



POSITIONSPAPIER

des Verbands der Filmverleiher zum § 11 d Abs. 2 Ziffer 2 Rundfunkstaatsvertrag (Telemedienauftrag für den ÖR)

**Rechtmäßigkeit der Erweiterung des Telemedienauftrags
des öffentlich-rechtlichen Rundfunks um „europäische Werke“ als VOD-Angebot**

Prof. Dr. Stefan Sporn

Executive Summary

- Die geplante Ausweitung des Telemedienauftrags in § 11 Abs. 2 Ziffer 2 RStV für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk unterliegt erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.
- Mangels Vielfaltsdefizits ist keine Ausweitung des Grundversorgungsauftrags zulässig.
- Die Entwicklungsgarantie des ÖR umfasst keinen Anspruch auf Wettbewerb mit Netflix & Co.
- Die Neuregelung ist als Verstoß gegen die Beihilfevorschriften außerdem europarechtswidrig.
- Es mangelt beihilferechtlich an einer klaren Auftragsdefinition, dem notwendigen gemeinwirtschaftlichen Charakter und der Ermittlung der zusätzlichen finanziellen Aufwände und Auswirkungen.

A. Ausgangslage

Die Bundesländer beabsichtigen eine Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags. Neben verschiedenen weiteren Änderungen soll auch § 11 d Abs. 2 Ziffer 2 des Rundfunkstaatsvertrags gemäß des Vorschlags der Rundfunkreferenten für eine Online-Konsultation vom 17.05.2017 wie folgt neu gefasst werden:

„(2) Der Auftrag nach Absatz 1 umfasst insbesondere

1. ...

2. Sendungen ihrer Programme auf Abruf von europäischen Werken angekaufter Spielfilme und angekaufter Folgen von Fernsehserien, die keine Auftragsproduktionen sind, bis zu 30 Tage nach deren Ausstrahlung.“

Bisher sah der Rundfunkstaatsvertrag keine ausdrückliche Möglichkeit für ein solches Video-On-Demand-Angebot über die Mediatheken des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (ÖR) vor. Eine offizielle Begründung zur Veranlassung und Zielsetzung dieser Norm des RStV liegt bisher nicht vor.

Die folgenden Ausführungen sollen sich im Folgenden ausschließlich auf die verfassungsrechtliche und europarechtliche Zulässigkeit der geplanten Ausweitung nach § 11 d Abs. 2 Ziffer 2 RStV beschränken.

B. Verfassungsrechtliche und europarechtliche Rechtmäßigkeit der Auftragserweiterung

a. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Auftragserweiterung

aa. Umfang des Grundversorgungsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Jede Ausweitung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in Auslegung des Art. 5 GG zu beurteilen, die dem ÖR den Auftrag zur Grundversorgung zugeordnet hat. § 11 RStV konkretisiert den eher abstrakt vom Bundesverfassungsgericht umrissenen Grundversorgungsauftrag; § 11 a Abs. 1 RStV zählt in Ergänzung dazu neben dem „klassischen“ Rundfunk auch Telemedien (bzw. Telemedienangebote nach Entwurfsfassung). In seiner Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass der Grundversorgungsauftrag mit einer Bestands- und Entwicklungsgarantie verknüpft ist, die letztlich grundsätzlich auch Aktivitäten auf dem Gebiet der Telemedien zulässt.

Es stellt sich jedoch mit der hier gegenständlichen weitreichenden Erweiterung des Telemedienkonzeptes die Frage, bis zu welchen Grenzen der ÖR in diesem Bereich der Telemedien Engagement entfalten darf.

