

# Stellungnahme der ARD zum Diskussionsentwurf der Länder für eine Änderung des Medienstaatsvertrages (Auftrag und Strukturoptimierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks)

Berlin, 14. Januar 2022

---

## Gliederung

### 1) Zentrale Regelungen im Diskussionsentwurf

- a) Flexibilisierung: klare Beauftragung und bedarfsgerechte Finanzierung
- b) Unterhaltung als wesentlicher Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags
- c) Klare Aufgabenverteilung zwischen Intendant:innen und Gremien

### 2) Weitere maßgebliche Anmerkungen zum Diskussionsentwurf

- a) Maxime der Angebotsgestaltung, § 26 Abs. 1 Satz 5 MStV
  - b) „Prime-Time-Regelung“, § 26 Abs. 1 Satz 10 MStV
  - c) Erweiterter Pflichtenkanon, § 26 Abs. 2 MStV
  - d) Einbeziehung einer Plattformstrategie, § 30 Abs. 1 MStV
  - e) Zusammenarbeit im Lichte des Kartellrechts
  - f) Abruf von europ. und nicht-europ. Werken, § 30 Abs. 2 Nr. 2 MStV
  - g) Experimentierklausel Telemedien, § 32 Abs. 8 Satz 2 MStV
  - h) Anpassung der „Negativliste“, Anlage zu § 30 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 MStV
  - i) Umsetzung der Beauftragungssystematik bei weiteren Vorschriften
-

## 1) Zentrale Regelungen im Diskussionsentwurf

### a) Flexibilisierung: klare Beauftragung und bedarfsgerechte Finanzierung

Die ARD begrüßt, dass die Länder in ihrem Diskussionsentwurf das Thema Flexibilisierung aufgreifen. Sie gibt den Rundfunkanstalten den Freiraum für ein nutzerzentriertes Portfoliomanagement und eröffnet die Chance auf die Bedürfnisse der Beitragszahler:innen in Zukunft noch besser einzugehen.

Die Flexibilisierung ist nach unserer Auffassung weder als Einsparprogramm misszuverstehen, noch bedeutet es ein "immer mehr". Die Rundfunkanstalten sollen vielmehr genau das anbieten, womit sie ihren Auftrag für die Gesellschaft bestmöglich erfüllen können. Dabei sind alle Angebote, gleichrangig, losgelöst davon, ob sie (noch) geschlossen gesetzlich beauftragt sind oder durch ein Prüfverfahren in der Zuständigkeit der Gremien legitimiert wurden. Es gibt keine Angebote erster oder zweiter Klasse.

#### Klare Beauftragung auch für flexibilisierte Angebote

Wir sehen die Notwendigkeit, die neue Systematik der Beauftragung im Rahmen **des § 28 Abs. 5 MStV** durch eine Ergänzung eines neuen Satzes 2 europarechtlich und finanzverfassungstechnisch abzusichern und zu konkretisieren.

**Die ARD schlägt folgende Formulierung des § 28 Abs. 5 Satz 2 MStV vor:**

**„<sup>2</sup>Die Beauftragung gilt nach der Überführung oder dem Austausch eines Angebots nach § 32a fort. <sup>3</sup>Die Gesamtzahl der Fernsehprogramme darf die Zahl der zum [Inkrafttreten des Staatsvertrags] verbreiteten Fernsehprogramme nicht übersteigen.“**

Um eine klare gesetzliche Grundlage für die flexibilisierten Programmangebote zu schaffen, ist es erforderlich, deren Beauftragung ausdrücklich im Medienstaatsvertrag fortzuschreiben. Durch den Wortlaut der Norm wird derzeit der Eindruck erweckt, als seien einmal überführte oder ausgetauschte Angebote nicht mehr gesetzlich beauftragt. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob ein einmal unter Anwendung des Verfahrens nach § 32a MStV überführtes Angebot noch im europarechtlichen, aber auch im finanzverfassungsrechtlichen Sinne beauftragt ist. Die Zweifel werden durch die Formulierung des § 36 Abs. 2 Nr. 1 MStV noch verstärkt, wonach die „durch Staatsvertrag aller Länder beauftragten Fernsehprogramme“ den „überführten oder ausgetauschten Angeboten nach § 32a“ gegenübergestellt werden.

Zudem regen wir an, den Verweis auf § 32 MStV in § 28 Abs. 5 (neu) zu streichen, da dieser im Regelungsgefüge der Vorschrift neben § 32a MStV keinen Anwendungsbereich hat.

## Die Reichweite der Flexibilisierung

Auch für **3sat** könnte die Möglichkeit einer Flexibilisierung eingeräumt werden. Der Diskussionsentwurf sieht bislang lediglich eine Flexibilisierung der Digital-Programme von ARD und ZDF sowie einiger Sparten-Programme vor. Während die Vollprogramme “Das Erste” und “ZDF” weiter gesetzlich geschlossen beauftragt bleiben, wird für die Digital-Programme von ARD (ARD Alpha, tagesschau24, ONE) und ZDF (ZDFinfo, ZDFneo), sowie für die ARD-ZDF-Gemeinschaftsangebote “PHOENIX” und “KiKa” die Möglichkeit eröffnet, diese nach Maßgabe eines in § 32a MStV im Einzelnen festgelegten Verfahrens in andere Angebote zu überführen, einzustellen oder durch andere Fernsehprogramme auszutauschen. Die Beauftragung der Dritten Programme – einschließlich ihrer etwaigen Flexibilisierung – wird konsequent den jeweils zuständigen Landesgesetzgebern überantwortet.

