

Eva Ellen Wagner

Die unionsrechtlichen Vorgaben für die Reform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland

Vortrag im Rahmen der 67. Bitburger Gespräche

Mainz, 11. / 12. 01. 2024

I. Einführung

Das unionale Sekundärrecht adressiert die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den Mitgliedstaaten bislang als Inhaltenanbieter im Medienbinnenmarkt und zwar in ihrer allgemeinen Eigenschaft als Fernsehveranstalter respektive Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten.¹ Treten sie als Anbieter von Vermittlungsdiensten² auf – speichern also beispielsweise Inhalte von Nutzenden auf den eigenen Onlineportalen – können sie darüber hinaus in den Anwendungsbereich des neuen Digital Services Act³ fallen, der vollständig⁴ seit dem 17. Februar 2024 anwendbar ist, und eine Vollharmonisierung für die Erbringung von Vermittlungsdiensten im gesamten Binnenmarkt herbeiführt.⁵ Daneben stehen die Vorgaben des europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrechts, denen gerade auch in der Retrospektive attestiert werden kann, dass sie sich in doch erheblichem Maße auf den zulässigen Aktivitätsrahmen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im digitalen Bereich ausgewirkt haben, namentlich bei den

¹ Als diese Eigenschaft aufnehmende Sekundärrechtsakte sind bspw. die frühere Fernsehrichtlinie (Richtlinie 89/552/EWG des Rates v. 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. 1989 (EG), L 298/23) und heutige Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste [kodifizierte Fassung], ABl. 2010 (EU), L 95/1) zu nennen, aber bspw. auch die Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019, ABl. 2019 (EU), L 130/92).

² Im Sinne der Definition in Art. 3 lit. g) VO (EU) 2022/2065.

³ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. 2022 (EU), L 277/1.

⁴ Einige Vorschriften gelten bereits seit dem 16.11.2022, vgl. Art. 93 Abs. 2 VO (EU) 2022/2065.

⁵ Vgl. dazu Erwägungsgründe 2 und 9 der VO (EU) 2022/265, sowie *Kühling*, ZUM 2021, 461 (467 f.).

digitalen Zusatzkanälen und – noch deutlicher und noch weitreichender – bei den Telemedienangeboten der Anstalten.⁶

Seit die Europäische Kommission den Entwurf des European Media Freedom Act („Europäisches Medienfreiheitsgesetz“, im Folgenden: EMFA) im September 2022 in den unionalen Gesetzgebungsprozess entlassen hat,⁷ zeichnet sich zudem ab, dass die europäische Medienordnung um Regelungen der genuinen Medienfreiheits- und Medienvielfaltsicherung erweitert werden wird, die auch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk explizit adressieren. Wird diese Verordnung in naher Zukunft geltendes Recht,⁸ formulieren nicht nur die einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auch die Europäische Union Vorstellungen davon, wie öffentlich-rechtliche Medien in den Mitgliedstaaten organisiert werden, wie sie finanziert werden und welchen Auftrag sie erfüllen sollen. Eingebettet sind diese neuen unionalen Vorgaben in die Annahme, dass die Europäische Union dazu berufen ist und dazu befähigt werden muss, die Freiheitlichkeit des demokratischen Willensbildungsprozesses in ihren Mitgliedstaaten zu stützen. Vordergründig wird dabei – der Wahl der Rechtsgrundlage geschuldet⁹ – die Absicherung der Funktionsfähigkeit des Medienbinnenmarkts als tragendes Regelungsmotiv betont. Hintergründig ist dagegen klar, dass es vor allem um die Sicherung der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung als essenzielle Voraussetzung für demokratisch organisierte Gesellschaften geht,¹⁰ was nicht zuletzt die Bezeichnung „European Media Freedom Act – Europäisches Medienfreiheitsgesetz“ ja auch offenlegt.

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EUGrCh),¹¹ die in ihrem Art. 11 Abs. 2 ausdrücklich vorsieht, dass die Freiheit der Medien und ihre Pluralität geachtet werden, konnte bislang mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten noch kaum eine eigenständige maßstabsetzende Wirkung entfalten.¹² Das wird sich im Laufe der Anwendungspraxis des EMFA sehr wahrscheinlich ändern, ruft dieser doch zahlreiche Auslegungsfragen hervor, die auch an Art. 11 EUGrCh als normhierarchisch vorrangigem Primärrecht¹³ zu messen sein werden.¹⁴

Bereits mit diesen kurzen einleitenden Schlaglichtern auf die unionalen Vorgaben, an denen sich die Mitgliedstaaten bei Reformen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks schon orientieren mussten und in Zukunft werden orientieren müssen, wird eines deutlich: Wir befinden uns gerade an einem Wendepunkt. Die bislang prägenden Maßstäbe für die Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entstammen dem unionalen Beihilfenrecht, also einem Rechtsgebiet, das der Funktionsfähigkeit wirtschaftlicher Prozesse zu dienen bestimmt ist. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, dessen Unterhaltung sich gerade in Deutschland an der Vorstellung eines Kontrapunktes zu marktökonomischen Bereitstellungslogiken orientiert,¹⁵ war dies herausfordernd

⁶ Vgl. dazu nur die Einstellungsentscheidung der Kommission zur deutschen Rundfunkgebührenfinanzierung vom 24.4.2007 – KOM(2007) 1761 endg.

⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt (Europäisches Medienfreiheitsgesetz) und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU, COM(2022) 457 final.

⁸ Dazu noch unter IV.1. Der endgültige Wortlaut der Verordnung lag erst zum Zeitpunkt der Druckfahnenkorrektur vor.

⁹ Dazu noch sogleich unter II.1.

¹⁰ Vgl. dazu Erwägungsgründe 1-6 des EMFA-E.

¹¹ ABl. (EU) 2016, C 202/389.

¹² Dazu statt aller *Cornils*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 42. Ed. 2021, Art. 11 EU-GrCharta, Rn. 6.

¹³ Die Charta ist gem. Art. 6 Abs. 1 EUV Bestandteil des unionalen Primärrechts.

