

Der öffentlich-rechtliche Auftrag im digitalen Zeitalter

Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen

Impulsreferat zum Mainzer Mediendiskurs am 15. März 2019, Staatskanzlei Mainz

Prof. Dr. Matthias Cornils

I. Einführung und Fragestellung

Meine Aufgabe im Kontext unserer heutigen Veranstaltung besteht darin, die rechtlichen Rahmenbedingungen – vorwiegend verfassungsrechtlicher, aber auch unionsrechtlicher Qualität – für die derzeit diskutierte Reform des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu skizzieren.

Es dürfte klar sein, dass es unmöglich ist, diese Vorgaben in dem hier gesetzten Rahmen präzise und unter Klärung aller Zweifelsfragen darzulegen. Aber selbst wenn ich alle Zeit der Welt hätte, wäre mir das nicht möglich, weil der verfassungs- und unionsrechtliche Rechtsrahmen gerade im Hinblick auf die Fragen von Inhalt und Bestimmtheit des gesetzlichen Rundfunkauftrags selbst erhebliche Dunkelstellen und Restunsicherheiten aufweist.

Beginnen werde ich mit einer knappen Darlegung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundsätze, so wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herausgearbeitet worden sind. Es folgt ein noch stärker kursorischer Überblick über die beihilfenrechtlichen Anforderungen an die mitgliedstaatliche Beauftragung öffentlich finanzierter Rundfunksender, in einem dritten Teil dann der Versuch, daraus mit Blick auf die konkret diskutierten Vorschläge zur Flexibilisierung und Fokussierung einige Folgerungen abzuleiten – ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Nicht äußern werde ich mich hier zu den gleichfalls diskutierten Fragen der Strukturreform und der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Zu letzterem möchte ich mir nur die Vorbemerkung erlauben, das zwar gerade von Seiten der Befürworter einer Änderung des Verfahrens

der Beitragsfestsetzung in Richtung eines Modells der Vollindexierung nicht selten ein angeblicher Zusammenhang auch mit der Auftragsreform behauptet wird, dass ein solcher Zusammenhang aber aus rechtlicher Sicht nicht zwingend besteht, im Gegenteil sogar rechtlich neue Probleme aufwirft. Erwartungen, mit einer Kombination von Beitragsindexierung und Auftragsflexibilisierung ließen sich Beitragsstabilisierungs- oder gar Kostendämpfungsziele erreichen (weil die Anstalten ja frei wären, ihren Programmaufwand an die nur verfügbaren Mittel anzupassen), wären nach meiner Einschätzung mit der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar. Denn diese Rechtsprechung geht unzweifelhaft davon aus, dass die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dem Auftrag und dem daraus sich ergebenden Finanzbedarf zu folgen hat und nicht umgekehrt. Die daraus sich ergebenden Konsequenzen für die Finanzierungsdebatte ist indes hier und heute nicht Thema.

II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die verfassungsrechtlichen Bindungen des Rundfunkgesetzgebers bei der Ausgestaltung des Auftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ergeben sich im Wesentlichen aus drei Vorgaben, erstens dem verfassungsrechtlich unabdingbaren, d. h. auch nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehenden Kern des Funktionsauftrags, mithin der früher sogenannten Grundversorgung (1.), zweitens aus dem Prinzip der Programmautonomie der Anstalten – heute, da es nicht mehr nur um die lineare Sendung von Rundfunkprogrammen geht, sollte man vielleicht eher von einer Autonomie der Inhaltegestaltung reden (2.) –, drittens der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks, der mit der Programmautonomie keineswegs identisch ist, vielmehr die staatlichen Gesetzgeber noch über deren Schutzwirkung hinaus daran hindert, Einfluss auf die Inhalte der Angebote der Medien zu nehmen (3.).