Die Länder haben jedoch darauf verzichtet, die Programme “3sat” und “ARTE” in die Flexibilisierung einzubeziehen. Dies erscheint für ARTE deshalb nachvollziehbar, weil dieses auf Grundlage eines internationalen Abkommens zwischen Frankreich und den Ländern veranstaltet wird und für seine Überführung, Austausch oder Einstellung damit völkerrechtliche Vereinbarungen gekündigt oder verändert werden müssten. Für 3sat bestehen diese Schwierigkeiten hingegen nicht, sodass hier aus Sicht der ARD auch eine Flexibilisierung eröffnet werden sollte.

## Überführung in inhaltlich vergleichbare Angebote

Nach § 32a Abs. 1 des Diskussionsentwurfs soll eine Überführung der nach § 28 Abs. 5 MStV beauftragten linearen Angebote in „Angebote gleichartigen Inhalts“ möglich sein. Wir regen an, den Begriff “gleichartig” durch “**inhaltlich vergleichbar**” zu ersetzen.

**Die ARD schlägt folgende Formulierung des § 32a Abs. 1 MStV vor:**

***“Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und das ZDF können die in § 28 Absatz 5 genannten Fernsehprogramme ganz oder teilweise einstellen oder deren Inhalte in inhaltlich vergleichbare Angebote im Internet überführen”***

Lineare Programme und non-lineare Angebote beruhen auf verschiedenen Funktions- und Nutzungslogiken. Eine Überführung eines Digital-Programms wie „ONE“ in ein nicht-lineares „gleichartiges“ Angebot scheint daher in publizistischer Hinsicht nicht sinnvoll. Auch wenn klargestellt ist, dass die Gleichartigkeit auch gewährleistet ist, wenn internetspezifische Gestaltungsmittel eingesetzt werden, sehen wir die Gefahr,

dass hier eine Formulierung gewählt wird, die dem Anspruch auf Flexibilisierung und plattformgerechter Ansprache entgegensteht.

Zudem ist die Flexibilisierung im gegenwärtigen Entwurf als **Einbahnstraße** mit einmaliger Anwendungsmöglichkeit ausgestaltet. Denn § 32a Abs. 1 sieht eine Überführung, Einstellung oder einen Austausch nur für die nach § 28 Abs. 5 beauftragten Fernsehprogramme vor. Ist ein solches einmal überführt, eingestellt oder ausgetauscht, wäre die Flexibilisierungsoption damit möglicherweise verbraucht. Der nochmalige Austausch, die Einstellung oder die wiederholte Überführung bereits ausgetauschter oder überführter Angebote wäre nicht mehr möglich.

**Die ARD empfiehlt deshalb die Einfügung eines Absatzes folgenden Inhaltes:**

**“Ein nach § 32a bereits überführtes oder ausgetauschtes Angebot kann selbst erneut überführt, eingestellt oder ausgetauscht werden. Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend. Die Änderung von Telemedienangeboten richtet sich nach § 32.“**

### **Ein vereinfachtes Überführungs-, Einstellungs- und Austauschverfahren**

Wir freuen uns über das gemeinsame Ziel, das Verfahren der Überführung, der Einstellung und des Austauschs weniger komplex auszugestalten als das bekannte Drei-Stufen-Test-Verfahren. Die ARD sieht insoweit sogar noch weitere Möglichkeiten, das Verfahren zu verschlanken – und dabei den europarechtlichen Anforderungen zu genügen.

So sollte das Erfordernis für die Gremien, Stellungnahmen Dritter einzuholen, jedenfalls bei der (ganz oder teilweisen) Einstellung eines Fernsehprogramms entfallen, da damit kaum zum Nachteil Dritter in den Markt eingegriffen wird. Auch beim Austausch von Programmen dürfte das Erfordernis einer Stellungnahme Dritter nicht gegeben sein.

Wir regen daher an, die Möglichkeit Dritter, Stellung zu beziehen, ausschließlich auf den Fall der Überführung zu beschränken.

## Die Finanzierung beauftragter Angebote muss sichergestellt sein

Die bedarfsgerechte Finanzierung der gesetzlich oder durch ein Verfahren nach § 32 oder § 32 a beauftragten Programme und Telemedienangebote ist verfassungsrechtlich garantiert. Die ARD sieht daher die in § 32a Abs. 6 des Diskussionsentwurfs festgelegte Deckelung des Finanzbedarfs für überführte/ausgetauschte Angebote als schwierig an. Wichtig ist uns: Es ist selbstverständlich unser Ziel, durch, bei und aufgrund der Überführung keine Mehrkosten zu verursachen. Es sollten aber bei den überführten Angeboten dann die gleichen Grundsätze zur Entwicklungsmöglichkeit gelten wie für die linearen Programme.

Wir haben Sorge, dass dies mit der vorliegenden Formulierung nicht hinreichend deutlich wird. Zwar wird im zweiten Halbsatz der Vorschrift anerkannt, dass die nutzerzahlenabhängige Steigerung der Verbreitungskosten beim Mehrbedarf außer Betracht bleibt. Unberücksichtigt bleiben hingegen andere Faktoren, die die Rundfunkanstalten nicht selbst steuern oder beeinflussen können. Würden Kostensteigerungen etwa bei der Produktion, Urhebervergütungen und der allgemeinen Preisentwicklung nicht mehr nach dem Prinzip der **bedarfsgerechten Finanzierung** berücksichtigt, könnte dies für überführte bzw. ausgetauschte Angebote zu einer Abwärtsspirale der Qualität führen. Der Anspruch der Rundfunkanstalten auf bedarfsgerechte Finanzierung würde damit verletzt.

Zudem würde durch die Mehrbedarfsklausel ein überführtes Angebot gegenüber einem bestehenden Angebot benachteiligt, für welches ja keine spezifische Kostendeckelung gilt.

### b) Unterhaltung als wesentlicher Teil des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Für die Akzeptanz und Legitimation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist es entscheidend, dass sich seine Angebote an alle Menschen richten, dass sie alle Menschen erreichen.

