

## **Docs for Democracy**

Eckpunkte für ein Rechtsgutachten

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf  
Universität Leipzig  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht

Leipzig, 22. März 2021

## Inhaltsverzeichnis

A. Strukturprobleme (Diagnose) .....	4
I. Quoten- statt Qualitätsorientierung des ÖR.....	4
II. Vielfaltsgefährdendes Honorardumping .....	4
B. Reform (Therapie) .....	5
I. Bisherige Diskussion zur Strukturreform des ÖR .....	5
II. Reformvorschlag: Beitragsfinanzierung der ProduzentInnen publizistisch anspruchsvoller Inhalte (Dokumentationen) und (optionale) Verpflichtung des ÖR zur Ausstrahlung der Inhalte (Programmfenster und Mediatheken).....	6
1. Beitragsfinanzierung der ProduzentInnen publizistisch anspruchsvoller Inhalte (Dokumentationen) .....	7
a) Referenzgebiete .....	7
b) Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH .....	8
c) Materiellrechtliche Vorgaben.....	8
d) Zuständigkeit: Stiftung oder (zentrale Kommission der) LMA?.....	9

2. Ausstrahlung beitragsfinanzierter Inhalte von ProduzentInnen im ÖR (Programmfenster und Mediatheken) .....	10
---	----

## **A. Strukturprobleme (Diagnose)**

### **I. Quoten- statt Qualitätsorientierung des ÖR**

Obgleich der ÖR aufgrund seiner Beitragsfinanzierung in der Lage ist, ein von vielfaltsverengenden ökonomischen Zwängen unabhängiges Angebot zu gestalten und zu verbreiten, unterwerfen sich die Sendeanstalten einem Quotendruck. In den Hauptprogrammen von ARD und ZDF kommen Qualitätssendungen insbesondere in der Hauptsendezeit zu kurz. Dieses Vielfaltsdefizit besteht auch und vor allem im Bereich publizistisch anspruchsvoller Dokumentationen.

### **II. Vielfaltsgefährdendes Honorardumping**

Zwischen den ProduzentInnen publizistisch anspruchsvoller Angebote wie Dokumentationen und dem ÖR ist die Vertragsautonomie aus (mindestens) drei Gründen gestört: Erstens kommt als Abnehmer prinzipiell nicht der private Rundfunk, sondern in aller erster Linie der ÖR in Betracht, weil nur dieser aufgrund seiner Beitragsfinanzierung dazu imstande ist, in großem Umfang nicht massenattraktive Inhalte auszustrahlen. Zweitens verschärft die Quotenorientierung des ÖR dieses Abhängigkeitsverhältnis. Und drittens ist die Verhandlungsposition der ProduzentInnen im Verhältnis zum ÖR aufgrund fehlender Marktfähigkeit der Angebote

(geringe Zuschauerreichweite etc.) strukturell geschwächt. Aufgrund dieser strukturellen Disparität ist eine auskömmliche Finanzierung der ProduzentInnen publizistisch besonders anspruchsvoller Inhalte nicht nachhaltig gesichert. Mit Blick auf die damit einhergehende Vielfaltsgefahr haben die Länder eine angemessene Finanzierung der entsprechenden Produktionen angemahnt (vgl. Protokollerklärung aller Länder zu § 11d Abs. 2 RStV im Rahmen des 22. RÄStV sowie § 31 Abs. 3 Satz 2 MStV). Wegen der strukturell gestörten Vertragsparität sind nach der Rechtsprechung des BVerfG Schutzregelungen zugunsten von ProduzentInnen von Verfassungen wegen sogar erforderlich.