1. Verfassungsfester Kern des Auftrags: Grundversorgung

Schon vor über dreißig Jahren hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff der Grundversorgung, die auch der gesetzliche Auftrag keinesfalls unterschreiten darf, näher umschrieben. Wesentlich ist dabei vor allem, dass das öffentlich-rechtliche Angebot nicht auf eine Mindest- oder Ergänzungsversorgung begrenzt werden darf, auch nicht im Kontext des dualen Rundfunksystems. Vielmehr muss „sichergestellt sein, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für die Gesamtheit der

Bevölkerung Programme anbieten, die umfassend und in der vollen Breite des klassischen Rundfunkauftrags informieren“.¹ Die Grundversorgung neben dem inhaltlichen Element umfasst auch die Anforderung, dass eine Übertragungstechnik verfügbar ist, die den Empfang der Sendung für alle sicherstellt. Der „klassische Auftrag“ umfasst nicht nur die „Meinungsbildung und politische Willensbildung, Unterhaltung und über laufende Berichterstattung hinausgehende Information, sondern auch seine kulturelle Verantwortung“.² Im Kurzberichterstattungsurteil von 1998 hat das Bundesverfassungsgericht den klassischen Rundfunkauftrag (der ja im dualen System verantwortlich schon vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu erfüllen ist) ausdrücklich auch auf „herausragende Sportveranstaltungen“ übertragen. Deren Bedeutung erschöpfe sich nicht in ihrem Unterhaltungswert; sie erfüllten vielmehr auch eine „wichtige gesellschaftliche Funktion“.³

Die alte Grundentscheidung für eine thematisch umfassende Vollversorgung mit einer die gesamte Bevölkerung erfassenden Reichweite gilt entgegen aller in der Literatur teilweise geübten Kritik bis heute fort; sie ist im ZDF-Urteil von 2014 ausdrücklich bestätigt worden.⁴

Hinweise auf eine bestimmte verfassungsrechtlich geforderte oder vorausgesetzte Qualität öffentlich-rechtlicher Angebote finden sich in der Rechtsprechung demgegenüber nur ansatzweise, wenn etwa die sich aus der finanziellen Unabhängigkeit ergebende Eigenrationalität nichtkommerzieller Angebote im Vergleich mit dem Privatrundfunk betont wird. Im Beitragsurteil vom Juli 2018 werden diese Erwartungen etwas deutlicher adressiert. Dort heißt es, der öffentlich-rechtliche Rundfunk solle „durch eigene Impulse und Perspektiven zur Angebotsvielfalt beitragen und unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen ein Programm anbieten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht“. Er habe dafür „insbesondere auch solche Aspekte aufzugreifen, die über die Standardformate von Sendungen für das Massenpublikum hinausgehen oder solchen ein eigenes Gepräge geben.“⁵

2. Programmautonomie

Eine zweite Grenze zieht dem Auftragsdefinitionsmandat des Gesetzgebers die Programmautonomie der Anstalten. Diese hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur als Konkretisierungs- oder Gestaltungsbefugnis hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung des Grundversorgungsauftrags

¹ BVerfGE 83, 238 Rn. 405

² BVerfGE 74, 295 Rn. 77.

³ BVerfGE 97, 228 Rn. 106.

⁴ BVerfGE 136, 9, Rn. 37.

⁵ BVerfG Urt. v. 18.7.2018, Rn. 79.

verstanden, sondern explizit auch als Befugnis zur Ausweitung der Tätigkeit der Anstalten über jenen verfassungsrechtlichen Kernauftrag hinaus. Die Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die dafür erforderliche Tätigkeit geht also über die Grundversorgung hinaus und liegt in diesem weitergehenden Bereich in der Bestimmungsmacht der Anstalten selbst.⁶ Im ersten Gebührenteil aus dem Jahr 1994 hat das Bundesverfassungsgericht diese Bestimmungsmacht auch ausdrücklich auf die zur Verwirklichung der Funktion benötigte Zeit und damit auch über Anzahl und Umfang der Programme erstreckt. Auch diese Entscheidung sei primär Sache der Rundfunkanstalten.⁷