Bislang ist neben Bildung, Information, Beratung (und Kultur) deshalb auch die Unterhaltung vom Auftrag umfasst – gleichrangig und ohne, dass dies einer weiteren Konditionierung unterläge. Nach dem Entwurf des § 26 Abs. 1 Satz 8 ist geplant, eine Beauftragung für Unterhaltung nur noch vorzusehen, sofern die Angebote einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen.

Dies zeigt den nachvollziehbaren Wunsch der Länder, das öffentlich-rechtliche Profil der Unterhaltung besonders zu betonen. Eine solche Regelung kann aber den An-

schein erwecken, als sei Unterhaltung nur noch bedingt Teil des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die qualitative Abstufung der Unterhaltung und ihre Verknüpfung an eine unbestimmte Bedingung wäre – auch im Lichte der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – sehr kritisch.

Bereits die aktuelle Formulierung in § 26 Abs. 1 MStV bildet den Wunsch der Länder ab, das öffentlich-rechtliche Profil der Unterhaltung zu betonen. Soweit die Norm dennoch weitergehend fokussiert werden soll, schlagen wir die folgende Formulierung vor.

**Die ARD schlägt folgende Formulierung des § 26 Abs. 1 Sätze 8 und 9 MStV vor:**

***“<sup>8</sup>Die öffentlich-rechtlichen Angebote haben der Kultur, Bildung, Information und Beratung zu dienen. <sup>9</sup>Unterhaltung ist Teil des Auftrags; auch sie soll einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen.“***

### **Mit Unterhaltung erreichen wir alle Menschen**

Es ist Pflicht und Selbstverständnis des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, über seine Integrationsfunktion eine möglichst breite und diverse Gesellschaft zu erreichen und dies nicht dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen. Seine hohe Akzeptanz über Generationen hinweg resultiert daraus, dass er ein breites Angebot für Alle macht.

In der zentralen Auftragsnorm wird betont, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk „ein Gesamtangebot für alle“ unterbreiten, „zur medialen Angebotsvielfalt“ beitragen sowie dabei „alle Altersgruppen“ berücksichtigen soll (§ 26 I S. 4, 5, 7). Eine Einschränkung der Angebotsbandbreite und -vielfalt im Bereich der Unterhaltung, wie sie in § 26 I S. 10 des Entwurfs vorgesehen ist, widerspricht der zuvor genannten Vorgabe gesetzessystematisch und inhaltlich.

### **Wie erfüllt die ARD den Anspruch nach einem öffentlich-rechtlichen Profil der Unterhaltung?**

Die Unterhaltungsformate der ARD transportieren gesellschaftlich relevante Themen, die auch den öffentlichen Diskurs fördern. Sie bieten eine Identifikationsfläche, weil sie die Lebenswelt der Menschen in Deutschland und seinen Regionen erlebbar machen. In ihren unterhaltenden Angeboten – egal ob Unterhaltungsshows, Radiocomedy, Filme, Serien oder Talksendungen – spiegeln sich verschiedene zeitgemäße Rollen- und Gesellschaftsbilder. Die ARD setzt in ihrer Unterhaltung Akzente, die Dialog anregen und Generationen verbinden – ohne Trash, Erniedrigungen und Diffamierungen.

Ein möglichst breites Angebot bietet zudem wertvolle Nutzungseffekte: Wenn die Menschen etwas im medialen Gesamtangebot der ARD finden, wenn sich ihre Interessen – zumindest zum Teil – dort spiegeln, gelingt es, sie darüber mit der ganzen Vielfalt des öffentlich-rechtlichen Angebots in Kontakt zu bringen.

Den Fans von Comedy und Fernsehserien in der ARD-Mediathek werden auf der Startseite exklusive politische Dokumentationen vorgeschlagen, auf die sie sonst nicht gestoßen wären. Die zahlreichen Hörer:innen der Popwellen ihrer Landesrundfunkanstalt bekommen laufend Beratung und Informationen und werden zudem mit Radionachrichten in höchster Qualität mit Informationen aus ihrer Region und dem weltweiten Korrespondent:innen-Netz der ARD versorgt. Sonntag abends bereitet der Tatort gesellschaftspolitische Fragen unterhaltend auf und es verbleiben viele Zuschauer:innen nach dem Krimi vor dem Fernseher, wenn politisch diskutiert wird. Das Meme oder die Teilnahme an einer Dance-Challenge auf Social Media-Plattformen bindet Nutzer:innen, die im Weiteren auch öffentlich-rechtliche Nachrichtenangebote wahrnehmen.

Gerade bei der unterhaltungsaffinen Altersgruppe der Jugendlichen und jüngeren Erwachsenen ist Unterhaltung ein entscheidender Faktor. Auf unterhaltende Formate aufsetzende Social Media Angebote gehören zur täglichen Lebensrealität der Jüngeren. Das ARD-ZDF-kooperierte Angebot FUNK hat nicht zuletzt über seine unterhaltenden Formate bei Millionen von jungen Menschen eine hohe Relevanz und Reichweite erreicht, die FUNK regelmäßig zur Verknüpfung zwischen Unterhaltung und Information nutzt (z.B. 30 Mio. Aufrufe zur BT-Wahl). Gerade die digitalen Möglichkeiten der Verlinkungen und personalisierten Empfehlungen eröffnen im Non-Linearen Verbindungen und Transfers, die weit über den Audience Flow im Linearen hinausgehen.

Die Landesrundfunkanstalten greifen in ihren Wellen und Programmen prägende Themen zur regionalen Identität auf. Eine neue Regelung zur Unterhaltung hätte Auswirkungen auch auf die Landesangebote - im Netz, im Radio und in den Dritten Programmen. Denn auch für die eigenen Angebote der jeweiligen Landesrundfunkanstalten wäre die neue Auftragsdefinition im MStV bindend – mit Folgen für die Menschen in den Ländern, die „ihre“ Sender klicken, hören, sehen - und vor allem schätzen.

