

Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung

Vorschläge zu Verfahren und Organisation
des »Drei-Stufen-Tests« zur Selbstkonkretisierung des Funktionsauftrags
öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

Wolfgang Schulz



KURZSTUDIE
im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung

Inhalt

Thesen	3
I. FRAGESTELLUNG UND KONTEXT	4
II. DER RECHTLICHE RAHMEN	6
1. Europarecht	6
2. Verfassungsrecht	13
III. DIE PRODUKTION VON PUBLIC VALUE	17
1. Strukturelle Diversifizierung im dualen System und Stärken öffentlich-rechtlicher Programmproduktion	17
2. Derzeitige Auftragskonkretisierung und Kontrollmechanismen	21
3. Bisherige Erfahrungen mit der Selbstkonkretisierung	24
IV. DIE AUSGESTALTUNG DER STUFEN	27
1. Materielle gesetzliche Vorgaben	27
2. Funktion des Drei-Stufen-Tests	28
3. Die drei Stufen im Überblick	30
4. Funktionsgerechte Verfahren und Organisationen für die Stufen	34
V. FAZIT	43
Literatur	46
Der Autor	48

ISBN: 978-3-89892-871-7

Herausgeber: Stabsabteilung der Friedrich-Ebert-Stiftung

Redaktion: Beate Martin, Thomas Dreher

© 2008 Friedrich-Ebert-Stiftung, Hiroshimastr. 17, D-10785 Berlin

Stabsabteilung, www.fes.de/stabsabteilung

Umschlag: minus Design, Berlin

Foto: © Johannes Beck, 2008

Gestaltung: Doreen Engel, Berlin

Druck: bub Bonner Universitäts-Buchdruckerei

Printed in Germany März 2008

Thesen

→ Zwischen den Anforderungen des europäischen Beihilferechts, die im Beihilfekompromiss der EU-Kommission und der Bundesrepublik 2007 zum Ausdruck kommen, und deutschem Verfassungsrecht gibt es keinen Widerspruch. Eine prozedurale Umsetzung in Form eines Drei-Stufen-Tests für neue Angebote kann beidem gerecht werden. Auch wenn es für die Länder und auch die Anstalten einfacher sein könnte, dem Drei-Stufen-Test möglichst wenig zu überantworten: Die Chance des Beihilfekompromisses würde vertan und käme nicht wieder.

→ Die Beauftragung in § 11 RStV verlagert bereits Konkretisierungen des allgemein gehaltenen Auftrags auf die Anstalten selbst, die eine genauere Bestimmung des Auftrags vornehmen können, als es der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks den Ländern ermöglicht, und er installiert Begründungspflichten. Auch wenn dieses System noch nicht in allen Punkten überzeugende Resultate liefert, ist es sachgerecht, daran anzuknüpfen, wenn der Beihilfekompromiss 2008 umgesetzt wird.

→ Der Beihilfekompromiss definiert die Verfahren des Drei-Stufen-Tests nicht im Detail und lässt auch die Möglichkeit für die Länder, den Auftrag weitergehend selbst zu bestimmen, wobei allerdings verfassungsrechtliche Grenzen bestehen, die das Bundesverfassungsgericht 2007 in seiner Gebührenentscheidung noch einmal bestätigt hat.

→ Eine sachgerechte Ausgestaltung differenziert nach den drei Stufen, wobei die zweite noch einmal in die Prüfung marktlicher Auswirkungen und Bewertung der Auswirkungen (Beauftragung trotz negativer marktlicher Folgen für Private?) zerfällt. Grundsätzlich erscheint es sachgerecht, die Gesamtentscheidung dem internen Aufsichtsgremium (Rundfunk-, Fernseh- oder Hörfunkrat) zu überlassen, die Informationsgewinnung der Anstaltsleitung.

→ Allerdings sollte bei der Beurteilung der marktlichen Auswirkungen externer Sachverstand einbezogen werden, möglicherweise sogar durch ein dafür institutionalisiertes Gremium. Die Landesmedienanstalten oder private Veranstalter über Stellungnahmen hinaus einzubeziehen, erscheint allerdings nicht systemgerecht. Eine regel-

mäßige externe Evaluation der Kriterien, nach denen etwa beurteilt wird, welche Veränderungen im Nutzungsverhalten neue Angebote erfordern oder welche Qualitätsmerkmale öffentlich-rechtliche Angebote Besonderes in einem Bereich leisten lassen, erschiene überlegenswert.

→ Die Zukunft des öffentlich-rechtlichen Systems hängt mittelfristig davon ab, dass es gelingt, den Test nicht als externe Verpflichtung, sondern als internes Steuerungsinstrument für die Strategienentwicklung zu etablieren. Er ist erfolgreich, wenn die Anstalten dadurch im Sinne der Entwicklungsgarantie zukunftsfähige Angebote gestalten können, aber auch jeweils klar wird, was nicht Gegenstand des Auftrags ist.

I. FRAGESTELLUNG UND KONTEXT

Dass derzeit viel über die Konkretisierung des Auftrags öffentlich-rechtlicher Anstalten nachgedacht wird, hat seinen Anlass in einer Entscheidung der Europäischen Kommission im Frühjahr 2007¹, der eine Einigung der Bundesrepublik mit der Kommission zugrunde liegt (»Beihilfekompromiss«). Die Kommission hat angemahnt, den Auftrag öffentlich-rechtlicher Anstalten in Deutschland konkreter zu fassen, vor allem – aber nicht nur – im Hinblick auf so genannte neue Dienste wie solche, die auf dem Internet-Protokoll-Standard basieren, und spezielle Angebote für mobile Anwendungen etwa für DVB-H (»Handy-TV«).

Dies ist der Anlass zum Nachdenken, aber nicht der Grund. Ganz unabhängig von europarechtlichen Anforderungen – manche würden von Zumutungen sprechen – besteht ein Bedürfnis, auch

in Zeiten konvergenter Unübersichtlichkeit zwei Prinzipien miteinander in Einklang zu bringen: die staatsfreie Organisation des Rundfunks und die Bindung eben dieses Rundfunks an die Bedürfnisse der Gesellschaft. Der so genannte Drei-Stufen-Test, der ein Kernstück für die Konkretisierung des Auftrags der Anstalten für neue Angebote in dem Beihilfekompromiss bildet, wurde konstruiert, um diese beiden Prinzipien zu kompatibilisieren.²

Im Anschluss an den Beihilfekompromiss hat es zahlreiche Überlegungen dazu gegeben, wie die dort vereinbarten Eckpunkte in Deutschland umgesetzt werden können. Damit wurde auch eine Diskussion darüber angestoßen, was – in der britischen Terminologie – als »Public Value« der öffentlich-rechtlichen Anbieter anzusehen ist.³

Public Value

Der Begriff stammt aus einer Theorie über öffentliche Dienstleitungen und wurde in die Diskussion um die Rolle der britischen BBC eingeführt. Nun wird er zuweilen auch in Deutschland genutzt, um den besonderen Wert, den ein (neu-

es) öffentlich-rechtliches Angebot für die öffentliche Kommunikation bietet, zu beschreiben. Die britischen Verfahren – etwa der Public Value Test (PVT) – sind aber mit denen in Deutschland nicht in allen Punkten vergleichbar.

¹ Vgl. K (2007) 1761 endg. im Verfahren E 3/2005.

² Der Verfasser dieses Kurzgutachtens ist insoweit befangen, als dass er den Ländern zu eben diesem Zweck in seiner Eigenschaft als Berater in dem oben genannten Verfahren diesen Test vorgeschlagen hat.

³ Vgl. dazu Henle, Wie testet man Public Value?, epd medien 92/2007, S. 3 ff.; Bauer/Bienefeld, Der Public Value Test, Ein Vergleich zwischen dem BBC-Modell und dem geplanten Verfahren beim ZDF, Funkkorrespondenz (49)2007, S. 3 ff.; Hasebrink, »Public Value«: Leitbegriff oder Nebelkerze in der Diskussion um den öffentlich-rechtlichen Rundfunk?, Rundfunk und Geschichte 1/2 2007, S. 38 ff.; Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Baden-Baden 2008, S. 140 ff.; Held, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und neue Dienste, Berlin 2006, S. 25 ff. Zum Verständnis von Public Value in der britischen Diskussion vgl. Collins, The BBC and »public value«, M&K 2007, S. 164 ff.

Die folgende Expertise soll der Frage nachgehen, wie die Stufen des Tests sachgerecht organisatorisch und verfahrensmäßig ausgestaltet werden können. Sie soll damit Anregungen für eine Umsetzung des Kompromisses geben, die sowohl den europarechtlichen Anforderungen, als auch den verfassungsrechtlichen genügen kann. Daher werden, nachdem die rechtlichen Rahmenbedingungen geklärt sind, die Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Produktion von Angeboten transparent gemacht und schließlich Vorschläge zur Ausgestaltung des Drei-Stufen-Tests unterbreitet.

II. DER RECHTLICHE RAHMEN

1. Europarecht

Die Europäische Kommission geht davon aus, dass es sich bei der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in Deutschland durch Rundfunkgebühren um eine Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG handelt.⁴

Beihilfeverbot Art. 87 Abs. 1 EG

Da die europäische Kommission – anders als die Bundesrepublik – die Rundfunkfinanzierung in Deutschland als Beihilfe nach Art. 87 des EG Vertrages ansieht, hält sie sie nur unter bestimmten Voraussetzungen europarechtlich für zulässig. Dazu gehört, dass der Auftrag der Anstalten klar bestimmt ist. Dieser Konkretisierung dient der Drei-Stufen-Test.

⁴ Vgl. K (2007) 1761 endg. Rz. 74 ff.; in diese Richtung auch Thum, Gebührenfinanzierung und EG-Beihilferecht, NVwZ 2007, S. 521 ff.; vgl. zur Problematik auch Stulz-Herrnstadt, Nationale Rundfunkfinanzierung und europäische Beihilfenaufsicht im Lichte des Amsterdamer Rundfunkprotokolls, Berlin 2004.

Auf Grundlage dieser Rechtsauffassungen kann diese Finanzierungsform nur gerechtfertigt sein, wenn die Voraussetzung des Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen. Die von der Kommission angenommene Beihilfe ist gemäß Art. 86 Abs. 2 EG mit dem gemeinsamen Markt vereinbar, wenn drei Bedingungen erfüllt sind:

- Die betreffende Dienstleistung muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und als solche klar definiert sein.
- Das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedsstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein.
- Das Verbot der Beihilfe muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen Aufgabe verhindern und die Freistellung von diesen Regeln darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwider läuft.

Auf diesem Wege erhält die Kommission die Möglichkeit, den Auftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in einem Mitgliedsstaat einer Kontrolle zu unterziehen, und zwar auch im Hinblick auf die Frage, ob eine hinreichend klare Beauftragung vorliegt und inwieweit der Auftrag durch den Mitgliedsstaat nicht »offensichtliche Fehler« enthält.⁵ Prüfungsumfang und -tiefe der Kommission sind begrenzt, da das Amsterdamer Protokoll den Mitgliedsstaaten Freiraum bei der Gestaltung der Rundfunkfinanzierung einräumt. Der Kommission muss nach ihrer Rechtsauffassung aber möglich sein zu prüfen, ob eine Überkompensation vorliegt, und dazu muss sie wissen, was genau der Auftrag umfasst.

⁵ K (2007) 1761 endg. Rz. 218 ff. sowie Rundfunkmitteilung Rz. 29.