3. Staatsferne

Auch der Grundsatz der (relativen) Staatsfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks steht einer gesetzgeberischen Einflussnahme auf die Programminhalte ersichtlich entgegen. Er ist auch nicht, wie man meinen könnte, identisch mit der Programmfreiheit und geht in dieser auch nicht auf, setzt vielmehr als Ausprägung des objektiv-verfassungsrechtlichen Vielfaltsgebots⁸ eine zusätzliche Schranke, die aus meiner Sicht auch weiter geht als die Programmautonomie: Gewisse Einflussnahmen auf die Planung der inhaltlichen Tätigkeit der Anstalten, etwa Schwerpunktsetzungen, können durchaus noch mit der redaktionell-journalistischen Autonomie vereinbar sein, solange sie in die Hände der staatsfernen, pluralistisch organisierten Aufsicht gelegt sind. Sie sind aber dem Staat, auch seinem Gesetzgeber, verwehrt: „Staatsfreiheit des Rundfunks“ bedeutet nicht staatlichen Verzicht auf Regulierung im Rundfunkbereich, wohl aber jede, auch nur mittelbare Einflussnahme auf die Programminhalte.⁹ Dieser Aspekt wird nicht immer mit der nötigen Sorgfalt betont; er hat offensichtlich Bedeutung für die Frage einer Zuordnung der Auftragskonkretisierung wieder zum Gesetzgeber oder zur öffentlich-rechtlichen Gremienaufsicht der Anstalten, die zwar auch die Programmautonomie der Intendanten und Redaktionen zu achten hat (denn die Rundfunkräte machen ja nicht selbst das Programm), aber nicht zusätzlich durch das Prinzip der Staatsfreiheit gebunden ist.

⁶ BVerfGE 87, 181, Rn. 86: „Die finanzielle Gewährleistungspflicht endet aber nicht bei der Grundversorgung. [...] Sie begrenzt [...] nicht das Tätigkeitsfeld der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Diese bestimmen vielmehr die Art und in gewissem Maß auch den Umfang ihrer Aufgabenerfüllung selbst und haben dabei Anspruch auf finanzielle Mittel, soweit sie sich im Rahmen des zur Wahrung ihrer Funktion erforderlichen halten.“

⁷ BVerfGE 90, 60, Rn. 151.

⁸ BVerfGE 136, 9 Rn. 43; *Cornils*, K&R 2014, 386 (388 f.).

⁹ BVerfGE 73, 118 (183); 83, 238 Rn. 473; 121, 30 Rn. 119; näher *Cornils*, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, 2011, S. 110 ff.

4. Begrenzungsmandat des Auftragsgesetzgebers

Das Selbstdefinitionsrecht der Anstalten hinsichtlich des programmlich zur Erfüllung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks „Erforderlichen“ trifft allerdings auf die gegenläufige Befugnis des Gesetzgebers, im gesetzlichen Programmauftrag Begrenzungen vorzunehmen („gesetzliche Konkretisierung“ des Auftrags).¹⁰

Die sich damit aufdrängende Frage, in welchem Verhältnis beide Befugnisse, das Programmdefinitionsrecht der Anstalten und das Programmbegrenzungsrecht des Gesetzgebers, zueinander stehen, wie weitgehend der gesetzliche Auftrag mithin den Umfang der Tätigkeit der Anstalten und vielleicht auch ihre Substanz festlegen darf, bleibt allerdings nahezu ganz offen – das ist der Kern unseres rechtspolitischen Problems. Das Bundesverfassungsgericht flüchtet sich hier die dunkle Formel, der Gesetzgeber müsse den Rundfunkanstalten „die Finanzierung derjenigen Programme ermöglichen, deren Veranstaltung ihrer spezifischen Funktion nicht nur entspricht, sondern auch zur Wahrung dieser Funktion erforderlich ist“.¹¹ Diese Formel – von der das BVerfG indessen behauptet, mit ihr sei „ein angemessener Ausgleich zwischen der grundrechtlich gesicherten Programmautonomie der Rundfunkanstalten und den vom Gesetzgeber wahrzunehmenden schutzwürdigen Interessen der Rundfunkteilnehmer erreicht“, klärt aber offensichtlich gar nichts, weil es ja gerade die offene Frage ist, welche Tätigkeiten für die Funktionserfüllung erforderlich sind. Die Richter haben das durchaus auch gesehen und deswegen diesen Kompetenzkonflikt zwischen Programmautonomie und gesetzlichem Programmauftrag als „strukturelles Dilemma“ apostrophiert.¹²

Auch die späteren Urteile, insbesondere das zweite Gebührenurteil von 2007, haben nicht wirklich einen Ausweg aus diesem Dilemma gewiesen, es wird dort nur mit anderen Worten umschrieben: [Zitat] „Der Gesetzgeber kann die Funktion des öffentlichrechtlichen Rundfunks in abstrakter Weise festlegen und damit auch den Finanzbedarf umgrenzen [...] Der Genauigkeit dieser gesetzgeberischen Vorgaben sind allerdings durch die Programmfreiheit der Rundfunkanstalten Grenzen gesetzt.“¹³

¹⁰ BVerfGE 90, 60 Rn. 152: „Das bedeutet aber weder, daß gesetzliche Programmbegrenzungen mit der Verfassung von vornherein unvereinbar wären, noch umgekehrt, daß jede Programmentscheidung einer Rundfunkanstalt finanziell zu honorieren wäre.“

¹¹ BVerfGE 90, 60 Rn. 153.