### **Wie sichert die ARD den eigenen Anspruch an ein öffentlich-rechtliches Profil?**

Unterhaltung bei der ARD erfüllt bereits heute hohe Qualitätsansprüche. Das leitet sich nicht zuletzt aus den aktuellen Vorgaben im Medienstaatsvertrag ab, wonach „auch Unterhaltung“ einem „öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil“ entsprechen „soll.“ Die Landesrundfunkanstalten der ARD liefern exzellente Qualität — inhaltlich

und beim Nutzungserlebnis. Unser Anspruch ist gleichwohl, noch besser zu werden. Die ARD hat im November 2021 eine Selbstverpflichtung abgegeben, die in enger Abstimmung mit den Gremien entstanden ist (Selbstverpflichtung 2021/2022 gemäß § 31 Abs. 2 MStV). Wir lassen uns an diesen Standards messen und legen Rechenschaft über die Erfolgskriterien ab. Die ARD begrüßt daher das Anliegen der Länder, die Qualitätssicherung auch staatsvertraglich zu stärken.

### **Gleichrangigkeit der Unterhaltung innerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags muss gewährleistet bleiben**

Die Pflicht zur Versorgung der Gesellschaft mit sämtlichen Inhalten, die für die Allgemeinheit von Interesse sind, ist verfassungsrechtlich garantiert. Vom Auftrag umfasst ist nach ständiger, höchstrichterlicher Rechtsprechung neben Bildung, Kultur, Beratung und Information auch die Unterhaltung (st. Rspr. vgl. z.B. BVerfGE 119, 181 <218> m.w.N.). Eine qualitative Abstufung innerhalb der Sparten des Funktionsauftrags ist hierbei aufgrund des Charakters einer umfassenden Garantie verfassungsrechtlich nicht vorgesehen und wird von der Rechtsprechung auch nicht angenommen. Im Gegenteil: Dass dieser Auftrag auch in der heutigen, nicht mehr von Frequenzknappheit geprägten Zeit noch in selber Form fortbesteht, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten Rundfunkentscheidung im Sommer dieses Jahres erneut bestätigt (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 20. Juli 2021 - 1 BvR 2756/20).

Seine Funktion könnte der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht mehr erfüllen, wenn durch die staatsvertragliche Regelung der zugrundeliegende Grundversorgungs- und Programmauftrag in nicht entwicklungsöffener Weise beschnitten würde.

Problematisch ist zudem, dass es sich bei dem mit der Unterhaltung verbundenen Kriterium des „öffentlich-rechtlichen Angebotsprofils“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Bei der Programmgestaltung wären die Rundfunkanstalten immer der Unwägbarkeit ausgesetzt, sich innerhalb des nicht greifbaren „öffentlich-rechtlichen Angebotsprofils“ oder sich in der Konsequenz außerhalb ihres Auftrags zu bewegen.

### **Ein konditionierter Auftrag: Gefahr einer drittschützenden Wirkung**

In der nun vorgeschlagenen Auftragsnorm des § 26 Abs. 1 Satz 9 kann zudem eine sogenannte drittschutzauslösende Marktverhaltensregel gesehen werden.



Anders als bislang, wo die gleichrangig zum Auftrag gehörende Unterhaltung einem öffentlich-rechtlichen Profil zu entsprechen hat, ist in der neuen Regelung die Unterhaltung nur so weit vom Auftrag umfasst, wie sie einem öffentlich-rechtlichen Profil entspricht

Diese Bedingung, wonach die Unterhaltung nur noch bei Entsprechung mit einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil Teil des Auftrags ist, könnte als Marktverhaltensregelung ausgelegt und damit Einfallstor für wettbewerbsrechtliche Klagen privater Anbieter sein. Von einer solchen Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG ist immer dann auszugehen, wenn eine gesetzliche Vorschrift einen Wettbewerbsbezug aufweist und zumindest auch die wettbewerblichen Belange von dritten Marktteilnehmern schützen soll.

Der Bundesgerichtshof stuft medienstaatsvertragliche Regelungen, die mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag in Zusammenhang stehen, als solche Marktverhaltensregeln ein, die gerade nicht nur den Marktzutritt als solchem regeln. Das Gericht sieht den Zweck dieser gesetzlichen Vorgaben darin, das Tätigkeitsfeld des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zugunsten privater Marktteilnehmer zu begrenzen (vgl. BGH in der sog. „Tagesschau-App“-Entscheidung vom 30.04.2015, AZ. I ZR 13/14; ebenso BGH I ZR 207/14 „ARD-Buffer“).

Konkret bedeutete dies vorliegend, dass private Anbieter wettbewerbsrechtliche Klagen anstreben und rügen könnten, dass eine konkrete Sendung nicht einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entspricht und deshalb den einfachgesetzlichen Auftragsrahmen überschreitet. Dies würde zu einer zivilrechtlichen Überprüfung des Unterhaltungselements im Hinblick auf sein „öffentlich-rechtliches Angebotsprofil“ führen. Die Auslegung des öffentlich-rechtlichen Auftrags würde in die Hände von (Zivil-)Gerichten gelegt. Die Formulierung eröffnet insoweit auch wettbewerbsrechtliche Unwägbarkeiten.

Selbst wenn die Ausgestaltung der Auftragsnorm des § 26 Abs. 1 Satz 9 legislativ nicht als Marktverhaltensregel beabsichtigt ist und dieser gesetzgeberische Wille in einer Gesetzesbegründung Niederschlag fände, würde dies nichts ändern. In Ihrer Rechtsprechung übereinstimmend kommen Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof und der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass weder eine Protokollnotiz noch eine Gesetzesbegründung geeignet sind, eine zwingende Auslegung einer Vorschrift herbeizuführen (vgl. z.B. BGH NZBau 2011, 175, 177 Rn. 20; BVerfGE 11, 126, Rn. 129 ff.; EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014, C-345/13, EU:C:2014:2013, Rn. 31;). Mit hin reichte die Aufnahme einer dahingehenden gesetzgeberischen Intention in die Gesetzesbegründung zum vorliegenden Medienänderungsstaatsvertrag nicht aus, um die potentiell drittschützende Wirkung der genannten Vorschrift rechtswirksam auszuschließen.