Amsterdamer Protokoll

Das Protokoll ergänzt die Verträge der Europäischen Gemeinschaften. Es lautet:

»DIE HOHEN VERTRAGSPARTEIEN

In der Erwägung, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren – **sind** über folgende auslegende Bestimmung **übereingekommen**, die dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügt ist:

Die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der

Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.«

(Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, Amtsblatt Nr. C 340 vom 10. November 1997)

Die Kommission nimmt im Hinblick auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Rechtslage zunächst zur Kenntnis, dass die gesetzliche Auftragsdefinition gemäß § 11 Abs. 1 RStV allgemein und breit gehalten ist und von den Anstalten selbst rechtsverbindlich konkretisiert wird. Dieses Verfahren wird grundsätzlich als europarechtskonform anerkannt.⁶ Bei der *Auftragsdefinition* für digitale Zusatzkanäle und für Mediendienste sieht die Kommission allerdings Defizite in der Präzision der Definition, auf deren Behebung der Beihilfekompromiss und insbesondere der Drei-Stufen-Test abzielen.

⁶ K (2007) 1761 endg. Rz. 224.

Im Hinblick auf den oben dargestellten zweiten Punkt im Rahmen einer Prüfung des Art. 86 Abs. 2 EG ist die Kommission auch der Auffassung, dass es an einer hinreichenden *Beauftragung* mit Mediendiensten fehlt.

Die Bundesrepublik vertritt einen grundsätzlich anderen Rechtsstandpunkt.⁷ Sie geht – zu Recht – davon aus, dass es schon am Vorliegen einer Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG fehlt. Zunächst ist schon keine »Begünstigung« gegeben, da die vom EuGH in der Entscheidung *Altmark-Trans* herausgearbeiteten Kriterien erfüllt sind. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erhalten lediglich die Nettokosten für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags.⁸ Zudem geht die Bundesrepublik davon aus, dass es sich bei der Rundfunkgebührenfinanzierung nicht um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln finanzierte Maßnahme handelt.

Nicht zuletzt um diesen Grundsatzstreit nicht ausfechten zu müssen, kam der Kompromiss zwischen der Kommission und der Bundesrepublik zustande. Im Hinblick auf die Auftragsdefinition sieht er Folgendes vor:

Auftrag

Die im Folgenden dargestellten Maßnahmen etablieren ein neues Verfahren zur Präzisierung in Bezug auf den Auftrag aller öffentlich-rechtlichen Anstalten auf gesetzlicher Ebene.

⁷ Vgl. Mitteilung der Bundesregierung, abgedruckt in *Funkkorrespondenz* (6)2007, S. 28 ff.; vgl. zu dieser Rechtsauffassung auch Wiedemann, *Public Service Broadcasting, State Aid, and the Internet: Emerging EU Law*, *European State Aid Law Quarterly* 4/2004, S. 595 ff.

⁸ Zu den Kriterien vgl. EuGH Rechtssache C-280/00 *Altmark-Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rz. 88 ff.; Held/Schulz, *Europarechtliche Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten*, Berlin 2004, S. 31 ff.

Für alle neuen oder veränderten digitalen Angebote geltende Regelungen

Prüfungsverfahren und -kriterien

Die Länder werden im Rundfunkstaatsvertrag das Verfahren zur Beauftragung für alle neuen Angebote öffentlich-rechtlicher Anstalten konkretisieren. Dazu werden die öffentlich-rechtlichen Anstalten verpflichtet, für alle neuen digitalen und veränderten digitalen Angebote einen dreistufigen Test durchzuführen. Die Stufen werden im Gesetz benannt; für jedes Angebot ist durch die Anstalt zu prüfen:

1. dass es zum öffentlichen Auftrag gehört und damit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft entspricht und
2. dass es in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt, sowie
3. der Aufwand, der für die Erbringung des Angebots vorgesehen ist.

Die vorgeschlagenen staatsvertraglichen Maßnahmen werden in der Gesetzesbegründung im Hinblick auf die Definition des publizistischen Wettbewerbs konkretisiert.

Hierbei sind folgende Punkte einzubeziehen:

- Umfang und Qualität der vorhandenen, frei zugänglichen Angebote und marktrelevante Auswirkungen des geplanten Angebots.
- Die meinungsbildende Funktion des geplanten Angebots (das unterhaltende Elemente einschließen kann) angesichts der insgesamt bereits vorhandenen Angebote.

Nicht jede Änderung bspw. eines Online-Angebots oder anderen digitalen Angebots kann ein Vorhaben sein, das das hier beschriebene Verfahren durchlaufen muss. Die staatsvertragliche Regelung wird daher vorsehen, dass die Anstalten in Satzungen und Richtlinien transparente und nachvollziehbare Kriterien festlegen, wann ein neues Angebot vorliegt und das Verfahren greift. Den Anstalten wird aufgegeben, dabei folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- die Bedeutung des Vorhabens für den publizistischen Wettbewerb
- die finanzielle Relevanz des Vorhabens
- die geplante Dauer des Vorhabens

- inwieweit vergleichbare Angebote von der Anstalt bereits angeboten werden (bei der Frage der Vergleichbarkeit ist auf die Sicht der Nutzer abzustellen: welche Angebote sind aus ihrer Sicht austauschbar).

Transparenz

Die staatsvertragliche Regelung wird die Vorgabe vorsehen, dass die genannten Begründungen zu dem Vorhaben nach Durchführung der Prüfung hinreichend konkret sind, um der jeweils zuständigen Aufsicht, aber auch Dritten eine Beurteilung des Angebots zu ermöglichen.

Die Transparenz bei der Konkretisierung von Vorhaben wird durch die Möglichkeit für Dritte, Stellungnahmen abzugeben, erhöht. Der Staatsvertrag wird vorsehen, dass sich die Gremien vor ihrer Entscheidung mit Stellungnahmen Dritter zu den marktlichen Auswirkungen des Angebots befassen. Eine Rechtsstellung Dritter soll dadurch nicht entstehen.

Verfahrensregeln

Die Selbstverpflichtungen im Hinblick auf das Angebot werden durch die plural besetzten Aufsichtsgremien genehmigt und anschließend in den amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder veröffentlicht. Die Länder werden im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen der Anstalten auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.

Konkretisierungen für digitale Zusatzangebote

Als Maßnahme zur weiteren Konkretisierung des allgemeinen Programmauftrags werden dennoch zusätzlich im Rundfunkstaatsvertrag beispielhaft Programmkategorien zur Konkretisierung der Begriffe Kultur, Bildung und Information eingeführt.

Die Anstalten werden gesetzlich verpflichtet, das Programmkonzept unter Bezugnahme auf die Kategorien zu konkretisieren. Dieses Programmkonzept wird durch die zuständigen plural besetzten Gremien genehmigt und anschließend in den amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder veröffentlicht. Die Länder werden im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen der Anstalten auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.

Konkretisierungen für Telemedien

Auch für Vorhaben im Bereich Telemedien wird das Beauftragungsverfahren gemäß 2.1.1. gelten.

Die Beauftragung wird staatsvertraglich auf journalistisch-redaktionelle Angebote beschränkt; journalistisch-redaktionell veranlasste Angebote (etwa Chats) sind von diesem Auftrag umfasst.

Was unter journalistisch-redaktionell verstanden wird, wird in der Begründung konkretisiert und leitet sich aus dem durch die Rechtsprechung bereits konkretisierten Begriff in anderen Gesetzen ab.

Es wird eine (Positiv/Negativ-)Liste von Telemedien erstellt, die illustrativen Charakter hat und auch Angebote bezeichnet, die – wie beispielsweise E-Commerce – als nicht vom Auftrag umfasst anzusehen sind.

Im Staatsvertrag werden zur Konkretisierung Kriterien genannt, denen die Vorhaben im Bereich der Online-Angebote dienen müssen. Sie 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.

Diese sind beispielsweise:

- Allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft zu ermöglichen,
- Minderheiten adäquaten Zugang zu Angeboten zu verschaffen,
- Den Bürgern den Nutzen der neuen digitalen Dienste nahe zu bringen,
- Glaubwürdige Orientierungshilfe bei den neuen digitalen Diensten zu bieten,
- Medienkompetenz zu fördern,
- Rundfunksendungen dem Wandel der Mediennutzung entsprechend zu begleiten.

Eine flächendeckende lokale Berichterstattung ist vom Auftrag nicht umfasst.

Werbung und Sponsoring bleiben ausgeschlossen. Die Anstalten werden darüber hinaus gesetzlich verpflichtet, in Selbstverpflichtungen Regeln zu entwickeln, die sicherstellen, dass Verweisungen von ihren Angeboten nicht unmittelbar zu direkten Kaufaufforderungen führen. Die Konzepte

für Angebote müssen deutlich machen, inwieweit sie diesen Zielen dienen. Für Angebote, die sendungsbegleitend sind, sind die Anstalten künftig gehalten, in den Konzepten für diese Angebote die betreffende Sendung und den zeitlichen Bezug transparent zu machen.

Mobile Dienste

Für mobile Dienste gelten die Regelungen zur Beauftragung für digitale Angebote bzw. Telemedien.

(Quelle: K (2007) 1761 endg.)

2. Verfassungsrecht

In seiner jüngsten Entscheidung zu Rundfunkgebühren hat das Bundesverfassungsgericht noch einmal bestätigt, welche besondere Bedeutung dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk und seiner Produktionslogik für das in Art. 5 Abs. 1 GG festgeschriebene Ziel, freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu erreichen, zukommt.⁹

Die Festlegung der Rundfunkgebühr ist für die Programmfreiheit besonders neuralgisch, da öffentlich-rechtliche Anstalten wie jede Organisation geldabhängig und über diese Abhängigkeit steuerbar sind. Daher muss die Gebührenfestsetzung frei von medienpolitischen Zwecksetzungen erfolgen.¹⁰ Das Gericht fordert materielle, prozedurale und organisatorische Vorkehrungen, die sicherstellen, dass die Gebührenfestsetzung programmneutral und programmakzessorisch erfolgt.

⁹ Vgl. BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007, Absatz-Nr. 120 ff. Es knüpft dabei an seine Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG an, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk vor allem auch eine staatsfreie Gestaltung seines Programms sicherstellt.

¹⁰ Vgl. BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007, Absatz-Nr. 128 unter Verweis auf BVerfGE 90, 60, 93 ff.

Auch wenn der Gesetzgeber folglich nicht die »Gebührenschaube« für die Auftragskonkretisierung nutzen kann, so ist er doch auch nach deutschem Verfassungsrecht befugt, gesetzlich festzulegen, welchen Umfang und welche Struktur der Funktionsauftrag der Rundfunkanstalten hat.¹¹ Soweit der Gesetzesvorbehalt reicht, ist er auch bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung sogar zur Regelung verpflichtet. Der Gesetzgeber ist allerdings begrenzt, wenn es um die Konkretisierung des Funktionsauftrages geht, da die Programmfreiheit der Anstalten betroffen sein kann. Grundsätzlich steht allein den Anstalten zu, über die Anzahl und den Umfang erforderlicher Programme und vor allem ihre publizistische Ausrichtung zu entscheiden.¹² Allerdings schließt das Bundesverfassungsgericht gesetzliche Programmzahlbegrenzungen nicht von vornherein aus.¹³

Die aktuelle Entscheidung des BVerfG bot keinen Anlass, die genaue Grenze gesetzlicher Konkretisierung und den autonomen Gestaltungsspielraum der Anstalten bei der Auftragsbestimmung herauszuarbeiten.¹⁴ Grundsätzlich sind jedenfalls

11 Vgl. BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007, Absatz-Nr. 132; BVerfGE 90, 60, 95.

12 Vgl. BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007, Absatz-Nr. 124 unter Verweis auf BVerfGE 87, 181, 201; 90, 60, 91 f.