¹⁴ Daneben wird durch die Regelungen in Art. 5 EMFA, die explizit den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, seinen Auftrag, seine Finanzierung und seine innere Organisationsstruktur betreffen, deutlich, dass sich diese Fragen nunmehr klar im Anwendungsbereich des Unionsrechts befinden und insoweit die Maßstabswirkung der Charta gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EUGrCh auslösen.

¹⁵ Dazu *Wagner*, AfP 2022, 377 (379 f.).

und nicht konfliktfrei.¹⁶ In den hierdurch gezogenen Rechtsrahmen konnte sich die deutsche Medienregulierung aber bislang gut einpassen.¹⁷ Die Geschäftsgrundlage des neuen Rahmens, den der EMFA konturieren wird, ist eine andere. Die Binnenmarktrelevanz tritt in den Hintergrund. Jetzt geht es um die Beeinflussung der demokratischen Infrastruktur in den Mitgliedstaaten, die Unabhängigkeit von Medienschaffenden, die interne Organisation der Anstalten und um Inhalte. Der genaue Relevanzhorizont für zukünftige Reformen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist heute zwar noch nicht klar. Aber eines ist sicher: Wir werden das Bild der unionalen Medienordnung umrahmen müssen. Von der in einer Verbundordnung immer gewichtigen Perspektive kompetenzieller Zuordnung steht dieser Entwicklungsschritt zwar, wie gleich noch zu zeigen sein wird, auf tönernen Füßen. Davon unbeschadet oder vielleicht sogar deswegen kann der EMFA in seiner Bedeutung als Integrationsschub in der Geschichte der unionalen Medienregulierung nicht hoch genug geschätzt werden.

Im Nachfolgenden werden die rahmensetzenden Vorgaben des unionalen Beihilfenrechts (dazu unter III.) und des EMFA (dazu unter IV.) näher vor- und die zu Grunde liegenden Rationalitäten gegenübergestellt, jedenfalls soweit dies beim EMFA schon möglich ist. Vorangestellt ist diesen Ausführungen eine kurze Kontextualisierung über die Betrachtung von Kompetenzgrundlagen und Zielen einer unionalen Medienregulierung sowie ihren historischen Anfängen (dazu unter II.). Ziel dieses als Vorspann zu betrachtenden Teils ist es, das Spannungsfeld greifbar zu machen, in dem sich unionale Medienpolitik seit jeher bewegt, nicht zuletzt deshalb, weil derzeit viele Beobachterinnen und Beobachter der Auffassung sind, dass die Europäische Union mit dem EMFA weit über die Bereiche hinausgegangen ist, die dem Zugriff unionaler Gestaltungsgewalt offenstehen.

II. Ausgangsbedingungen und Grundlagen der unionalen Medienordnung

Zunächst zu den Ausgangsbedingungen und Grundlagen der unionalen Medienordnung: Europäische Medienregulierung wird in Deutschland nicht erst seit dem EMFA mit zurückhaltender Skepsis und bisweilen ausgeprägten Abwehrreflexen begleitet, schon grundsätzlich, und in besonderem Maße, wenn die Regelungen Rückwirkungen auf die Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks haben. Die Gründe hierfür wurzeln im unionalen Kompetenzgefüge, speisen sich aber auch aus Erfahrungen der Integrationsgeschichte.

1. Kompetenzfragen

Der Mediensektor im Allgemeinen zeichnet sich durch seinen doppelten Charakter aus, der sowohl kulturelle als auch wirtschaftliche Komponenten umfasst. Oder anders formuliert: Medien sind nicht nur ein wirtschaftliches, sondern auch ein kulturelles, gesellschaftliches und demokratisches Gut. Diese Doppelnatur hat schon zu Beginn des europäischen Regelungszugriffs auf Medien für Abgrenzungsprobleme gesorgt, weil anhand ihrer Unterscheidung auch die Grenzen der europäischen Kompetenzverteilung verlaufen. Hier gilt es, einen der wesentlichen Bausteine in Erinnerung zu rufen, auf denen das Herrschaftsgebilde Europäische Union gründet: das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, heute verankert in Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV. Die Union ist danach nicht in jedem Fall befugt, einheitliche verbindliche Vorgaben zu setzen, sondern nur

¹⁶ Vgl. bspw. zur Debatte, ob es sich bei der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten überhaupt um eine Beihilfe im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts handelt, *Dörr*, K&R 2001, 233 (235 ff.) sowie *Koenig/Kühling*, ZUM 2001, 537 ff.

¹⁷ Vgl. dazu die Einstellungsentscheidung der Europäischen Kommission, wonach die von Deutschland im Rahmen des Verfahrens eingegangenen Verpflichtungen (bspw. die Durchführung eines Drei-Stufen-Tests für Telemedienangebote – heute umgesetzt in § 30 MStV) beihilferechtliche Bedenken ausräumen, K(2007) 1761 endg.

dann, wenn sich aus den Unionsverträgen eine Handlungskompetenz ableiten lässt. Diese Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten greift auch unabhängig davon, wie wünschenswert, ehrenwert oder dringlich die Verfolgung eines Regelungsanliegens ist.

Die Verträge sehen nun diesbezüglich vor, dass die Europäische Union im Bereich des Binnenmarktes über Harmonisierungsbefugnisse verfügt. Legislativvorhaben zielen hier in der Regel auf die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen und Hemmnissen für die Verwirklichung von Grundfreiheiten. Das gilt für die allgemeine Binnenmarktharmonisierungskompetenz aus Art. 114 AEUV, aber auch für grundfreiheitsspezifische Kompetenzen zur Harmonisierung des Dienstleistungsverkehrs durch Richtlinien (etwa Art. 53 Abs. 1 Alt. 2, 62 AEUV). Dass es sich bei der Verbreitung von Fernsehsendungen um Dienstleistungen im Sinne des europäischen Primärrechts handelt, stellte der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) bereits 1974 in der Rechtssache *Sacchi* fest.¹⁸ Damit war die grundsätzliche Binnenmarktrelevanz des Rundfunks aufgezeigt, aber auch der gemeinschaftsrechtliche Zugriff auf diesen Bereich legitimiert, sobald ein grenzüberschreitender Bezug festgestellt werden kann. An letzterem war – unbeschadet allfälliger Sprachbarrieren – jedenfalls nicht mehr ernsthaft zu zweifeln, als Satelliten- und Kabelweiterverbreitung die Möglichkeit eröffneten, Rundfunkprogramme störungsarm und preisgünstig auch über große Entfernungen zu verbreiten und damit auch problemlos über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg.

