DIE TAGESSCHAU-APP AM SCHEIDEWEG DES MEDIENWETTBEWERBS

Grund und Grenzen des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags
im Internet*

Von Sophie-Charlotte Lenski, Konstanz

I. Einleitung: Öffentlich-rechtliche und private Medien im Konflikt

„Was wir über unsere Gesellschaft, ja über die Welt, in der wir leben, wissen, wissen wir durch die Massenmedien.“¹ Diese Analyse *Niklas Luhmanns* hat auch mehr als 15 Jahre nach ihrer Veröffentlichung nichts an ihrer Bedeutungskraft verloren – und das, obwohl sich die Welt der Massenmedien in diesem Zeitraum erheblich verändert hat. Besonders deutlich wird dies im Bereich des Rundfunks, dessen rasanter technischer Wandel nicht nur die Quantität des Programmangebots, sondern auch die Art der einbezogenen Medien betrifft, namentlich auf die erhebliche Ausweitung seiner Programmaktivitäten in den Telemedien. Dieser Wandel ist wiederum nicht ohne Bedeutung für das Verhältnis von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk sowie sonstigen privaten Massenmedien: Trotz anfänglichen Justierungsbedarfs bei Einführung der dualen Rundfunkordnung vor dreißig Jahren war dieses Verhältnis in der Vergangenheit zunächst im Wesentlichen durch eine friedliche Koexistenz geprägt. Gleichwohl hat sich in den letzten Jahren zunehmend eine Aufkündigung dieses versöhnlichen Nebeneinanders seitens der privaten Medienunternehmen vollzogen, die sich vor allen Dingen am Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den Telemedien entspann.

Die erste Erschütterung, welcher das Verhältnis unterlag, betraf noch allein die Beziehung des privaten und des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zueinander: Ab dem Jahr 2002 gingen bei der Europäischen Kommission

* Der Beitrag ist eine erweiterte und aktualisierte Fassung des Probevortrags, den die Verfasserin am 9. Februar 2012 im Rahmen des Habilitationsverfahrens vor der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München gehalten hat.

¹ *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 4. Aufl. 2009, S. 9.

verschiedene Beschwerden, insbesondere auch vom Verband Privater Rundfunk und Telemedien, ein, mit denen die beihilferechtlich unzulässige Finanzierung des Telemedienangebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aus Rundfunkgebühren gerügt wurde. Das daraufhin durch die Kommission eingeleitete Beihilfeverfahren endete im Jahr 2007 mit dem sogenannten Beihilfekompromiss²: Gegen die Zusage der Bundesrepublik, insbesondere den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Bereich der Telemedien gesetzlich zu spezifizieren und ein selbstständiges Prüfverfahren für diese Angebote einzuführen, stellte die Kommission das Verfahren ein.

Die entsprechenden Zusagen wurden im Jahr 2009 mit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag von den Ländern umgesetzt, ohne dass dies jedoch zu einer grundlegenden Lösung des Konflikts mit den privaten Medienunternehmen geführt hätte. Ganz im Gegenteil: Die Auseinandersetzung weitete sich vielmehr aus und erreichte einen vorläufigen Höhepunkt mit der wettbewerbsrechtlichen Klage vor dem Landgericht Köln gegen die ARD wegen des Angebots der sogenannten Tagesschau-App. Mit dieser Klage wendeten sich verschiedenen Zeitungsverlage gegen ein Programm, das die ARD spezifisch für Smartphones und Tablet PCs anbietet und das die verschiedenen Inhalte, die auch auf der Internetseite der Tagesschau verfügbar sind, für diese Endgeräte optimiert, besondere interaktive Elemente sowie vereinzelte endgerätspezifische Sonderprogramme beinhaltet. Es bietet zum einen die verschiedenen Nachrichtensendungen der Tagesschaufamilie sowohl als Live-Stream als auch zum Abruf über das Archiv an, zum anderen werden einzelne Videos aus der Sendung, aber auch umfangreiche weiterführende Artikel, Videos und Hintergrundinformationen zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus beinhaltet das Programm eine Wettervorhersage, die auf den jeweiligen Standort individualisiert wird. Schließlich besteht die Möglichkeit, sich über aktuelle Neuigkeiten durch Push-Meldungen auf dem Endgerät informieren zu lassen.

Gestützt war die Klage auf die durch besagten 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführte Regelung, die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten das Angebot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Telemedien untersagt. Konkret festgemacht wurde der gerügte Verstoß dabei an der – tatsächlich oder vermeintlich – zu großen Textlastigkeit des Angebots, d. h. an der ausgedehnten Bereitstellung geschriebener Texte in Ergänzung des Videoangebots. Dass sich dieser Vorwurf gerade an der Tagesschau-App, nicht jedoch an dem – im gleichen Maße von dieser Textlastigkeit geprägten und praktisch identische Inhalte anbietenden – regulären Internet-

² Festgehalten in der Mitteilung der Kommission an die Bundesregierung v. 24. 04. 2007 über die Einstellung des Beihilfeverfahrens, K(2007) 1761 endg., abrufbar unter http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf.

auftritt der ARD festmachte, wird vor allen Dingen durch die dahinterstehenden wirtschaftlichen Interessen begründet sein: Während die reinen Internetseiten von Tageszeitungen den Nutzern größtenteils kostenlos zur Verfügung gestellt werden, da diesbezüglich die Zahlungsbereitschaft der Nutzer eher gering ist, lassen sich die entsprechenden Anwendungen für Smartphones und Tablet PCs durchaus gewinnbringend vermarkten³. Dieser Absatz wird jedoch erheblich gestört, wenn ähnliche Produkte durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kostenlos zur Verfügung gestellt werden.

Die grundlegende Fragestellung, die hinter diesem Konflikt steht, weist jedoch weit über diesen Einzelpunkt hinaus und rückt prinzipiell die Zulässigkeit von Telemedienangeboten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor dem Hintergrund der europarechtlichen, vor allem aber auch verfassungsrechtlichen Bindungen in das Licht des Erkenntnisinteresses. Insbesondere wird insofern deutlich, dass die jüngsten gesetzlichen Änderungen in diesem Bereich weit mehr sind als ein Testfall für die Vereinbarkeit des deutschen Rundfunkrechts mit dem europäischen Beihilferecht⁴, sondern grundlegende Herausforderungen an das deutsche Rundfunkrecht stellen⁵, die nur zunächst auf das Beihilfenrecht projiziert wurden.

II. Der einfachgesetzliche Telemedienauftrag im Schatten des Europarechts

1. Telemedienauftrag und Drei-Stufen-Test im Rundfunkstaatsvertrag

Um die aktuelle Problematik normativ einbetten zu können, muss der Blick zunächst auf die einfachgesetzliche Regelung gerichtet werden, die nun den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet definiert. Seit dem Jahr 2009 findet sich ein entsprechender Auftrag erstmals im Rundfunkstaatsvertrag fixiert⁶. Nach dessen § 11 d Abs. 1 bieten die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio Telemedien an, die journalistisch-redaktionell veranlasst und journalistisch-redaktionell gestaltet sind⁷. Von diesem

³ Vgl. speziell für die Tagesschau-App *Kramp*, Wozu noch Journalismus?, 2010, S. 63; allgemein zur Bedeutung von Apps für den Zeitungsmarkt *Goderbauer-Marchner*, in: Hohlefeld/Müller/Richter/Zacher (Hrsg.), Crossmedia. Wer bleibt auf der Strecke?, 2010, S. 70 (76); *Kruschwitz*, in: Amberg/Lang (Hrsg.), Innovation durch Smartphones & Co., 2011, S. 207 (213 f.).

⁴ So die Charakterisierung bei *Grzeszick*, NVwZ 2008, S. 608 (609); unter Verweis auf *Faßbender*, NVwZ 2007, S. 1265 (1267 f.); *Wiedemann*, ZUM 2007, S. 800 (804 f.); *Ory*, AfP 2007, S. 401 (406 f.), die diesen Konflikt vor dem Hintergrund des jüngsten Rundfunkgebührenurteils des BVerfG diskutieren.

⁵ In diese Richtung auch *Ladeur*, ZUM 2009, S. 906 ff.

⁶ Vgl. *Schulz*, Media Perspektiven 2008, S. 158 (160).

Auftrag umfasst sind zunächst ohne Weiteres die im Rundfunk verbreiteten Sendungen sowie sendungsbezogene Telemedien, sofern sie nicht länger als sieben Tage nach der Ausstrahlung bereitgestellt werden. § 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV bietet seit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eine Legaldefinition dafür, was unter sendungsbezogenen Telemedien zu verstehen ist.

Alle weiteren Inhalte, d. h. nicht sendungsbezogene Angebote sowie sendungsbezogene Angebote jenseits der sieben-Tages-Frist, dürfen nur dann bereitgestellt werden, wenn sie den sogenannten Drei-Stufen-Test durchlaufen haben, den § 11f RStV vorsieht. Mit diesem Verfahren prüft der jeweilige Rundfunkrat, ob das geplante Angebot tatsächlich vom einfachgesetzlichen Auftrag umfasst ist. Diese Prüfung erfolgt in Hinblick auf drei Fragestellungen, namentlich (1) inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht, (2) in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird sowie (3) welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist. In dem Verfahren ist Dritten die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ggf. sind Sachverständigengutachten einzuholen. Abschließend ist das Ergebnis der Prüfung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde vorzulegen und zu veröffentlichen. In dieser Bestätigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde und der Veröffentlichung sieht die Europäische Kommission den notwendigen Akt der Betrauung im Sinne der Alt-Mark-Trans-Rechtsprechung des EuGH, der die Finanzierung des Rundfunks über Rundfunkgebühren als Beihilfen auch ohne Notifizierungsverfahren zulässig macht⁸.