## **B. Reform (Therapie)**

### **I. Bisherige Diskussion zur Strukturreform des ÖR**

Die Rundfunkpolitik überlegt derzeit, das Auftragsprofil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ggf. seiner Hauptprogramme (Das Erste, ZDF), dergestalt zu präzisieren, dass der Schwerpunkt des Auftrags im Bereich Kultur, Information und Bildung liegen muss. Auch sind zur Verwirklichung des Informationsauftrags der Sendeanstalten weitere Regelungen (sendezeitbezogene Vorgaben und genrebezogene Budgetierungen) denkbar. Diese Überlegungen gehen prinzipiell in die richtige Richtung. Die Reformüberlegungen lösen jedoch nicht das Problem des

vielfaltsgefährdenden Honorardumpings. Zwar würde die Verhandlungsposition der ProduzentInnen publizistisch anspruchsvoller Beiträge wie Dokumentationen gestärkt, wenn der ÖR gesetzlich verpflichtet würde, schwerpunktmäßig in den Bereichen Information und Kultur zu berichten. Das gilt insbesondere, wenn sich diese Neujustierung zugunsten von Information und Kultur auf die Hauptprogramme von ARD und ZDF beziehe. Gleichwohl würde auch dann die strukturelle Disparität von ÖR und den ProduzentInnen nicht korrigiert, weil infolge der nur begrenzten Marktfähigkeit entsprechender Inhalte weiterhin nur wenige Ausweichmöglichkeiten bestünden.

**II. Reformvorschlag: Beitragsfinanzierung der  
ProduzentInnen publizistisch anspruchsvoller Inhalte  
(Dokumentationen) und (optionale) Verpflichtung des ÖR  
zur Ausstrahlung der Inhalte (Programmfenster und  
Mediatheken)**

Sinnvoll erscheint eine Reform, die bei beiden Problemfeldern ansetzt, also sowohl ein vielfaltsgefährdendes Honorardumping verhindert als auch für eine Qualitätsverbesserung des ÖR sorgt.

### *1. Beitragsfinanzierung der ProduzentInnen publizistisch anspruchsvoller Inhalte (Dokumentationen)*

Das Problem des Honorardumpings lässt sich lösen, wenn nicht der ÖR, sondern ein Dritter entscheidet, der keinerlei (wirtschaftliches) Interesse an möglichst geringen, nichtauskömmlichen Vergütungen hat. Dieses Ziel lässt sich dadurch erreichen, dass die ProduzentInnen am Beitragsaufkommen partizipieren. Intendiert ist nicht eine (politisch ohnehin nicht durchsetzbare) Erhöhung des Beitragsaufkommens. Vielmehr soll ein Teil des vorhandenen Beitragsaufkommens (etwa 1 bis 2 %) direkt ProduzentInnen zugutekommen, ohne das Aufkommen und damit die Belastung der BeitragszahlerInnen zu erhöhen (Leitziel der Beitragsstabilität).

#### a) Referenzgebiete

- § 112 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MStV: Beitragsfinanzierung nicht-kommerzieller Veranstaltung von lokalem und regionalem Rundfunk
- Staatliche Finanzierung (Mittel aus Staatshaushalt) von lokalem und regionalem Rundfunk nach BayMG
- Staatliche Finanzierung (Mittel aus Staatshaushalt) von (Anbietern und) ProduzentInnen nach § 8 Abs. 1 Nr. 12 MStV Bln/BB, MABB-Fördersatzung Lokaljournalismus

### b) Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH

Die Finanzierung privater RundfunkveranstalterInnen und ProduzentInnen ist (verfassungs-)rechtlich und unionsrechtlich (Beihilferecht) grundsätzlich zulässig. Voraussetzung hierfür ist jedoch insbesondere eine hoheitliche Beauftragung (Gesetz oder Verwaltungsentscheidung) der ProduzentInnen, die Erledigung einer Aufgabe im besonderen Gemeinwohlinteresse (hier: Produktion publizistisch anspruchsvoller Inhalte wie Dokumentationen, die nach den Marktgesetzen nicht oder unzureichend realisierbar sind) und die Verhinderung einer Überkompensation (explizite Forderung des Unionsbeihilferechts).