13 BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007, Absatz-Nr. 125.

14 Vgl. dazu Eifert, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Baden-Baden 2002, vor allem S. 89 ff.; Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000, S. 202; Lerche, Gestaltungskompetenz, in: Assmann/Brinkmann/Gounalakis/Kohl/Walz (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Heidelberg 1997, S. 243 ff.; Degenhart, Programmfunktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und Aufgabenbestimmung durch den Gesetzgeber, ZUM 2000, S. 362; Degenhart, Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus nationaler und internationaler Sicht, Der Rundfunkauftrag als Grundlage und Grenze, AFP 2005, S. 493 ff.

Einflussnahmen auf Verfahren und Organisationen bei der Auftragskonkretisierung freiheitsschonender als direkte materielle Vorgaben des Staates.¹⁵ Dem Prinzip »Grundrechtsschutz durch Verfahren« kommt in diesem Bereich hohe Relevanz zu.

Der gelegentlich pointierte Gegensatz zwischen dem Beihilfekompromiss auf der einen und den verfassungsrechtlichen Anforderungen auf der anderen Seite¹⁶ ist daher zwar dem Grunde nach gegeben: Die europarechtlichen Regelungen erfordern eine möglichst klare Beauftragung durch den Mitgliedsstaat, verfassungsrechtlich am schonendsten sind dagegen autonome Konkretisierungen durch die Anstalt. Ein manifester Widerspruch ergibt sich aber nicht, da die Kommission die prozedurale Vorgehensweise, die § 11 RStV vorzeichnet, grundsätzlich europarechtlich gebilligt hat. Anders herum schließt Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in seiner Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht keineswegs aus, dass es eine abstrakte staatliche Beauftragung und eine gesetzlich vorgezeichnete prozedurale Konkretisierung gibt, die die Anstalten zur Selbstbeschränkung verpflichten. Im Gegenteil: In der vom Grundgesetz errichteten Ordnung sind Privilegien wie das Gebührenprivileg nur funktionsbezogen denkbar und begründungspflichtig.

15 Vgl. das »Kernmodell« bei Schreier, Das Selbstverwaltungsrecht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt/Main 2001, S. 293 ff.

16 Vgl. Wiedemann, Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und Europa, ZUM 2007, S. 804 f.

Programmauftrag nach § 11 RStV

§ 11

(1) Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat durch die Herstellung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken. Er kann programmbegleitend Druckwerke und Telemedien mit programmbezogenem Inhalt anbieten.

(2) Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat in seinen Angeboten und Programmen einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben. Er soll hierdurch die internationale Verständigung, die europäische Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt in Bund und Ländern fördern. Sein Programm hat der Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung zu dienen. Er hat Beiträge insbesondere zur Kultur anzubieten.

(3) [...]

(4) Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio erlassen jeweils Satzungen oder Richtlinien zur näheren Ausgestaltung ihres jeweiligen Auftrags. Die Satzungen und Richtlinien nach Satz 1 sind in den amtlichen Verkündungsblättern der Länder zu veröffentlichen. Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio veröffentlichen alle zwei Jahre, erstmals zum 1. Oktober 2004, einen Bericht über die Erfüllung ihres jeweiligen Auftrags, über die Qualität und Quantität der Angebote und Programme sowie die geplanten Schwerpunkte der jeweils anstehenden programmlichen Leistungen.

(5) [...]

III. DIE PRODUKTION VON PUBLIC VALUE

1. Strukturelle Diversifizierung im dualen System und Stärken öffentlich-rechtlicher Programmproduktion

Verfassungsrechtlich handelt es sich bei dem Verhältnis von privatem und öffentlich-rechtlichem Rundfunk im so genannten dualen Rundfunksystem nicht um eine Arbeitsteilung, bei der etwa der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf eine »Lückenfüller«-Funktion im Hinblick auf die Kommunikationsgüter beschränkt wäre, die der Markt nicht anzubieten in der Lage ist. Nur auf Grundlage dieser Prämisse war auch eine Einigung mit der Europäischen Kommission im Beihilfeverfahren möglich. Hilfreich für das richtige Verständnis der beiden Säulen zueinander ist der Blick auf die von *Hoffmann-Riem* so genannte »strukturelle Diversifizierung«, die sich in einer dualen Rundfunkordnung vollzieht.¹⁷ Die Statik des Rundfunksystems soll gerade dadurch Stabilität gewinnen, dass Schwächen der einen Säule durch Stärken der anderen ausgeglichen werden und umgekehrt.

Dass kommerzieller Rundfunk strukturelle Schwächen hat, liegt in der ökonomischen Natur von Informationsgütern begründet. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner letzten Entscheidung noch einmal auf diese so genannten »Marktmängel« Bezug genommen und damit die Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkversorgung begründet.¹⁸ Zu diesen strukturellen Besonderheiten gehören so genannte Informationsasymmetrien, also der Umstand, dass man bestimmte Produkteigenschaften erst beim Konsum – oder nicht

¹⁷ Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000, S. 292 ff.

¹⁸ Vgl. BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007, Absatz-Nr. 118 ff.; Wiedemann, Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und Europa, ZUM 2007, S. 800 ff.

einmal dann – wirklich beurteilen kann, etwa die Verlässlichkeit von Nachrichten.¹⁹ Auch ist dem Kommunikationssektor eine strukturelle Neigung zur Konzentration eigen. Schließlich ist unklar, ob sich alle Präferenzen der Konsumenten tatsächlich in der Rezeptionsentscheidung niederschlagen. Hier können sich etwa kurz- oder mittelfristige Präferenzen widersprechen (augenblickliches Unterhaltungsbedürfnis vs. mittelfristige Informationsinteressen).²⁰ Dieser Punkt ist deswegen besonders umstritten, da die Beurteilung eine normative Setzung impliziert, welche Präferenzen relevant sind; geht man davon aus, dass die Bedürfnisse des Zuschauers in seiner Bürger-Rolle bedeutsam sind, auch wenn sie in der aktuellen Programmwahl nicht in entsprechendem Ausmaß relevant werden, führt dies unter reinen Marktbedingungen zu einer »Unterversorgung« mit Programmen, die dieses Bedürfnis befriedigen. Es kann also das Interesse des Bürgers sein, Informationsangebote verfügbar zu haben, auch wenn er sie nur selten nutzt. Die Umwegfinanzierung über Werbung kann die Strukturen ebenfalls beeinflussen; ein attraktives Werbeumfeld zu schaffen setzt Anreize, die es beispielsweise unattraktiv erscheinen lassen, bestimmte Minderheitsinteressen zu berücksichtigen.²¹

Insgesamt führen diese Marktdefizite zu Programmstruktureffekten, die privaten Rundfunk nicht optimal im Hinblick auf die kommunikativen Ziele erscheinen lassen, die Art. 5 Abs. 1 S.

19 Zu den Marktängeln Heinrich, Medienökonomie, Bd. 2, Opladen 1999, S. 24 ff.

20 Vgl. Schulz/Held/Kops, Perspektiven der Gewährleistung öffentlicher Kommunikation, Baden-Baden 2002, S. 58 ff.

21 Dass auch Online-Kommunikation derartigen Effekten ausgesetzt ist, zeigt sich darin, dass die Orientierung an »Klicks« als Erfolgskriterium zu Fotostrecken auf Internetseiten führt, die nicht unbedingt die journalistisch beste Darstellungsform für das Thema sein müssen.

2 GG mit der Rundfunkfreiheit schützen will.²² Journalistisch-professionelle Angebote können der Kommerzialisierung zum Opfer fallen, riskante Formate zugunsten bekannter Schemata und Darsteller verdrängt werden. Auf der anderen Seite besitzt der private Rundfunk mit der ökonomischen Rückbindung ein effizientes Sensorium, das ihn jedenfalls an die kurzfristigen Interessen der Bürgerinnen und Bürger rückkoppelt. Zudem ist er über die autonome Finanzierung weitgehend frei von staatlichen Einflüssen.

Auch bei öffentlich-rechtlicher Rundfunkproduktion sind Schwächen zu beobachten. Dazu gehört, dass trotz aller verfassungsrechtlichen Bemühungen, Staatsfreiheit abzustützen, Einflussnahmen aus der staatlichen Sphäre im öffentlich-rechtlichen Rundfunk leichter möglich sind als im privaten. Zudem ist der gleich zu schildernde Vorteil unabhängiger Finanzierung auch tendenziell ein Nachteil, denn die durch eine autonome Finanzierung bewirkte Unabhängigkeit kann auch zu einer Loslösung von den gesellschaftlichen Kommunikationsbedürfnissen führen, die dann durch andere Mechanismen verhindert werden muss. Ein mit Finanzgarantie ausgestatteter, unkontrollierter öffentlich-rechtlicher Rundfunk könnte nur für sich selbst oder eine (andere) Bildungselite Programm machen.

Allerdings liegt in der überwiegenden gemeinwirtschaftlichen Finanzierung durch Gebühren auch die große Stärke des öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems. Sie kann die oben dargestellten negativen Struktureffekte des Marktes verhindern, ein Gegengewicht zu möglichen privaten Meinungsmonopolen bilden und sich an journalistisch-professionellen Standards

22 Einige Marktdefizite treffen vor allem werbefinanzierte Programme; mit der Digitalisierung weitet sich PayTV aus. Welche Folgen dies für die Rundfunkordnung hat, kann hier nicht weiter diskutiert werden.

ausrichten. Zudem ermöglicht sie Programminnovationen und stellt sozusagen kommunikatives Risikokapital dar.²³

Im Idealfall entsteht im dualen Rundfunksystem innerhalb, aber auch zwischen den Säulen ein publizistischer Wettbewerb, der qualitativ dadurch an Niveau gewinnen kann, dass die Stärken der unterschiedlichen Systeme die Messlatte für die jeweils »andere Seite« möglichst hoch setzen.²⁴ So wird man bei aller Kritik an der Programmqualität im Einzelfall sagen können, dass etwa die Nachrichten im privaten Fernsehen auch im internationalen Vergleich in Deutschland ein recht hohes Niveau besitzen, da sie sich an dem Standard von »Tagesschau« und »heute« messen müssen.

Aus der dargestellten Systematik folgt, dass auch privater Rundfunk zur Erfüllung der kommunikativen Ziele der Gesellschaft beiträgt, auch diese Säule also einen Teil der Last trägt, gesellschaftliche Kommunikation gelingen zu lassen; die aktuelle Debatte um Public Value durch private Rundfunkveranstalter, die durch Fragen nach einer Rechtfertigung von Privilegien etwa im Bereich der Frequenzen ausgelöst wurde, ist daher durchaus zielführend.²⁵

Für die vorliegende Untersuchung ist aber die besondere Produktionslogik²⁶ öffentlich-rechtlicher Anstalten von Relevanz. Zunächst ist festzuhalten, dass die gemeinwirtschaftliche Fi-

23 Vgl. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Baden-Baden 2008, S. 198 ff.

24 Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000, S. 172 f.