Zu beachten ist hierbei zudem, dass der Intention des rundfunkrechtlichen Gesetzgebers in der Begründung oder Protokollnotiz zum Medienstaatsvertrag Ausdruck verliehen würde. Ein Gericht hätte im Falle einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung jedoch am Maßstab des UWG eine Auslegung vorzunehmen.

Die Gefahr der drittschützenden Wirkung und die damit verbundenen Unsicherheiten sind mit dem eingangs gemachten Formulierungsvorschlag ausgeschlossen.

### **Überprüfung durch die KEF**

Hinzukommt: Ob Unterhaltungssendungen einem „öffentlich-rechtlichen“ Angebotsprofil entsprechen, müsste dann auch die Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) überprüfen. Denn der Prüfungsauftrag der KEF erstreckt sich auf die Beurteilung, ob die Sender Beitragsmittel außerhalb des normierten Auftrags einsetzen (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 f. RFinStV). Wären fortan nur noch Unterhaltungsangebote mit einem öffentlich-rechtlichen Profil vom Auftrag gedeckt, stünden die dort eingesetzten Mittel jeweils einzelfallbezogen auf dem Prüfstand. Die KEF wäre damit vor die Herausforderung gestellt, eine programmliche Prüfung vornehmen zu müssen – anstatt sich auf die Überprüfung des Finanzbedarfs zu konzentrieren. Dies würde einen eklatanten Systembruch hinsichtlich der Aufgabenwahrnehmung durch die KEF bedeuten.

### **Änderungsvorschlag mit Passus „im Schwerpunkt“ - § 26 Abs. 1 Satz 8**

Im Entwurf heißt es:

*<sup>8</sup>Die öffentlich-rechtlichen Angebote haben im Schwerpunkt der Kultur, Bildung, Information und Beratung zu dienen.*

In der Vorgabe, dass die Angebote nicht nur in irgendeiner Form - sondern im Schwerpunkt - den genannten Genres zu dienen haben, ist eine Intensivierung des Eingriffs in die Rundfunkfreiheit zu sehen. Auch diese Einschränkung birgt die Gefahr der drittschützenden Wirkung. Es handelt sich zudem um eine qualitative Verschärfung, die die Unbestimmtheit der Grenzen des Funktionsauftrags potenziert und die Überprüfbarkeit der Auftragseinhaltung weiter erschwert.

### c) Klare Aufgabenverteilung zwischen Intendant:innen und Gremien

Die Aufsichtsgremien sind für die Rundfunkanstalten von großer Bedeutung. Als Vertreter:innen der gesamten Gesellschaft sind sie kritische Ratgeber – auch in Programmfragen. Die Rundfunkanstalten setzen sich mit den Stimmen der gesellschaftlichen Gruppen auseinander und berücksichtigen sie bei ihrer Entscheidungsfindung. Die ARD unterstützt es daher, die Gremienkompetenz zu stärken, sofern dies im Rahmen der klaren verfassungsrechtlich verankerten Aufgabenzuweisung erfolgt.

Die Grenzen dieser Aufgabenverteilung werden mit dem vorliegenden Diskussionsentwurf (§ 31 Abs. 2b und 2c) allerdings überschritten.

**Die ARD schlägt folgende Formulierung des § 31 Abs. 2b MStV vor:**

**„Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio entwickeln unter Einbeziehung der jeweils zuständigen Gremien Systeme zur Qualitätssicherung weiter, die die Gremien bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach Absatz 2a unterstützen. Die Systeme werden im Bericht nach Absatz 2 aufgegriffen.“**

#### **Programmgestaltung liegt bei den Intendant:innen**

Die **Programmgestaltungskompetenz** liegt bei den Rundfunkanstalten – und dort zuvorderst bei den programmverantwortlichen Intendant:innen, während den Gremien, insbesondere den Rundfunkräten, die Programmkontrolle zufällt. Bei der Programmgestaltung sind die Rundfunkanstalten an die gesetzlichen Vorgaben, wie etwa die Programmgrundsätze, gebunden. Auch hierbei handelt es sich um Qualitätsvorgaben.

Der neue § 31 Abs. 2b ist mit dieser Aufgabenzuweisung nicht vereinbar: Zwar knüpft die Regelung über den Verweis auf § 26 und im Zusammenspiel mit § 31 Abs. 2 (neu) an die Aufgabe der Programmkontrolle an. Die gesetzliche Aufforderung an die Gremien, hierfür (ex ante) „Zielvorgaben zu setzen“ – wie etwa „inhaltliche und formale Qualitätsstandards“ - fällt aber eindeutig in den Bereich der Programmgestaltung.

Eine solche Zuschreibung würde die den Rundfunkräten obliegende Aufgabe überschreiten. Den Gremien obliegt die (nachlaufende) Kontrolle, ob die Anstalten ihren Auftrag ordnungsgemäß erfüllt haben. Die Verpflichtung zu darüber hinaus gehenden, messbaren Zielvorgaben steht dieser Aufgabe systematisch entgegen. Denn mit den Gremien wäre dasselbe Organ einerseits mit der Ausgestaltung von Qualitätsaspekten und gleichsam mit deren Überprüfung befasst.

