichen Telemedienauftrag und damit ein Betätigungsfeld der Anstalten im Wettbewerb mit der Pressewirtschaft definiert. Der Gesetzgeber hat „überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen“¹⁵ und daher auch auf die wirtschaftlichen Existenzbedingungen der Presse als funktional für die Meinungsbildung zentralem Institut Rücksicht zu nehmen. Daraus rechtfertigen sich, wie dargelegt, Tätigkeitsbegrenzungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Konkurrenzzone, aber kein weitergehender oder gar absoluter Konkurrenzschutz der Presse gegenüber öffentlich finanzierten Medienangeboten. Ebenso wenig wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk für den Bereich der online-Medien einen alleinigen oder prioritären Anspruch auf die Vertretung der verfassungsrechtlichen Funktion der Medien für die öffentliche Meinungsbildung erheben kann, gilt dies für die Presse oder allgemeiner für den privatwirtschaftlichen Sektor: Der Gesetzgeber darf auch hier (im Internet) dem vom Bundesverfassungsgericht mehrfach hervorgehobenen Gedanken eines Nebeneinander (Dualismus) verschiedener unternehmerischer Rationalitäten (Privatwirtschaftlichkeit und

¹⁵ BVerfGE 20, 162, Rn. 38.

Nichtkommerzialisierung)¹⁶ Raum geben, solange er nicht durch die Zulassung nichtkommerzieller Angebote privatwirtschaftliche Angebote existenziell gefährdet und so die Idee des Rationalitäten-Dualismus selbst aufs Spiel setzt sowie die verfassungsrechtlich anerkannte kommunikative Funktion des privatwirtschaftlichen Mediensektors unterläuft. Soweit ersichtlich, sprechen die wirtschaftlichen Daten nichts dafür (vielmehr vor dem Hintergrund des von den Presseverbänden selbst gebilligten Kompromisses alles dagegen), dass von dem öffentlich-rechtlichen Telemedienangebot in der nun gefassten Gestalt eine derartige, verfassungsrechtlich bedenkliche Marktverdrängungswirkung zu befürchten ist, zumal die Frage der marktlichen Auswirkungen bei neuen und wesentlich geänderten Angeboten im Rahmen des Dreistufentests zu prüfen sein wird (hier dann allerdings auch Ernst genommen werden muss).

5. Verweildauer-Erweiterung und Urheberrechte

Gegen die Entfristung der Möglichkeit der öffentlichen Zugänglichmachung von Eigen- und Auftragsproduktionen (§ 11d Abs. 2 Nr. 1 RStV idFF des 22. RÄStV) sowie die Verweildauerregelung hinsichtlich der angekauften europäischen Werke sind Bedenken wegen einer drohenden Übervorteilung der Werkschöpfer oder Leistungsschutzberechtigten durch die Anstalten vorgetragen worden. Aus hiesiger Sicht – nach vorläufiger Einschätzung – handelt sich dabei indes um Fragen, die den Inhalt und die Bedingungen vertraglicher Rechteeinräumung betreffen und die daher im Rahmen urheberrechtlicher Schutzbestimmungen (etwa gegenüber strukturell dominanter Marktmacht von – öffentlich-rechtlichen – Verwertern) zu lösen sind, nicht durch rundfunkrechtliche Beschränkung von weiteren Nutzungen (insbesondere in den Telemedien). Die erneuerte Protokollerklärung zum 22. RÄStV sucht in diesem Sinne, die Anstalten abermals zu einer fairen Vertragsgestaltung mit der Kreativwirtschaft zu drängen. Soweit bei der Durchsetzung des urheberrechtlichen Anspruchs auf angemessene Vergütung (§ 32 ff UrhG) Defizite bestehen, wäre hier, bei der urhebervertragsrechtlichen Interessenwahrung, anzusetzen und ggf, nachzusteuern. Solche Defizite können aber nicht die rundfunkrechtliche Auftragsdefinition bestimmen. Diese hat sich nach dem gesellschaftlich-demokratischen Bedürfnis an öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Telemedienangeboten – unter Berücksichtigung funktionaler

¹⁶ Dazu nun besonders deutlich BVerfG 2018, 3223 – Rundfunkbeitrag, Rn. 77 ff.; *Cornils*, AfP 2018, 377 (384).

Beiträge der privatwirtschaftlichen Medien (s.o.) – zu richten und nicht nach der Stärke oder Schwäche urhebervertraglicher Verhandlungspositionen von Inhalteproduzenten im Verhältnis zu den Anstalten. Und dass die (schon bisher über Drei-Stufen-Test-Genehmigungen in erheblichen Teilen vorweggenommene) Lockerung und Erweiterung der Verweildauerregelungen in diesem Sinne nahe liegende Erwartungen des Publikums erfüllt und auch – über eine bessere und längerfristige Verfügbarkeit der Inhalte – der Informationsaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dient, scheint allemal plausibel.