25 Vgl. Tobias Schmid, RTL-Bereichsleiter Medienpolitik, gegenüber epd medien, in: epd medien 97/2007, S. 8.

26 Vgl. zum Begriff Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Baden-Baden 2008, S. 364, sowie zu den Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Programmerstellung a. a. O., S. 154 ff.

nanzierung, die sich in Deutschland mit einer verfassungsrechtlich abgestützten Finanzierungsgarantie verbindet, einen Freiraum eröffnet, der auf ganz unterschiedliche Weise gefüllt werden kann. Lässt man einmal außer Acht, dass auch öffentlich-rechtlicher Rundfunk dort, wo Werbefinanzierung eine Rolle spielt, über diese – im Guten wie im Schlechten – gesteuert wird, bedarf es alternativer Steuerungsmechanismen, die die Programmproduktion in diesem Freiraum lenken.

2. Derzeitige Auftragskonkretisierung und Kontrollmechanismen

Der Drei-Stufen-Test soll die Auftragskonkretisierung umstrukturieren und so der beständig notwendigen Positionierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks²⁷ einen neuen Rahmen geben.

Das derzeitige Steuerungssystem sieht auf gesetzlicher Ebene aus den oben genannten Gründen sehr übersichtlich aus. Es erfolgt eine Beauftragung mit der Veranstaltung von Rundfunk (und derzeit programmbegleitenden Druckwerken und Telemedien mit programmbezogenem Inhalt) in § 11 Abs. 1 RStV sowie z.T. konkrete Beauftragungen etwa mit einem »Fernsehprogramm« beim ZDF. Die Ziele, die mit diesen Programmen erreicht werden sollen, sind auf gesetzlicher Ebene ebenfalls sehr abstrakt vorgegeben, nämlich in § 11 Abs. 2 RStV vor allem mit dem Auftrag zur Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung. Ein Beitrag zur Kultur (Satz 4) und zur Berichterstattung auf allen regionalen Ebenen (Satz 1) ist besonders erwähnt. Schon angesichts der Schwierigkeit zu bestimmen, wovon sich Kultur unterscheidet, lassen sich daraus kaum Begrenzungen ableiten.

27 Vgl. Jarren/Donges/Held/Jürgens/Künzler/Schulz, Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, Baden-Baden 2001.

Auf Grund der Abstraktheit der materiellen Vorgaben kommt den prozeduralen und organisatorischen Absicherungen besondere Bedeutung zu. Traditionell ist das zentrale Instrument, das sicherstellen soll, dass das Programm sich an den Bedürfnissen der Gesellschaft ausrichtet, der Rundfunkrat (bzw. der Fernseh- oder der Hörfunkrat). Die gruppenplural zusammengesetzten Organe sollen weniger im Rahmen ihrer repressiven Kontrollfunktion, sondern in ihren gestaltenden Kompetenzen zur Personalentscheidung (vor allem Wahl und Abwahl des Intendanten bzw. der Intendantin) und damit verbunden durchaus wirkmächtigen Beratungskompetenzen Einfluss nehmen. Der verfassungsrechtlichen Idee nach sind die Personen in den Räten keine Interessenvertreter, sondern sollen insgesamt die Allgemeinheit repräsentieren, wobei es dem System hilft, dass sie unterschiedliche Perspektiven aus ihren jeweiligen Entscheidungsinstitutionen mitbringen und auch in gewissen Grenzen diesen gegenüber für ihr Handeln im Rat rechenschaftspflichtig sind.²⁸

Die Arbeit interner Gremien wird mit immer wieder variierten Argumenten kritisiert, die im Kern zurückzuführen sind auf den Vorwurf zu großer Staats- bzw. Politiknähe, mangelnder Fachkompetenz und – z. T. damit verbunden – unzureichender »Gegenmacht« gegenüber dem Intendanten bzw. der Intendantin und den Stäben sowie – sehr grundsätzlich – der Unmöglichkeit, eine sich immer weiter differenzierende moderne Gesellschaft durch ein quasi-ständisches System in einem Rat abzubilden.²⁹

²⁸ Vgl. zur Konstruktion vor allem Eifert, Konkretisierung des Programmauftrages des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Baden-Baden 2002, S. 39 ff.

²⁹ Zu der Kritik vgl. Hennig, Rundfunkräte auf dem Prüfstand, Bonn 1981; Plog, Organisation und gesellschaftliche Kontrolle des Rundfunks, in: Aufermann/Scharf/Schlie (Hrsg.), Fernsehen und Hörfunk für die Demokratie, Opladen 1979, S. 52 ff.; Kabbert, Rundfunkkontrolle als Instrument der Kommunikationspolitik, Nürnberg 1987, S. 394; Kepplin-

ger/Hartmann, Stachel oder Feigenblatt, Frankfurt/Main 1989, S. 57 f.; Lilienthal, Die Gremienplage, epd/Kirche und Rundfunk 61/1995, S. 3 ff.

Dessen ungeachtet ist bislang kein systematischer Vorschlag unterbreitet worden, der eine bessere Alternative bietet.³⁰ Stattdessen hat der Gesetzgeber das System durch weitere Mechanismen der Rückkopplung zu ergänzen versucht. Diese Mechanismen setzen zunächst auf Prozeduralisierung, indem der ARD und dem ZDF und dem DeutschlandRadio aufgegeben wird, in Satzungen und Richtlinien die Ausgestaltung ihres Auftrages zu konkretisieren (§ 11 Abs. 4 S. 1 RStV). Es wird auf Öffentlichkeit als Steuerungsressource rekurriert, wenn der Gesetzgeber den Anstalten aufgibt, diese Satzungen und Richtlinien und darauf bezogene Berichte zu veröffentlichen (§ 11 Abs. 4 RStV).

Mit dem Drei-Stufen-Test wird nun schon bei der Prüfung der Aufnahme eines Angebots die Frage nach seinem Beitrag zur Meinungsbildung gestellt. Ähnlich wie beim privaten Rundfunk bei der Zulassung, bei dem sich diese als vorweggenommene

³⁰ Zur Reformdiskussion vgl. die Beiträge in der epd-medien-Reihe zur Gremiendebatte, Folge 1 von Marc Jan Eumann, erschienen in epd medien 12/2007, Folge 2 von Thomas Kleist in epd medien 25/2007, Folge 3 von Udo Reiter in epd medien 37/2007, Folge 4 von Martin Stadelmaier in epd medien 41/2007, Folge 5 von Ernst Elitz in epd medien 47/2007, Folge 6 von Grietje Bettin in epd medien 49/2007, Folge 7 von Hans Matthias Kepplinger in epd medien 55/2007, Folge 8 von Joachim Huber in epd medien 56/2007, Folge 9 von Jürgen Doetz in epd medien 59/2007, Folge 10 von Otfried Jarren in epd medien 60/2007, Folge 11 von Hans-Joachim Otto in epd medien 61/2007, Folge 12 von Fritz Raff in epd medien 62/2007, Folge 13 von Christoph Degenhart in epd medien 63/2007, Folge 14 von Heiko Hilker in epd medien 64/2007, Folge 15 von Tino Kunert in epd medien 65/2007, Folge 16 von Hans J. Kleinsteuber in epd medien 67/2007, Folge 17 von Ruprecht Polenz in epd medien 72/2007, Folge 18 von Volker Giersch in epd medien 78/2007, Folge 19 von Helmut Frahm in epd medien 100/2007 und Folge 20 von Walter Hömberg in epd medien 4/2008.

Aufsicht darstellt,³¹ ist auch die Aufnahme eines neuen Angebots eine wichtige Weichenstellung, die die Qualitätssteuerung laufender Programme natürlich nicht ersetzt. Die Mechanismen der laufenden Kontrolle und der Aufnahmekontrolle sind daher sinnvoller Weise zu vernetzen. Organisatorisch geschieht das, wenn der Rundfunkrat künftig über die Aufnahme neuer Angebote nach dem Drei-Stufen-Test entscheidet. Wird das Verfahren intelligent ausgestaltet, wird darin nicht nur über das Ob entschieden, sondern auch schon im Vorwege bei der Gestaltung der Angebote berücksichtigt, wie sie zum publizistischen Wettbewerb beitragen.

3. Bisherige Erfahrungen mit der Selbstkonkretisierung

Das Vorgehen des Gesetzgebers – abstrakte, weite Aufgabendefinition und Vorgaben für die Konkretisierung durch die Anstalten im Staatsvertrag – ist steuerungstheoretisch plausibel,³² hat allerdings bislang nicht vollständig die gewünschten Ergebnisse gezeitigt. Betrachtet man die veröffentlichten Maßnahmen der Anstalten, so wird nicht immer erkennbar, welche Teilziele die Anstalten aus dem Auftrag nach § 11 Abs. 1 ableiten, welche Prinzipien dabei steuernd berücksichtigt werden und an welchen Kriterien der Erfolg qualitativ gemessen wird.

31 Hoffmann-Riem, Schutz der Kommunikationsordnung durch Rundfunkaufsicht: Ziele, Instrumente, Erfahrungen, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1991, S. 405 ff.

32 Vgl. schon die darauf hinzielenden Vorschläge von Bullinger, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks, 2. Auflage, Gütersloh 1999, S. 13 ff.; Eifert, Konkretisierung des Programmauftrages des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Baden-Baden 2002, S. 122 ff.; Vgl. Jarren/Donges/Held/Jürgens/Künzler/Schulz, Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, Baden-Baden 2001.

Den Satzungen und Richtlinien ist zuweilen nicht der staatliche Rechtsnormen ersetzende Charakter zueigen, den § 11 RStV vorsieht. Die Satzungen und Richtlinien sollen die Konkretisierung bieten, die das Gesetz wegen des Grundsatzes der Staatsfreiheit nicht leisten kann. Sie sollten so formuliert sein, dass auch klar wird, womit die Anstalten *nicht* beauftragt sind. Derzeit finden sich allerdings auch eher plakativ-programmatische Äußerungen, etwa zur Onlinepräsenz: »Sie leistet einen wichtigen Beitrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt in den neuen Medien und trägt damit zur Meinungs- und Willensbildung in der Gesellschaft bei. Vor allem die jüngere, mit dem Internet aufwachsende Generation lässt sich auf diesem Wege erreichen.«³³ Zum Teil wird lediglich der Inhalt der gesetzlichen Regelungen paraphrasiert.³⁴ Allerdings finden sich auch vom Gesetzgeber gar nicht adressierte, aber hoch bedeutsame Punkte in den Richtlinien, wie dass die ARD sich dafür einsetzt, der gesamten Bevölkerung einen möglichst einfachen und ungehinderten Zugang zu ihren Programmen und Angeboten zu ermöglichen.³⁵

Diese Unklarheit in der Textgattung setzt sich auf Ebene der Berichte nach § 11 Abs. 4 Satz 3 RStV fort. So enthalten sie zum Teil wiederum vom Gesetzgeber nicht vorgesehene, aber eindeutig dem Ziel aus Art. 5 Abs. 1 GG dienende Selbstverpflichtungen wie die, ein umfangreiches barrierefreies Angebot für Men-

33 Punkt I. (4) c. der Grundsätze für die Zusammenarbeit im ARD-Gemeinschaftsprogramm »Erstes Deutsches Fernsehen« und anderen Gemeinschaftsprogrammen und -angeboten (Richtlinien gemäß § 11 RStV) vom 30.03.2004.

34 Ebd., Punkt I. (1) b, (3) e und (4) b. der Grundsätze für die Zusammenarbeit im ARD-Gemeinschaftsprogramm »Erstes Deutsches Fernsehen« und anderen Gemeinschaftsprogrammen und -angeboten (Richtlinien gemäß § 11 RStV) vom 30.03.2004.

35 Ebd., Punkt I. (1) h.

schen mit Behinderungen zu offerieren.³⁶ Andere Teile ähneln im Stil eher PR-Kommunikation (»Der »Tatort« konnte sich als erfolgreichste Krimireihe des deutschen Fernsehens behaupten [...]«³⁷) und bieten noch keine diskutierbaren Qualitätskriterien an, auch wenn es viele Ansätze in diese Richtung gibt.