Soweit zunächst zur binnenmarktbezogenen Seite der Demarkationslinie der Doppelnatur der Medien. Aber auch die andere, demokratisch-kulturelle Seite der Grenze wird durch materiell-rechtliche Vorgaben des Primärrechts bewacht. Die Verträge enthalten mit Art. 167 AEUV eine sog. Kulturklausel, die Harmonisierungsmaßnahmen im Kulturbereich ausdrücklich ausschließt (Art. 167 Abs. 5 AEUV) und die Union ansonsten auf Förder-, Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen begrenzt.¹⁹ Das bedeutet nach allgemeiner Auffassung aber nur, dass eine Rechtsharmonisierung durch die Europäische Union, die ausschließlich oder primär kulturelle Belange betrifft, kompetenzwidrig ist.²⁰ Maßnahmen, die auch kulturelle Belange mitbetreffen, aber auf andere Zuständigkeiten des Vertrages gestützt werden können, weil sie vor allem ein anderes Ziel verfolgen, z. B. die Marktintegration von Dienstleistungen, sind nicht ausgeschlossen.²¹ In dieser Hinsicht kann Art. 167 AEUV also nicht so verstanden werden, dass er eine vollständige Bereichsausnahme für den Kultursektor vorsieht. Seine Existenz weist jedoch eindeutig auf die Notwendigkeit einer Differenzierung des wirtschaftlichen und des kulturell-demokratiefunktionalen Bereichs hin.

Als Zwischenfazit bleibt mithin festzuhalten, dass die Union nach ihrer Kompetenzordnung nicht gehindert ist, sich bei der Regulierung des Mediensektors auf in den Verträgen enthaltene binnenmarktfunktionale Kompetenztitel zu berufen, weil dieser Sektor durch kulturelle *und* wirtschaftliche Dimensionen gekennzeichnet ist. Es liegt aber auf der Hand, dass über Grenzziehungen in diesem Verhältnis trefflich gestritten werden kann. Offenkundig problematisch wird es, wenn sich Regelungen „bloß beiläufig im Zielbereich der Binnenmarktverwirklichung“²²

¹⁸ EuGH, Urt. v. 30.4.1974, Rs. 155/73, Slg. 74, 409, Rn. 6 – *Sacchi*. Daran anschließend Urt. v. 18.3.1980, Rs. 52/79, Slg. 1980, 834, Rn. 8 – *Debauve* (für das Kabelfernsehen).

¹⁹ Dazu statt aller *Ukrow/Ress*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 67. EL 2019, Art. 167 AEUV, Rn. 106 ff.

²⁰ Vgl. nur *Blanke*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 167 AEUV Rn. 20.

²¹ Schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich, wenn die Binnenmarktfunktionalität der Maßnahme bejaht werden kann, einem anderen Ziel (etwa dem Gesundheitsschutz oder der Kulturförderung) aber auch eine „maßgebende Bedeutung“ zukommt. Der EuGH steht auf dem Standpunkt, dass eine solche auch maßgebende Bedeutung (in diesem Fall bezogen auf den Gesundheitsschutz) nicht schadet, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllt sind, EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 88 – *Deutschland/Parlament u. Rat*.

²² *Roß*, EuR 2023, 450 (458).

bewegen, aber trotzdem auf binnenmarktfunktionale Kompetenztitel gestützt werden sollen. Insbesondere bei Art. 114 Abs. 1 AEUV besteht hier die Gefahr, den Kompetenztitel als allgemeine Regulierungskompetenz anzusehen und damit auch die (ohnehin bescheidene) Begrenzungsfunktion von dessen funktionaler Ausrichtung auf die Ziele des Art. 26 AEUV zu überspielen. Die hier enthaltene Rechtsangleichungskompetenz ist nämlich schon tatbestandlich so gefasst, dass bei entsprechender Argumentation fast jeder Sachverhalt zumindest auch als Binnenmarktproblem gesehen werden kann,²³ nicht zuletzt, weil das Konzept des Binnenmarktes selbst eher auf Entgrenzung drängt. In Kompetenzdebatten ist die normative Steuerungsfähigkeit des Art. 114 AEUV deshalb oftmals gering. Dass sie von *René Barents* nicht grundlos als „loi de plein pouvoir“²⁴ beschrieben wurde, zeigt sich nicht zuletzt gerade bei der Kompetenzdiskussion um den EMFA, der kaum bestreitbar in einigen seiner Regelungsbereiche isoliert auf demokratiebezogene Aspekte abzielt,²⁵ nichtsdestotrotz aber auf Art. 114 AEUV gestützt ist. Eine Resignation in Sachen Kompetenzabgrenzung ist indes weder angezeigt noch vor dem Hintergrund des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung zulässig. Art. 114 AEUV darf nicht als Blankettnorm verstanden werden – was auch der EuGH so sieht.²⁶ Vielmehr ist einerseits darauf zu bestehen, dass die subjektive Zielsetzung des Unionsgesetzgebers darin liegen muss, eine Maßnahme zu ergreifen, die sich auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes bezieht.²⁷ Und andererseits muss der Rechtsakt „*tatsächlich* den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.“²⁸

2. Die Fernsehrichtlinie als Nukleus der unionalen Medienordnung

Bemühungen der Europäischen Union respektive der Europäischen Gemeinschaften, die sich auf den Mediensektor richten, reichen durchaus lange zurück. Sie waren gleich zu Beginn auch ‚groß‘ gedacht – jedenfalls von Seiten des Europäischen Parlaments, das schon 1982 die Notwendigkeit einer „europäischen Rundfunk- und Fernsehrahmenordnung“ erkannte.²⁹ Zu den in der betreffenden Entschließung formulierten Forderungen zählte unter anderem auch die Verwirklichung eines „europäischen Fernsehprogramms“, um das Bewusstsein der europäischen Zusammengehörigkeit zu stärken. Vorausgegangen war die Feststellung, dass „die bisherige Berichterstattung über die Probleme der Europäischen Gemeinschaft als unzulänglich und vielfach als unausgewogen bezeichnet werden“ müsse. Hintergrund dieses doch recht offen ausgesprochenen Ansatzes der Beeinflussung der Medienordnung auch in eigener Sache waren Befragungen der europäischen Bürgerinnen und Bürger über ihre Einstellung zur Gemeinschaft, die „eine erschreckende Enttäuschung über die Entwicklung der Gemeinschaft [aufwiesen], zugleich aber auch eine ungenügende Information über das wirkliche Geschehen erkennen“ ließen.³⁰

²³ Vgl. dazu *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 80. EL 2023, Art. 114 AEUV Rn. 94: „[...] kaum Sachbereiche denkbar [...], die nicht Abs. 1 unterfallen.“

²⁴ *Barents*, CMLR 30 (1993), 85 (107).

