

## „Warum die Presse kämpfen muss“

Presserechtler Robert Schweizer (Burda) kritisiert Länderpläne für ARD/ZDF

epd Die geplante Änderung des Rundfunkstaatsvertrages verstößt in Bezug auf die Presse gegen die deutsche Verfassung und gegen Europarecht. Dies ist die These einer Expertise, die der Münchener Presserechtler Prof. Robert Schweizer unter dem Titel „Warum die Presse kämpfen muss“ vorgelegt hat und die wir im Folgenden dokumentieren. Mit Blick auf den 12. Juni, an dem die Ministerpräsidenten nach einer Lösung im Streit um öffentlich-rechtliche Telemedien suchen wollen (vgl. auch Meldung in dieser Ausgabe), bringt Schweizer damit eine neue Perspektive ein. Während er die Interessen der privaten Presseverlage gewahrt sehen will, argumentiert der DGB-Vorsitzende Michael Sommer aus Sicht des Verbrauchers und fordert ein reichhaltiges Telemedienangebot von ARD und ZDF (vgl. nachfolgende Dokumentation). – Schweizer ist Inhaber einer auf Presserecht spezialisierten Anwaltskanzlei in München sowie assoziiertes Vorstandsmitglied der Hubert Burda Media. Als Vertreter von Burda hatte der Autor auch an der Studie „Elektronische Medien – Entwicklung und Regulierungsbedarf“ des Autorenteam Holznagel/Dörr/Hildebrand mitgewirkt (epd 15/08, Dokumentation in epd 32/08).

### Umsetzung der Zusagen gegenüber der EU-Kommission

Grundlage der Diskussionen bildet seit dem 26. März 2008 ein – seitdem mehrfach überarbeiteter – „Arbeitsentwurf zur Umsetzung der Zusagen gegenüber der EU-Kommission im Rahmen des EU-Beihilfeverfahrens“. Nach dem gegenwärtigen Stand besteht die Gefahr, dass als Grundsatz eine gebührenfinanzierte elektronische Presse möglich ist. Was unter „elektronischer Presse“ im Einzelnen genau zu verstehen ist – etwa nach den technischen Möglichkeiten entwickelte und ausgedehnte Zeitungen und Zeitschriften im Internet – kann an dieser Stelle dahinstehen.

Das Hauptproblem besteht darin, dass der Wettbewerb durch die staatliche Finanzierung von ARD und ZDF mit Gebühren verzerrt wird. Bei einem Wettbewerb unter gleichen wirtschaftlichen Bedingungen gäbe es im Wesentlichen nichts zu diskutieren.

Ausgestaltet wird der Grundsatz in dem Entwurf in weiteren Bestimmungen. Im Kern ist bislang zu be-

fürchten, dass sendungsbezogen gebührenfinanzierte elektronische Presse im Rahmen verschiedener Variationen zulässig sein kann. Mit Sendungsbezug lassen sich jedoch täglich unschwer elektronisch Zeitungen und Zeitschriften ersetzen. Man braucht nur zu bedenken, wie viele Fernseh- und Hörfunksendungen täglich ausgestrahlt werden. Für die Sendungen stehen ARD und ZDF mehr als sieben Milliarden Euro zur Verfügung. Mit verhältnismäßig geringen Mitteln können die Sendungen als elektronische Presse aufbereitet werden. Eine – diskutierte – Selbstbeschränkung auf 0,75 Prozent der Gebühren für Internetkosten behindern ARD und ZDF somit nicht, mit Sendungsbezug gebührenfinanziert die tägliche elektronische Presse der Verlage wesentlich zu substituieren. Gegen Milliarden kann jedoch auf Dauer auch mit Werbeeinnahmen und Zusatzdiensten kein Verlag konkurrieren. Dabei muss bedacht werden, dass allein schon die Wettbewerbsverzerrung problematisch ist.

Unzulässig soll für ARD und ZDF bislang eine nicht-sendungsbezogene elektronische Presse sein. Es wird teilweise jedoch angestrebt, den Begriff „elektronische Presse“ eng zu definieren und unter ihr nur ein E-Paper zu verstehen; also eine ins Netz gestellte Papierpresse. E-Paper können aber ARD und ZDF ohnehin nicht bieten.