¹² BVerfGE 90, 60 Rn. 162.

¹³ BVerfGE 119, 181, Rn. 139 f.

5. Gesetzgeberische Pflicht zur Berücksichtigung der Beitragszahlerinteressen

Eine letzte, vielleicht weniger allgemein bekannte verfassungsrechtliche Aussage findet sich wiederum im Kontext der Finanzierung: Danach trifft den Ausgestaltungsgesetzgeber die Pflicht, die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Meinungsbildung mit den Schutzinteressen der Beitragszahler gegenüber einer finanziellen Überforderung in Ausgleich zu bringen.¹⁴ Dies kann, wie das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht hat, auf der dritten Stufe der Beitragsfestsetzung durch Abweichung von der Bedarfsfeststellung der KEF geschehen, hier allerdings nur noch unter sehr engen Bedingungen. Das Interesse einer noch verhältnismäßigen Belastung der Bürgerinnen und Bürger kann aber auch schon bei der Auftragsdefinition Berücksichtigung finden; verfassungsrechtlich notwendig ist dies überdies, wenn eine etwaige Reform des Finanzierungsmechanismus dahin führen sollte, künftig keine sozialstaatliche Abweichungsbefugnis des Gesetzgebers im Beitragsfestsetzungsverfahren mehr vorzusehen.

III. Rechtliche Grenzen aus dem unionalen Beihilferecht

Neben die verfassungsrechtlichen Bindungen des Auftragsgesetzgebers treten Anforderungen des unionalen Beihilfenrechts, die bei einer Neufassung des Rundfunkauftrags zu beachten sind. Während das Verfassungsrecht wie skizziert zwar ein Programmdefinitionsrecht des Gesetzgebers anerkennt, dieses aber mit Rücksicht auf die Programmautonomie und die Staatsfreiheit wieder stark relativiert, gehen die Anforderungen des Beihilfenrecht in die entgegengesetzte Richtung: Für die Rechtfertigung als Beihilfe ist vorausgesetzt, dass die Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von dem Mitgliedstaat erstens klar als solche definiert sein muss (Definition) und zweitens das begünstigte Unternehmen (die Anstalt) von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein muss (Beauftragung).¹⁵

Vor allem hinsichtlich der ersten Voraussetzung des hinreichend präzisen Auftrags ergeben sich nach wie vor erhebliche Unsicherheiten. Grund dafür ist vor allem ein Spannungsverhältnis unter-

¹⁴ BVerfGE 119, 181, Rn. 158: „Werden die Gebührenzahler durch die Höhe der Gebühr unangemessen belastet oder versperrt sie ihnen den Informationszugang, ist der Ausgleich zwischen den Interessen der Bürger und dem Recht der Anstalten zur autonomen Entscheidung über das Rundfunkprogramm im Rahmen des gesetzlichen Funktionsauftrags und auf eine darauf abgestimmte Finanzierung misslungen. Dies zu erkennen und zu korrigieren ist Aufgabe des Gesetzgebers, wenn und soweit er sich die Letztentscheidung vorbehalten hat.“

¹⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Abl. EU C v. 27.10.2009, Nr. 257/1, Ziff. 37.

schiedlicher Aussagen im einschlägigen Unionsrecht selbst, also in der sogenannten Rundfunkmitteilung der europäischen Kommission von 2009 und in der mittlerweile ergangenen Rechtsprechung der Unionsgerichte. Einerseits ist seit langem anerkannt, dass die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine eher großzügige Beurteilung der Voraussetzung eines klar definierten Auftrages rechtfertigen.¹⁶ Auch die Kommission akzeptiert auf der Grundlage einschlägiger Urteile des Gerichts erster Instanz, dass auch eine bloß qualitative Auftragsbestimmung, derzufolge „die betreffende Rundfunkanstalt mit der Aufgabe betraut wird, ein großes Programmspektrum und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Programm zu bieten“, hinreichend ist.¹⁷