Dies ist vermutlich nur ein Grund dafür, dass die Bezugnahme auf diese Berichte in der öffentlichen Kommunikation bislang kein nennenswertes Ausmaß erreicht hat. Dazu kommt sicher, dass eine Reflexion über Programme und Programmpolitik in der Öffentlichkeit ohnehin kaum stattfindet.³⁸

Ganz eingespielt ist das neue System der Konkretisierung also noch nicht. Vor diesem Hintergrund geht der Gesetzgeber durchaus ein Wagnis ein, wenn er – wie in der Beihilfeeinigung vorgesehen – bei der Konkretisierung sowohl der organisatorischen und verfahrensmäßigen (etwa Aufgreifschwelle für den Drei-Stufen-Test), als auch bei den materiellen Kriterien weitgehend auf eigene Regelungen verzichtet. Er ist aber in diesem Punkt verfassungsrechtlich zum Mut verdammt.

36 Bericht der ARD über die Erfüllung ihres Auftrags, über die Qualität und Quantität ihrer Angebote und Programme sowie über die geplanten Schwerpunkte, 2006, S. 72 f.

37 Ebd., S. 27.

38 Zu den Gründen dafür vgl. die Beiträge in Weiß (Hrsg.), Zur Kritik der Medienkritik, Berlin 2005.

IV. DIE AUSGESTALTUNG DER STUFEN

1. Materielle gesetzliche Vorgaben

Die materiellen Vorgaben, die sich aus dem Beihilfekompromiss für die Beauftragung ergeben, bilden das Gerüst für den Test. Erwähnungsbedürftig ist, dass eine konkrete Beauftragung mit Telemedien erfolgen soll, wobei sich diese auf journalistisch-redaktionelle Angebote oder journalistisch-redaktionell veranlasste Angebote bezieht. Der Staatsvertrag wird auch zur Konkretisierung Kriterien nennen, die Ziele beschreiben, denen die Angebote dienen müssen. Die Begleitung von Rundfunksendungen ist nur noch ein Merkmal unter vielen, so dass zum ersten Mal der Entwicklungsgarantie entsprechend ein genuiner Online-Auftrag für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk erteilt werden wird, wenn die Länder den Kompromiss wie geplant umsetzen. Abweichungen von geplanten Strukturen dahingehend, dass die Länder selbst mehr materiell gesetzlich regeln, sind europarechtlich zwar möglich, aber verfassungsrechtlich begrenzt.

Entscheidend für die Beauftragung mit neuen Rundfunk- und Telemedien-Angeboten wird daher der Drei-Stufen-Test sein; allerdings können die Länder auch einzelne Beauftragungen – unter Beachtung der Staatsfreiheit – selbst konkretisieren. Auch wenn er grundsätzlich für alle Angebote vorgesehen ist, können Differenzierungen im Verfahren je nach Dienstetyp sinnvoll sein, etwa angelehnt an die Differenzierung der Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste nach linearen und non-linearen Diensten. Schon die Konzepte, die die Anstalten als Grundlage der Prüfung erstellen, werden sich je nach Typ unterscheiden; lineare Angebote haben zudem eine »natürliche« Abgrenzung des Gegenstandes (auch wenn zu klären ist, wann bei Änderung von Inhalt oder Sendezeit ein neues Programm vorliegt), während bei non-linearen grundsätzlich schwer ist zu sagen, welcher Teil eines Onlineauftritts überhaupt als eigenständiges Angebot anzusehen ist.

Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste

Im Dezember 2007 hat die Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste (Amtsblatt Nr. L 332/27 vom 18.12.2007) die EG-Fernsehrichtlinie als zentrales Koordinationsinstrument des europäischen Rechts für elektronische Medien abgelöst. Sie unterscheidet zwischen linearen und non-linearen Angeboten. Während Regelungen für Fernsehprogramme als lineare Dienste bereits zuvor europarechtlich koordiniert wurden, ist der Anwendungsbereich auf non-lineare, also on-demand Dienste, erweitert worden.

2. Funktion des Drei-Stufen-Tests

Betrachtet man die Konkretisierung des Funktionsauftrages durch die Anstalten aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive, so vollziehen sie dort strukturgleich das nach, was der Gesetzgeber in seinem Funktionsbereich tut, nämlich die Rundfunkordnung auszugestalten. Im Hinblick auf die Ausgestaltung auf gesetzlicher Ebene ist anerkannt, dass sie einen breiten Gestaltungsspielraum bietet und bieten muss, da es um multipolare Interessenkonstellationen geht.³⁹ Der Gesetzgeber handelt nur dann verfassungswidrig, wenn er das Ziel, freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu sichern, aus dem Auge verliert, es mit ungeeigneten Mitteln anstrebt oder einzelne Interessen in einer verfassungsrechtlich kritikwürdigen Weise vernachlässigt. Dieser breite Spielraum kann dem Gesetzgeber nur eingeräumt werden, wenn er auf der anderen Seite für seine Wahl innerhalb dieses Spielraums nachvollziehbare Gründe angibt.⁴⁰ Diesem prozeduralen Element kommt also eine konstitutive Bedeutung zu.

³⁹ Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000, S. 107 ff.

⁴⁰ So stellt die letzte Entscheidung des BVerfG zu Rundfunkgebühren stark auf die Begründung ab, vgl. BVerfG, 1 BvR 2270/05 vom 11.9.2007, Absatz-Nr. 155 ff.; vgl. zu Begründungsobliegenheiten des Gesetzge-

Vollziehen nun die öffentlich-rechtlichen Anstalten die Ausgestaltung nach, wenn sie innerhalb des gesetzlichen Rahmens konkretisieren, welche Programme und Dienste sie zukünftig anbieten wollen, so gilt dafür strukturell Ähnliches. Wie oben dargestellt, verbleibt ihnen ein Entscheidungsspielraum, den der Gesetzgeber aus Gründen der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht vollständig vorstrukturieren darf. Auch für die Anstalten bedeutet dies, dass sie sich bei der Entscheidung für oder gegen ein Angebot in einer bestimmten Form daran orientieren müssen, was für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung in der Bundesrepublik insgesamt optimierend wirkt.⁴¹ Sie sind während der Entscheidung nicht wie ihre privatwirtschaftlichen »Konkurrenten« normale Marktteilnehmer, die etwa nur das Interesse der Ausweitung der eigenen Angebote im Blick haben und dabei beispielsweise auch zu Verdrängungswettbewerb als Mittel greifen können.

Ebenso wie die Gesetzgeber trifft auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei ihrer Entscheidung über neue Angebote eine Begründungslast. Dies gilt nicht nur politisch in dem Sinne, dass wer Privilegien wie das Gebührenfinanzierungsprivileg in Anspruch nimmt, der Gesellschaft schuldet anzugeben, warum und wie er diese Mittel ausgibt, sondern auch verfassungsrechtlich.

»Begründen« ist hier in allen Bedeutungsgehalten zu verstehen, die die deutsche Sprache mit dem Begriff konnotiert. Dies heißt zunächst, die Gründe für das eigene Handeln anzugeben, aber auch diese Handlung gegenüber Dritten zu rechtfertigen und schließlich eine Basis für das weitere eigene Handeln zu legen.

bers Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Baden-Baden 2008, S. 38 ff. m. w. N.

⁴¹ Vgl. Held, ebd., S. 146 ff.

Zu verlangen ist vor diesem Hintergrund ein Prozess, bei dem beständig intern hinterfragt wird, welche Funktion die Anstalt für die öffentliche Kommunikation erfüllen will, was dies für konkrete Informationsbedürfnisse heruntergebrochen bedeutet und mit welchen Mitteln diese Ziele erreicht werden sollen. Steht fest, wie dieses funktionale Selbstverständnis aussieht und welche Ziele verfolgt werden, so wird auch begründbar, welche programmlichen Innovationen und die Nutzung welcher Verbreitungswege erforderlich sind, um angesichts veränderter Infrastrukturen und Nutzungsgewohnheiten eben diese Funktion erfüllen zu können. Hilfreich wäre schließlich auch die Angabe konkreter Prinzipien, die die Wahl der Mittel steuern können.

Spezifische Organisationsformen und Prozesse, die dies leisten, sind zumindest für Außenstehende derzeit bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht klar erkennbar. Schon organisatorisch ist zu beobachten, dass alles, was mit der Erfüllung der staatsvertraglichen Aufgabenzuweisung zu tun hat, in die Verantwortung der Justiziarate fällt, nicht der internen Stellen, denen primär die strategische Ausrichtung der Anstalten und die Profilierung der Programme überantwortet sind.

Künftig muss es den Anstalten jedenfalls gelingen, so effektiv wie gute Programmideen auch gute Gründe dafür zu produzieren.

3. Die drei Stufen im Überblick

Der Drei-Stufen-Test kann als Basis verstanden werden, den oben dargestellten Begründungsprozess für neue Angebote zu strukturieren. Den Anstalten wird es auf der Grundlage des Beihilfekompromisses selbst obliegen, die Aufgreifschwelle für den Test zu definieren – sie können also unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben steuern, wann der Test durchzuführen ist. Auf die dafür relevanten Kriterien kann hier nicht eingegangen werden.

Der ersten Stufe kommt die Funktion zu, den Bezug eines geplanten Angebots zum allgemeinen staatsvertraglichen Auftrag aus § 11 RStV herzustellen. Der Hinweis auf die »demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse einer Gesellschaft« ist zwar der Rhetorik des Europarechts entlehnt (etwa dem Amsterdamer Protokoll). Nichtsdestotrotz trifft es auch das, was nach dem oben Gesagten der öffentlich-rechtliche Rundfunk innerhalb des dualen Systems zu leisten hat. Auf dieser Stufe wäre also inhaltlich zu konkretisieren, welches kommunikative Bedürfnis hier adressiert werden soll und welche Bedeutung dieses kommunikative Bedürfnis in der Gesellschaft aktuell hat. Will etwa öffentlich-rechtlicher Rundfunk Formate anbieten, die Informationen für Jugendliche spielerisch aufbereiten, so wären an dieser Stelle der Prüfung Ausführungen dazu angebracht, inwieweit Computerspiele bei jungen Menschen ihren ästhetischen Zugang zur Welt zu prägen beginnen.

Zu Recht wird in der öffentlichen Diskussion auf die zweite Stufe des Drei-Stufen-Tests besonderes Augenmerk gelegt, da es hier um das Verhältnis der beiden Säulen im dualen System geht.

Nach dem oben Gesagten ist klar, dass die Qualität des publizistischen Wettbewerbs den Bezugspunkt darstellt. Dies bedeutet auf der einen Seite, dass die Folgen für den ökonomischen Wettbewerb nicht unmittelbar relevant sind. Die Aufnahme eines Dienstes kann nicht davon abhängen, ob der Markt bereits Angebote in diesem Bereich zur Verfügung stellt. Es geht nicht darum, mit öffentlich-rechtlichen Angeboten Lücken kommerzieller Aktivitäten zu schließen. Anders herum setzt eine Optimierung publizistischen Wettbewerbs voraus, die kommerziellen Angebote, die vergleichbaren gesellschaftlichen Bedürfnissen dienen wie das geplante Angebot, in die Beurteilung mit einzubeziehen.