## Qualität als wichtiges Anliegen: Stärkung von Qualitätssicherungssystemen

Die Qualität ihrer Angebote ist der ARD eine Herzensangelegenheit. Die Sender haben dies zuletzt auch in ihrem Bericht nach § 31 Abs. 2 MStV deutlich zum Ausdruck gebracht, in dem sie sich für die Zukunft auf wichtige Werte und Zielsetzungen verpflichtet haben (vgl. Selbstverpflichtung der ARD 2021/2022, <https://www.daserste.de/ard/die-ard/ARD-Selbstverpflichtung-2021-100.pdf>).

Die Etablierung hierauf ausgerichteter Qualitätssicherungssysteme durch die Intendant:innen begrüßen wir daher ausdrücklich. Eine Einbindung der Gremien könnte gute Impulse liefern und zudem die Akzeptanz erhöhen. Diese strukturelle Qualitätssicherung sollte regelmäßig weiterentwickelt und an neue Entwicklungen angepasst werden, eine Dokumentation im Bericht nach § 31 Abs. 2 wäre denkbar.

## Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durch Prüfung der KEF sichergestellt

Mit der vorgeschlagenen Neuregelung des § 31 Abs. 2c besteht die Gefahr, dass über den Weg der Finanzkontrolle das Gebot der funktionsgerechten Finanzierung unterlaufen wird. Der KEF kommt bei der Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs eine entscheidende Rolle zu, die ausführlich im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag geregelt ist. Wir empfehlen daher, auf die entsprechenden Regelungen im RFinStV zu verweisen. Alternativ könnten – zur Verstärkung – die entsprechenden Regelungen des RFinStV (§ 3 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 6 RFinStV) auch im Medienstaatsvertrag explizit aufgegriffen werden.

**Die ARD schlägt folgende Formulierung des § 31 Abs. 2c MStV vor:**

**„Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio berücksichtigen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Soweit sie finanzwirksame Selbstverpflichtungen erklärt haben, sind diese Bestandteil des Überprüfungs- und Ermittlungsverfahrens durch die KEF und zu beachten. Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF oder das Deutschlandradio wirken an der Fortentwicklung von Methoden und Verfahren zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs mit.“**

Die Sender sind den Grundsätzen der **Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** verpflichtet. Entsprechende Regelungen sehen die Landesgesetze schon heute vor. Diese Grundsätze werden von den Rechnungshöfen überprüft und sind zudem Parameter der KEF bei der Überprüfung des angemeldeten Finanzbedarfs (§ 3 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 RFinStV).

Mit diesem fein austarierten System der vor- und nachgelagerten Finanzkontrolle wird sichergestellt, dass einerseits die Haushalts- und Wirtschaftsführung den Grundsätzen

von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entspricht, andererseits die Einschätzungsprärogative klar bei den Rundfunkanstalten verbleibt und damit der grundrechtlich geschützte Bereich der Programmautonomie unangetastet bleibt.

## 2) Weitere maßgebliche Anmerkungen zum Diskussionsentwurf

### a) Maxime der Angebotsgestaltung, § 26 Abs. 1 Satz 5 MStV

Die in Satz 5 der Auftragsvorschrift neu aufgenommene Formulierung, wonach „durch eigene Impulse und Perspektiven zur medialen Vielfalt beigetragen wird“ begrüßen wir ausdrücklich. Diese mediale Vielfalt verstehen wir als Bedingung für die Zukunftsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Angebote.

Kritisch ist hingegen die ebenfalls enthaltene Regelung, dass bei der Angebotsgestaltung die Möglichkeiten genutzt werden sollen, die uns „aus der Beitragsfinanzierung erwachsen“. Der Grundsatz, dass die Finanzierung dem Auftrag folgt, würde mit dieser Formulierung in Frage gestellt. Sie könnte die irrige Annahme stützen, die Finanzierung bestimme über die Angebotsausgestaltung und nicht umgekehrt.

Dem Anliegen, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei der Auftragserfüllung im daraus resultierenden finanziellen Rahmen bewegt, stellen wir uns gern - dieses könnte aber allenfalls im Begründungstext hinterlegt werden.

Die Vorschrift stellt zudem in der vorliegenden Form möglicherweise eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 3a UWG dar, die anderen Marktteilnehmern subjektive Rechte vermitteln könnte („Drittenschutz“).

### b) „Prime-Time-Regelung“, § 26 Abs. 1 Satz 10 MStV

Eine möglichst breite und diverse Gesellschaft zu erreichen, ist Pflicht und Selbstverständnis des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zugleich. Durch die in § 26 Abs. 1 Satz 10 diskutierte Formulierung („...in besonderem Maße dort wahrnehmbar sein, wo die Nutzung dieser Angebote üblicherweise besonders hoch ist...“), würde ein Mechanismus in Gang gesetzt, der schon praktische Probleme aufwirft. Selbst wenn der Begriff des „öffentlich-rechtlichen Angebotsprofils“ konkretisierbar wäre, stellt sich die Folgefrage, wann es als „besonders wahrnehmbar“ anzusehen wäre?

Darüber hinaus ist es den Rundfunkanstalten gerade ein Anliegen, keine Abstufung zwischen wenig und viel genutzten Angeboten vorzunehmen. Die Verwirklichung des

gesetzlichen Programmauftrags verantworten sie programmautonom – in allen Genres und zu allen Zeiten. Eine Ausrichtung unserer Inhalte an der Nachfrage widerspräche unserem Selbstverständnis und dem Anspruch, dass wir Angebote für alle machen. Aus unserer Sicht ist dies daher abzulehnen. Der Auftrag an die Landesrundfunkanstalten ergibt sich direkt aus § 26 Abs. 1 MStV – über alle Genres und Programme hinweg. Zudem sehen wir auch hier die Gefahr einer drittschützenden Wirkung, soweit sich Konkurrenten auf das „besondere“ öffentlich-rechtliche Angebotsprofil beziehen.