Zentraler Leitgedanke der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für das deutsche duale (Rundfunk-) System ist der der Vielfalt. Damit der Rundfunk seine Funktion als Medium und Faktor der öffentlichen und individuellen Meinungsbildung erfüllen kann, bedarf es der Schaffung der bzw. der Sicherung von Meinungs- und Angebotsvielfalt. Die Vielfaltssicherung durch den ÖR ist aber nur solange geboten, solange die privaten Veranstalter die Vielfalt nicht gewährleisten. Es kommt für die Vielfaltssicherung und damit den zentralen Auftrag des ÖR gerade nicht darauf an, die duale (Rundfunk-) Ordnung zwingend und unreflektiert auf jeden neuen Bereich zu erstrecken. Der ÖR soll unter Abwägung der widerstreitenden Systeme „wettbewerbsfähig“ bleiben, wobei hier aber primär die Gewährleistung einer freien, umfassenden und vielfältigen Berichterstattung zu verstehen ist. Anderenfalls wäre die Entwicklungsgarantie auch völlig schrankenlos; und das ist nicht das entsprechende verfassungsrechtliche Verständnis des Bundesverfassungsgerichts. Es bedarf also eines konkreten relevanten Vielfaltsdefizits, um eine Erweiterung des Grundversorgungsauftrages vom klassischen Rundfunk für einen sehr spezifischen Bereich der Telemedien zu rechtfertigen.

Das erklärt u.a. auch, warum der die erlaubten Aktivitäten des ÖR im Bereich der Telemedien festlegende § 11 d RStV solche nur in sehr engen Grenzen erlaubt. Zusätzlich ist bei der Prüfung der hier gegenständlichen Auftragserweiterung verschärfend zu berücksichtigen, dass es sich bei den in Frage stehenden Inhalten („europäische“ Filme und Serien¹) anders als beispielsweise bei Nachrichten und Magazinen um für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung um Angebote handelt, die nicht den unverzichtbaren Kern dieses Meinungsbildungsprozesses ausmachen.

bb. Kein Vielfaltsdefizit bei fiktionalen („europäischen“) Angeboten

¹ Es mangelt dem RStV an einer Definition der Begrifflichkeit „europäische Werke“; auch § 6 RStV, der Regelungen zu diesen Werken trifft, liefert keine. Es muss angenommen werden, dass insoweit die Länder auf die Ausführungen der Europäischen Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste (AVMD) in Kapitel 1, Art. 1., Abs. 1, Buchst. n zurückgreifen.

Für die Länder war offensichtlich schon bei Festlegung auf den aktuellen Telemedienauftrag kein Vielfaltsdefizit bei fiktionalen „europäischen“ Inhalten und damit kein verfassungsrechtliches Auftragserfordernis erkennbar; anderenfalls wäre die bestehende Telemedienermächtigung nicht verfassungskonform, weil sie einem erkannten Defizit bei der Angebotsvielfalt nicht abhilft, sondern den ÖR ungerechtfertigt einschränkt. Was aber bereits damals galt, muss erst recht angesichts der positiven Angebotsentwicklung heute gelten. Das Angebot an fiktionalen „europäischen“ Inhalten ist seit Aufnahme des § 11 d in den RStV nicht knapper, sondern dank eines wachsenden Inhalte-Angebotes bei den einzelnen Anbietern und zusätzlich dank einer wachsenden Zahl von privaten Anbietern größer geworden; es gibt keinerlei Indikatoren für eine Änderung dieser Situation. Und selbst wenn dies der Fall wäre, dann ergäbe sich angesichts der begrenzten Bedeutung der hier gegenständlichen Inhalte für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung kein unmittelbarer Handlungsdruck. Eine entsprechende Ausweitung des Telemedienauftrags des ÖR ist somit schon deswegen als verfassungsrechtlich höchst problematisch anzusehen. Es gibt unter dem Gesichtspunkt der Entwicklungsgarantie keine verfassungsrechtliche Grundlage für den ÖR, auf dem Gebiet der Telemedien (hier VOD) mit Netflix und Amazon oder auch kleineren wie Pantaflix über alle audiovisuellen Angebote hinweg konkurrieren zu dürfen. Und auch die in der öffentlichen Diskussion oft verwendete und auch aus den Staatskanzleien kolportierte Begründung, „der Beitragszahler erwartet ein solches Angebot“, reicht verfassungsrechtlich schlicht nicht aus. Zusätzlich ist bei einer Ausweitung des Auftrages sogar damit zu rechnen, dass durch die mit dem Auftrag verbundenen Wettbewerbsverzerrungen mit steigenden Schwierigkeiten bei der Refinanzierung von Produktionen die Vielfalt der „europäischen“ Produktionen abnimmt. Auf die zahlreichen entsprechenden Stellungnahmen im Konsultationsprozess (darunter der SPIO, des VdF, des VPRT, der Mediengruppe RTL Deutschland, des bitkom) darf verwiesen werden. Schließlich ist verfassungsrechtlich unter Vielfaltsdefizitgesichtspunkten kein Anhaltspunkt erkennbar, warum die Länder beim Telemedienauftrag des ÖR zwischen „europäischen“ und internationalen Produktionen differenzieren wollen.