Dementsprechend zerfällt diese Prüfungsstufe – wie auch die Beihilfe-Einigung bereits nahe legt – in zwei Teilfragen. Die erste

ist eine Bestandsaufnahme des publizistischen Wettbewerbsumfeldes sowie eine Prognose, wie sich dieses Wettbewerbsumfeld verändert, wenn das geplante öffentlich-rechtliche Angebot hinzutritt. Im Hinblick auf diesen Punkt (und nur diesen) sieht der Test eine Einbeziehung der Stellungnahmen Dritter vor, also voraussichtlich vor allem der betroffenen privaten Konkurrenten. Die zweite Teilfrage ist die Entscheidung, welche Situation im Hinblick auf den publizistischen Wettbewerb vorzugswürdig ist, die Fortschreibung des Status quo ohne Zutritt des geplanten öffentlich-rechtlichen Angebots oder aber die Aufnahme dieses Angebots und die damit verbundenen – möglicherweise negativen – Auswirkungen auf die privaten Angebote. Schon aus Gründen nationalen Verfassungsrechts kommt eine Strategie der Verdrängung privater Angebote für die Anstalten nicht in Betracht.⁴² Allerdings ist weder dies, noch dass privates Engagement in dem betreffenden Teilmarkt nachhaltig verhindert wird, der einzige Grund, ein Angebot nicht in die Beauftragung einzubeziehen.

Diese beiden Prüfungsschritte sind sehr unterschiedlicher Natur, was Auswirkungen auf die Frage hat, welche Institution nach welchen Kriterien die Prüfung auf dieser Stufe sinnvoller Weise durchführt. Bei der Untersuchung der marktlichen Auswirkungen geht es um eine medienökonomische Analyse, die um eine medienökonomische Prognose ergänzt wird. Beim zweiten Prüfungsschritt ist der besondere Public Value eines öffentlich-rechtlichen Angebots herauszuarbeiten und zu bewerten, wie die Gesamtsituation im Hinblick auf das hinzutretende Angebot mit seiner Auswirkung auf die privaten publizistischen Konkurrenten zu beurteilen ist.

An diesem Punkt kann sich sozusagen die Gretchenfrage des dualen Rundfunksystems und seiner perspektivischen Entwick-

lung stellen, nämlich ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es im Hinblick auf den publizistischen Wettbewerb qualitativ »besser« ist, wenn in einem Teilmarkt ein öffentlich-rechtliches Angebot hinzutritt, wenn dies zur Folge hat, dass ein oder mehrere private Konkurrenzangebote ausfallen, weil ihnen die ökonomische Basis entzogen wird. Die Anbieter privater Nachrichtenprogramme haben dies für den Fall behauptet, dass es zu einem öffentlich-rechtlichen Nachrichten-Spartenkanal käme.⁴³ Im Onlinebereich ist ähnliches denkbar: Mit der Aufmerksamkeit, die ein mögliches Volksmusikportal öffentlich-rechtlicher Sender erreicht, rechnet sich vielleicht ein Angebot Privater nicht mehr. Die Begründungslast dafür, den überschießenden Public Value darzulegen, liegt bei den Anstalten. Kriterien dafür werden im Folgenden diskutiert.

Die dritte Stufe des Tests soll Finanztransparenz herstellen und für alle Beteiligten, insbesondere die einbezogenen Dritten und die zur Entscheidung berufenen Gremien, klar machen, mit welchen Kosten der zusätzliche Public Value verbunden ist. Es handelt sich um keine Prüfung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, da die Instrumente der Finanzkontrolle von diesem neuen Verfahren nicht betroffen sein sollen.

Das Verfahren endet mit einer Entscheidung des Gremiums der Anstalt über die Aufnahme des Dienstes⁴⁴; der Beihilfeeinigung zufolge und im Einklang mit nationalem Verfassungsrecht bleibt

⁴³ So geht Rossmann, damals Geschäftsführer von N24, im Interview mit stern.de vom 23.8.2007 (abrufbar unter <http://www.stern.de/wirtschaft/unternehmen/N24-Chef-Rossmann-Die-ARD-Fakten/596011.html>) davon aus, dass es Verdrängungen vom Markt geben würde (wenn er auch N24 nicht betroffen sähe).

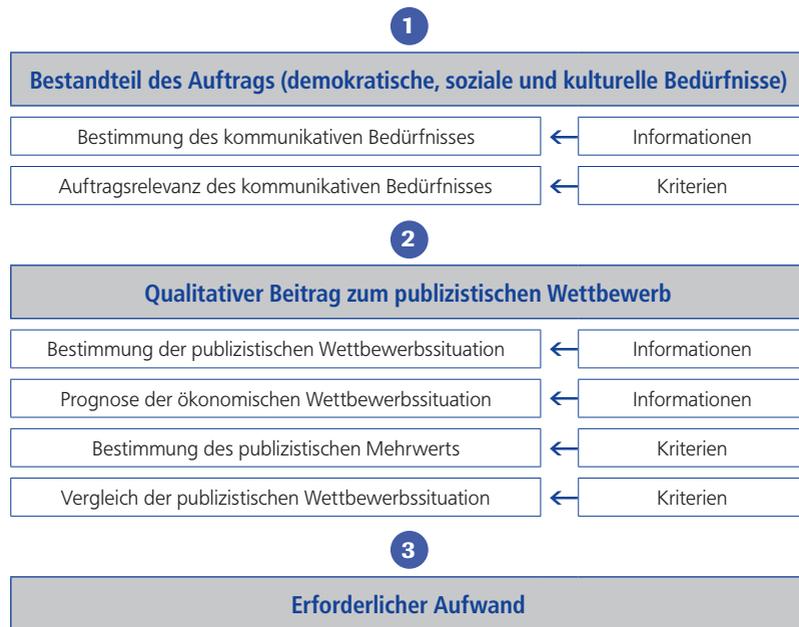
⁴⁴ Diese Entscheidung auf Grundlage des RStV bewirkt die Beauftragung im Sinne des Europäischen Rechts (s. o. II. 1.), auch wenn die Kommission das Verfahren offenbar erst mit der Prüfung der Rechtsaufsicht und Veröffentlichung als beendet ansieht (vgl. K (2007) 1761 endg. Rz. 370).

⁴² Vgl. Held, ebd., S. 242 ff.

die Staatsaufsicht begrenzt und subsidiär. Es ist allerdings vorgesehen, dass sie die Entscheidung der Gremien nach Durchlaufen des Drei-Stufen-Tests als Anlass für eine Prüfung nimmt.

4. Funktionsgerechte Verfahren und Organisationen für die Stufen

Um beurteilen zu können, welche Verfahren sachgerecht sind und welche Organisation die Aufgabe am besten erfüllen kann, sind die Funktion der Teststufen und damit verbunden die eben herausgearbeiteten Arbeitspakete noch einmal darzustellen. Dabei ist nach Informationen, die die Entscheidungsgrundlage bilden, und Kriterien, die die Entscheidung steuern, zu differenzieren.



Europarechtlich ist nicht vorgegeben, welche Instanz im Mitgliedsstaat die Beauftragung ausspricht.

4.1. Ausgestaltung der ersten Stufe

4.1.1. Informationen und Kriterien

Diese Stufe setzt zunächst die Bestimmung des kommunikativen Bedürfnisses voraus, auf das reagiert wird. Dazu ist ein beständig zu aktualisierender Überblick über die Entwicklung des Nutzungsverhaltens der Bürgerinnen und Bürger und der Funktionen, die unterschiedliche Medienangebote für sie und die Gesellschaft erfüllen, erforderlich.

An dieser Stelle wäre beispielsweise darzulegen, ob und warum ein Bedürfnis nach zeitversetzter Nutzung von Fernsehinhalten besteht und ob dies für Nachrichten anders zu beurteilen ist als für Musikshows, für eingekaufte Spielfilme anders als für selbstproduzierte Fernsehspiele. Es sind Differenzierungen sinnvoll, was lineare und non-lineare Angebote, oder bei letzteren wiederum möglicherweise, ob sie audiovisuell oder textlich sind usf.

Auf der Bewertungsebene, also der Beantwortung der Frage, ob die Erfüllung dieses kommunikativen Bedürfnisses gerade auch den Anstalten obliegt, sind die Kriterien relevant, die sie gemäß § 11 Abs. 4 Satz 1 RStV in Satzungen oder Richtlinien entwickeln. Dass diese noch optimierbar sind, wurde oben dargestellt (s. o. III. 3.). Hier sind auch Kriterien bedeutsam, die auf der zweiten Stufe im Rahmen des publizistischen Wettbewerbs zu diskutieren sind, nämlich die besonderen Stärken öffentlich-rechtlicher Produktionsweise für das zu prüfende kommunikative Bedürfnis – ein Pauschalverweis auf die besonderen Stärken öffentlich-rechtlichen Produktionsweise genügt nicht.

4.1.2. Verfahren

Der Beihilfekompromiss macht zum Verfahren keine Vorgaben, es ist den Anstalten überantwortet. Die Expertise zur Erhebung der nötigen Informationen steht den Anstalten zur Verfügung.

Es spricht jedenfalls wenig dafür, auf dieser Ebene Externen die Informationserhebung voll zu überlassen. Damit fällt diese Aufgabe der jeweiligen Anstalt zu; intern scheint es sachgemessen, die Aufgabe der Exekutive, dem Intendanten oder der Intendantin und den Stäben, zuzuweisen, auch da die Gremien derzeit über keinen administrativen »Apparat« verfügen. Das Ziel, sie zu stärken, wird nicht dadurch erreicht, dass man ihnen dysfunktional Aufgaben zuweist.

Allerdings könnte es sinnvoll sein, die internen Einschätzungen mit externer Expertise abzugleichen, etwa wenn es um Megatrends der Nutzungsveränderung bzw. grundlegende Funktionsverschiebungen beispielsweise hin zu Onlinediensten geht. Auch Gremien können – vor ihrer abschließenden Entscheidung über die Aufnahme des Angebots – externen Sachverstand einbeziehen und damit die Entscheidungsgrundlage verbreitern. Da nach der Beihilfeeinigung den Anstalten auch die Gestaltung der Verfahrensregeln obliegt, könnte die Frage, wann externer Sachverstand einzubeziehen ist, auch generell in den Satzungen oder Richtlinien festgelegt werden.

Was die Bewertungskriterien angeht, liegt es bei den Anstalten zu entwickeln und weiterzuentwickeln, wie sie den gesetzlichen Auftrag konkret ausfüllen. Hier haben also die Gremien das zu prüfende Konzept an den Satzungen und Richtlinien zu messen. Sinnvoll wäre ein kontinuierlicher interner Optimierungsprozess, der dafür sorgt, dass Satzungen und Richtlinien auf der Grundlage der Erfahrungen, die beim Drei-Stufen-Test mit konkreten Angeboten gemacht werden, angepasst werden.

4.2. Ausgestaltung der zweiten Stufe

4.2.1. Informationen und Kriterien

Diese Stufe zerfällt in unterschiedliche Arbeitsschritte, die unterschiedliche Expertise verlangen. Es handelt sich zunächst um die Aufgabe, die publizistischen Konkurrenzangebote identifizieren zu können. Zur Abschätzung der Situation, die mit Zutreten des projektierten Angebots voraussichtlich entstehen wird, ist eine Analyse ökonomischer Märkte erforderlich. Zudem muss eine Prognose erstellt werden, welche Auswirkungen durch das neue Angebot zu erwarten sind. Hier ist medienökonomischer Sachverstand erforderlich.