### Eine erste Überraschung: Die EU-Entscheidung vom 24. April 2007 setzt sich mit der Presse überhaupt nicht auseinander

Die Zusagen, die nun in dem Arbeitsentwurf insbesondere auch zum Nachteil der Presse umgesetzt werden sollen, sind Teil der Entscheidung der EU-Kommission vom 24. April 2007. Diese Entscheidung erklärt einleitend:

*„Die Kommission beehrt sich, Ihnen [Exzellenz Steinmeier, Bundesminister des Auswärtigen] mitzuteilen, dass die von Deutschland im Rahmen dieses Verfahrens eingegangenen Verpflichtungen die Bedenken der Kommission in Bezug auf die Unvereinbarkeit der geltenden Finanzierungsregelungen zugunsten des öffentlichen Rundfunks ausräumen. Deshalb hat die Kommission entschieden, das Verfahren einzustellen.“*

Diese EU-Entscheidung, die nun so, wie zu Beginn beschrieben, möglicherweise gegen die Presse umgesetzt wird, setzt sich jedoch überhaupt nicht mit der Presse und ihrer Bedeutung auseinander.

Wie erklärt es sich, dass die Presse in die Entscheidung der Kommission nicht speziell einbezogen wurde und damit ausdrückliche Einschränkungen von vornherein fehlen? Kann es sein, dass die Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007 „blind“ gegen die Presse herangezogen wird?

Die Entscheidung vom 24. April 2007 und die „Zusagen gegenüber der EU-Kommission im Rahmen des EU-Beihilfeverfahrens“ gehen auf Beschwerden zurück, die seit 2002 bei der EU-Kommission zur Finanzierungsregelung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland diskutiert wurden. Beschwerdeführer waren im Wesentlichen der Verband Privater Rundfunk und Telemedien - VPRT, Kabel Baden Württemberg und Premiere, also keine Presseverbände.

Im März 2005 teilte die Kommission der Bundesregierung mit, sie nehme (vorläufig) an, die Finanzierungsregelung zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland sei mit dem EG-Vertrag nicht mehr vereinbar. Im Mai 2005 und im April 2006 erwiderte die Bundesregierung. Im Juli einigten sich die Kommission und die Bundesregierung über die Eckpfeiler der künftigen Finanzierungsregelung und verständigten sich bis Dezember 2006 über die erforderlichen Änderungen. Im Dezember 2006 sagte die Bundesregierung förmlich zu, die geltende Finanzierungsregelung zu ändern.

In der Entscheidung vom 24. April 2007 hat dann Neelie Kroes für die Kommission der Bundesregierung wie zitiert das Verfahren eingestellt und diese Einstellung mit einer Stellungnahme verbunden. Diese Stellungnahme legt auf 88 Seiten die Sach- und Rechtslage dar und „ersucht die deutschen Behörden, der Kommission rechtzeitig einen Entwurf der Rechtsvorschriften zur Umsetzung der erteilten Zusagen sowie die endgültige Fassung der Neuregelung, die zwei Jahre ab Datum des vorliegenden Schreibens (24. 4. 2007) in Kraft getreten sein muss, zu unterbreiten“.

Diese Stellungnahme der Kommission vom 24. April 2007 befasst sich mit den erwähnten Stellungnahmen des VPRT, von Kabel BW und Premiere. Da die Presse im Jahre 2002 noch keinen Anlass sah, sich zu beschweren, sah sich offenbar ebenso die Kommission nicht veranlasst, die Beihilfenproblematik speziell im Verhältnis zur Presse zu bedenken.

Die Verantwortlichen werden sich deshalb zum Verhältnis Rundfunk/Presse fragen müssen, ob sie eine Kommissions-Entscheidung umsetzen, die es speziell in Bezug auf die Presse noch gar nicht gibt.

#### Der Entwurf geht nicht vom Grundgesetz aus

Das europäische Recht hat zwar Vorrang vor dem deutschen Verfassungsrecht. Dennoch empfiehlt es sich zum besseren Verständnis, und weil das Grundgesetz in diesem Falle incidenter europarechtlich erheblich ist, zunächst auf die deutsche Verfassung zu blicken.