### c) Materiellrechtliche Vorgaben

Die Möglichkeit einer Beteiligung von ProduzentInnen an dem Beitragsaufkommen setzte eine Änderung von § 10 RFinStV und § 112 MStV voraus.

Überdies müssten die (wesentlichen) Voraussetzungen einer Beteiligung von ProduzentInnen im Gesetz (vgl. § 112 MStV) geregelt werden. Einzelheiten könnten einer Satzung vorbehalten bleiben (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 12 MStV Bln/BB, MABB-Förderung Lokajournalismus).

Zu den Vergabevoraussetzungen gehört auch die Festlegung einer angemessenen Vergütung für ProduzentInnen (Problem: Abgrenzung zur Bundeskompetenz für das Urheberrecht). Zu den



Produktionskosten, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegen (vgl. MABB-Fördersatzung Lokaljournalismus), zählt auch eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals (angemessener Gewinn). Hierin liegt der Unterschied zur Beitragsfinanzierung der nichtkommerziellen Veranstaltung von lokalem und regionalem Rundfunk gem. § 112 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MStV.

Bei einer Vielzahl von InteressentInnen ist ein Ausschreibungsverfahren vorzusehen (vgl. wiederum MABB-Fördersatzung Lokaljournalismus). Dadurch würde zugleich das unionsbeihilferechtliche Verbot der Überkompensation gewahrt.

d) Zuständigkeit: Stiftung oder  
(zentrale Kommission der) LMA?

Da die Entscheidung über die Beitragsfinanzierung von ProduzentInnen nicht in den Händen des ÖR liegt, ist die Gefahr von Honorardumping gebannt. Weder eine unabhängige Stiftung noch die LMA haben ein (wirtschaftliches) Interesse an nicht angemessenen Vergütungen.

Prinzipiell käme als Vergabeinstanz eine Stiftung in Betracht, sofern und soweit sie die (verfassungs- und unionsrechtlich) erforderliche Unabhängigkeit von den ProduzentInnen hätte. Ein solches Stiftungsmodell findet sich etwa im NRW-Landesrecht für die Beitragsfinanzierung von Projekten zur Förderung der Medienkompetenz, wozu nach den landesrechtlichen Regelungen

auch die Förderung von lokalem und regionalem Journalismus gehört.

Im Interesse „schlanker“ Organisationsstrukturen und damit im Interesse politischer Durchsetzbarkeit ist m.E. jedoch eine Zuständigkeit der LMA zu favorisieren. Die Beteiligung von ProduzentInnen am Beitragsaufkommen ließe sich ohne nennenswerten regulatorischen Aufwand durch (simple) Ergänzung des § 10 RFinStV und des § 112 Abs. 1 Satz 1 MStV realisieren.

Erforderlich wäre jedoch eine bundesweite Zuständigkeit. Zu denken ist insoweit vor allem an eine Zuständigkeit der ZAK. Die ZAK könnte durch Ergänzung des § 105 MStV über die Vergabe von Beitragsmitteln an ProduzentInnen entscheiden. Diese Zuständigkeit bietet sich auch deshalb an, weil die – sogleich darzulegende – Programmfensterregelung für den ÖR der Regelung über Fensterprogramme im privaten Rundfunk (§ 59 Abs. 4 MStV) nachgebildet ist, die der Zuständigkeit der ZAK unterfällt (§ 105 Abs. 1 Nr. 7 MStV).

## *2. Ausstrahlung beitragsfinanzierter Inhalte von ProduzentInnen im ÖR (Programmfenster und Mediatheken)*

Der Beitragsfinanzierung von ProduzentInnen sollte eine entsprechende Vielfaltssicherung im ÖR korrespondieren. Ebenso wie bislang sind die publizistisch besonders anspruchsvollen Beiträge (Dokumentationen) vor allem im ÖR auszustrahlen. Deshalb empfiehlt sich eine Programmfensterregelung, wie sie