Die anschließende Bewertung hat sich am Ziel der Optimierung publizistischen Wettbewerbs zu orientieren. Es ist die prognostizierte publizistische Wettbewerbssituation mit und ohne Zutreten des zu prüfenden Angebots zu vergleichen. Dabei sind besondere Qualitätsmerkmale der öffentlich-rechtlichen Angebote zu berücksichtigen, aber auch Interaktionen zwischen den Angeboten, etwa Qualitätssteigerungen, die möglich sind, wenn sich private Angebote gegenüber öffentlich-rechtlichen durchsetzen müssen – und umgekehrt.

Bei der Abwägung unterschiedlicher Optionen sind Qualitätskriterien für Angebote erforderlich, die eine Entscheidung steuern. Hier liegt die zentrale Begründungsleistung öffentlich-rechtlicher Anstalten, den besonderen Public Value ihres Angebots nachvollziehbar zu machen. An dieser Stelle kann das Verfahren mit der allgemeinen Diskussion zur Bestimmung von Qualität verbunden werden, die aktuell wieder unter dem Stichwort »Stiftung Medientest« geführt wird.⁴⁵ Es gab allerdings auch

⁴⁵ Vgl. schon früh Krotz, Zur Konzeption einer Stiftung Medientest, RuF 44(1996)2, S. 214 ff.; zur spezifischen öffentlich-rechtlichen Qualität aktuell vgl. Kammann/Jurkuhn/Wolf, Im Spannungsfeld: zur Qualitäts-

davor schon zahlreiche, auch von ARD und ZDF unternommene Versuche, Qualitätsvorgaben so zu konkretisieren, dass einzelne Vorhaben an ihnen gemessen werden können.⁴⁶ Als Erkenntnis aus der wissenschaftlichen Auseinandersetzung über den Qualitätsbegriff kann festgehalten werden, dass Qualität kein feststehendes, objektiv in messbare Kriterien zerlegbares Ziel sein kann, vielmehr ist Qualität als Prozess zu begreifen, der allerdings um so rationaler verläuft, je stärker er kriteriengeleitet ist.

Hier können nur erste Beispiele für Typen von Argumenten gegeben werden.⁴⁷ Ventiliert man denkbare Kriterien, so wird schnell klar, dass eher Einigkeit über strukturelle Kriterien erzielt werden kann, als über am Produkt selbst ablesbare Merkmale. Insofern können ein eigenes Korrespondentennetz oder besondere Maßnahmen zur Aus- und Weiterbildung unzweifelhaft als Qualitätsmerkmal angeführt werden. Ebenso wird sichtbar, dass es einfacher erscheint, Kriterien für journalistisch-redaktionelle Angebote im Informationsbereich zu entwickeln als im Feld der Unterhaltungsangebote. Dass auch im Fachdiskurs Unsicherheit über die Grenzen des »Journalistischen« und über die im »Unterhaltungs-Journalismus« gültigen Qualitätsstandards herrscht,⁴⁸ schlägt an dieser Stelle auf

diskussion öffentlich-rechtlicher Fernsehprogramme, Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2007.

46 Vgl. etwa Schatz/Schulz, Qualität von Fernsehprogrammen – Kriterien und Methoden zur Beurteilung von Programmqualität im dualen Fernsehsystem, Media Perspektiven 11/1992, S. 690 ff.

47 Vgl. zu den Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Angebotserstellung Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Baden-Baden 2008, S. 154 ff.

48 Vgl. zur Diskussion Klaus, Der Gegensatz von Information ist Desinformation, der Gegensatz von Unterhaltung ist Langeweile, RuF 44(1996)3, S. 402 ff.; Ziemann, Reflexionen der »Mediengesellschaft«, in: Ziemann

das Konkretisierungsverfahren durch; anders herum kann der Fachdiskurs von ihm profitieren. Des Weiteren wäre zu diskutieren, wie sich öffentlich-rechtliche Angebotsqualität bei eigenen und bei Fremdproduktionen darstellt, welche Qualitätssicherungssysteme existieren (greifen sie für bestimmte Produkte bei externer Produktion ebenso wie bei interner, bei anderen Produkten nicht?). Das Qualitätsmerkmal »gesellschaftliche Relevanz« schafft Spielraum zur thematischen Schwerpunktsetzung.

Unbeschadet des Umstandes, dass es öffentlich-rechtlichem Rundfunk von Verfassungswegen gestattet sein muss, im Bereich der Unterhaltung tätig zu sein, wird es in der Begründung leichter fallen, einen Nachrichtenkanal als mit besonderem Public Value versehen darzustellen, als dies bei eingekauften Unterhaltungsformaten der Fall ist. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen basieren auch auf der Erkenntnis, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk strukturell gerade im journalistisch-redaktionellen Bereich in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen kann; daher wird er nach dem Beihilfekompromiss gerade mit dem Angebot journalistisch-redaktioneller oder journalistisch-redaktionell veranlasster Telemedien beauftragt.

Insgesamt wird es für jedes Konzept darauf ankommen, strukturell die Vorzüge des öffentlich-rechtlichen Angebots zu demonstrieren, letztendlich orientiert an den verfassungsrechtlich bedeutsamen Funktionen des Rundfunks (s. o. II. 2.). Im Idealfall wirken die in den Begründungsdiskursen erfolgreichen Qualitätsmerkmale auf die Angebotsentwicklung der Anstalten zurück – so erfüllt das Verfahren seine eigentliche Funktion: Der Programmauftrag wird zum Prozess seiner Begründung.

(Hrsg.), Medien der Gesellschaft – Gesellschaft der Medien, Konstanz 2006, S. 183 ff.

Die Entscheidung auf dieser Stufe erfordert nicht nur eine Beurteilung des öffentlich-rechtlichen Angebots, sondern des Wettbewerbs mit anderen, auch privaten Angeboten. Dabei spielt nicht nur die Qualität eines zu prüfenden Angebots eine Rolle, sondern auch etwa Ergänzungen, Verstärkungen oder andere Interaktionen der verschiedenen konkurrierenden Angebote. Dazu zählt, dass Wettbewerb überhaupt als Qualitätssicherungsinstrument wirkt und daher eine Vielzahl von Angeboten Vorzüge hat. Grundsätzlich wird mit Blick auf die verfassungsrechtlich geschützte Funktion von Angeboten für die öffentliche Kommunikation in einem Teilmarkt ein konkurrenzloses öffentlich-rechtliches Angebot mehr leisten als ein einzelnes privates, aber der Wettbewerb eines öffentlich-rechtlichen und eines privaten dem zweier öffentlich-rechtlicher qua struktureller Diversifikation möglicherweise überlegen sein. Auch hier gilt es, durch die Verfahren Vergleichsheuristiken zu entwickeln.

Durch diese Prüfung bekommt die Entscheidung der oben genannten Gretchenfrage – bspw. EinsExtra vs. n-tv/N24 – eine rationale Grundlage. Sie ist rechtlich nicht abstrakt vorgezeichnet, im Nachrichtenbereich können die Anstalten leicht gute Gründe anführen; in anderen Feldern und bei anderen Wettbewerbsverhältnissen kann es anders sein.

4.2.2. Verfahren

Für die Verteilung der Zuständigkeiten macht der Beihilfekommiss auch bei diesem Schritt keine Vorgaben. Im Hinblick auf die Informationen zum publizistischen Wettbewerb sind die Anstalten zweifelsohne sachkundig. Bei den medienökonomischen Fragen ist allerdings zu konstatieren, dass externe Expertise sinnvoll erscheint. Die von den privaten Konkurrenten zu erwartenden Informationen sind mit Blick auf ihr Interesse zu bewerten. Sie können eine neutrale Prüfung nicht ersetzen. Ihr Zweck ist es, Auswirkungen transparent zu machen und

ggf. die Anstalt dazu zu bewegen, medienökonomische Auswirkungen nicht »schönzurechnen«.⁴⁹

Die hier in Parallele zum OFCOM bei der BBC ins Gespräch gebrachten Landesmedienanstalten⁵⁰ verfügen nicht über eine den Anstalten selbst überlegene Expertise. Insofern bleibt es bei der Einschaltung neutraler dritter Experten. Sie können von der Exekutive der Anstalten, aber auch den Gremien oder beiden eingeschaltet werden, um die für die Beurteilung relevante Prognose zu erhärten. Vor allem, wenn der Einschätzung des Intendanten oder der Intendantin eine andere Prognose

⁴⁹ Vor diesem Hintergrund ist auch die Frage nach den rechtlichen Folgen zu beantworten, wenn Stellungnahmen nicht eingeholt oder nicht einbezogen werden. Bei verfahrensrechtlichen Vorschriften wird das Vorliegen einer Klagebefugnis Dritter regelmäßig verneint und nur dann bejaht, wenn die konkrete Vorschrift nicht nur lediglich dem ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens dienen soll (z.B. zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses der jeweiligen Behörde), sondern dem Dritten in spezifischer Weise eine eigene, selbständig durchsetzbare verfahrensrechtliche Rechtsposition gewähren will (st. Rspr. BVerwG, NJW 1979, 64; NVwZ 1990, 967; NVwZ 1999, 877). Ob dies der Fall ist, muss letztlich durch Auslegung der jeweiligen Norm ermittelt werden (Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München 2006, § 8 Rz. 8; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Auflage, München 2007, § 42 Rz. 83), wobei die Rechtsprechung bei der Bejahung subjektiver Rechtspositionen tendenziell eher restriktiv ist (Wahl/Schütz, in: Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München 1996, Stand: 15. Ergänzungslieferung September 2007, § 42 Abs. 2 Rz. 72 ff.). Da der Zweck der zweiten Stufe die Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Säule im dualen System ist, orientiert sich die Regelung an diesem objektiven Zweck, es geht nicht um den Schutz subjektiver Interessen Privater (s. o. 4.3.). Subjektive Rechte werden also durch Verfahrensfehler nicht verletzt, das Verfahren ist dann (nur) objektiv rechtswidrig.

⁵⁰ So schlägt RTL-Geschäftsführerin Anke Schäferkordt vor, dass die Fernsehräte beim Public-Value-Test durch Medieninstitute oder Landesmedienanstalten »unabhängig über den Medienmarkt informiert« werden könnten, epd medien 93/2007, S. 15.

entgegen gehalten wird, die nicht offensichtlich auf eigennützigere Dateninterpretation beruht, bietet sich an, ein neutrales Gutachten zur Frage einzuholen. Dass immer strukturähnliche medienökonomische Fragen zu klären sind, spricht sogar für die Einrichtung einer gesonderten Stelle zur Bearbeitung dieses Punktes, d.h. zur gutachterlichen Stellungnahme, nicht zur Entscheidung.

Die Kriterien zum besonderen Public Value, zur qualitativen Beurteilung der Optionen mit und ohne dem neuen Angebot, sind davon unabhängig. Sie sind von der Anstalt zu entwickeln und steuern die Entscheidung der Gremien. Auch hier kann eine externe Reflexion in bestimmten Abständen oder bei neuralgischen Entscheidungen sinnvoll sein. Die Etablierung neuer Gremien würde allerdings der intendierten Stärkung der vorhandenen Räte zuwider laufen und es wäre zu prüfen, welche zusätzliche Qualifikation ihnen mitgegeben werden kann, um eine Prüfung durch sie als sachangemessener erscheinen zu lassen.

4.3. Ausgestaltung der dritten Stufe

Die für die Frage des Aufwandes erforderlichen Angaben kann die betreffende Anstalt unproblematisch darstellen.