cc. Zwischenergebnis

Die Ausweitung des Telemedienauftrages um „europäische“ Filme und Serien unterliegt erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

b. Europarechtliche Zulässigkeit

aa. Beihilferechtliche Zulässigkeit der Ausweitung des Telemedienauftrages

Der bestehende Telemedienauftrag des ÖR ist die Folge eines Beihilfeverfahrens der EU-Kommission. Die EU-Kommission hatte ihr Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland schließlich auf Basis klarer Zusagen der Bundesrepublik Deutschland zu verschiedenen Regelungen über den ÖR im Jahr 2007 eingestellt (K (2007) 1761 endg.). Jede Änderung der aus diesem „Beihilfekompromiss“ resultierenden Regelungen muss sich am damaligen Ergebnis messen lassen.

bb. Voraussetzungen für eine beihilferechtliche Zulässigkeit

(a) Grundsätzliches

Die Kommission hat zunächst grundsätzlich festgestellt, dass es sich bei den damaligen Rundfunkgebühren um Beihilfen iSd. Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag (alte Fassung; neu: Art. 107 Abs. 1) handelt, die geeignet sind, den Wettbewerb und den Handel in der Europäischen Union zu verfälschen. Die zwischenzeitliche Änderung des Finanzierungssystems zu einem „Rundfunkbeitrag“

begründet keine andere Qualifizierung. In ihrer Entscheidung hat die Kommission zwar darüber hinaus anerkannt, dass der ÖR auch „neue Dienste“, somit Telemedien im Verständnis des RStV, anbieten darf und folgt somit auch ein Stück weit dem Gedanken des Bundesverfassungsgerichts nach einer Entwicklungsgarantie des ÖR. Sie hat dennoch sehr deutlich gemacht, dass dies bei Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH nur unter engen Voraussetzungen geschehen darf.

(b) Voraussetzungen aus der Kommissions-Entscheidung

Dazu gehört für die Kommission entscheidend erstens eine hinreichende präzise und klare Auftragsdefinition, die aus dem öffentlich-rechtlichen Auftrag erwächst und zur Deckung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse dient. Ein spezifischer Beitrag muss zweitens einen gemeinwirtschaftlichen Charakter haben. Der gemeinwirtschaftliche Charakter könne insbesondere fehlen, wenn entsprechende Dienste (hier: Telemedien) bereits in ähnlicher oder identischer Form angeboten werden. Schließlich sind drittens die finanziellen Aufwände und Auswirkungen zu bewerten.

(c) Umgehung des Drei-Stufen-Test des RStV durch Vertragsneufassung

Um vor allem diesen Voraussetzungen zu genügen und diese zu konkretisieren, ist von den Ländern der sog. Drei-Stufen-Test in § 11 f Abs. 4 RStV eingeführt worden, in dem die Vorgaben der Kommission – zumindest anstaltsintern – überprüft werden müssen. Hier wird in Satz 3 des § 11 f Abs. 4 RStV (sowohl nach bestehendem Wortlaut als auch nach geändertem Wortlaut der Entwurfsfassung) in Erfüllung der Vorgaben der Kommission ausdrücklich gefordert, dass Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die marktwirklichen Auswirkungen des geplanten Angebotes sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote zu berücksichtigen.