2. Prozeduralisierung, Qualitäts- und Marktbezug vor europäischem Hintergrund

Augenfällig bei dieser Art der Prüfung ist, dass praktisch keinerlei subsumtionsfähige Tatbestandsmerkmale normiert sind, anhand derer sich die Zugehörigkeit eines Angebots zum gesetzlichen Auftrag ermitteln ließe⁹. Vielmehr wird relativ vage auf allgemeine Qualitätsmaßstäbe abgestellt. Das Gesetz selbst ergänzt insofern, dass bei der Beurteilung des Angebots Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die

⁷ Zumindest missverständlich ist insofern die Behauptung von *Klickermann*, MMR 2009, S. 740 (741), ein entsprechender Auftrag lasse sich bereits aus § 11 RStV a. F. entnehmen. In dessen Abs. 1 S. 2 ist lediglich die Erlaubnis für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten normiert, programmbegleitende Telemedien anzubieten. Ein Auftrag lässt sich dem nicht entnehmen. Vgl. *Eifert/Eicher*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 RStV Rn. 48.

⁸ *Dörr*, ZUM 2009, S. 897 (899); s. zur Betrauung als Schlüsselbegriff in der Gesetzesnovelle auch *Huber*, ZUM 2010, S. 201 (201).

⁹ So auch *Wimmer*, ZUM 2009, S. 601 (604); in diese Richtung auch *Ladeur*, ZUM 2009, S. 906 (910).

marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen sind.

Der Gesetzgeber hat sich insofern für eine prozedurale Lösung entschieden, um den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den Telemedien zu konkretisieren, die Darlegungs- und Abwägungslasten beinhaltet, jedoch keine Abwägungsmaßstäbe¹⁰. Diese Prozeduralisierung ist eng verbunden mit der Idee der anzulegenden Qualitätsmaßstäbe, die dem Rundfunkrecht keineswegs immanent ist, sondern vielmehr erst im Jahr 2004 überhaupt – und seinerzeit nur bezogen auf bestimmte Berichtspflichten – Eingang in den Rundfunkstaatsvertrag gefunden hat¹¹. Sie entspringt einer Logik, die das Medienangebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als schlichten Gemeinwohlbelang begreift¹² und damit die europarechtliche, beihilfefixierte Betrachtungsweise auf den gebührenfinanzierten Rundfunk in das nationale Recht überträgt.

Diese intensive Anlehnung an die europarechtliche Diskussion wird zunächst deutlich durch die besondere Bedeutung, die sowohl in Hinblick auf den Drei-Stufen-Test als auch bei der neugefassten allgemeinen Definition des gesetzlichen Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in § 11 RStV der Anforderung beigemessen wird, dass die Angebote den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen sollen. Die Formulierung entstammt in dieser Form der Entschließung von Rat und Regierungen der Mitgliedstaaten zum Amsterdamer Vertrag¹³ und findet sich auch in anderen Dokumenten wie der jüngsten Rundfunkmitteilung der Kommission wieder¹⁴. Sie entspringt originär den beihilferechtlichen Anforderungen an die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks über Rundfunkgebühren. Die genannten besonderen Bedürfnisse, zu deren Erfüllung beigetragen werden soll, spiegeln insofern das erste der vom EuGH entwickelten sog. Altmark Trans-Kriterien wieder, bei deren Vorliegen staatliche Maßnahmen nicht dem Beihilferegime unterfallen sollen. Grundlegende Voraussetzung dafür ist, dass das begünstigte Unternehmen, in diesem Fall also die Rundfunkanstalt, mit der Erfüllung klar defi-

¹⁰ Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (604).

¹¹ Vgl. Eifert/Eicher, in: Beck'scher Kommentar (FN 7), § 11 RStV Rn. 9 ff.

¹² Auf den Gemeinwohlaspekt abstellend auch Badura, AöR 134 (2009), S. 240 (249); Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (603).

¹³ Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten Nr. 199/C 30/01 v. 25. Januar 1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. EG Nr. C 30 v. 05. 02. 1999, S. 1; irrtümlicherweise die Bestimmung direkt dem Amsterdamer Vertrag bzw. dessen Zusatzprotokoll zuordnend Kluckermann, MMR 2009, S. 740 (742); Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888).

¹⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 257 v. 27. 10. 2009, S. 1.

nierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut wurde¹⁵. Solche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden¹⁶. Genau diese Gemeinwohlverpflichtungen werden über den Begriff der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft in Bezug genommen¹⁷.

3. Qualitätsmaßstab als wettbewerbsbezogenes Rechtfertigungskriterium

Da aus beihilfenrechtlicher Sicht dieser allgemeine Bezug auf derartige gesellschaftliche Bedürfnisse jedoch sehr weit gezogen ist und die erforderliche Abgrenzung zu rein privatwirtschaftlich erbrachten Rundfunkdienstleistungen, die denselben Bedürfnissen dienen, noch nicht ermöglichen, wird für die Einordnung als Gemeinwohlverpflichtung ergänzend eine verstärkte Qualitätsperspektive angelegt, die dem verfassungsrechtlich geprägten Rundfunkrecht ursprünglich fremd war¹⁸. Dieser Qualitätsmaßstab korrespondiert vielmehr unmittelbar mit der Rechtsprechung des EuG. Anhand des Beispiels des portugiesischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks führte dieses relativ kurz vor der gesetzlichen Änderung in Deutschland sehr allgemein aus, dass die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur dann in Einklang mit den Bestimmungen des Beihilferechts stehen könne, „wenn die mit dem gemeinwirtschaftlichen Auftrag zum Ausdruck gebrachten qualitativen Anforderungen erfüllt werden. Diese qualitativen Anforderungen sind nämlich in der nationalen audiovisuellen Landschaft die Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des Rundfunks“¹⁹.

Aus Sicht des Europarechts ist es somit die Qualität des Rundfunkprogramms, welche die besondere Finanzierungsform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und damit die Besserstellung gegenüber privaten Rundfunkan-

¹⁵ EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 89.

¹⁶ Mitteilung der Kommission – Die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 281 v. 26. 09. 1996, S. 3; vgl. auch *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, S. 804 (805 f.); *Wernike*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 45. EL 2011, Art. 106 AEUV Rn. 38; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 21 Rn. 46; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 106 AEUV Rn. 13; kritisch hierzu *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 AEUV Rn. 37.

¹⁷ Vgl. auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 257 v. 27. 10. 2009, S. 7 Nr. 47.

¹⁸ Vgl. zur Untauglichkeit solcher Qualitätskriterien aus verfassungsrechtlicher Sicht umfassend *Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 44 ff.

¹⁹ EuG, Rs. T-442/03, Slg. 2008, II-1161, Rn. 211.

stalten rechtfertigt. Damit wird die Frage nach der Qualität unmittelbar in einen Marktzusammenhang gestellt: Nur durch den Bezug auf sie kann die Wettbewerbsverzerrung gerechtfertigt werden, die auf dem Markt der Rundfunkanbieter durch Einrichtung und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entsteht. Allerdings erfolgt diese gedankliche Konstruktion, ohne dass das Europarecht selbst Qualitätsmaßstäbe für den Rundfunk formulieren würde: Wie in Bezug auf den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird insofern auch hier hinsichtlich der genauen Definition auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen, dem insofern ein recht weiter Gestaltungsspielraum zukommen soll²⁰.

In Hinblick auf das deutsche Rundfunkrecht kommt dieser Verweis indes einem Zirkelschluss gleich, ist diesem doch – trotz entsprechender politischer Argumentationsmuster – ein Qualitätsmaßstab als solcher bisher fremd gewesen. Gleiches gilt für den Begriff des Wettbewerbs, der nun ebenfalls vor dem europarechtlichen Hintergrund Eingang in den Rundfunkstaatsvertrag gefunden hat. Dabei verwischen in der konkreten Gesetzesausgestaltung jedoch die Maßstäbe von Qualität, publizistischem Wettbewerb und wirtschaftlichem Wettbewerb²¹, wenn für den Drei-Stufen-Test berücksichtigt werden soll, in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und für diese Betrachtung insbesondere die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots zu berücksichtigen sein sollen. Interessant ist dabei, dass diese Formulierung zwar an europäische Vorgaben anknüpft, in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung jedoch den Begriff des publizistischen Wettbewerbs hier in einem völlig anderen Kontext nutzt, als etwa die Kommission in ihrer aktuellen Rundfunkmitteilung²². Die Ausfüllung der Begriffe bleibt vor diesem Hintergrund weitestgehend vage²³. Insbesondere wird der Qualitätsmaßstab, der an den publizistischen Wettbewerb anzulegen ist, nicht deutlich.

²⁰ Vgl. EuG, Rs. T-289/03, Slg. 2008, II-81, Rn. 166; Rs. T17/02, Slg. 2005, II-2031, Rn. 216; Rs. T-106/95, Slg. 1997, II-229, Rn. 99; *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, S. 804 (806); *Jung*, in: EUV/AEUV (FN 16), Art. 106 AEUV Rn. 37; *Wernike*, in: Recht der EU (FN 16), Art. 106 AEUV Rn. 44; *Khan*, in: EUV/AEUV (FN 16), Art. 106 AEUV Rn. 14; *Lecheler/Gundel*, RdE 1998, S. 92 (93), sprechen sogar von der „Definitionshoheit“ der Mitgliedstaaten.

²¹ Zur schwierigen Begriffsbildung und Abgrenzung von publizistischem und wirtschaftlichem Wettbewerb s. *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Online-Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 76 ff.; *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 2010, S. 128 ff. Kritisch zum Begriff des publizistischen bzw. des Meinungswettbewerbs überhaupt *Engel*, AfP 1994, S. 185 (188).

²² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 257 v. 27. 10. 2009, S. 1, Nr. 88: Hier wird der publizistische Wettbewerb völlig losgelöst von qualitativen Kriterien erwähnt. Auch im Beihilfekompromiss wird die Formulierung nur in Bezug auf den entsprechenden Regelungsvorschlag der Bundesregierung erwähnt.

²³ Vgl. auch *Wimmer*, ZUM 2009, S. 601 (605).

Insofern stellt sich die Frage, ob hier nicht der Sache nach vielmehr weniger die Qualität des publizistischen Wettbewerbs als die des publizistischen Angebots bemessen²⁴ und mit den Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb in Verbindung gebracht werden soll²⁵. Eine solche Qualitätsperspektive hinsichtlich des Angebots würde auch mit den von Kommission und EuG aufgestellten Anforderungen korrespondieren²⁶. Aufgrund der noch zu erläuternden verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten eines solchen offenen Qualitätsbezugs hat sich der Gesetzgeber jedoch offensichtlich zu einer entsprechenden Formulierung nicht durchringen können, sondern den qualitativen Maßstab eher verschleiert.

4. Meinungsmarktbezogener Funktionsauftrag im Verfassungsrecht

So nachvollziehbar die dargestellte Optimierung des rundfunkrechtlichen Rahmens in Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht auf der einen Seite auch ist, so sehr lässt sie doch auf der anderen Seite eine Unterreflektion in Hinblick auf die verfassungsrechtliche Seite des Rundfunkauftrags erkennen. Insofern ist zunächst das vollständig unterschiedliche Verständnis des Rundfunkauftrags zu konstatieren, das jeweils dem Europarecht bzw. dem Verfassungsrecht zugrunde liegt und sich im einfachen Recht in § 11 RStV vermischt. Im Europarecht ist der Auftrag, mit dem die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten versehen werden, identisch mit dem Akt der Betrauung i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV. Eine Betrauung in diesem Sinne liegt vor, wenn einem Unternehmen eine nach den genannten Kriterien qualifizierte Aufgabe kraft eines *Hoheitsakts der öffentlichen Gewalt* verliehen worden ist²⁷. Es handelt sich somit schlicht um die Übertragung

²⁴ Vgl. dazu auch Positionspapier der Landesmedienanstalten zum Drei-Stufen-Test v. 25. 09. 2005, S. 16, abrufbar unter <http://www.diemedienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/Positionen/Aktuell_ab_2008/Programm_25.05.09_Dreistufentest_Positionspapier_LMA.pdf>.

²⁵ So auch Dörr, ZUM 2009, S. 897 (903). Davon scheinen auch Klickermann, MMR 2009, S. 740 (742), sowie Peters, K&R 2009, S. 26 (31), auszugehen, der den qualitativen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb ohne nähere Begründung mit dem Nutzen gleichsetzt, den die Zielgruppe von den Angeboten hat. Sie setzen insofern, ebenso wie Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888), den Begriff gleich mit einem sogenannten publizistischen Mehrwert.

²⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 257 v. 27. 10. 2009, S. 1, Nr. 54; EuG, Rs. T-442/03, Slg. 2008, II-1161, Rn. 212: Die Kommission muss sich auf die Einhaltung der Qualitätsstandards durch die Rundfunkanstalten und eine entsprechende Kontrolle durch die Mitgliedstaaten verlassen können.

²⁷ EuGH, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, Rn. 19/22; Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021, Rn. 7; Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 65; EuG, Rs. T-289/03, Slg. 2008, II-81 Rn. 172, 181; Europäische Kommission, Entscheidung vom 16. 1. 1991, ABl. 1991 Nr. L 28/32, Rn. 41; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, 1997, Art. 37, 90, Teil D. Rn. 31, 32; Jung, in: EUV/AEUV (FN 16), Art. 106 AEUV Rn. 40; Oppermann/Classen/Nettesheim, (FN 16), § 21 Rn. 47.

einer Aufgabe zur Erfüllung eines Gemeinwohlbelangs. Ob es sich bei einer solchen Aufgabe um Maßnahmen der Arbeitsvermittlung²⁸ oder um die Veranstaltung von Rundfunk handelt, ist aus beihilfenrechtlicher Sicht ohne Belang.

Ganz anders stellt sich hingegen die Perspektive des Verfassungsrechts dar, das mit seiner Konstruktion der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit²⁹, die aus objektiv-rechtlicher Grundrechtssicht einer positiven Ordnung bedürfe³⁰, den Rundfunk mit einem spezifischen verfassungsunmittelbaren Auftrag versieht³¹. Dieser Auftrag liegt in der sogenannten Grundversorgung³² bzw. der Erfüllung des spezifischen Funktionsauftrags³³. Danach ist der Rundfunk „Medium und Faktor“ des verfassungsrechtlich geschützten Prozesses, in dem sich die Meinungsbildung vollzieht³⁴. Neben dieser Rolle für die Meinungs- und Willensbildung umfasst sein Auftrag auch die Unterhaltung und Information sowie die Wahrnehmung einer kulturellen Verantwortung³⁵. Dieser allgemein gehaltene verfassungsunmittelbare Auftrag wurde bisher vom einfachen Gesetzgeber wortgleich übernommen, indem § 11 RStV a. F. bis zum Jahr 2009 schlicht festhielt, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Herstellung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken hat. Erst im Rahmen der jüngsten Reform wurde die Formulierung insofern ergänzt, als dass diese Wirkung nun zur Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfolgen hat.

Sowohl der vom Bundesverfassungsgericht formulierte verfassungsunmittelbare Rundfunkauftrag als auch seine einfachgesetzliche Formulierung – in der ursprünglichen wie in der vor europarechtlichem Hintergrund modifizierten Form – lassen weder einen Bezug zum wirtschaftlichen Wettbewerb

²⁸ Zu diesem Beispiel EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979.

²⁹ BVerfGE 95, 220 (236); 87, 181 (197); 74, 297 (323); 57, 295 (320); *Fechner*, Medienrecht, 13. Aufl. 2012, 10. Kap. Rn. 44; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, 2002, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 157; *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, § 2 Rn. 17; *Dörr*, ZUM 1997, S. 337 (353).

³⁰ BVerfGE 97, 228 (266 f.); 95, 220 (236); 90, 60 (88); 87, 181 (197); 83, 238 (296); 74, 297 (324); 57, 295 (320); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II Rn. 232; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (FN 29), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 157; *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum gesamten Medienrecht, 2. Aufl. 2011, 4. Abschn. Rn. 69; *Held*, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2008, S. 34 ff.

³¹ Vgl. auch *Witt*, Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2007, S. 97; *Badura*, AöR 134 (2009), S. 240 (247).

³² Zur Begriffsgeschichte ausführlich *Witt*, Internet-Aktivitäten (FN 31), S. 88 ff.

³³ Diesen Begriff verwendet etwa BVerfGE 119, 181 (218); vgl. auch *Bullinger*, in: ders., Regulierung von Wirtschaft und Medien, 2008, S. 168 (169).

³⁴ BVerfGE 83, 238 (296); 12, 205 (260).

³⁵ BVerfGE 73, 118 (158); 74, 297 (324); 87, 181 (199); 90, 60 (90); 119, 181 (218).

noch einen unmittelbaren Qualitätsbezug erkennen. Vielmehr bleiben die besondere Verankerung im Demokratieprinzip sowie die besondere Leistung des Rundfunks als kulturelles Phänomen, d. h. als Medium, das Muster zur Identitätsfindung des Einzelnen sowie zur Integration der Gesellschaft bereitstellt³⁶, prägend. Ein entsprechender Bezug auf Wettbewerbs- oder Qualitätsmerkmale fehlt selbst dort, wo die besondere Art der Finanzierung über Rundfunkgebühren in die Betrachtung einbezogen wird. So begründet insbesondere das Bundesverfassungsgericht die Rechtfertigung dieser besonderen Finanzierungsform über die Gewährleistung der beschriebenen Grundversorgung mit Rundfunkangeboten³⁷. Ein wirtschaftlicher Wettbewerbsgedanke gegenüber den privaten Rundfunkveranstaltern resultiert daraus jedoch nicht³⁸.

Allein der Qualitätsgedanke findet vereinzelt Anklang zwar nicht in der verfassungsrechtlichen Judikatur, wohl aber z. T. im rundfunkrechtlichen Schrifttum: So wird dem Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mitunter auch eine Vorbildfunktion dahingehend zugeschrieben, dass dieser jedenfalls auch Qualitätsstandards in Hinblick auf den Privatfunk setzen solle³⁹. Insofern scheint es zumindest nicht von vorne herein ausgeschlossen, solche Qualitätsstandards in die vom Bundesverfassungsgericht als Teil des Funktionsauftrags angesehene besondere „kulturelle Verantwortung“ des Rundfunks hineinzulesen – auch wenn dabei weiterhin unklar bleibt, welche Qualitätskriterien dabei tatsächlich angelegt werden sollen⁴⁰. Gefestigter rundfunkrechtlicher Dogmatik entspricht dies indes nicht. Vielmehr ist die grundsätzliche Konzeption des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in qualitativer Abgrenzung zu den privaten Rundfunkanstalten nach wie vor vage. Insbesondere ist bisher praktisch nicht geklärt, ob er ein umfassendes paralleles öffentliches Angebot zu nahezu allen privaten Medienformaten bereitstellen oder als Musterbetrieb für besonders qualitativ hochwertige Formate dienen soll⁴¹.

Selbst wenn man einen wie auch immer gearteten Qualitätsmaßstab an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der über ein entsprechendes Selbst-

³⁶ Dazu ausführlich *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, 2007, S. 53 ff. m. w. N.

³⁷ BVerfGE 73, 118 (158).