4.4. Evaluierbarkeit und Evaluation

Evaluierbarkeit ist generell ein Qualitätsmerkmal von Regulierung. Daher erscheint es überall dort, wo Qualitätskriterien angegeben werden, funktional, diese so zu formulieren, dass sie evaluierbar sind. Diese Evaluation muss nicht extern erfolgen, sie kann von den Anstalten selbst geleistet und transparent gemacht werden, etwa in den Berichten nach § 11 Abs. 4 RStV, deren Funktion dadurch auch klarer determiniert wäre. Dazu

wäre nicht nur zu gewährleisten, dass die Vorgaben evaluierbare Kriterien enthalten, sondern auch, dass intern Instanzen des Qualitätscontrolling etabliert werden.⁵¹

Unabhängig davon könnte eine anlassbezogene oder periodische externe Evaluation die Funktionsfähigkeit des Systems erhöhen. Evaluation ist in vielen öffentlich finanzierten Bereichen die Regel, von Krankenhäusern bis zu Universitäten. Dieser Punkt ist neuralgisch, denn er bietet indirekt Einfluss auf publizistische Entscheidungen, die unter besonderem verfassungsrechtlichen Schutz stehen. Solange aber die Entscheidung allein den Anstalten obliegt, werden lediglich die Rationalität der Entscheidung und die Begründungslast vergrößert – insofern können die Anstalten selbst ein Interesse daran haben, um die legitimierende Wirkung des Verfahrens zu erhöhen. Solange es nicht um die Revision einzelner Entscheidungen, sondern die Weiterentwicklung von Kriterien geht, sollte dies die Gremien nicht schwächen, sondern stärken.

V. FAZIT

Die Vorgaben aus dem Beihilfekompromiss und die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen werden bei der Neugestaltung der Ordnung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur eingehalten werden können, wenn es zu einem Verfahren der Konkretisierung des Auftrages aus § 11 RStV kommt, das klare und nachvollziehbare Ziele, Prinzipien und Qualitätskriterien

⁵¹ Jarren, Neue Rundfunkräte allein helfen nicht, epd medien 60/2007, S. 6 ff.

enthält. Der Beihilfekompromiss überlässt die Ausgestaltung weitgehend den Anstalten, was nicht bedeutet, dass das Verfahren nicht weiter als dort vorgesehen staatsvertraglich ausgestaltet werden kann. Allerdings setzt der verfassungsrechtliche Grundsatz der Staatsfreiheit Grenzen. Die Verlagerung der Entscheidungen auf die Verfahrensebene wird allerdings politisch nur tragbar sein, wenn sie so ernsthaft betrieben werden, dass sie tatsächlich auch begrenzende Wirkung besitzen.

Sachgerecht erscheint es, die Ermittlung der für die Beurteilung relevanten Informationen weitgehend der Exekutive der Anstalt zu überlassen, da die Gremien derzeit nicht über eine entsprechende Infrastruktur verfügen. Letzteren obliegt aber, auf der Grundlage des Konzeptes zu beurteilen, ob das geplante Angebot vom Auftrag umfasst und inwieweit es als Beitrag zum publizistischen Wettbewerb vorteilhaft ist, auch wenn negative Auswirkungen auf das private Konkurrenzumfeld zu erwarten sind. In dieser Hinsicht trägt der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine Begründungslast, die durch einen kriteriengeleiteten Qualitätsdiskurs mit Evaluationen einlösbar ist. Im Hinblick auf die medienökonomische Prognose erscheint eine externe Beurteilung sinnvoll, wobei – anders als in Großbritannien – wenig dafür spricht, die Aufsicht für privaten Rundfunk in diesen Prozess mit einzubeziehen.

Die Diskussion vor allen Dingen um Qualität sichernde Strukturen und Verfahren zu führen, ist für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk von existenzieller Bedeutung. Aus zwei Richtungen wird unabhängig von einzelnen Programmangeboten die Frage danach gestellt werden, welche besondere Bedeutung die Anstalten als Organisation für die Erbringung von Kommunikationsangeboten vor allem im Bereich neuer Dienstetypen haben. In Großbritannien kann man beobachten, dass – offenbar durch das OFCOM vorangetrieben – eine Diskussion über einen so genannten »Public Service Publisher« im Gange ist. Bei diesem geht es um die Förderung von qualitativ hochwertigen Inhalten

für alle digitalen Plattformen, wobei dem Publisher selbst nicht die Rolle der Produktion oder Produktionssteuerung, sondern die der Förderung und Distribution zukommen soll.⁵² Beim Nachdenken über derartige Konstruktionen drängt sich die Frage auf, wo die Organisation selbst Qualität sichernde Funktionen hat. Zum anderen wird von privaten Veranstaltern darauf hingewiesen, dass auch sie Public Value erzeugen. Auch an dieser Stelle wird es nötig sein, auf die strukturellen Unterschiede hinzuweisen – dass Vergleiche an der Programmoberfläche wenig hilfreich sind, haben jahrelange fruchtlose Untersuchungen über eine »Konvergenz« privater und öffentlich-rechtlicher Programme gezeigt. Es gibt keine nur öffentlich-rechtlichen oder nur privaten Programmformate mehr.

Es wird in der aktuellen Debatte in Deutschland häufig – vielleicht zu häufig – auf die BBC verwiesen. Was man von ihr allerdings in der Tat lernen kann, ist das Bestreben, die interne Unternehmensstrategie und die »Accountability«, die Begründung gegenüber der Gesellschaft, zusammen zu denken. Insofern fällt es bei ihr leichter zu erkennen, dass bestimmte Entscheidungen, etwa für das Angebot zeitversetzter Nutzung von Fernsehinhalten, nicht einfach dem Bestreben geschuldet sind, auch auf neuen Plattformen vertreten zu sein, sondern dem Ziel dienen, angesichts eines nachweisbaren Wandels von Kommunikationsinteressen weiterhin den wohl definierten Auftrag erfüllen zu können. Dass der Beihilfekompromiss noch im Jahre 2008 umgesetzt werden muss, bietet Anlass, den schon aus verfassungsrechtlichen Gründen spezifisch deutschen Weg zu diesem Ziel zu finden. Auch wenn es für die Länder und auch die Anstalten einfacher sein könnte, dem Drei-Stufen-Test möglichst wenig zu überantworten: Die Chance des Beihilfekompromisses würde vertan und käme nicht wieder.

52 OFCOM-Papier, A new approach to public service content in the digital media age (abrufbar unter <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/pspnnewapproach/newapproach.pdf>).

Literatur

- Bauer/Bienefeld*, Der Public Value Test, Ein Vergleich zwischen dem BBC-Modell und dem geplanten Verfahren beim ZDF, Funkkorrespondenz (49)2007, S. 3 ff.
- Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks, 2. Auflage, Gütersloh 1999.
- Collins*, The BBC and »public value«, M&K 2007, S. 164 ff.
- Degenhart*, Programmfunktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und Aufgabenbestimmung durch den Gesetzgeber, ZUM 2000, S. 354 ff.
- Degenhart*, Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus nationaler und internationaler Sicht, Der Rundfunkauftrag als Grundlage und Grenze, AfP 2005, S. 493 ff.
- Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Baden-Baden 2002.
- Hasebrink*, »Public Value“: Leitbegriff oder Nebelkerze in der Diskussion um den öffentlich-rechtlichen Rundfunk?, Rundfunk und Geschichte 1/2 2007, S. 38 ff.
- Heinrich*, Medienökonomie, Bd. 2, Opladen 1999.
- Held*, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und neue Dienste, Berlin 2006.
- Held*, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Baden-Baden 2008.
- Held/Schulz*, Europarechtliche Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Berlin 2004.
- Henle*, Wie testet man Public Value?, epd medien 92/2007, S. 3 ff.
- Hennig*, Rundfunkräte auf dem Prüfstand, Bonn 1981.
- Hoffmann-Riem*, Schutz der Kommunikationsordnung durch Rundfunkaufsicht: Ziele, Instrumente, Erfahrungen, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1991, S. 405 ff.
- Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000.
- Jarren*, Neue Rundfunkräte allein helfen nicht, epd medien 60/2007, S. 6 ff.
- Jarren/Donges/Held/Jürgens/Künzler/Schulz*, Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, Baden-Baden 2001.
- Kabbert*, Rundfunkkontrolle als Instrument der Kommunikationspolitik, Nürnberg 1987.
- Kammann/Jurkuhn/Wolf*, Im Spannungsfeld: zur Qualitätsdiskussion öffentlich-rechtlicher Fernsehprogramme, Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2007.
- Keplinger/Hartmann*, Stachel oder Feigenblatt, Frankfurt/Main 1989.
- Klaus*, Der Gegensatz von Information ist Desinformation, der Gegensatz von Unterhaltung ist Langeweile, RuF 44(1996)3, S. 402 ff.
- Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Auflage, München 2007.
- Krotz*, Zur Konzeption einer Stiftung Medientest, RuF 44(1996)2, S. 214 ff.
- Lilienthal*, Die Gremienplage, epd/Kirche und Rundfunk 61/1995, S. 3 ff.
- Lerche*, Gestaltungskompetenz, in: Assmann/Brinkmann/Gounalakis/Kohl/Walz (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Heidelberg 1997, S. 243 ff.
- Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München 2006.
- Plog*, Organisation und gesellschaftliche Kontrolle des Rundfunks, in: Aufermann/Scharf/Schlie (Hrsg.), Fernsehen und Hörfunk für die Demokratie, Opladen 1979.
- Schatz/Schulz*, Qualität von Fernsehprogrammen – Kriterien und Methoden zur Beurteilung von Programmqualität im dualen Fernsehsystem, Media Perspektiven 11/1992, S. 690 ff.
- Schreier*, Das Selbstverwaltungsrecht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt/Main 2001.
- Schulz/Held/Kops*, Perspektiven der Gewährleistung öffentlicher Kommunikation, Baden-Baden 2002.
- Stulz-Herrnstadt*, Nationale Rundfunkfinanzierung und europäische Beihilfenaufsicht im Lichte des Amsterdamer Rundfunkprotokolls, Berlin 2004.
- Thum*, Gebührenfinanzierung und EG-Beihilferecht, NVwZ 2007, S. 521 ff.
- Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München 1996, Stand: 15. Ergänzungslieferung September 2007.
- Weiß (Hrsg.)*, Zur Kritik der Medienkritik, Berlin 2005.
- Wiedemann*, Public Service Broadcasting, State Aid, and the Internet: Emerging EU Law, European State Aid Law Quarterly 4/2004, S. 595 ff.
- Wiedemann*, Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und Europa, ZUM 2007, S. 804 f.
- Ziemann*, Reflexionen der »Mediengesellschaft«, in: Ziemann (Hrsg.), Medien der Gesellschaft – Gesellschaft der Medien, Konstanz 2006, S. 183 ff.

Der Autor

Dr. Wolfgang Schulz (geb. 1963) ist Direktor des Hans-Bredow-Instituts für Medienforschung an der Universität Hamburg. Er lehrt am Wahlschwerpunkt Information und Kommunikation an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg und ist Mitglied des Landesjustizprüfungsamtes.

Die Schwerpunkte seiner Arbeit liegen bei Problemen der rechtlichen Regulierung in Bezug auf Medieninhalte – insbesondere Gewaltdarstellungen –, Fragen des Rechts neuer Kommunikationsmedien, vor allem des digitalen Fernsehens, und der Rechtsgrundlagen journalistischer Arbeit, aber auch in den rechtsphilosophischen Grundlagen der Kommunikationsfreiheiten und der systemtheoretischen Beschreibung des publizistischen Systems. Dazu kommen Arbeiten zu Handlungsformen des Staates, etwa im Rahmen von Konzepten »regulierter Selbstregulierung«.