Die Länder planen mit dem hier in Frage stehenden § 11 Abs. 2 Ziffer 2 RStV eine erhebliche Erweiterung des Telemedienauftrags des ÖR. Hätten die öffentlich-rechtlichen Anstalten solche neuen Angebote nach bisheriger Rechtslage gewollt, hätten sie mit einem entsprechenden Plan den Drei-Stufen-Test durchlaufen müssen. Mit der Änderung des Rundfunkstaatsvertrages wird dieses Erfordernis umgangen. Die vertragsschließenden Länder können sich dadurch ihren eigenen Regeln zur Erfüllung der oben skizzierten Anforderungen der Kommission jedoch nicht durch ein solches Vorgehen entziehen, um nicht unmittelbar dem europarechtlichen Beihilfeverbot zu unterfallen. Die geplanten Änderungen müssen sich somit an den Voraussetzungen der Kommission und in seiner Ausprägung des Drei-Stufen-Tests messen lassen, um ein weiteres Beihilfeverfahren der Kommission nicht schon aus verfahrensrechtlichen Gründen zu provozieren.

cc. Vereinbarkeit mit EU-Beihilfe-Voraussetzungen

(a) Mangelnde Auftragsdefinition

Angesichts des oben festgestellten defizitären verfassungsrechtlich zulässigen Auftrags bei dem Angebot von „europäischen Werken“ folgte grundsätzlich bereits konsequenter Weise auch eine mangelnde EU-rechtlich gebotene zulässige Auftragsdefinition. Wenn die Auftragsdefinition schon an den deutlich schärferen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts für eine Einschränkung des Auftrags scheitert, kann es nicht zu einer beihilferechtlichen Zulässigkeit nach EU-Recht mit ihrem wettbewerbsrechtlichen Schwerpunkt kommen. Bei einem Ausblenden dieses Ergebnisses lässt sich nach Beihilferegeln zusätzlich nur hilfsweise eine Prüfung der Auftragsdefinition vornehmen:

Aber auch diese Prüfung scheitert an einer zulässigen Auftragsdefinition. Da es bislang – wie erwähnt – an jedweder offiziellen Begründung der geplanten Erweiterung des Telemedienauftrags mangelt, kann bei der Prüfung der Frage eines zulässigen Auftrags nur auf die Auftragsdefinition des § 11 Abs. 1 RStV und auf die knappe Formulierung der Entwurfs-Vorschrift (§ 11 Abs. 2 Ziffer 2 RStV) selbst zurückgegriffen werden. „Europa“ findet in der rundfunkstaatsvertraglichen Auftragsdefinition ausdrücklich nur im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Berichterstattung über das europäische Geschehen statt und in der Verpflichtung, die europäische Integration zu fördern. Beides ist hier nicht einschlägig, womit nur die Generalklausel zur Anwendung kommen kann, wonach die Angebote der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen haben, wobei auch Beiträge zur Kultur anzubieten seien. Für „Zusatzkanäle“ (gemeint sind digitale TV-Spartenkanäle) des ÖR hat die Kommission in ihrer Entscheidung ausdrücklich festgestellt, dass diese Beschreibung nicht ausreicht, um die Verpflichtungen des ÖR klar zu umschreiben. Für die Telemedien hat diese Feststellung umso mehr zu gelten, da es sich bei ihnen um Angebote außerhalb des klassischen Rundfunkauftrages des ÖR handelt und sie in einem bereits anerkannt vielfältigen Markt gemacht werden. Die geplante Erweiterung des Telemedienauftrags wird zwar unzweifelhaft von dem pauschalen Auftrag erfasst, wonach die Angebote auch der Unterhaltung (ggf. mit Kulturbezug) zu dienen haben, aber sie genügt – wie bei den „Zusatzkanälen“ – in ihrer Pauschalität eben für die in Frage stehende Erweiterung nicht für die von der Kommission geforderte hinreichende Auftragserweiterungsbegründung. Dem ÖR bleibt die Möglichkeit unbenommen, solche Programme in seinem linearen Angeboten zu zeigen. Aber es ergibt sich keinerlei zwingende Notwendigkeit (anders als für die Meinungsbildung unverzichtbaren journalistischen Angebote), diese Angebote in die non-lineare Welt (als VOD-Angebote) zu spiegeln und in dieser Form in eine Auftragserweiterung aufzunehmen. Damit mangelt es bereits an einer hinreichend klaren Auftragsbeschreibung.