³⁸ Ganz im Gegenteil: Das Bundesverfassungsgericht löst die wirtschaftliche Seite des Rundfunkbetriebs sogar weitestgehend aus dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit heraus und unterwirft sie allein Art. 12 GG, vgl. BVerfGE 97, 228 (268).

³⁹ So *Bullinger*, in: Regulierung (FN 33), S. 168 (170); *Held*, Online-Angebote (FN 30), S. 124.

⁴⁰ Bezeichnend insofern die tautologischen Ausführungen von *Peters*, K&R 2009, S. 26 (31), der auf die Qualitätskriterien verweist, die sich aus dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag ergeben sollen, ohne diese jedoch konkret benennen zu können.

⁴¹ *Wimmer*, ZUM 2009, S. 601 (603).

verständnis der Programmverantwortlichen hinausgeht, in Hinblick auf die Rundfunkfreiheit für geboten hielte, bliebe jedoch zu beachten, dass damit das grundlegend in Art. 5 Abs. 1 GG für die Meinungs- wie die Kommunikationsfreiheiten verankerte Neutralitätsgebot, das eine Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet⁴², auch in Bezug auf derartige Qualitätsmaßstäbe Anwendung finden muss. Es darf also nicht wertend in den inhaltlichen Äußerungsprozess eingegriffen werden. Eine solche unzulässige Wertung liegt dabei dann vor, wenn mit der zugrundeliegenden Qualitätsregel die Grenzen dessen verlassen werden, was Art. 5 Abs. 2 GG mit der „Allgemeinheit“ eines Gesetzes bezeichnet⁴³. Eine Anknüpfung an inhaltliche Merkmale des Programmangebots verbietet sich daher von vorneherein; ein inhaltlicher Qualitätsmaßstab – so sehr dieser in der politischen Debatte auch stets zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks angeführt wird – lässt sich also in verfassungskonformer Weise von vorneherein nicht gesetzlich normieren. Ein Qualitätsmaßstab, der nicht am Inhalt ansetzt, sondern durch Anlegung rein formaler Kriterien den verfassungsrechtlichen Neutralitätsanforderungen genügt, wird in der Praxis jedoch schwer zu formulieren sein⁴⁴. Vor dem Hintergrund dieser Schwierigkeit erklärt sich maßgeblich die inhaltlich kaum greifbare Fassung des § 11f RStV, die vom qualitativen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb spricht.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich die geltende staatsvertragliche Regelung über die Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als politischer Kompromiss im Zusammenhang mit der Beihilfenprüfung durch die Europäische Kommission darstellt, sich jedoch in seiner Regelungsstruktur nicht unmittelbar auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben an den öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag zurückführen lässt.

III. Telemedien im öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Allein die Tatsache, dass die einfachgesetzliche Ausgestaltung, wie soeben beschrieben, auf eine europarechtliche Optimierung ausgerichtet ist und einen verfassungsrechtlichen Bezug nicht erkennen lässt, lässt die Regelung als solche noch nicht zwingend als verfassungswidrig erscheinen. Insofern

⁴² Vgl. nur BVerfGE 80, 124 (134); ausführlich *Gersdorf*, Legitimation (FN 21), S. 75 f.

⁴³ Zur Übertragung dieses Maßstabs auf das aus Art. 5 GG folgende Neutralitätsgebot s. *Lenski*, Öffentliches Kulturrecht, i.E.

⁴⁴ Theoretisch möglich, freilich schwierig gesetzlich zu formulieren, ist insofern eine Anknüpfung an bestimmte journalistische Sorgfaltspflichten, auf die auch *Peters*, K&R 2009, S. 26 (31), und ihm folgend *Klickermann*, MMR 2009, S. 740 (742), abstellt. Gleichwohl wird es schwerfallen, die Einhaltung dieser Pflichten zu quantifizieren.

ist es durchaus denkbar, dass beide Rechtsordnungen hier geräuschlos ineinandergreifen⁴⁵, wie dies auch etwa für die allgemeine Definition des Rundfunkauftrags in § 11 RStV der Fall ist. Maßgeblich aus verfassungsrechtlicher Sicht ist insofern allein die Reichweite des bereits angedeuteten verfassungsrechtlichen Rundfunkauftrags und die Frage, inwieweit Telemedienangebote diesem Auftrag tatsächlich unterfallen.

1. Begründungsstrukturen des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags

Die grundrechtliche Herleitung eines Rundfunkauftrags der öffentlichen Hand direkt aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG stellt eine grundlegende Besonderheit in der Grundrechtsdogmatik dar und unterscheidet die Rundfunkfreiheit insofern fundamental von den anderen Freiheitsgewährleistungen der Norm. Diese Sonderstellung liegt in den tatsächlichen Alleinstellungsmerkmalen des Rundfunks als Massenmedium begründet, die diesen insbesondere von der Presse unterscheiden. Dabei hat sich allerdings der verfassungsrechtliche Fokus der Betrachtung hinsichtlich dieser Besonderheiten zusammen mit der tatsächlichen Entwicklung des Rundfunks gewandelt von einer technisch-naturwissenschaftlichen und wirtschaftlichen hin zur heute zugrunde gelegten kommunikationswissenschaftlichen und -psychologischen Perspektive⁴⁶.

Bereits in der Grundlegung seiner Dogmatik der Rundfunkfreiheit betonte das Bundesverfassungsgericht die tatsächlichen Besonderheiten, die in Hinblick auf den Rundfunk gerade im Vergleich zur Presse bestehen und die völlig unterschiedliche grundrechtliche Behandlung der beiden Massenmedien rechtfertigen. Sowohl aufgrund der technischen Knappheit der Übertragungsfrequenzen als auch des außergewöhnlich großen finanziellen Aufwands für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen stellte das Bundesverfassungsgericht insofern eine Sondersituation im Bereich des Rundfunkwesens fest, die besondere Vorkehrungen zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung der in Art. 5 GG gewährleisteten Freiheit insbesondere in Hinblick auf die vermittelte Angebots- und Meinungsvielfalt erfordere⁴⁷. Dabei erkannte das Gericht bereits frühzeitig die Möglichkeit, dass sich diese tatsächlichen Voraussetzungen, die es zugrunde legte, ändern könnten, ließ aber zunächst offen, wie sich derartige Entwicklungen auf die rundfunkrechtliche Dogmatik auswirken würden⁴⁸. Angesichts der sich sehr schnell verändernden technischen Möglichkeiten, die die ursprünglichen

⁴⁵ Vgl. zum fehlenden zwingenden Widerspruch zwischen Europa- und Verfassungsrecht auch *Schulz*, *Media Perspektiven* 2008, S. 158 (158).

⁴⁶ Vgl. auch *Ladeur*, *ZUM* 2009, S. 906 (910).

⁴⁷ BVerfGE 12, 205 (261); 31, 314 (326).

⁴⁸ BVerfGE 31, 314 (326).

tatsächlichen Prämissen zunehmend in Frage stellten, betonte das Bundesverfassungsgericht jedoch sehr bald, dass diese Dogmatik ihre Berechtigung auch dann behielte, wenn die durch Knappheit der Sendefrequenzen und den hohen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen bedingte Sondersituation des Rundfunks im Zuge der modernen Entwicklung entfalle⁴⁹.

Der besondere Rechtfertigungsgrund für die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags wurde insofern ausgetauscht und liegt nun, in den Worten des Bundesverfassungsgerichts, in der herausgehobenen „Bedeutung, die dem Rundfunk unter den Medien wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft zukommt“⁵⁰. Den Geltungsanspruch dieser Begründung betont das Bundesverfassungsgericht auch und gerade angesichts der Erweiterung der Übertragungskapazitäten sowie der weitreichenden Verknüpfung der Medien untereinander, insbesondere auch der Verbreitung von Rundfunkprogrammen über das Internet. Diese stellten den Gesetzgeber zwar vor neue Herausforderungen, die Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung zur Sicherung der Rundfunkfreiheit seien durch die Entwicklung von Kommunikationstechnologie und Medienmärkten jedoch nicht überholt⁵¹.

Insofern lässt sich grundlegend festhalten, dass der spezielle öffentlich-rechtliche Rundfunkauftrag auch im Zeitalter des Internets gilt. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass er auch für das Internet als eigenständiges Medium Anwendung findet⁵². Vielmehr gilt die vom Bundesverfassungsgericht postulierte Ausweitung ausdrücklich nur dann, wenn sich der Rundfunk des Internets allein als Verbreitungsmedium seines regulären Programms bedient. Denn allein durch den Wechsel der Verbreitungsform sind grundsätzlich in Bezug auf die als entscheidend erkannten Kriterien, die Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft, keine Unterschiede zu erkennen. Anderes gilt jedoch für Internetangebote im engeren Sinne, die das Medium eigenständig gestaltend und nicht nur als technischen Verbreitungsweg nutzen, d. h. konkret für Telemedien i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 3 RStV. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob derartige Angebote dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterfallen oder nicht⁵³, kann insofern der besondere öffentlich-rechtliche Rundfunkauftrag auf sie nur dann über-

⁴⁹ BVerfGE 57, 295 (322).

⁵⁰ BVerfGE 119, 181 (214 f.), unter Verweis auf BVerfGE 31, 314 (325); 90, 60 (87); 97, 228 (256); 103, 44 (74); 114, 371 (387).

⁵¹ BVerfGE 121, 30 (51).

⁵² So aber wohl tendenziell *Klickermann*, MMR 2009, S. 740 (741), unter pauschalem Verweis auf BVerfGE 119, 181, ohne diese Behauptung jedoch konkret festmachen zu können. Ähnlich wohl auch *Eberle*, AfP 2008, S. 329 (330).