Andererseits verlangt die Rundfunkmitteilung aber doch, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag von den Mitgliedstaaten „so genau wie möglich“ definiert werden sollte.¹⁸ Und insbesondere im Fall des Prüfungsverfahrens zur deutschen Rundfunkfinanzierung in den Jahren 2005-2007 hat die Kommission sehr wohl Anstoß an der aus ihrer Sicht zu großen Unbestimmtheit erstens der sogenannten digitalen Zusatzkanäle und zweitens des Telemedienauftrags damaliger Fassung genommen.¹⁹ Erst die von deutscher Seite zugesagten Abhilfemaßnahmen, also die inhaltliche Präzisierung der linearen Zusatzkanäle und die Einführung des Drei Stufen Test-Verfahrens für neue Telemedienangebote, wie sie dann im zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag verankert worden sind, stellte die Kommission zufrieden und führte zur Einstellung des Verfahrens.²⁰

IV. Fokussierung und Flexibilisierung: Einige Anmerkungen

Meine natürlich ziemlich holzschnittartige Skizze der verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen hat vermutlich schon recht deutlich werden lassen, dass die rechtliche

¹⁶ EuG, Urt. V. 22.10.2008, Rs. T-309/04 – TV2/Danmark, Rn. 122-124.

¹⁷ Rundfunkmitteilung 2009 (a.a.O.), Rn. 47.

¹⁸ Rundfunkmitteilung 2009, Rn. 45.

¹⁹ Kommission, Entscheidung vom 24 April 2007, E 3/05, Amtsblatt C 185 vom 8.8.2007, Ziff. 227: „Nach Auffassung der Kommission ist die allgemeine im Rundfunkstaatsvertrag vorgesehene Vorgabe einer Schwerpunktsetzung auf Kultur, Information und Bildung nicht ausreichend, um die Verpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Bezug auf diese Zusatzkanäle klar zu umschreiben. Ohne eine klare Umschreibung was unter „Kultur, Information und Bildung“ zu verstehen ist, könnten die meisten von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten angebotenen Programmattungen unter diese Begriffe fallen. Unter diesen Umständen bleibt unklar, welchen Mehrwert diese Kanäle im Vergleich zu den bereits existierenden Kanälen bringen.“, 236: Daher vertritt die Kommission die Auffassung, dass eine Bestimmung, der zufolge öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten programmbezogene und programmbegleitende neue Mediendienste anbieten dürfen, allein nicht hinreichend präzise ist und nicht erkennen lässt, dass die so definierten Dienste als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag angesehen werden können.

²⁰ Kommission, Entscheidung vom 24 April 2007, E 3/05, Amtsblatt C 185 vom 8.8.2007, Ziff. 360 ff.

Beurteilung der derzeit im Raum stehenden Reformvorschläge unter den Stichworten Flexibilisierung und Fokussierung keineswegs einfach ist. Im Allgemeinen wird die Flexibilisierung eher unter unionsrechtlichen Vorzeichen als problematisch angesehen – weil eben die notwendige präzise Definition und Beauftragung damit möglicherweise nicht mehr erreicht wird, die Fokussierung hingegen aus verfassungsrechtlichen Gründen, weil sie vielleicht zu tief in den verfassungsrechtlich garantierten Funktionsauftrag und zudem in die Programmautonomie der Anstalten einschneidet.²¹

Schon diese Problemzuordnung ist freilich ein Stück weit unterkomplex: Zweifelsfrei ist die Flexibilisierung auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten keineswegs; dazu und zu den weiteren Fragen, die sich mit Blick auf die Vorschläge stellen, will ich im folgenden einige Anmerkungen machen.