Es wiederholt sich im Arbeitsentwurf nämlich, was sich schon bei den Arbeiten zur Studie „Elektronische Medien - Entwicklung und Regulierungsbedarf“ gezeigt hatte: Es ist offenbar für Rundfunkrechtler schwierig, sich daran zu erinnern, wovon nach dem Grundgesetz auszugehen ist. Erst nach einem halben Jahr war die Diskussion so gereift, dass das Autorenteam - ich vermute in Person von Herrn Prof. Dörr - instruktiv, perfekt festgestellt hat:

*„Zudem muss man sich vergegenwärtigen, dass die gesetzliche Ausgestaltung des Rundfunkrechts grundsätzlich eine Besonderheit bildet. Unbestritten sind die Grundrechte in erster Linie subjektive Freiheitsrechte und stellen Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat dar. Davon weicht die Rundfunkfreiheit, so wie sie vom Bundesverfassungsgericht verstanden wird, erheblich ab. Sie bedarf nach dieser Vorstellung der gesetzlichen Ausgestaltung. Insoweit kann man mit guten Gründen vertreten, dass die Pressefreiheit aus der unbestrittenen subjektive Rechte für private Presseunternehmen folgen, ohne dass es einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf, den gesetzlichen Regelfall darstellt. Auch deshalb spricht viel dafür, nur solche neuen Angebote in die Rundfunkregulierung einzubeziehen, die dem klassischen Rundfunk einzubeziehen sind.“*

Somit: „Die Pressefreiheit, aus der unbestritten subjektive Rechte für private Presseunternehmen folgen“, bildet nach dem Grundgesetz den Regelfall. Die Verfasser der Rundfunkstaatsvertrags-Änderung werden demnach prüfen müssen, ob sie nicht in Bezug auf die elektronische Presse anders denken müssen. Die Verfasser gestalten bislang - anders als es ein Regelfall erlaubt - die gebührenfinanzierte elektronische Presse durch die Sender als Grundsatz und die private elektronische Presse als (enge) Ausnahme. Umgekehrt wäre richtig.

#### Der Entwurf verstößt gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Freien Presse

Wie konkretisiert das Bundesverfassungsgericht den Regelfall? Es garantiert das Institut Freie Presse. Nach dieser Garantie müssen sich - so wörtlich das Bundesverfassungsgericht - Presseunternehmen im gesell-

schaftlichen Raum frei bilden und nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen arbeiten können. Die öffentliche Gewalt – betont das Bundesverfassungsgericht ergänzend – darf grundsätzlich in den geistigen und wirtschaftlichen Wettbewerb dieser privaten Unternehmen nicht eingreifen.

Folglich müsste der Entwurf gleich im Rahmen des Grundsatzes den Regelfall einbeziehen und festlegen:

*„In den grundrechtlich umhiegten Freiheitsbereich der privaten Inhalteanbieter darf in der Regel nicht eingegriffen werden. Demnach sind insbesondere gebührenfinanzierte digitale, presseähnliche Textdienste grundsätzlich ausgeschlossen. Die Abgrenzung zum gebührenfinanzierten Rundfunk erfolgt abwägend in der Weise, dass die Sender im Internet rundfunkähnliche Dienste anbieten dürfen.“*

Es kommt nicht von ungefähr, dass gerade auch erfahrene und exponierte Rundfunkrechtler wie Prof. Dörr „nachhaltig dafür plädieren, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu untersagen, echte elektronische Presse anzubieten“.

#### **Die Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007 belegt, dass der Arbeitsentwurf gegen EU-Recht verstößt**

Die Entscheidung vom 24. April 2007 belegt, obwohl sie sich nicht speziell mit der Bedeutung der Presse befasst (vgl. oben „Erste Überraschung“): Hätte die Kommission die Presse mit berücksichtigt, wäre sie zu dem soeben formulierten Grundsatz gelangt.