6. Weitere Einzelheiten der Regelung

a) Begriffliche Umstellung: „Telemedienangebote“

Die Notwendigkeit der nun beabsichtigten terminologischen Umstellung auf den Ausdruck „Telemedienangebote“ erschließt sich nicht recht; sie führt zu sprachlichen Fragwürdigkeiten („Anbieten von Telemedienangeboten“ und wird außerdem nicht konsequent durchgeführt (siehe § 11d Abs. 4 und 6 RStV iF des 22. RÄStV, wo doch wieder von Telemedien die Rede ist). Freilich betreffen diese Einwände nur die regelungs-handwerkliche Qualität des Vorschlags.

b) „Internetspezifische Gestaltungsmittel und zeitgemäße Gestaltung“

Eine ausdrückliche Beauftragung hinsichtlich der Telemedien-Gestaltung anhand dieser Attribute wäre wohl nicht erforderlich gewesen, da diese Fragen ohnehin in den Bereich der redaktionell-journalistischen Gestaltungsautonomie fallen. Gerade darum erscheint ihre offene (juristisch kaum definitive) Fassung auch unbedenklich und nicht etwa aus Bestimmtheitsgründen problematisch. Allerdings ist auch bei der Wahl der internetspezifischen Gestaltungsmittel (zu denen die Begründung immerhin auch die Personalisierung von Angeboten zählt) das öffentlich-rechtliche Angebotsprofil im Auge zu behalten: Die Eigenrationalität des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kann durch ein ungehemmtes Sich-Einlassen auf die Eigengesetzlichkeiten bisher privatwirtschaftlich organisierter, nachfragegesteuerter Angebotsmuster strapaziert werden. Eine bedingungslose Anpassung an vermeintliche Nutzergewohnheiten oder Zielgruppenerwartungen sollte damit nicht ermöglicht werden. Dies könnte auch für nicht hinreichend redaktionell gesteuerte Öffnungen der Angebote für eine Publikumsbeteiligung gelten: Wenn ein neues Qualitätsmerkmal darin besteht, Nutzerteilhabe zu ermöglichen, sich interaktiver Mitwirkung zu öffnen (nutzerproduzierte Beiträge, Kommentarfunktionen, Einbeziehung wie auch immer ausgewählter

social-media-Stellungnahmen usw.), so reibt sich dies durchaus mit der Professionalitätsgarantie, die doch wichtiges Markenzeichen des öffentlich-rechtlichen Angebots ist. Gleiches – mag, wenn auch schwerer messbar – auch für inhaltliche und gestalterische Anpassungen an den Nutzergeschmack zu konstatieren sein. Eine Maxime, die Kommunikation „auf Augenhöhe“ mit den (zu fragen wäre dann immer auch: mit welchen?) Rezipienten über alles stellte, riskierte zugleich auch das Qualitätsmerkmal professioneller Distanz und Neutralität. Die Personalisierung von Angeboten mag schließlich als Wettbewerbsfähigkeitsbedingung in der Konkurrenz mit kommerziellen Anbietern unumgänglich sein, kann aber – auch wenn Datenschutzprobleme bewältigt werden – der Leitidee offen zu haltender Kommunikation und institutioneller Neutralität zuwider laufen.

c) Zugänglichmachung auch in Drittplattformen

Teilweise kritisch gesehen wird bekanntlich die in § 11d Abs. 4 Satz 2 RStV idF des 22. RÄStV vorgesehene, wenn auch unter die Bedingung journalistisch-redaktioneller Erforderlichkeit gestellte Möglichkeit einer Verbreitung der öffentlich-rechtlichen Angebote in Fremdportalen, etwa unter den Gesichtspunkten der „Kannibalisierung“ der eigenen Mediatheken und der für fragwürdig gehaltenen Unterstützung der großen (US-amerikanischen) Plattformen. Rechtlich sind indes durchgreifende Einwände gegen diese medienpolitische Entscheidung, öffentlich-rechtliche Inhalte möglichst vielfältig und daher auch in erfolgreichen (kommerziellen) Drittplattformen zugänglich zu machen, um so ihre Reichweite zu erhöhen, nicht ersichtlich; auch diese Entscheidung liegt im Gestaltungsspielraum des beauftragenden Gesetzgebers.

Ob sich aus der Dispersion öffentlich-rechtlicher Angebote auf unterschiedliche (eigene und fremde) „Auspielwege“ tatsächlich ein Risiko der Identitätsschwächung der „Marke“ öffentlich-rechtlicher Rundfunk (bzw. des jeweiligen Senders) ergibt oder nicht umgekehrt daraus vielleicht sogar Markenstärkungs- und Bindungseffekte resultieren können, die sich aus der ubiquitären Präsenz solcher Angebote ergeben, erscheint ohnehin nicht gesichert. Jedenfalls ist es eine nachvollziehbare und vertretbare Entscheidung, im Zielkonflikt zwischen einer wünschbaren Eigenkontrolle des Verbreitungsrahmens durch die Anstalten und dem Anliegen möglichst leichter (und „niedrigschwelliger“) Verfügbarkeit der öffentlich-rechtlichen Angebote letzteres Anliegen nicht durch ein zwingendes Verbot der Nutzung

von Drittplattformen hintanzustellen, eine derartige Nutzung vielmehr in redaktioneller Verantwortung zu ermöglichen. Dass das Verbot von Werbung und Sponsoring in Drittplattformen möglicherweise nicht uneingeschränkt durchgesetzt werden kann (deswegen die Fassung als Bemühensanforderung in § 11d Abs. 6 RStV idF des 22. RÄStV), sollte demgegenüber nicht überbewertet werden, zumal das Anliegen, den öffentlich-rechtlichen Inhalt als solchen von kommerzieller Kommunikation (und den davon ausgehenden vielfaltsverengenden Wirkungen) freizuhalten, dadurch nicht berührt wird.