### c) Erweiterter Pflichtenkanon, § 26 Abs. 2 MStV

Der in § 26 Abs. 2 MStV diskutierte Entwurf für einen „modernisierten Pflichtenkanon“ entspricht den bereits geltenden und praktizierten öffentlich-rechtlichen Standards. Wir freuen uns über die Konkretisierung, dass Bezugspunkte der Forderung nach Unabhängigkeit, Sachlichkeit und Wahrheit nun die Information und Berichterstattung sind.

Im Hinblick auf die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit in § 26 Abs. 2 Satz 2 MStV, deren Einhaltung nach ständiger Rechtsprechung nicht auf einzelne Sendungen oder Inhalte bezogen überprüft werden kann, empfehlen wir folgende sprachliche Klarstellung:

**„<sup>2</sup>Ferner sollen sie in ihrem Gesamtangebot die einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechenden Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit achten und eine möglichst breite Themen- und Meinungsvielfalt ausgewogen darstellen.“**

Problematisch sehen wir die Einführung des Merkmals der „hohen“ journalistischen Standards, die es nach der Neufassung einzuhalten gilt. Nach der Systematik des Medienstaatsvertrages müssten diese sich von den in der Präambel aufgeführten, journalistischen Standards qualitativ absetzen. Hier stellt sich die Frage, was in der Praxis hierunter zu verstehen wäre. Weiterhin müssten die hohen Standards über die Wertungen der anerkannten journalistischen Grundsätze nach § 6 und § 19 MStV hinausgehen. Ansonsten brächte die Einführung des neuen Tatbestandsmerkmals einen Wertungswiderspruch innerhalb des Staatsvertrages mit sich.

Im Hinblick auf die Wahrung von Persönlichkeitsrechten gibt die staatsvertragliche Regelung in der neuen Form den Sendern nunmehr den „Schutz“ von Persönlichkeitsrechten auf, anstelle der bisherigen Verpflichtung, diese zu wahren. Die ARD spricht sich für die Beibehaltung der bisherigen Verpflichtung aus. Alternativ könnte eingefügt werden, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten „auch zur Achtung von Persönlichkeitsrechten verpflichtet“ sind.

Denn: Die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk ist verfassungsrechtlich gewährleistet und findet ihre Schranke u.a. im Persönlichkeitsrecht der Personen, die von Berichterstattung betroffen sind. Wie diese Rechtsgüter zum Ausgleich zu bringen sind, ist Gegenstand einer langjährigen gefestigten Rechtsprechung der deutschen Gerichte. Der Ausgleich zwischen diesen Rechtsgütern würde allerdings zu Lasten der Berichterstattungsfreiheit verschoben, würde den Berichterstattenden auf dieser Ebene eine Schutzfunktion gegenüber einem der widerstreitenden Rechtsgüter auferlegt. Dies liefe dem Interesse an einer umfassenden öffentlichen Meinungsbildung zuwider und könnte eine kritische Berichterstattung erschweren. Der Schutz von Persönlichkeitsrechten obliegt im Streitfall den Gerichten, die dann im Kern eine Güterabwägung vorzunehmen haben.

Werden Persönlichkeitsrechte in der vorgesehenen Art in den Pflichtenkanon aufgenommen, würde zudem der subjektive Charakter des Persönlichkeitsrechtsschutzes unterlaufen. Die Geltendmachung einer Verletzung dieses Rechtsgutes erfordert damit keine unmittelbare Betroffenheit mehr und würde auch einem Dritten die Möglichkeit eröffnen, unter Berufung auf Persönlichkeitsrechte anderer Personen vorzugehen. Dies ist insbesondere zur Wahrung zivilprozessualer Wertungen bedenklich. Weiterhin besteht auch kein Erfordernis eines erweiterten Persönlichkeitsschutzes, da dieser sogar im Eilrechtsschutz effektive zugunsten des Verletzten gewährleistet ist (vgl. §§ 935 ff. ZPO).

#### **d) Einbeziehung einer Plattformstrategie, § 30 Abs. 1 MStV**

Die Mediatheken von ARD und ZDF arbeiten bereits heute eng zusammen. Geplant ist ein gemeinsames Streaming-Netzwerk, das Content von ARD und ZDF untereinander zugänglich macht. Diese Form der Plattformstrategie ist gelebte Praxis.

Gesetzlich normierte Vorgaben zur planerischen, programmlichen oder redaktionellen Zusammenarbeit zwischen ARD, ZDF und Deutschlandradio, die darüber hinausgehen, würden hingegen das gesamte öffentlich-rechtliche Binnenverhältnis in Frage stellen.

#### **e) Zusammenarbeit im Lichte des Kartellrechts**

Ist staatsvertraglich – wie hier in § 30 Abs. 1 - eine über das Vorgenannte hinausgehende Intensivierung der Zusammenarbeit von ARD und ZDF intendiert, könnte dies im Widerspruch zu kartellrechtlichen Vorgaben stehen. In einer solchen Ausweitung von Kooperationsformen könnte konkret ein Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1

GWB bzw. mit Art. 101 Abs. 1 AEUV zu sehen sein. Für die Rundfunkanstalten entstünde hierbei insbesondere die Rechtsunsicherheit, ob das Freistellungsgebot (vgl. § 2 GWB bzw. § 101 Abs. 3 AEUV), welches bisher die öffentlich-rechtlichen Anstalten absicherte, ebenfalls auf diese intensivierten Formen des Zusammenwirkens Anwendung fände. Diese Erleichterung greift ausdrücklich nur dort, wo staatsvertraglich vorausgesetzte und von der KEF zur Wirtschaftlichkeitsverbesserung geforderte Kooperationen zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags notwendig sind. Die derzeitige Regelung nimmt hierbei lediglich Bezug auf Art. 106 Abs. 2 AEUV.