²⁵ So zu Recht *Roß*, EuR 2023, 450 (459).

²⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 107 – *Deutschland/Parlament u. Rat*.

²⁷ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 83 – *Deutschland/Parlament u. Rat*; Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 Rn. 60 – *British American Tobacco*. Der EuGH stellt hier maßgeblich auf die Erwägungsgründe des Rechtsakts ab.

²⁸ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 84 – *Deutschland/Parlament u. Rat* (Hervorhebung nur hier).

²⁹ Entschließung zu Rundfunk und Fernsehen in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 1982 (EG), C 87/110.

³⁰ Zum Ganzen: Entschließung zu Rundfunk und Fernsehen in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 1982 (EG), C 87/110 ff.

Die Entschließung des Europäischen Parlaments verstand die Europäische Kommission durchaus als Aufforderung, sich der Materie anzunehmen. Im Anschluss an das 1984 veröffentlichte Grünbuch über das „Fernsehen ohne Grenzen“³¹ initiierte sie die sog. Fernsehrichtlinie³², die Vorgängerrichtlinie der heutigen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste. Ausgewiesenes Hauptziel dieser Richtlinie war die Errichtung eines gemeinsamen Marktes für Rundfunk und Rundfunkwerbung. Die Richtlinie implementierte das Herkunftslandprinzip sowie den Grundsatz der freien Weiterverbreitung und zog nach dem klassischen Muster der positiven Integration³³ koordinierende Mindestvorgaben in den Bereichen Rundfunkwerbung, Sponsoring und Jugendschutz ein.³⁴ Ferner sah die Richtlinie – und das war ein besonderer Streitpunkt – Programm- und Produktionsquoten zur Förderung europäischer Fernsehproduktionen vor.³⁵

Die Fernsehrichtlinie wurde auf die Vertragskompetenz zur Harmonisierung des Dienstleistungsverkehrs (damals Art. 57 Abs. 2, 66 EWG-V) gestützt, aber vor allem in Deutschland als kompetenzwidrig angesehen. Die Bundesländer erkannten in der Richtlinie einen „nicht hinnehmbaren Eingriff in den Kernbereich ihrer Rundfunkhoheit“ und befürchteten daneben, dass „eine einseitige oder auch nur überwiegend wirtschaftliche Betrachtungsweise des Rundfunks“ dessen kultureller und gesellschaftspolitischer Funktion nicht gerecht werde.³⁶ Der kompetenzprinzipielle Widerstand der Bundesländer entlud sich noch in einem von Bayern initiierten Bund-Länder-Streit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG) vor dem Bundesverfassungsgericht, blieb dort aber mit Blick auf die Normativität der Richtlinie ohne entscheidenden Nachhall.³⁷

³¹ KOM(84) 300 endg.

³² Richtlinie 89/552/EWG des Rates v. 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 1989 (EG), L 298/23.

³³ Zu den beiden Integrationsmodi der negativen und der positiven Integration, die u. a. bezogen auf die ökonomische Integration konzeptualisiert wurden, vgl. *Scharpf*, Regieren in Europa, 1999, S. 47 ff. Die negative Integration zielt dabei auf den Abbau von Beschränkungen und Behinderungen des Wettbewerbs, während die positive Integration zur Etablierung eigenständiger marktschaffender und marktkorrigierender Politiken auf der unionalen Ebene führt.

³⁴ Regelungen zum Urheberschutz waren im Ursprungsentwurf noch enthalten, wurden im weiteren Rechtsetzungsprozess allerdings wieder herausgenommen. Gleiches galt für den zunächst noch vorgesehenen Einbezug des Hörfunks.

³⁵ Gerade mit Blick auf die Quotenregelung für europäische Produktionen lag das Kompetenzproblem offen, betrifft sie doch nicht den Abbau grenzüberschreitender Hindernisse für die Dienstleistungsfreiheit, sondern die inhaltliche Gestaltung von Rundfunkprogrammen und Aspekte des Kulturprotektionismus – beides Bereiche, die in besonderer Weise der meinungsbildenden Funktion des Rundfunks und seine Eigenschaft als Kulturgut adressieren. Die deutsche Ratsdelegation konnte hier erreichen, dass die in der Entwurfsfassung der Kommission noch scharf gestellte Quotenregelung sowohl im Normtext (Art. 4 und 5: „Die Mitgliedstaaten tragen im Rahmen des praktisch Durchführbaren mit angemessenen Mitteln dafür Sorge“) als auch über eine Protokollerklärung in Richtung einer politischen Zielvorstellung abgeschwächt wurde. Am grundsätzlichen Verbindlichkeitsanspruch der Regelung änderte dies aber im Ergebnis nichts, dazu BVerfGE 92, 203 (244).

³⁶ Zitiert nach BVerfGE 92, 203 (207). Mit Ausnahme von Niedersachsen formulierten alle Bundesländer grundsätzliche kompetenzielle Vorbehalte gegen die Richtlinie, vgl. dazu die Darstellung bei BVerfGE 92, 203 (207).

³⁷ Dem Verfahrenszuschnitt geschuldet, konnte das BVerfG „nur“ feststellen, dass die Bundesregierung mit Blick auf die Verhandlungen zur Quotenregelung durch die Art der Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte der Bundesrepublik im Rat die Rechte der Länder aus Art. 70 Abs. 1 GG i. V. m. dem damaligen Art. 24 Abs. 1 GG und dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens verletzt hatte. Die Zusammenarbeit von Bund und Ländern ist heute in Art. 23 GG sowie im Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG) geregelt. Zu dessen Anwendung und Defiziten im Kontext der Verhandlungen zum EMFA siehe *Knothe*, AfP 2023, 377 (379 ff.).