⁵³ Vgl. dazu *Gersdorf*, AfP 2010, S. 421 (423 ff.); *ders.*, Legitimation (FN 21), S. 103 ff.; *Papier/Schröder*, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2010, S. 77 ff.; *Lenski*, Massenkommunikation (FN 36), S. 69 f.

tragen werden, wenn sie in gleichem Maße von den genannten Kriterien, welche diese grundrechtliche Sonderdogmatik begründen, betroffen sind wie der klassische Bereich des Rundfunks auch⁵⁴. Insofern ließe sich nämlich auch aus der Annahme, dass Telemedienangebote dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit unterfallen, nicht bereits die Berechtigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu solchen Angeboten ableiten⁵⁵.

Überprüft man also die Einschlägigkeit der genannten Kriterien für Telemedien, so wird man zunächst jedenfalls hinsichtlich der Aktualität keinen großen Unterschied zum Rundfunk ausmachen können. Ganz im Gegenteil: In der Regel wird sich eine Informationsverbreitung im Internet noch als deutlich zeitnaher und somit aktueller darstellen als im klassischen Rundfunk⁵⁶. Bereits in Hinblick auf die besondere Breitenwirkung wird jedoch schon der grundlegende Unterschied offenbar⁵⁷: Zwar ist das Internet mittlerweile ein außerordentlich weit verbreitetes Medium. In seiner Rezeptionsstruktur ist es jedoch individualistisch angelegt, da es von einer gezielten individuellen Datenabfrage der Nutzer lebt⁵⁸. Die individuelle Perspektive auf die bereitgestellten Inhalte ist deshalb in einem weit höheren Maße einschneidend, als dies bei Hörfunk und Fernsehen der Fall ist⁵⁹.

Vor allen Dingen aber auch das Merkmal der besonderen Suggestivkraft, die für den Rundfunk prägend ist, kann in dieser Form bei Internetangeboten nicht identifiziert werden⁶⁰. Diese besondere Suggestivkraft soll sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts daraus ergeben, dass Text und Ton sowie beim Fernsehfunk zusätzlich bewegte Bilder miteinander kombiniert werden und der programmlichen Information dadurch insbesondere

⁵⁴ Vgl. auch *Ladeur*, ZUM 2009, S. 906 (910); *Bullinger*, in: *Regulierung* (FN 33), S. 203 (217).

⁵⁵ *Gersdorf*, AfP 2010, S. 421 (429); *Held*, in: *Hahn/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 2. Aufl. 2008, Anlage zu § 11 RStV Rn. 20; unter Hinweis auf die entsprechende Konstruktion bei *Badura*, AöR 134 (2009), S. 240 (250).

⁵⁶ Vgl. auch *Moos*, in: *Kröger/Gimmy* (Hrsg.), *Handbuch zum Internetrecht*, 2. Aufl. 2002, S. 267 (288); *Heesen*, *Medienethik und Netzkommunikation*, 2008, S. 148.

⁵⁷ So auch *Klickermann*, MMR 2008, S. 793 (796).

⁵⁸ Insofern sei hier angemerkt, dass es sich etwa im Verständnis *Niklas Luhmanns* beim Internet von vorne herein nicht um ein Massenmedium handelt, da dieser Begriff die fehlende Interaktionsfähigkeit zwischen Sender und Empfänger voraussetzt, s. *Luhmann*, *Massenmedien* (FN 1), S. 9.

⁵⁹ *Heesen*, *Medienethik* (FN 56), S. 148; vgl. auch *Meffert*, in: *Ahlert/Becker/Kennig/Schütte* (Hrsg.), *Internet & Co. im Handel*, 2. Aufl. 2001, S. 161 (171); in diese Richtung auch *Ladeur*, ZUM 2009, S. 906 (909); *Moos*, in: *Handbuch zum Internetrecht* (FN 56), S. 267 (288).

⁶⁰ So auch *Gersdorf*, AfP 2010, S. 421 (425); *Klickermann*, MMR 2008, S. 793 (796); *Ladeur*, ZUM 2009, S. 906 (910); *Heinen*, in: *Krautscheid/Schwartmann* (Hrsg.), *Fesseln für die Vielfalt? Das Medienkonzentrationsrecht auf dem Prüfstand*, 2010, S. 45 (50); in diese Richtung auch *Peifer*, in: *Gundel/Heermann/Leible* (Hrsg.), *Konvergenz der Medien – Konvergenz des Rechts?*, 2009, S. 47 (49).

der Anschein hoher Authentizität verliehen wird⁶¹. Die strukturelle und verfassungsrechtlich relevante Besonderheit liegt also in der besonderen Faszinationskraft eines kontinuierlich ablaufenden Gesamtprogramms, das eine künstliche, mit hoher Authentizität ausgestattete Welt schafft und die Seher oder Hörer darin einbindet⁶². Dabei muss an dieser Stelle nicht geklärt werden, ob die derart unterstellte Suggestivkraft tatsächlich empirisch nachweisbar ist und Fernsehen und Hörfunk auch in einer sehr ausdifferenzierten digitalisierten Medienlandschaft tatsächlich noch über ein derart exzeptionelles Wirkungspotenzial verfügen⁶³. Denn selbst bei Zugrundelegung dieses Modells ist es jedenfalls auf Telemedienangebote nicht übertragbar. Ohne linear fortschreitenden Programmablauf lässt sich die besondere Suggestivkraft, von der das Bundesverfassungsgericht für den klassischen Rundfunk ausgeht, jedenfalls nicht begründen.

2. Grenzen der rundfunkverfassungsrechtlichen Entwicklungsgarantie

Wenn auf diese Weise Telemedienangebote nicht unmittelbar dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag zugeordnet werden können, so wird doch teilweise versucht, zumindest aus der rundfunkverfassungsrechtlichen Entwicklungsgarantie eine entsprechende quasi-akzessorische Erweiterung des Auftrags abzuleiten⁶⁴. Dieser Gedanke beruht auf den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, das in ständiger Rechtsprechung die Entwicklungsoffenheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betont. Danach lasse sich der Grundversorgungsauftrag nur erfüllen, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht allein in seinem gegenwärtigen Bestand, sondern auch in seiner zukünftigen Entwicklung gesichert sei⁶⁵. Das Programmangebot müsse insofern auch für neue Inhalte, Formate und Genres sowie für neue Verbreitungsformen offen bleiben⁶⁶. Sowohl die Nutzung neuer Übertragungsformen als auch neuer Programmangebotsformen, die neue Publi-

⁶¹ BVerfGE 119, 181 (215); 97, 228 (256); vgl. auch *Neuberger*, AfP 2009, S. 537 (537 f.).

⁶² *Bullinger*, JZ 1996, S. 385 (387); vgl. auch *Noelle-Neumann*, in: dies./Schulz/Wilke (Hrsg.), *Fischer Lexikon Publizistik Massenkommunikation*, 2. Aufl. 1995, S. 518 (546).

⁶³ Zweifel anklingen lassen insofern *Gersdorf*, AfP 2010, S. 421 (425), unter Verweis auf *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung. Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 2010, S. 19 f., sowie *Neuberger*, AfP 2009, S. 537 (538); unter Verweis auf *Hasebrink/Schulz/Held*, Macht als Wirkungspotenzial, Friedrich-Ebert-Stiftung, Medien-Kurzanalysen, April 2009, S. 9 ff.

⁶⁴ So *Badura*, AöR 134 (2009), S. 240 (248 ff.); in diese Richtung auch *Papier/Schröder*, Verfassungsfragen (FN 53), S. 73 ff.

⁶⁵ BVerfGE 83, 238 (298); 74, 297 (350 f.).

⁶⁶ BVerfGE 119, 181 (218).

kumsinteressen oder neue Formen und Inhalte berücksichtigen, seien insofern von der Gewährleistung der Grundversorgung umfasst⁶⁷.

Im Rahmen dieser Argumentation darf jedoch nicht übersehen werden, dass diese Entwicklungsgarantie vom Bundesverfassungsgericht strikt an die Funktion des Rundfunks geknüpft wird⁶⁸. Dies bedeutet, dass die Entwicklungsgarantie nicht neben, sondern innerhalb des besonderen Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks besteht⁶⁹. Dabei darf der Funktionsauftrag hier nicht auf die allgemeine Betrachtung des Rundfunks als „Faktor und Medium der öffentlichen Meinung“ reduziert werden – eine solche Perspektive würde über die Hintertür der Entwicklungsgarantie die Unterschiede zwischen der Pressefreiheit und der Rundfunkfreiheit in Hinblick auf den besonderen Auftrag für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten völlig verwischen. Vielmehr muss auch bei einer Erweiterung des Auftrags über das Argument der Entwicklungsoffenheit die grundsätzliche Rechtfertigungsstruktur beachtet werden, die sich auf die genannten Merkmale der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft stützt⁷⁰.

Insofern bleibt zu beachten, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk kein genuin gleichberechtigter Akteur in der Massenkommunikation ist, sondern ein sektoraler Aufgabenträger, der seine spezifische Legitimation aus den tatsächlichen Besonderheiten des Rundfunks und seiner Funktion innerhalb der gesellschaftlichen Kommunikation ableitet⁷¹. Daher verbleibt es auch im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bei dem im hergebrachten liberalen Staatsverständnis verankerten Grundsatz, dass öffentliche Kommunikation einen genuin gesellschaftlichen Prozess darstellt, aus dem sich der Staat in aller Regel fernzuhalten hat, da er grundsätzlich nur von den Bürgern zum Staat, nicht aber in umgekehrter Richtung vom Staat zum Bürger verlaufen soll⁷².

Dieses Gebot findet der Sache nach auch Anwendung auf den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Das vom Bundesverfassungsgericht postulierte Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks⁷³, das zutreffender als Ge-

⁶⁷ BVerfGE 83, 238 (299).