Sie hätte nach Art. 87 und Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag gebührenfinanzierte digitale, presseähnliche Textdienste untersagt. Untersagt hätte die Kommission in diesem Sinne bereits unmittelbar, nicht erst über das Prüfverfahren des in der Entscheidung vom 24. April 2007 beschriebenen Drei-Stufen-Tests. Einzelheiten:

Im Rahmen ihrer beihilferechtlichen Würdigung nimmt die Kommission in Rz 209 „die Ausführungen der deutschen Behörden zur bestehenden Finanzierungsregelung zur Kenntnis, wonach die so qualifizierten Mediendienste [auf] das Hauptprogramm unterstützende Tätigkeiten beschränkt sind“. Somit ausdrücklich nur: „Das Hauptprogramm unterstützende Tätigkeiten“. Nach der gegenwärtigen Fassung des Arbeitsentwurfs soll in Bezug auf den hier interessierenden Bereich diese Beschränkung jedoch gerade wegfallen (siehe oben: „Umsetzung der Zusagen gegenüber der EU-Kommission“).

In Rz 214 geht die Kommission ganz im Sinne der Ausführungen in Rz 209 darauf ein, dass „bei der Ausweitung des Angebots von traditionellen Fernsehtätigkeiten auf Online-Dienste“ die „Begrenzung auf unterstützende Tätigkeiten gewährleistet“ sein muss, „so dass weiterhin ein enger Bezug zu den traditionellen Programmaufgaben besteht“.

In Rz 218 weist die Kommission in ihrer Entscheidung darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das „Verhältnismäßigkeitskriterium“ erfüllt sein muss, damit eine Beihilfe gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. In diesem Rahmen ist zu prüfen, ob im Markt bereits andere Dienste in ähnlicher oder identischer Form angeboten werden. Private elektronische Presse wird in Deutschland jedoch vielfach und qualitativ hochstehend angeboten.

In Rz 259 und 262 wird – ebenfalls zur Verhältnismäßigkeit – dargelegt, dass der Markt nicht verzerrt werden darf. Dass der Markt nach dem Entwurf in seiner gegenwärtigen Fassung weit übermäßig verzerrt wird, wurde oben im Abschnitt „Umsetzung der Zusagen gegenüber der EU-Kommission“ bereits beschrieben.

Darüber hinaus formuliert die Kommission im Rahmen der Finanzierung von Sportrechten durch öffentliche Mittel zur Verhältnismäßigkeit den allgemeinen Leitsatz:

*„Bei der Ermittlung der Verhältnismäßigkeit müssen die Bedürfnisse der öffentlichen Rundfunkanstalten hinsichtlich der Erfüllung ihres Auftrags gegen die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb abgewogen werden.“*

In seiner gegenwärtigen Fassung bildet der Arbeitsentwurf jedoch sogar ein Musterbeispiel dafür, dass die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb überwiegen (vgl. oben „Umsetzung der Zusagen gegenüber der EU-Kommission“: Verzerrung des Wettbewerbs durch einseitige Gebührenfinanzierung).

Dies gilt umso mehr, als die deutsche Verfassung wie dargelegt verletzt wird, vgl. oben: die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Freien Presse. In einem Fall wie diesem hier sind Regelungen, welche die deutsche Verfassung missachten, unverhältnismäßig.

#### Ergebnis

So, wie sich die Änderung des Rundfunkstaatsvertrages bislang abzeichnet, ist sie europa- und verfassungsrechtswidrig.

In Rz 339 weist die Entscheidung vom 24. April 2007 darauf hin, dass „Deutschland die Erstellung einer (Positiv/Negativ-)Liste von Telemedien angekündigt hat, die illustrativen Charakter hat und auch Angebote bezeichnet, die – wie beispielsweise E-Commerce – als nicht vom Auftrag erfasst anzusehen sind“. In die

Negativliste müsste der oben formulierte Fall aufgenommen werden, nämlich:

*„Gebührenfinanzierte digitale, presseähnliche Textdienste sind grundsätzlich ausgeschlossen. Die Abgrenzung zu den Online-Tätigkeiten des gebührenfinanzierten Rundfunks erfolgt abwägend in der Weise, dass die Sender im Internet rundfunkähnliche Dienste anbieten dürfen.“*

Mit dieser Regelung ist auch die Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gewährleistet. ■