³⁷ BVerfGE 92, 203 (213).

Mit der Fernsehrichtlinie war der erste Schritt zu einer europäischen Medienordnung getan, auch wenn der Erwägungsgrund Nr. 53 des Entwurfsvorschlags zur Fernsehrichtlinie, der dies auch ausdrücklich so benannt hatte, auf Drängen der deutschen Bundesregierung im Rahmen der Verabschiedung des Gemeinsamen Standpunkts des Rates gestrichen wurde.³⁸ Das allein sagt schon viel über die Integrationsdynamiken der europäischen Verbundordnung im Allgemeinen und im Medienbereich im Besonderen.³⁹ In der Folge wurde die Fernsehrichtlinie überarbeitet und inhaltlich ergänzt (1997⁴⁰), bevor sie nach langwierigen und mehrjährigen Konsultationen im Jahr 2007 eine grundlegende Revision erfuhr, in deren Zuge sie dann auch in Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) umbenannt wurde.⁴¹ 2018 erfolgten dann wiederum einige, teils auch erhebliche Änderungen. Neben der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie (etwa durch den Einbezug von On-demand-Angeboten und Video-Sharing-Plattformen)⁴² wurde sie beständig auch um Regelungen ergänzt, die zwar schon noch etwas mit vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen für die betreffenden Anbieter zu tun haben, ihrem Kern nach aber durchaus als Vorschriften gelesen werden können, die auch Medienfreiheit und Medienpluralismus zu dienen bestimmt sind. So belässt beispielsweise Art. 7a der AVMD-Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit, Maßnahmen zu ergreifen, um eine angemessene Herausstellung audiovisueller Mediendienste von allgemeinem Interesse sicherzustellen, also *must-carry-Verpflichtungen* vorzusehen.⁴³

Von Sekundärrechtsetzung, die in ihrem Schwerpunkt die Freiheit und Pluralität der Medien betrifft, wurde dagegen bislang immer abgesehen, weil sie auf der Grundlage der unionalen Kompetenzordnung als nicht darstellbar galt. Vorstöße blieben stets auf der Ebene der Entwurfsfassung stecken.⁴⁴ Dies hat sich mit dem EMFA nun geändert.

III. Unionales Beihilfenrecht

Die vorstehend skizzierte Spannungslage unionaler Medienregulierung zwischen wirtschaftlicher und kultureller Dimension prägt nicht nur den Möglichkeitsraum unionaler Sekundärrechtssetzung,

³⁸ Dazu BVerfGE 92, 203 (213).

³⁹ Deutlich nachgezeichnet mit Blick auf die Fernsehrichtlinie auch noch bei *Mestmäcker/Engel/Gabriel-Bräutigam/Hoffmann*, Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung, 1990, S. 14 ff. Frankreich hatte seine Zustimmung zur Richtlinie von der Einführung einer Quotenregelung abhängig gemacht, um der Gefahr einer kulturellen Überfremdung durch US-amerikanische Filme und Serien begegnen zu können, ebenda, S. 14 m. w. N.

⁴⁰ Fassung nach der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.6.1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität ABl. (EG) 1997 L 202/60.

⁴¹ Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. (EU) 2007, L 332/27. Die Richtlinie 2007/65/EG wurde durch die Richtlinie 2010/13/EU vom 10.3.2010, ABl. (EU) 2010 L 95/1, aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit aufgehoben und die bestehenden Vorschriften und die Erwägungsgründe in durchgehender Nummerierung neu kodifiziert. Inhaltlich waren mit der Neukodifizierung keine Änderungen verbunden.

⁴² Zum Ganzen *Oster/Wagner*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: 51. EL 2020, Kap. E. V., Rn. 43 ff.

⁴³ Solche Vorschriften sind in Deutschland bspw. auch zu Gunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vorgesehen, vgl. § 81 Abs. 2 Nr. 1a) MStV.

⁴⁴ Vgl. dazu m. w. N. *Klimkiewicz*, Media Pluralism: European Regulatory Policies and the Case of Central Europe, EUI Working Paper RCAS No. 2005/19, S. 4 ff., sowie *Cole/Etteldorf*, in: *Cole/Ukrow/Etteldorf* (Hrsg.), Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor, 2021, S. 569.

sondern auch die Anwendung des EU-Beihilfenrechts. Wie zu Beginn des Beitrags bereits angedeutet wurde, erweist sich das Beihilfenrecht dabei als das Unionsrechtsgebiet mit der bislang umfangreichsten Maßstabswirkung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten.

1. Tatbestandsmäßigkeit und Amsterdamer Protokoll

Der unionale Zugriff auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, respektive deren Ausgestaltung, ist hier zunächst einmal ein genuin wettbewerbsrechtlicher. Die Anstalten werden angesichts ihrer Finanzierung durch eine öffentliche Abgabe als durch eine Beihilfe⁴⁵ privilegierte Wettbewerber im Markt begriffen und als solche behandelt.⁴⁶ Dieser Einordnung, die Kommission und EuGH gleichermaßen teilen, konnte auch das sog. Amsterdamer Protokoll⁴⁷ über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus dem Jahr 1997 nichts entgegenzusetzen. In diesem Protokoll, dem gem. Art. 51 EUV formal Primärrechtsstatus zukommt, erinnern die Mitgliedstaaten daran, „dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk [...] unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren“ und halten fest, dass die Bestimmungen der Verträge nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten berühren, öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren und seinen Auftrag festzulegen. Aus dem Wortlaut des Protokolls geht aber auch hervor, dass diese Feststellung greift, *sofern* die Handels- und Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Insoweit ergibt sich bereits aus dem Protokoll selbst, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk einer Beurteilung nach dem EU-Wettbewerbsrecht nicht gleichsam im Sinne einer Bereichsausnahme entzogen ist, die spezifischen Rationalitäten seines Wirkens für eine demokratische Gesellschaft aber Berücksichtigung finden müssen.⁴⁸