⁶⁸ BVerfGE 119, 181 (218); 83, 238 (299); 74, 297 (350 f.).

⁶⁹ Vgl. auch Held, Online-Angebote (FN 30), S. 233.

⁷⁰ Vgl. auch Gersdorf, AfP 2010, S. 421 (427).

⁷¹ Gersdorf, AfP 2010, S. 421 (428). Allgemein zur Bedeutung des Staates als Akteur im Meinungsmarkt auch Lenski, in: Towfigh u. a. (Hrsg.), Recht und Markt, 2009, S. 97 (99 ff.).

⁷² BVerfGE 20, 56 (99); umfassende Darstellung und Kritik bei Heller, Staatslehre, 1934, S. 177 ff. Vgl. dazu auch Lenski, in: Recht und Markt (FN 71), S. 97 (99 f.), unter Darstellung des Konfliktfelds mit dem Gebot staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, das freilich mit dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk so in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht.

⁷³ BVerfGE 31, 314 (329); 57, 295 (320); 74, 297 (349); 83, 238 (308 ff.); dazu ausführlich Gersdorf, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung, 1991, S. 71 ff.; vgl. auch Rossen-Stadtfeld, ZUM 2008, S. 1 (3 f.).

bot der Staatsferne zu bezeichnen ist⁷⁴, darf daher nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich trotz aller organisatorischer Vorkehrungen zur Gewährung größtmöglicher inhaltlicher Unabhängigkeit bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eben um öffentlich-rechtlich verfasste juristische Personen handelt⁷⁵. Die staatsferne Organisation sowie die organisatorische Einbindung gesellschaftlicher Gruppen vermögen insofern die verfassungsrechtlichen Anforderungen in Hinblick auf den grundsätzlich staatsfrei zu erfolgenden gesellschaftlichen Kommunikationsprozess zwar stark zu lockern; grundsätzlich aufheben können sie sie jedoch nicht⁷⁶. Deshalb muss sich – auch vor dem Hintergrund der Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – nicht die Limitierung des Tätigkeitsfelds des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in neuen Medien in Hinblick auf eine Verzerrung des Meinungswettbewerbs rechtfertigen⁷⁷. Vielmehr ist es umgekehrt die Ausweitung seines Programmauftrags, die sich angesichts der damit verbundenen staatlichen Einflussnahme auf den gesellschaftlichen Kommunikationsprozess zu rechtfertigen hat⁷⁸.

3. Fehlende eigenständige verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Telemedien

Wenn somit auch über die Entwicklungsgarantie keine eigenständige Legitimation von Telemedienangeboten der öffentlich-rechtlichen Rundfunk-

⁷⁴ So auch Dörr, ZUM 2000, S. 666 (668); vgl. auch Eifert/Eicher, in: Beck'scher Kommentar (FN 7), § 11 RStV Rn. 37; Schladebach/Simantiras, EuR 2011, S. 784 (791 f.); Papier/Schröder, Verfassungsfragen (FN 53), S. 21 f.; inhaltlich in diese Richtung auch Degenhart, NVwZ 2010, S. 877 (879); beide Begriffe parallel verwendend BVerfGE 73, 118 (164, 190); 121, 30 (48, 51 ff.).

⁷⁵ Die tatsächlichen Schwierigkeiten, eine hinreichende Staatsferne zu gewährleisten, unterstreichen diesen Befund. Deutlich wird dies etwa an dem Streit um die parteipolitisch geprägte Zusammensetzung des ZDF-Verwaltungsrats und des ZDF-Fernsehrats, vgl. nur Dörr/Schwartmann, Medienrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 174; Degenhart, NVwZ 2010, S. 877 ff.; Huber, in: FS Bethge, 2009, S. 497 (502); Dörr, K&R 2009, S. 555 (556 ff.); Schuster, Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung, 1990, S. 153 f.

⁷⁶ Dies gilt unabhängig von der Frage, ob öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten der mittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen sind oder nicht und man ihre Tätigkeit insofern als Ausübung von Verwaltungstätigkeit qualifiziert. Vgl. dazu ausführlich Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 75 ff.; Schmidt-Aßmann, in: GS Martens, 1987, S. 249 ff.; Berendes, Die Staatsaufsicht über den Rundfunk, 1973, S. 96; Gersdorf, Staatsfreiheit (FN 73), S. 116; Ossenbühl, Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft, 1975, S. 9 ff.; tendenziell eine solche Betrachtung vornehmend Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 500 f. Insofern ist das Gebot der Staatsferne als Organisationsmaxime gedanklich zu trennen von der tatsächlichen Realität der öffentlich-rechtlichen Organisations- und Finanzierungsform, darf also kein unzulässiger Rückschluss vom verfassungsrechtlichen Sollen auf das tatsächliche Sein vollzogen werden.

⁷⁷ So aber wohl Badura, AöR 134 (2009), S. 240 (248); Hahn, ZRP 2008, S. 217 (219).

⁷⁸ In diese Richtung auch Ladeur, ZUM 2009, S. 906 (910).

anstalten hergeleitet werden kann, verbleibt somit allein die Konstruktion eines selbständigen verfassungsrechtlichen Grundes, der diese Form der medialen Nutzung rechtfertigen könnte. Vereinzelt wird insofern der allgemeine Gedanke des publizistischen Vielfaltsdefizits herangezogen, der auch im Internet Geltung beanspruchen soll⁷⁹. Gerade angesichts der niedrigen strukturellen Markteintrittsbarrieren in diesem Bereich kann jedoch ein solches Defizit im Angebot nicht festgestellt werden und lässt sich auch nicht prognostizieren⁸⁰. Insofern ist zu berücksichtigen, dass sich ein solcher Mangel an Vielfalt sowohl auf die Meinungspluralität als auch auf die thematische Breite beziehen muss⁸¹. Ein solches strukturelles Defizit besteht jedoch in Hinblick auf das Internet gerade nicht. Die zum Teil behaupteten inhaltlichen Angleichungstendenzen, die in der Angewiesenheit auf Werbefinanzierung verortet werden⁸², wären – selbst wenn ihr Vorliegen zugrunde läge – lediglich an hier nicht relevanten Qualitätskriterien zu messen und sind nicht geeignet, um einen Mangel an Vielfalt gerade im Vergleich zur Presse, die einem vergleichbaren Grundrechtsregime nicht untersteht, zu begründen⁸³.

Somit verbleibt als letzte Argumentationsstruktur, um einen selbständigen Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den Telemedien herzuleiten, die genau umgekehrte Konstruktion, die bei der Vielfalt des Angebots ansetzt und daraus eine inhaltliche Orientierungsfunktion ableitet. Die Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten soll danach darin liegen, „gerade *die* Informationsquelle zu sein, die Gewähr für Objektivität und Binnenpluralismus bietet“ und die Vielfalt der gesellschaftlichen Meinungen insbesondere in konzentrierter Form präsentiert⁸⁴. Das Überflussphänomen des medialen Angebots im Internet wird somit als

⁷⁹ Vgl. Witt, Internet-Aktivitäten (FN 31), S. 122; Eberle, Referat auf der 103. Tagung des Studienkreises für Presserecht und Pressefreiheit in der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien am 25./26. 4. 2008, zitiert nach Pöppelmann, MMR 7/2008, S. XXVIII; in diese Richtung bereits ders., AfP 2008, S. 329 (330). Zum gleichen Ergebnis kommt Jahn, Drei-Stufen-Test und plurale Rundfunkaufsicht, 2011, S. 66, die allerdings als Vergleichsmaßstab zur Bestimmung des Vielfaltsdefizits nicht das Gesamtangebot an Telemedien, sondern lediglich das Telemedienangebot der privaten Rundfunkveranstalter heranzieht.

⁸⁰ Rösler, JZ 2009, S. 438 (447); Müller-Terpitz, AfP 2008, S. 335 (339 ff.); Gersdorf, AfP 2010, S. 421 (429 f.); ders., Legitimation (FN 21), S. 107 ff.; Ladeur, ZUM 2009, S. 906 (912).

⁸¹ Müller-Terpitz, AfP 2008, S. 335 (339).

⁸² Eberle, AfP 2008, S. 329 (330); vgl. auch Witt, Internet-Aktivitäten (FN 31), S. 122.

⁸³ Auf diese Parallele abstellend auch Gersdorf, AfP 2010, S. 421 (429 f.). Gleiches gilt auch für die von Witt, Internet-Aktivitäten (FN 31), S. 121, angeführte Nutzerkonzentration, die auch in Bereich der Printmedien zu beobachten ist, ohne dass dies ein strukturelles Vielfaltsdefizit im Sinne der rundfunkverfassungsrechtlichen Dogmatik begründen würde.

⁸⁴ Papier/Schröder, Verfassungsfragen (FN 53), S. 75 f.

Knappheitsphänomen rekonstruiert, namentlich als Phänomen der Aufmerksamkeit als knapper Ressource⁸⁵.

Die damit verbundene grundlegende Problembeschreibung ist zwar im Grundsatz richtig, lässt aber die gezogenen rundfunkverfassungsrechtlichen Schlussfolgerungen so nicht zu. Insofern ist hier nämlich der strukturelle Unterschied zwischen den beiden Knappheitsphänomenen zu berücksichtigen: Während es sich bei der Vielfaltsknappheit in Hinblick auf die Meinungsp pluralität und thematische Breite im klassischen Rundfunk um Merkmale handelt, die den Medien selbst immanent sind, handelt es sich bei der begrenzten Fähigkeit zur Generierung von Aufmerksamkeit um ein medienunabhängiges rein innerpsychisches Phänomen, das einer grundlegenden medienverfassungsrechtlichen Bewältigung weder bedarf noch ihr zugänglich ist. Ganz im Gegenteil: Ein solcher Gedanke der Orientierung und damit letztlich auch der Lenkung eines durch Meinungs- und Angebotsvielfalt geprägten Medienangebots steht im deutlichen Widerspruch zur Idee der gesellschaftlichen Kommunikation als grundsätzlich staatsfreiem Prozess.