für den privaten Rundfunk schon seit langem existiert (§ 59 Abs. 4 MStV). Allerdings sollte es dem ÖR ermöglicht werden, die Verpflichtung zur Verbreitung von Inhalten Dritter (ProduzentInnen) durch die Ausstrahlung eigener Produktionen in den Fenstern abzuwenden. Im Einzelnen:

a) Entsprechende Fensterregelungen sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Da die Fensterprogrammregelung des § 59 Abs. 4 MStV der Vielfalt dient, ist sie mehrmals von Gerichten für verfassungskonform erklärt worden. Was in Bezug auf den kommerziellen Rundfunk zulässig ist, kann in Bezug auf den (gemeinnützigen) ÖR nicht verboten sein.

Zu regeln wäre, ob sich die Verpflichtung zur Ausstrahlung von publizistisch besonders anspruchsvollen Inhalten nur auf das System des ÖR als Ganzes oder (wie m.E. naheliegend) auf die Hauptprogramme von ARD und ZDF bezieht.

b) Dem ÖR ist das Recht einzuräumen, die Ausstrahlung beitragsfinanzierter Inhalte Dritter (ProduzentInnen) dadurch abzuwenden, dass er eigene (publizistisch anspruchsvolle) Inhalte in den Fenstern verbreitet. Dies dient dem publizistischen Wettbewerb im Bereich qualitativ hochwertiger Inhalte. Publizistischer Wettbewerb ist nach der Rechtsprechung des BVerfG „Lebens- element der Meinungsfreiheit“.

Im Fall der Ausstrahlung von Eigen- oder Fremdproduktionen in den Fenstern muss der ÖR gesetzlich verpflichtet werden, die

Produktionen durch Umschichtung der Beitragsmittel zu finanzieren, da eine Erhöhung des Beitragsaufkommens zu verhindern ist (Leitziel der Beitragsstabilität). Aus diesem Grund ist die Fensterregelung mit einer Verpflichtung des ÖR zur schwerpunktmäßigen Berichterstattung in den Bereichen Information und Kultur zu flankieren.

Wenn die beitragsfinanzierten Inhalte Dritter (ProduzentInnen) in den linearen Programmen von ARD und ZDF nicht verbreitet werden, ist dafür Sorge zu tragen, dass sie wenigstens in den Mediatheken von ARD und ZDF auf Abruf zur Verfügung stehen. Auch dies trägt zum publizistischen Wettbewerb im Bereich anspruchsvoller Inhalte bei. Eine solche Verpflichtung zur Bereithaltung von beitragsfinanzierten Inhalten Dritter in den Mediatheken von ARD und ZDF ist gesetzlich zu regeln.

c) Verzichtet der ÖR auf eigene Produktionen, ist er gesetzlich zu verpflichten, die beitragsfinanzierten Inhalte Dritter (ProduzentInnen) in den Fenstern zu verbreiten. Dies wird wohl der Regelfall sein, weil der ÖR geneigt sein dürfte, (lieber) die (bereits aus Beitragsmitteln bezahlten) Produktionen Dritter „umsonst“ zu verbreiten als eigene Inhalte mit eigenen Mitteln herzustellen, was entsprechende Umschichtungen seines Etats voraussetzte.

Zu überlegen wäre, ProduzentInnen, denen es gelingt, ihre Inhalte in linearen Programmen des ÖR zu verbreiten, hierfür gesondert zu honorieren. Ein solches Anreizsystem dürfte jedoch

nicht zu einer (unionsbeihilferechtlich unzulässigen) Überkompensation führen. Dem wäre im Rahmen der rechtlichen Ausgestaltung der Beitragsfinanzierung von ProduzentInnen Rechnung zu tragen.

Auch bei einer Verbreitung von beitragsfinanzierten Inhalten Dritter in den linearen Programmen von ARD und ZDF ist im Interesse der Förderung publizistischen Wettbewerbs sicherzustellen, dass sie in den Mediatheken des ÖR auf Abruf zur Verfügung stehen.



(Prof. Dr. Hubertus Gersdorf)