Das Protokoll schlägt sich dann auch als Auslegungsdirektive bei einem zentralen beihilferechtlichen Rechtfertigungs-/Freistellungstatbestand zur Sicherung gemeinwohlbezogener, nicht-wirtschaftlicher Ziele nieder: der Vorschrift betreffend die sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 106 Abs. 2 AEUV. Danach gelten die Wettbewerbsregeln für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nur insoweit, wie die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich nicht verhindert. Vor diesem Hintergrund müssen nach ständiger Rechtsprechungs- und Kommissionspraxis⁴⁹ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein, um eine staatliche Beihilfe, die als Ausgleich für die Erfüllung

⁴⁵ Bei der deutschen, in besonderer Weise staatsfern ausgestalteten Erhebung der Abgabe zur Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten war zunächst umstritten, ob es sich überhaupt um eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln und damit tatbestandlich um eine Beihilfe handelte, vgl. zum Streitstand *Oster/Wagner*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. EL 2020, Kap. E.V. Rn. 216. Diese Frage hat der EuGH mittlerweile dahingehend entschieden, dass es sich beim Rundfunkbeitrag um eine Beihilfe handelt, EuGH, Urt. v. 13.12.2018, Rs. C-492/17, EU:C:2018:1019 Rn. 53 – *Rittinger* u. a.

⁴⁶ Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gelten unbeschadet ihrer Rechtsform als Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts, da diesen Vorschriften insoweit ein funktionaler Unternehmensbegriff zu Grunde liegt. Vgl. dazu die ständige Rechtsprechung des EuGH, die unter einem Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung versteht, EuGH, Urt. v. 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 74 – *Pavel Pavlov* u. a.

⁴⁷ Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABl. C 340/109 vom 10.11.1997, zuletzt geändert durch Protokoll vom 13.12.2007 (ABl. C 306/163), nachdem es nun das Protokoll Nr. 29 zum Vertrag von Lissabon ist.

⁴⁸ Vgl. dazu auch *Ferreau*, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und ökonomischer Wettbewerb, 2017, S. 29 f.

⁴⁹ Vgl. dazu Rn. 37 der sog. Rundfunkmitteilung 2009 (Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. (EU) 2009 C 257/1), auch mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung.

gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt wird, für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären zu können: 1. Es muss sich bei der betreffenden Dienstleistung tatsächlich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handeln, die als solche vom Mitgliedstaat klar definiert sein muss (Definition). 2. Der Mitgliedstaat muss das begünstigte Unternehmen ausdrücklich mit der Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung beauftragen (Betrachtung). 3. Die Freistellung von den Wettbewerbsregeln darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Union zuwiderläuft (Verhältnismäßigkeit). Dem Interesse der Union läuft vor allem zuwider, wenn es zu einer Überkompensation oder zu Quersubventionierungen durch die staatlichen Ausgleichsleistungen kommt oder kommen kann.⁵⁰ Es bedarf mithin aus Sicht des unionalen Beihilfenrechts einer subsumtionsfähigen konturenscharfen Auftragsdefinition, deren Erfüllung auch kontrolliert werden kann. Anderenfalls wäre es auch schon gar nicht möglich, die nach Art. 106 Abs. 2 AEUV zulässige Kompensation zu ermitteln.

2. Spielräume der Mitgliedstaaten

Die bisherige Kommissionspraxis, die auch noch einmal in der nunmehr schon etwas länger zurückliegenden sog. Rundfunkmitteilung von 2009⁵¹ unter Berücksichtigung der bis dato vorliegenden Rechtsprechung zusammengefasst ist, offenbart dabei unterschiedliche Spielräume der Mitgliedstaaten. Bei der Bestimmung dessen, welche Dienstleistungen für sie solche von *allgemeinem wirtschaftlichem Interesse* sind, kommt den Mitgliedstaaten ein erheblicher politischer Gestaltungsspielraum zu. Dies ist indes keine Besonderheit des Rundfunkkontextes, sondern eher sektorübergreifende Praxis.⁵² Im Rundfunkbereich tritt aber das Spezifikum hinzu, dass der gemeinwirtschaftliche Auftrag einschließlich dort festgelegter Qualitätsstandards in besonderer Weise durch die kulturellen, sozialen und demokratischen Bedürfnisse der jeweiligen Gesellschaft geprägt ist.⁵³

Die unionsseitige Nachprüfung⁵⁴ beschränkt sich diesbezüglich auf „offenkundige Fehler“,⁵⁵ etwa wenn Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgeflaggt werden, bei denen „realistischerweise nicht davon auszugehen ist, daß sie (...) der Befriedigung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft dienen“⁵⁶. Folgt man der Rundfunkmitteilung der Kommission, ist dies in der Regel bei Werbung, elektronischem Handel, Telefongewinnspielen, Teleshopping, Sponsoring und Merchandising der Fall.⁵⁷ Eine hinreichende Unterscheidbarkeit vom Programm privater Anbieter, die mittels einer vergleichenden

⁵⁰ So zum Ganzen bereits bei *Wagner*, ZUM 2022, 165 (171).

⁵¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. (EU) 2009 C 257/1.

⁵² Die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI-Mitteilung, ABl. 2012 C 8/4) geht davon aus, dass der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sich beständig entwickelt und unter anderem von den gesellschaftlichen Bedürfnissen, den technologischen Entwicklungen und Marktentwicklungen sowie den sozialen und politischen Präferenzen im betreffenden Mitgliedstaat abhängt.

⁵³ Vgl. dazu auch EuG, Urt. v. 26.6.2008, Rs. T-442/03, Slg. 2008, II-1161 Rn. 212 – *SIC/Kommission*.

⁵⁴ Zum Folgenden bereits *Wagner*, ZUM 2022, 165 (172).

⁵⁵ EuG, Urt. v. 22.10.2008, verb. Rs. T-309/04, Slg. 2008, II-2935 Rn. 101 – *TV 2/Danmark/Kommission*.

⁵⁶ Rn. 48 der Rundfunkmitteilung 2009.

⁵⁷ Rn. 48 der Rundfunkmitteilung 2009. Gehen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten solchen Tätigkeiten nach, sind diese nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen und dürfen dementsprechend auch nicht an der hierfür zulässigen Kostenunterlegung teilhaben.