4. Zulässige Internetangebote als programmbegleitende Annexmedien

Ein selbständiger Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den Telemedien lässt sich somit aus der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht herleiten, ein entsprechendes Angebot stellt sich als verfassungswidrig dar. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jegliche Angebote von Telemedien durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten unzulässig wären. Genau wie vom Bundesverfassungsgericht für von Rundfunkanstalten herausgegebene Printmedien festgestellt, sind Angebote jenseits des klassischen Rundfunks vielmehr dann zulässig, wenn sie als Annexangebote die eigentliche rundfunkbezogene Funktion unterstützen. Es kommt also darauf an, ob und in welchem Umfang diese Angebote dazu beitragen, die Erfüllung der Aufgaben der Rundfunkanstalt sicherzustellen, die in der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit begründet sind. Wenn und soweit das Angebot diesem Aufgabenkreis als eine lediglich unterstützende Randbetätigung zugeordnet werden kann, ist sie vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag gedeckt⁸⁶.

Damit stellen sich letztlich die verfassungsrechtlichen Anforderungen als weitestgehend identisch mit der Rechtslage vor der Gesetzesänderung 2009

⁸⁵ Vgl. zu diesem Phänomen grundlegend *Franck*, *Ökonomie der Aufmerksamkeit*, 1998, S. 49 ff., sowie die Beiträge in *Hickethier/Bleicher* (Hrsg.), *Aufmerksamkeit, Medien und Ökonomie*, 2002; vorsichtig in diese Richtung bereits *Schulze*, *Die Erlebnisgesellschaft*, 1992, S. 423. Vgl. dazu auch *Lenski*, in: *Recht und Markt* (FN 71), S. 97 (97 f.).

⁸⁶ BVerfGE 83, 238 (313); so auch *Gersdorf*, AfP 2010, S. 421 (430); *ders.*, *Legitimation* (FN 21), S. 109 ff.

dar, die lediglich das Angebot sendungsbezogener Telemedien zuließ. Der entscheidende Unterschied zur früheren Rechtslage besteht insofern vor allem darin, dass eine Legaldefinition des Begriffs der sendungsbezogenen Telemedien eingeführt wurde. Genau in diesem Unterschied zeigt sich auch, dass insofern keineswegs ein unauflöslicher Widerspruch zwischen Verfassungs- und Unionsrecht bestünde. Denn mit der gesetzlichen Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit dem Angebot sendungsbezogener Telemedien bei gleichzeitiger Legaldefinition eines solchen Angebots wird bereits auf gesetzlicher Ebene eine den europäischen Vorgaben genügende Betrauung vorgenommen. Eines zusätzlichen Verfahrens wie dem eingeführten Drei-Stufen-Test mit all seinen rechtlichen Zweifelsfragen im Detail bräuchte es insofern bei verfassungskonformer Ausgestaltung des Gesetzes gar nicht⁸⁷.

IV. Medienwettbewerb ohne Medienwettbewerbsrecht

Wendet man vor diesem Hintergrund den Blick zurück auf die titelgebende Tagesschau-App, so stellt sich diese nach den dargelegten Maßstäben einfachrechtlich zumindest insofern als rechtmäßig dar, als dass sie uneingeschränkt mit dem genehmigten Telemedienkonzept der ARD übereinstimmt⁸⁸. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bewertung stellt sie sich insoweit als rechtmäßig dar, als ihre Inhalte sendungsbezogen sind, d. h. insbesondere insoweit hier Originalausschnitte aus der Sendung sowie entsprechende Sendungsmanuskripte zeitnah abrufbar sind. Dieser Befund lässt sich jedoch weder ohne Weiteres auf andere Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten übertragen, noch korrespondiert mit ihr eine zwingende Lösung hinsichtlich des konkret zu entscheidenden Falls. Vielmehr offenbaren sich hier die Folgen eines einfachrechtlich wie verfassungsrechtlich scharf konturierten Medien-, insbesondere Rundfunkwettbewerbsrechts.

⁸⁷ Dadurch wird auch die von *Ladeur*, ZUM 2009, S. 906 (910), angesprochene Schwierigkeit gelöst, dass der Gesetzgeber nach dem jetzigen Modell eine wichtige Entscheidung, die nicht der Programmautonomie zuzurechnen ist, ganz der Selbstregulierung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk überlässt, ohne eigenes Regulierungswissen zu erzeugen. Freilich bliebe es möglich, den Rundfunkräten – auch in Anlehnung an den Drei-Stufen-Test – eine entsprechende Kontrollkompetenz einzuräumen.

⁸⁸ Dabei sei hier nur am Rande darauf hingewiesen, dass die Frage der Legalisierungswirkung dieser Genehmigung in Bezug auf das Wettbewerbsrecht durchaus umstritten und eine der rechtlichen Zweifelsfragen im Rechtsstreit um die Tagesschau-App vor dem LG Köln darstellt.

1. Fragmentarischer einfachgesetzlicher Rahmen

Insofern ist zunächst festzuhalten, dass das zivilrechtliche Wettbewerbsrecht ein spezifisches medienübergreifendes Medienwettbewerbsrecht nicht normiert. Lediglich das Kartellrecht kennt einzelne medienspezifische Spezialvorschriften⁸⁹. Die maßgeblichen Regelungen finden sich insofern im Bereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkregulierung, die über das Zulassungs- und Frequenzvergaberegime bei privaten Rundfunkveranstaltern darauf ausgerichtet sind, die Bildung einer vorherrschenden Meinungsmacht im Rundfunk zu verhindern. Diese Regeln gelten jedoch zum einen ausschließlich in Hinblick auf Private, beziehen das Verhältnis zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten also nicht mit ein. Zum anderen sind sie allein in Hinblick auf die objektive Rundfunkordnung und den Meinungsmarkt in seiner Gesamtbetrachtung ausgerichtet, nicht jedoch auf das Verhältnis zu etwaigen Mitbewerbern – sei es in Hinblick auf den publizistischen, sei es in Hinblick auf den wirtschaftlichen Wettbewerb⁹⁰.

Eine gewisse strukturelle Neuerung beinhaltet insofern die zu Beginn zitierte Bestimmung in § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV, die nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote in den Telemedien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten untersagt. Mit diesem Maßstab, der vergleichend an Telemedien in Hinblick auf Angebote der Printmedien angelegt werden soll, wird – unabhängig von der Auslegung des Begriffs im Einzelnen⁹¹ – ein deutlicher Bezug zur medialen Wettbewerbssituation offensichtlich, der auch die verstärkte europarechtliche Perspektive sowie die politische Geschichte des der Gesetzgebung zugrundeliegenden Beihilfekompromisses widerspiegelt⁹². Inwiefern diese Norm jedoch tatsächlich auch Drittschutz für den Konkurrenten entfaltet, Verstöße also etwa durch konkurrierende Presseunternehmen auf dem Rechtsweg erfolgreich unterbunden werden können, ist bisher nicht geklärt, aufgrund der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift jedoch im Ergebnis hier auch nicht von Relevanz.

Gleiches gilt für den Drei-Stufen-Test nach § 11f RStV, der durch die erläuterte Pflicht zur Berücksichtigung der marktlichen Auswirkungen

⁸⁹ Vgl. nur den Überblick bei *Paal*, Medienvielfalt (FN 21), S. 224 ff.; *Paschke*, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 536 ff.

⁹⁰ Exemplarisch ist insofern die Entscheidung des NdsOVG, ZUM-RD 2010, S. 513 ff., das ein subjektives Recht auf eine objektiv rechtmäßige Zulassungspraxis in Hinblick auf die Zulassung zu Fensterprogrammen ablehnt.

⁹¹ Vgl. dazu nur *Gersdorf*, AfP 2010, S. 421 (430 ff.); *Papier/Schröder*, Verfassungsfragen (FN 53), S. 88 ff.; *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RAndStV, 2009, S. 105 ff.; *Hahn*, ZRP 2008, S. 217 (218 f.); *Gerhard*, AfP 2010, S. 16 (17 ff.).

⁹² Gleiches gilt für das in § 11d Abs. 5 S. 3 RStV normierte Verbot der flächendeckenden lokalen Berichterstattung, die nach der Darstellung von *Hahn*, ZRP 2008, S. 217 (220), unmittelbar auf Forderungen der Kommission im Beihilfekompromiss zurückgeht.

ebenfalls durch einen expliziten Marktbezug auch und gerade in Hinblick auf etwaige Konkurrenten geprägt ist. Dieser materielle Bezug wird noch verstärkt durch eine prozedurale Einbindung: Zu den materiellen Anforderungen des Drei-Stufen-Tests, insbesondere also zu den marktlichen Auswirkungen, ist Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Allerdings ist diese Einbindung zum einen nicht auf Wettbewerber beschränkt oder konkretisiert, zum anderen in Hinblick auf eine reine Berücksichtigungspflicht des Rundfunkrats auch sehr schwach ausgeprägt⁹³. Vor allen Dingen aber sollen nach dem Willen des Gesetzgebers einklagbare subjektive Rechte Dritter durch die Möglichkeit, eine Stellungnahme abzugeben bzw. die Pflicht des Rundfunkrats, diese Stellungnahmen zu berücksichtigen, nicht begründet werden⁹⁴.