(b) Mangelnder gemeinwirtschaftlicher Charakter

Es ist außerdem kein „gemeinwirtschaftlicher Charakter“ der Angebote feststellbar. Wie oben erwähnt und auch allgemein bekannt, bietet der ÖR nichts an, was nicht auch durch die Vielzahl („Quantität“ iSd. Drei-Stufen-Tests) bereits existierender privatwirtschaftlicher Angebote (und hier sind Netflix und Amazon Prime neben den Angeboten kleinerer Konkurrenten wie Maxdome, Pantaflix oder der der Kabel- und IP-Netzbetreiber sowie der Mediatheken/VOD-Plattformen der privaten Rundfunksender nur die bekanntesten) in aller programmlichen Breite („Qualität“ iSd. Drei-Stufen-Tests) frei verfügbar wäre. Es gibt kein Defizit oder kein Bedürfnis, das aus übergeordneten Gründen nur durch den ÖR erfüllt werden könnte oder müsste und nicht bereits erfüllt wird. Im Gegenteil würde ein Eintreten des ÖR in diesen Sektor absehbar erhebliche negative Auswirkungen auf die existierenden Angebote haben. Mögen die Marktführer Netflix und Amazon bestehen, so sind Anbieter wie Pantaflix unmittelbar existenzbedroht. Je länger die „europäischen Werke“ – nur vermeintlich kostenfrei, da beitragsfinanziert – online gestellt werden, desto schwieriger wird einerseits die Vermarktung dieser Inhalte durch u. a. auch die Kinoverleiher und die Filmtheater im Markt sowie andererseits der Erhalt und Ausbau von kostenpflichtigen Online-Angeboten in einem bereits jetzt für die Marktteilnehmer erheblich herausfordernden wettbewerblichen Umfeld.

cc) Keine Ermittlung der finanziellen Auswirkungen / Mehrausgaben zwingend zu erwarten

Schließlich ist in finanzieller Hinsicht klar, dass das Mehr an Rechten, die der ÖR zukünftig bräuchte, nicht kostenneutral erworben werden kann. Kein Produzent oder Lizenzhändler hat etwas zu verschenken. Ohne dass eine Bezifferung von Beträgen in Rahmen dieses Positionspapiers möglich wäre, ist somit von einer zusätzlichen Belastung der Budgets des ÖR fest auszuge-

hen, die sich konsequenter Weise perspektivisch auch auf die Beitragshöhe auswirken muss. Eine entsprechende notwendige Ermittlung und Bewertung der finanziellen Mehraufwände für den ÖR und in der Konsequenz für den Beitragszahler sowie der sonstigen Auswirkungen ist bisher von den Ländern nicht vorgelegt worden; diese ist aber zwingend rechtlich notwendig.

(d) Zwischenergebnis

Damit ist im Ergebnis festzustellen, dass eine Erweiterung des Telemedienauftrags des ÖR geeignet ist, im Sinne des Art. 87 Abs. 1 (alt) bzw. Art. 107 Abs. 1 (neu) des EG/EU-Vertrags den Wettbewerb in erheblichen Maße zu verfälschen und somit ein beihilferechtliches Verbot auslöst. Die Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit, die im Beihilfekompromiss festgelegt worden sind, werden allesamt nicht erfüllt.

Die Erweiterung des Telemedienauftrags des ÖR um „europäische Werke“ ist europarechtlich unzulässig.

C. Gesamtergebnis

Die geplante Ausweitung des Telemedienauftrags des ÖR in § 11 Abs. 2 Ziffer 2 RStV um „europäische Werke“ unterliegt erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken und ist durch Verstoß gegen das EU-Beihilfeverbot europarechtswidrig.