1. Flexibilisierung, ganz oder teilweise

Verfassungsrechtlich wird allerdings eine Lockerung der gesetzlichen Programmierung nach wohl einhelliger Auffassung für möglich gehalten; sie würde in dem Spannungsverhältnis von Programmautonomie und gesetzlicher Auftragskonkretisierung die Gewichte zugunsten der ersteren verschieben. Allerdings bleibt zu beachten, dass auch das deutsche Rundfunkverfassungsrecht die Ausgestaltungsverantwortung für die Schaffung der positiven Rundfunkordnung an die zuständigen Gesetzgeber adressiert. Diese - nicht etwa unmittelbar die Anstalten - sind verfassungsrechtlich in die Pflicht genommene Träger der Gewährleistungsverantwortung für einen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der zumindest die Grundversorgung in dem umfassenden Verständnis der bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung wahrnimmt. Dieser Gewährleistungsverantwortung darf sich der Gesetzgeber nicht entziehen. Er muss daher zumindest durch inhaltlich-qualitative Beschreibungen des Funktionsauftrages in dessen ganzen Breite dafür sorgen, dass die Anstalten auf diesen Auftrag verpflichtet werden. Dies schließt einen Verzicht auf enumerative Festlegungen bestimmter Sendekanäle und Angebote oder auf allgemeinere quantitative Vorgaben (etwa eine zahlenmäßige Obergrenze der Kanäle) zwar noch nicht notwendigerweise aus. Unproblematisch ist sie aber nicht, insofern die Konkretisierung des Umfangs der funktionserforderlichen Tätigkeit damit fast ganz auf die Anstalten und ihre Programmautonomie verlagert wird, diesen damit aber auch die Last politischer Rechtfertigung dieser Entscheidung überträgt. Die quantitative Festlegung

²¹ S. dazu aus dem jüngeren rechtswissenschaftlichen Schrifttum insb. *Kühling/Kellner*, ZUM 2018, 825 ff.

im Rundfunkstaatsvertrag hat, das wird häufig übersehen, auch eine Schutzfunktion für die Anstalten: Sie gibt demokratisch legitimierte Orientierung für das Maß der Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und entlastet mithin die Anstalten davon, sich für die Konkretisierung des Rundfunkauftrags allein selbst rechtfertigen zu müssen.

Verfassungsrechtlich steht hingegen nichts entgegen, auch die Angebots*gestaltung* in der Alternative *linear* oder *nichtlinear* einem Bestimmungsrecht der Anstalten zu öffnen, sie also insofern zu flexibilisieren. Einen verfassungsrechtlichen Linearitätsvorbehalt dürfte die Rundfunkgewährleistung mit der Garantie der flächendeckenden, die gesamte Bevölkerung erreichenden Grundversorgung schon heute kaum noch enthalten: Die Dynamik und Entwicklungsoffenheit des verfassungsrechtlichen Auftragsbegriffs schließt eben auch die Möglichkeit ein, die gebotene Informationsversorgung mit vielfältigen Inhalten teilweise auf Abrufdienste umzustellen – selbstverständlich im Rahmen der Möglichkeiten, die der Kompromiss mit der Pressewirtschaft – 22. RÄStV – nur eröffnet. Jedenfalls sollte dies für die Angebote außerhalb des Kerns klassischer Vollprogramme gelten.

Auch unionsrechtlich ist ein Verzicht auf quantitative Beschreibung des Auftrags grundsätzlich zulässig; die Beschränkung auf eine nur mehr qualitative Beschreibung der Erforderlichkeit der Tätigkeit für die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft ist wie gezeigt ausreichend. Allerdings kommt es auf eine hinreichende Steuerungsdichte dieser qualitativen Beschreibung eben auch an. Einen allgemeinen formelhaften Hinweis im Gesetz auf einen Schwerpunkt in den Bereichen Kultur, Information und Bildung hat die Kommission im Fall der deutschen Rundfunkgebühr für die digitalen Zusatzkanäle bekanntlich gerade nicht für hinreichend gehalten, vielmehr insoweit substantziellere Orientierungen, etwa in Gestalt von konkretisierenden Programmkonzepten gefordert. Allerdings ist unklar, auf welche Tätigkeitsbereiche sich diese schärferen Substantiierungsanforderungen genau beziehen. Die Anforderungen im Beihilfekompromiss bezogen sich nicht auf die etablierten Rundfunk-Vollprogramme, sondern auf spezifischer gedachte Zusatzangebote, linear und online, bei denen aber die Spezifizierung (Spartenausrichtung, Programmbezug) seinerzeit nicht deutlich genug in der gesetzlichen Programmierung zum Ausdruck gebracht war.

Auch mit Blick auf den beihilferechtlichen Sinn der Voraussetzung einer möglichst klaren Auftragsdefinition und eindeutigen Beauftragung, damit überhaupt erst einen Maßstab für die Prüfung

einer verhältnismäßigen, kostenangemessenen Finanzierung zu gewinnen, dürfte aber daraus doch klar hervorgehen, dass eine globale Beauftragung von linearen und online-Inhalten ohne jede quantitative und qualitative nähere Eingrenzung damit kaum in Einklang stünde. Der rechtspolitische Vorschlag, jedenfalls von den Anstalten *neu* konzipierte Angebote, die nicht explizit gesetzlich beauftragt sind, einem „Amsterdam-Test“ (Dreistufen-Test) innerhalb der Anstalten zu unterwerfen, sichert diese Flanke unionsrechtlich ab, und zwar - aus unionsrechtlicher Sicht ohne Unterschied - , sowohl für lineare als auch für nichtlineare Angebote.