Dadurch besteht für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine erhebliche Rechtsunsicherheit sowie ein Spannungsfeld zwischen den staatsvertraglich geforderten Ausweitungen von Kooperationsformen und kartellrechtlichen Vorgaben. Es ist daher weiterhin, wie auch bereits vom Bundesrat (Drucksache 568/20) gefordert, eine Freistellung der Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vom Kartellverbot gem. § 2 GWB als spezialgesetzliche Freistellung erforderlich, um die staatsvertraglichen Kooperationspflichten aber auch die Vorgaben der KEF zur Wirtschaftlichkeitsverbesserung rechtssicher umsetzen zu können.

**f) Abruf von europäischen und nicht-europäischen Werken, § 30 Abs. 2 Nr. 2 MStV**

Sehr zu begrüßen im Sinne starker öffentlich-rechtlicher Plattformen sind die Überlegungen, die Mediatheken für Lizenzkäufe zu öffnen und im Fall europäischer Produktionen auch einen Abruf ohne lineare Ausstrahlung vorzusehen. Besonders positiv bewerten wir hierbei die Ausgestaltung der Neufassung von § 30 Abs. 2 Nr. 2 MStV, der sämtliche Formen der Ausstrahlung (online-only, online-first bzw. mit Sendungsbezug) unabhängig voneinander ermöglicht.

Die aktuell gewählte Formulierung birgt allerdings die Gefahr, dass insbesondere online-only-Produktionen, die keinen „Ausstrahlungstermin“ haben, lediglich einmalig 30 Tage in die Mediathek eingestellt werden können. Nach aktueller Gesetzeslage ist eine Verbreitung in der Mediathek bis zu 30 Tage nach jeder erneuten linearen Ausstrahlung erlaubt. Auch bei online-only-Produktionen sollte es in Zukunft möglich sein, sie aufgrund journalistisch-redaktioneller Entscheidungen nochmals zum Abruf bereitzuhalten. Das entspräche einem wirtschaftlichen Umgang mit Lizenzrechten, die die wiederholte Verbreitungen in den Mediatheken ermöglichen und vor allem den berechtigten Interessen der Beitragszahler:innen. Eine „natürliche“ Begrenzung der Verbreitungsdauer ergibt sich aus den genehmigten Verweildauerkonzepten der Landesrundfunkanstalten.



Wir möchten zudem anregen, in § 30 Abs. 2 klarzustellen, dass mit der schon im aktuellen Gesetzestext enthaltenen Formulierung der „audiovisuellen Inhalte“ alle denkbaren Formen von Audio- und/oder Video-Inhalten gemeint sind – und sich die Formulierung nicht auf reine Video-Inhalte beschränkt.

**g) Experimentierklausel Telemedien, § 32 Abs. 8 Satz 2 MStV**

Den Vorschlag, einen Probetrieb für Telemedien staatsvertraglich zu regeln, begrüßen wir. Damit wird für den „Testbetrieb“ von 12 Monaten eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Um einen unterbrechungsfreien Übergang vom Probetrieb in den regulären Betrieb zu ermöglichen, sollte für die Bemessung der Frist auf die Dauer des Prüfverfahrens Bezug genommen werden. Wir regen daher an, § 32 Abs. 8 Satz 2 des Diskussionsentwurfs wie folgt zu konkretisieren.

***“Um den Übergang in ein reguläres Telemedienangebot zu ermöglichen, kann der Probetrieb bis zum Abschluss des Verfahrens nach § 32 Abs. 4 bis 7 fortgeführt werden, wenn das Verfahren innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Probetriebs eingeleitet wird.”***

Auch in diesem Fall wäre vorgesehen, dass innerhalb der zweiten 6 Monate das Prüfverfahren einzuleiten ist – und die Rundfunkanstalten den zuständigen Gremien dafür das entsprechende Telemedienkonzept vorzulegen hätten.

**h) Anpassung der „Negativliste“, Anlage zu § 30 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 MStV**

Die „Negativliste“ enthält Regelungen für Telemedienangebote, sofern kein Bezug zu einer Sendung vorliegt. Dies betrifft etwa Ratgeberrubriken, Spieleangebote, Foto-downloads oder Veranstaltungskalender. Damit flexibilisierte und überführte Programme keinen Einschränkungen bei der internetspezifischen Gestaltung unterliegen, regen wir eine Streichung der Ziffern Nr. 6, 14, 15, 16, 17 an oder zumindest eine Anpassung nach dem Beispiel Jugendangebot (vgl. 2. Negativliste des MStV zum Jugendangebot; statt Sendungsbezug journalistisch-redaktionellen Bezug).

**i) Umsetzung der Beauftragungssystematik bei weiteren Vorschriften**

Durch die Flexibilisierung wird es zukünftig möglich sein, Programme durch andere auszutauschen, ohne dass es dafür eines neuen Staatvertrags, also einer gesetzlichen Bestimmung bedarf. Vielmehr erfolgt die Beauftragung aufgrund Gesetzes im Wege des Verfahrens nach § 32a MStV (neu). Deshalb ist es aus unserer Sicht auch erforder-

lich, die nach § 81 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 a) und Satz 2 MStV für Plattformanbieter geltende Must-Carry-Verpflichtung und die in § 84 Abs. 3 MStV statuierten Auffindbarkeitspflichten für Benutzeroberflächen dahingehend zu ändern, dass der Begriff „gesetzlich bestimmten beitragsfinanzierten Programme“ durch die Formulierung „gesetzlich oder aufgrund Gesetzes beauftragten beitragsfinanzierten Programme“ ersetzt wird. Mit Blick auf die Zukunft wäre diese Änderung auch in § 81 Abs. 3 Nr. 1 a) MStV sinnvoll, um den Landesgesetzgebern die Möglichkeit zu eröffnen, das Konzept der Flexibilisierung auf den Hörfunk zu erweitern. In der Folge wäre auch § 115 Nr. 33 MStV entsprechend anzupassen.