Somit verbleibt das Rechtsregime, mithilfe dessen Verstöße gegen diese objektiven Vorschriften durchgesetzt werden können, das Recht des unlauteren Wettbewerbs. Ein Ineinandergreifen der medienrechtlichen und der wettbewerbsrechtlichen Ordnung wird dadurch bewirkt, dass Verstöße gegen spezifische medienrechtliche Vorschriften von der Rechtsprechung weitestgehend auch als Verstöße gegen das Verbot unlauteren Wettbewerbs interpretiert werden⁹⁵. Unabhängig von der Kritik an dieser Konstruktion als Systembruch bzw. Usurpation⁹⁶ stellt sich diese fast vollständige Verlagerung in die Generalklauseln des UWG jedenfalls in der Rechtsprechungspraxis als problematisch dar, wie sich gerade wieder an den erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten der Bewältigung der Tagesschau-App mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts vor dem Landgericht Köln zeigt.

2. Dogmatisch nicht ausgereiftes verfassungsrechtliches Medienwettbewerbsrecht

Die Ursache für die mit dieser Verlagerung verbundenen rechtlichen Unsicherheiten liegt jedoch nicht nur in dem fragmentarischen wettbewerbsrechtlichen Rahmen zur Durchsetzung der medien- und insbesondere rundfunkrechtlichen Ordnung begründet. Mit ihm korrespondiert insofern eine unvollständige verfassungsrechtliche Durchdringung des spezifischen Medien-

⁹³ Aus diesem Grund der mangelnden Beteiligung in Hinblick auf die betroffenen Grundrechte die Regelung für verfassungswidrig haltend *Ladeur*, ZUM 2009, S. 906 (914).

⁹⁴ Begründung zum 12. RÄndStV, LT-Drs. By 16/260, S. 19; vgl. auch *Dörr*, ZUM 2009, S. 897 (903). Kritisch dazu *Wimmer*, ZUM 2009, S. 601 (609 f.).

⁹⁵ Vgl. nur beispielhaft aus der jüngeren Rechtsprechung BGH, GRUR 2011, S. 163 ff.; OLG Frankfurt, K&R 2009, S. 60 f., S. 197 ff.; OLG Düsseldorf, ZUM-RD 2009, S. 61 ff.; MMR 2008, S. 682 f.; OLG Hamm, MMR 2008, S. 469; AfP 2008, S. 513 ff.

⁹⁶ So deutlich *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht. Besonderer Teil, Bd. 1, 1995, § 6 Rn. 212.

wettbewerbsrechts insbesondere in Hinblick auf die Abgrenzungen zwischen dem Schutzbereich der Medienfreiheiten, vor allem der Rundfunkfreiheit, und der Berufsfreiheit einerseits sowie der Wettbewerbskonstruktion in Hinblick auf den publizistischen wie den wirtschaftlichen Wettbewerb andererseits⁹⁷.

Der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Rundfunk für die Verfolgung nicht nur publizistischer, sondern auch wirtschaftlicher Ziele eingesetzt werden kann und der publizistische wie ökonomische Wettbewerb nicht automatisch dazu führen, dass für die Unternehmen publizistische Ziele im Vordergrund stehen⁹⁸, hat insofern nicht zu einer grundlegenden Reflektion der grundrechtlichen Beurteilung dieser Zielrichtungen sowie der zunehmenden wirtschaftlichen Einbindung des Rundfunksystems auch seitens der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geführt. Insofern ist nach wie vor kaum geklärt, welche Rolle der öffentlich-rechtliche Rundfunk – auch aus grundrechtlicher Sicht – im wirtschaftlichen Wettbewerb der Medienunternehmen spielt.

Die bisherigen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, dass die Rundfunkfreiheit gerade in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allein auf eine publizistische, keine wirtschaftliche Konkurrenz ausgerichtet ist und wirtschaftliche Aspekte nur insoweit umfasst seien, als dass die Sicherung der wirtschaftlichen Voraussetzungen der Sendetätigkeit in Form einer Finanzierungsgarantie umfasst sei⁹⁹, sind insofern wenig wegweisend. Sie verhalten sich insbesondere nicht zu der tatsächlichen Entwicklung, dass sich wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb zunehmend verschränken und kaum noch sauber voneinander getrennt werden können. Denn auch wenn es den privaten Medienunternehmen idealtypisch um Geschäftschancen, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hingegen um publizistische Wirkung geht, so besteht doch ein unübersehbarer Interessenkonflikt insofern, als die Geschäftschancen der Privaten direkt von der Aufmerksamkeit für ihre Angebote abhängen, diese Aufmerksamkeit aber durch gebührenfinanzierte werbefreie öffentlich-rechtliche Angebote vermindert wird, selbst wenn diese „nur“ publizistisch in Konkurrenz zu privaten Angeboten treten¹⁰⁰. Dabei wird diese besondere Wettbewerbssituation auch von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zunehmend als Konkurrenzsituation aufgenommen. Besonders deutlich wird das an der Begründung, mit welcher die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihr Konzept der Expansion in die neuen Telemedien legitimieren: Tat-

⁹⁷ Vgl. nur *Gersdorf*, Legitimation (FN 21), S. 76 ff.; *Paal*, Medienvielfalt (FN 21), 2010, S. 128 ff.; *Engel*, AfP 1994, S. 185 (187 ff.).

⁹⁸ BVerfGE 119, 181 (214).

⁹⁹ BVerfGE 97, 228 (268).

¹⁰⁰ *Wimmer*, ZUM 2009, S. 601 (602).

sächlich stellen sie dabei nämlich immer weniger auf die Notwendigkeit der Umstellung des kulturellen und politischen Prinzips der Programmvielelt auf veränderte Bedingungen ab, sondern vielmehr mit einem typischen Wettbewerbsinteresse, dem Wandel der Interessen der Zuschauer als Nachfrager¹⁰¹. Das Verfassungsrecht verhält sich zu diesen Phänomenen bisher kaum.

V. Ausblick: Öffentlich-rechtlicher Rundfunkauftrag im technischen und wirtschaftlichen Umbruch

„Was wir über unsere Gesellschaft, ja über die Welt, in der wir leben, wissen, wissen wir durch die Massenmedien.“ Die Erzeugung dieses Wissens in unseren Köpfen ist nicht mehr nur einem geistigen Wettbewerb um die Deutungshoheit über unser Weltwissen unterworfen, sondern zunehmend auch zum Wirtschaftsgut geworden. Die technische Entwicklung, der die medialen Zugangsmöglichkeiten zur Prägung unseres Weltwissens unterliegen, tun ein Übriges, um diesen Prozess rasant zu beschleunigen und auch schwer vorhersehbar zu machen.

Die Tagesschau-App und die rechtliche Kontroverse um sie sind in dieser Hinsicht ein kleiner Mosaikstein in einem Bild, das sich erst noch zusammensetzen muss. Die grundlegenden Fragen, die sich an die Reichweite des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags im technischen und wirtschaftlichen Umbruch stellen, kristallisieren sich an ihr, werden sich an ihrem Beispiel jedoch nicht grundlegend bewältigen lassen. Sie gehen inhaltlich weit über die gerügte Textlastigkeit des Programms und medial weit über die konkrete Anwendung für Smartphones und Tablet PCs hinaus. Vor allem aber wird der allein am Maßstab des UWG zu entscheidende Rechtsstreit überfrachtet, wenn in dessen Generalklauseln die gesamte einfachrechtliche wie verfassungsrechtliche Medienrechtsordnung hineingelesen werden sollen. In Hinblick auf diese Schwierigkeiten hat sich das Landgericht Köln für eine pragmatische Lösung entschieden: Es hat die Presseähnlichkeit des Angebots für den konkret von den Klägern gerügten Tag festgestellt¹⁰².

So sehr man kritisieren mag, dass sich das Gericht hier in Hinblick auf eine grundsätzliche Klärung – gerade etwa auch in Hinblick auf eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht – aus der Verantwortung stiehlt, so sehr muss man doch auch die Verantwortung des Gesetzgebers betonen, der nicht nur trotz, sondern gerade wegen der Staatsferne des Rundfunks grundlegende Fragen selbstbewusst zu klären hätte. Dazu gehört nicht nur ein größerer Mut, bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben auch die

¹⁰¹ Ladeur, ZUM 2009, S. 906 (908 f.).

¹⁰² s. Hauser, „Sieg der Verlage“, FAZ 27. 09. 2012.

verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht aus dem Blick zu lassen, die keineswegs mit dem Unionsrecht unvereinbar sein müssen. Wünschenswert wäre auch eine verstärkte Anerkennung der Tatsache, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu einem starken Wettbewerber der privaten Medien nicht nur in publizistischer, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht geworden ist. Ein rechtlicher Rahmen, der diesen Wettbewerb nicht nur reguliert, sondern Verstöße für den einzelnen Wettbewerber auch effektiv rügefähig macht, würde insofern nicht nur den Interessen der privaten Medienunternehmen, sondern auch dem Interesse der Allgemeinheit an einer verfassungskonformen Ausgestaltung der Rundfunkordnung dienen.

Abstract

Reasons and Limits of the Public Service Broadcasting Remit in the Internet

In 2007 the European Commission decided formally to close an investigation under EC Treaty state aid rules into the financing regime for German public service broadcasters in light of formal commitments by the German Government to amend the current regime. The core of this reform, confirmed by the German Government, was to substantiate the description of the public service remit for the new media services and to establish a “three-step test” for these offers which adapts the British Public Value Test of the BBC. Enacting the necessary measures, however, the compliance with national constitutional law was hardly considered. According to the constitutional “freedom of broadcasting” the public service broadcasters are allowed to offer new media services only with programme-related content. Such limitations on the public service remit are clearly compatible with European Union Law. The “three-step test” recently implemented to fulfil the obligations set up by the European Commission, therefore, proves to be superfluous in relation to both national constitutional law and the European Union law.