Es ist behauptet worden, ein Verzicht auf eine enumerative Benennung von Rundfunkprogrammen sei zwar grundsätzlich möglich, nicht aber in der vorgeschlagenen Kompromiss-Gestalt eines Kombinationsmodells, in dem einige Kernprogramme (AMD, ZDF, ARTE, 3Sat, Deutschlandfunk und die dritten Programme) weiterhin explizit beauftragt, die weiteren bisher beauftragten Programme aber aus der Enumeration herausgenommen und so künftig der Dispositionsbefugnis der Anstalten unterworfen werden. Darin liege eine verfassungs- und unionsrechtlich bedenkliche Beauftragung der nicht benannten Programme gleichsam „zweiter Klasse“.

Recht überzeugend erscheint mir dieser Einwand nicht. Zwar ist es, wie gezeigt, eine wichtige Einsicht, dass der gesetzgeberische Rückzug aus der (expliziten) Beauftragung Verantwortung in durchaus problematischer Weise auf die Anstalten verschiebt und diese damit einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt. Es leuchtet aber nicht ein, dass dieser problematische Effekt durch eine hybride Beauftragung, die teilweise gesetzlich fixiert ist, teilweise zur Konkretisierung den Anstalten überlassen ist, in einem höheren und somit bedenklicheren Maß erzeugt würde als durch eine sogar vollständige Flexibilisierung.

Ob im Sinne eines „hybriden“ Kombinationsmodells oder sogar eines vollständigen Rückzugs des Gesetzgebers aus der Aufgabe der Programmdefinition: Aus – hier nur möglicher – vorläufiger Sicht sollte aus dem angedeuteten Grund einer mit der „Offenheit des Auftrags“ verbundenen fragwürdigen Verantwortungsverschiebung auf die Anstalten die Idee einer so konzipierten Flexibilisierung sorgfältig bedacht und ggf. in Frage gestellt werden. Öffnungen der Beauftragung auf nachgelagerter Ebene (etwa im Hinblick auf die konkrete Benennung und inhaltliche Ausrichtung nur abstrakt beschriebener oder in „Körben“ geordneter gesetzlich zugewiesener und beauftragter Programme) sind damit selbstverständlich nicht ausgeschlossen.

2. Fokussierung

Damit komme ich mit einigen wenigen Bemerkungen noch zur Fokussierung.

Kaum zu bezweifeln dürfte sein, dass eine qualitativ-gegenständliche Begrenzung im Rundfunkstaatsvertrag und Gesetz durch thematischen Ausschluss bestimmter Inhalte (kein Sport, keine Unterhaltung) verfassungsrechtlich klar ausgeschlossen ist. Insoweit ginge es nicht erst um eine nicht mehr gerechtfertigte Antastung der Programmautonomie, sondern um einen verfassungsrechtlich verbotenen Eingriff in den verfassungsrechtlichen Kernauftrag, also die Grundversorgung, zu der die Unterhaltung und auch der Sport unzweifelhaft gehören. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass das Bundesverfassungsgericht von diesen Festlegungen abrücken könnte.

Nicht ist damit aber schon entschieden, ob auch eine Schwerpunktsetzung im Gesetz – also etwa eine programmatische Betonung der Informationsfunktion in den Bereichen Bildung, Nachrichten, Kultur – verfassungsrechtlich unter keinen Umständen zulässig sein kann, solange damit – selbstverständlich – kein thematischer Totalausschluss verbunden ist. Verbreitet wird allerdings auch eine solche Schwerpunktsetzung schon für unzulässig gehalten. Ich halte die verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Frage hingegen für nicht so eindeutig. Allerdings steigt das Risiko der Verfassungswidrigkeit sicherlich mit der Bindungsintensität der gesetzlichen Festlegung: Bezifferte Quoten für Unterhaltung oder Sport im Verhältnis zu anderen Bereichen dürften kaum haltbar sein, schon weil die Abgrenzung etwa zwischen der Unterhaltung einerseits und der Information oder Kultur kaum trennscharf zu ziehen ist. Aber eine allgemeine Schwerpunktvorgabe im Gesetz, die dann durch eine aufgewertete anstaltsinterne Programmsteuerung durch die pluralistischen Gremien gegenüber den Redaktionen zur Geltung gebracht werden könnte, muss nicht ausgeschlossen sein. Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, dass eine Berichterstattung über herausragende Sportereignisse und dass Unterhaltung für die Informations- und Integrationsfunktion des Rundfunks „unerlässlich“ ist, sagt ja nichts darüber aus, in welchem Umfang dies der Fall sein muss. Und dass die Anstalten ohnehin gerade in Inhaltbereichen, die auch von privatwirtschaftlichen Anbietern übernommen werden können, schon nicht mehr umfassend und vollständig alle Inhalte selbst auch anbieten (Fußball!), ist offensichtlich; insofern gibt es längst einer gewisse Art von Arbeitsteilung mit dem privaten Sektor.²² Natürlich bedeutet dies keine strikte sektorale Aufgabenabgrenzung, aber es bedeutet doch die Möglichkeit und faktisch auch Notwendigkeit einer Aus-

²² Vgl. nur *Cornils*, in: *Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, Präambel Rn. 43.

wahl und Schwerpunktbildung. Diese könnte auch stärker auf die besonderen vom Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung betonten Eigenrationalitäten der beiden Säulen des dualen Systems bezogen werden, also auf die jeweils besonderen Stärken. Es leuchtet nicht recht ein, weshalb der Gesetzgeber diese zwar nicht kategorische, aber doch Orientierung gebende, den besonderen Mehrwert des öffentlich-rechtlichen Rundfunk stärkende Fokussierung nicht jedenfalls durch eine allgemein gehaltene programmatische Leitlinie soll vorsteuern dürfen. Gleiches dürfte auch für nicht thematisch ausgerichtete, sondern qualitativ-modale Vorgaben gelten, die querschnitthaft die gesamte Inhaltegestaltung erfassen, also etwa die Akzentuierung eines besonderen öffentlich-rechtlichen Profils, wie sie der Rundfunkstaatsvertrag ja schon längst ansatzweise kennt.

Weitergehende, insbesondere definitivere Eingriffe in die inhaltliche Angebotsgestaltung dürften sich, wie heute schon bei den Programmgrundsätzen diskutiert, allerdings am verfassungsrechtlichen Grundsatz der Staatsferne brechen. Der staatliche Gesetzgeber ist, wie gezeigt, an konkreteren Programmgestaltungsvorgaben gehindert. Sollen gleichwohl Fokussierungs-Vorgaben zur Stärkung des „Markenkerns“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entwickelt werden, die über bloße Appelle an die Intendanten und Programmdirektoren hinausreichen, könnte aber durchaus erwogen werden, diese Vorgaben auf der Ebene der anstaltsinternen Gremienkontrolle zu institutionalisieren, dadurch also dem Intendantenprinzip eine stärkere planerische Steuerung durch die pluralistisch-staatsfernen Gremien entgegenzuhalten, und zwar sowohl in den Drei Stufen-Test-Verfahren als auch im Wege der laufenden Programmaufsicht. Ob diese Überlegung, die eine im Kern jahrzehntealte Idee stärkerer „gesellschaftlicher“ Steuerung der anstaltlichen Tätigkeit durch die Gremien aufgreift, praktisch erfolgversprechend oder nicht durch eher ernüchternde Erfahrungen mit der Leistungsfähigkeit der Gremienaufsicht desavouiert ist, kann hier an dieser Stelle nicht weiter ausdiskutiert werden. Verfassungsrechtlich ist aber doch klar, dass die staatsferne Aufsicht (ob intern oder extern) Möglichkeiten einer quantitativen Programmakzentuierung (nicht: eines Eingriffs in die konkrete Programmentscheidung) hat, die dem staatlichen Gesetzgeber verschlossen sind. Die auf die journalistisch-redaktionelle Autonomie bezogene Programmfreiheit zieht zwar auch einer internen Auftragskonkretisierung in Richtung eines stärkeren öffentlich-rechtlichen Profils Grenzen; aber diese sind eben nicht so eng wie diejenigen, die dem durch das Gebot der Staatsfreiheit zusätzlich gebundenen Gesetzgeber gezogen sind.