Programmanalyse festzustellen wäre, ist hingegen nach der Rechtsprechung nicht konstitutiv für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Ansonsten läge – so die Argumentation – die Definitionsgewalt über das, was eine gemeinwirtschaftliche Dienstleistung ist, nicht bei den Mitgliedstaaten, sondern hinge vom jeweiligen Programmumfang der kommerziellen Fernsehanbieter ab.⁵⁸

Bei der Definition des genauen Auftrags sind die Mitgliedstaaten nach der Rundfunkmitteilung gehalten, diesen „so genau wie möglich“ und „unmissverständlich“ zu definieren.⁵⁹ Diese Präzisionsanforderung ist vor dem Hintergrund der Kontrollfähigkeit einsichtig und dient daneben der Planungssicherheit privater Anbieter.⁶⁰ Die mitgliedstaatliche Entscheidungsprärogative als solche wird damit in der Sache aber nicht eingeengt.

Herausfordernd für den deutschen Mediengesetzgeber sind eine genaue Auftragsdefinition und der diese aufnehmende Betrauungsakt⁶¹ deswegen auch aus einem anderen Grund: Nach deutscher Konzeption handelt es sich bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten um Grundrechtsträgerinnen,⁶² denen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht minutiös vorgeschrieben werden kann, was sie zur Erfüllung ihres Funktionsauftrags tun dürfen und was nicht (Stichwort: Programmfreiheit der Anstalten und Staatsferne des Rundfunks).⁶³ Diese besondere Verfassungslage kann vom unionalen Beihilfenrecht allerdings durchaus verarbeitet⁶⁴ werden. Kommission und Rechtsprechung lassen es insoweit ausreichen, dass die Mitgliedstaaten eine vornehmlich „qualitative“ Auftragsbestimmung vornehmen,⁶⁵ wobei wiederum einschränkend anzumerken ist, dass diese Hinwendung zum Qualitätskriterium bei ansonsten breiter Auftragsdefinition konzeptionell nur für den herkömmlichen Programmrundfunk ausdrücklich gebilligt ist, der auch zur Entstehungszeit des Amsterdamer Protokolls als Referenzobjekt diente. Die Rundfunkmitteilung hält diese Möglichkeit zwar prinzipiell auch für Auftragsdefinitionen offen, die „der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter“ Rechnung tragen und audiovisuelle Dienste umfassen, „die über jegliche Verbreitungsplattformen bereitgestellt werden.“⁶⁶ Hinsichtlich solcher „neuen“ Dienste zeigt indes nicht zuletzt die Erfahrung aus dem schlussendlich eingestellten Beihilfeverfahren die deutsche Rundfunkgebühr betreffend, dass die Kommission für Angebote, die über den herkömmlichen Programmrundfunk hinausgehen, verlangt, dass ein Mehrwert im Vergleich zum bereits Vorhandenen in einem dafür bestimmten transparenten Verfahren ermittelt werden kann.⁶⁷ Im Unterschied zum linearen Programmrundfunk

⁵⁸ EuG, Urt. v. 22.10.2008, verb. Rs. T-309/04, Slg. 2008, II-2935 Rn. 123 – TV 2/Danmark/Kommission.

⁵⁹ Rn. 45 der Rundfunkmitteilung 2009.

⁶⁰ Siehe dazu Rn. 46 der Rundfunkmitteilung 2009: „Eine klare Festlegung der unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallenden Tätigkeiten ist auch wichtig, damit die privaten Anbieter ihre Tätigkeiten planen können.“

⁶¹ Den Mitgliedstaaten wird ein weites Auswahlmessen hinsichtlich der Wahl der Handlungsformenkategorie des Betrauungsaktes zugestanden. Die gewählte Handlungsform muss aber in der Lage sein, die dem Betrauungsakt zugeschriebenen Funktionen adäquat zu erfüllen, mithin vor allem auch die Kontrolle der Auftragseinhaltung ermöglichen. Vgl. zur Handlungsformenkategorie des Betrauungsaktes *Burgi*, EuZW 2017, 90 ff.

⁶² Dazu bereits BVerfGE 31, 314 (322), st. Rspr.

⁶³ Vgl. dazu nur BVerfGE 119, 181 (221).

⁶⁴ Dazu bereits *Wagner*, ZUM 2022, 165 (172 f.).

⁶⁵ EuG, Urt. v. 26.6.2008, Rs. T-442/03, Slg. 2008, II-1161, Rn. 204 – *S/C/Kommission*; ähnlich EuG, Urt. v. 22.10.2008, verb. Rs. T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, Slg. 2008, II-2935, Rn. 113 – TV 2/Danmark/Kommission, sowie Rn. 47 der Rundfunkmitteilung 2009.

⁶⁶ Rn. 47 der Rundfunkmitteilung 2009.

⁶⁷ Entscheidung der Kommission vom 24.4.2007 – KOM(2007) 1761 endg. beanstandet wurde hier unter anderem, dass ohne eine nähere Umschreibung dessen, was unter Kultur, Information und Bildung zu verstehen ist, unklar bleibt, welchen Mehrwert die digitalen Zusatzkanäle der Anstalten im Vergleich zu den bereits existierenden Programmen brachten (Rn. 227). Ferner wurde festgestellt, dass eine Bestimmung, der zufolge öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten programmbezogene und programmbegleitende neue Mediendienste anbieten dürfen, allein nicht

müssen die Mitgliedstaaten hier also die Erfüllung der Annahmen des Amsterdamer Protokolls im Wege eines spezifischen Beurteilungsverfahrens plausibilisieren, in dem aus Gründen des Wettbewerbsschutzes auch betroffenen privaten Akteuren die Möglichkeit der Stellungnahme einzuräumen ist.⁶⁸ Diese Anforderungen haben sich in Deutschland bekanntlich im sog. Drei-Stufen-Test-Verfahren für Telemedienangebote⁶⁹ niedergeschlagen, das unter Federführung des jeweilig zuständigen Anstaltsgremiums vor dem Angebot neuer oder veränderter Telemedien durchlaufen werden muss.

3. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass die im Rahmen des Art. 106 Abs. 2 AEUV anzuwendenden Maßstäbe des unionalen Beihilfenrechts neben präzisen Definitions- und verfahrensmäßig abgestützten Begründungsverpflichtungen auch Räume erheblichen politischen Gestaltungsspielraums umfassen. Im Bereich der immer mehr ins Zentrum des Funktionsauftrags einrückenden Telemedienangebote erweisen sich die ausdrückliche Mehrwertfeststellung und die hieran anschließende Rechtfertigungsprüfung zwar als zusätzliche, aber nicht als unüberwindbare Hürde. Zudem lässt sich die vorsichtige Prognose wagen, dass der EMFA dazu beitragen könnte, auch ein breites *Online-only-Engagement* öffentlich-rechtlicher Medien als sehr wünschenswerten Baustein medialer Vielfaltssicherung zu denken. So wird insbesondere im Standpunkt des Parlaments im Zuge des Trilogverfahrens betont, dass den öffentlich-rechtlichen Medienanbietern ermöglicht werden solle, ein breites Angebot für neue Bereiche oder neue Inhalte und Formen zu entwickeln, um ihre Wettbewerbsposition auf dem internen Medienmarkt zu behaupten.⁷⁰

Von den Erfordernissen einer Auftragskonkretisierung und einer effektiven Auftragskontrolle wird die Europäische Union davon unbeschadet aber sicher nicht abrücken. Dies gilt es bei dem zunehmenden, und im Dritten Medienänderungsstaatsvertrag⁷¹ auch umgesetzten Trend zu beachten, die gesetzgeberische Steuerung zurückzunehmen und dafür den Gremien der Anstalten mehr auftragsbezogene Konkretisierungsbefugnisse einzuräumen.⁷² Der hiermit verbundene Aufgabenzuwachs, der bis ins publizistische Mikromanagement hineinreicht, muss sich in einer Professionalisierung der Gremien und ihrer Mitglieder niederschlagen, die mit dem veränderten Aufgabenprofil Schritt halten kann. Ein überlastetes Anstaltsgremium kann seinen Kontroll- und Konkretisierungsaufgaben möglicherweise nicht ausreichend nachkommen, was wiederum nicht ohne Rückwirkung auf die Erfüllung unionaler Rechtfertigungsmaßstäbe mit Blick auf den Wettbewerbsschutz bleibt.

Der Blick auf die Maßstäbe des unionalen Beihilfenrechts verdeutlicht nämlich auch, dass dieses viel klarer als das deutsche Verfassungsrecht in seiner Auslegung durch das

hinreichend präzise sei und nicht erkennen ließe, dass die so definierten Dienste als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können (Rn. 236).

⁶⁸ Rn. 84 der Rundfunkmitteilung 2009: „In diesem Zusammenhang müssen die Mitgliedstaaten im Wege eines vorherigen Beurteilungsverfahrens, das sich auf eine offene öffentliche Konsultation stützt, prüfen, ob von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geplante wesentliche neue audiovisuellen Dienste die Anforderungen des Protokolls von Amsterdam erfüllen und somit den sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen, und dabei auch die potenziellen Auswirkungen auf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen angemessen berücksichtigen.“ Hieran scheiterte die ursprüngliche deutsche Auftragsausweitung auf digitale Zusatzkanäle ohne eigenes Programmprofil unter Verweis auf eine Schwerpunktsetzung auf Information, Kultur und Bildung, vgl. dazu Rn. 227 f. der Entscheidung der Kommission vom 24.4.2007 – KOM(2007) 1761 endg., mit der diese das gegen die Bundesrepublik eingeleitete beihilfenrechtliche Verfahren einstellte.

⁶⁹ Eingeführt mit dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag 2009.

⁷⁰ Vgl. dazu die Verhandlungsposition des Parlaments zu Erwägungsgrund 18 und 18a des EMFA (P9_TA(2023)0336).

⁷¹ Dritter Staatsvertrag zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge, BayGVBl. 2023, 114.

⁷² Dazu ausführlich *Cornils*, in: FS Dörr, 2022, S. 817 (825 ff.).

Bundesverfassungsgericht die Interessen derjenigen Akteure im Blick hat, deren Wettbewerbsbedingungen durch die Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beeinflusst werden.⁷³ Die wettbewerbsrechtliche Brille des Unionsrechts zwingt insoweit dazu, auch medienkollisionsrechtlich zu denken und damit eine in der deutschen Medienordnung eher unterbelichtete Reflexionsebene zu betreten. Dass hierfür unbeschadet gemeinsamer Herausforderungen durch digitale Plattformriesen⁷⁴ nach wie vor Anlass besteht, zeigen die anhängigen Gerichtsverfahren⁷⁵ sowie die aktuelle Beschwerde des Bundesverbands Digitalpublisher und Zeitungsverleger (BDZV) bei der Europäischen Kommission, mit denen eine unzulässige Presseähnlichkeit öffentlich-rechtlicher Telemedien („Newszone“-App) sowie ein Aufsichts- und Kontrolldefizit gerügt werden.⁷⁶

IV. European Media Freedom Act

Bis vor kurzem hätten die Ausführungen zu den unionalen Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk jetzt im Wesentlichen schließen können. Der Enge des binnenmarktfunktionalen Zugriffs geschuldet, standen den beihilfenrechtlichen Zugriff ergänzende, harmonisierende Regelungen zu Struktur, Finanzierung und Auftrag der Anstalten auch eigentlich nicht zu erwarten. Mit dem Beschluss des EMFA haben sich die Vorzeichen diesbezüglich nun grundlegend geändert,⁷⁷ wobei es derzeit noch schwerfällt, die Tragweite der Konsequenzen einzuschätzen.

1. Gesetzgebungsverfahren

Kommissionspräsidentin *von der Leyen* hatte es in ihrer Rede zur Lage der Union 2021 angekündigt und die Kommission hat ein Jahr später geliefert. Am 16. September 2022 legte sie einen Vorschlag⁷⁸ für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt vor: den sog. European Media Freedom Act,⁷⁹ oder kurz: EMFA. Da es sich bei dem gewählten Rechtsinstrument um eine Verordnung handelt, gilt der EMFA in jedem Mitgliedstaat unmittelbar (Art. 288 UAbs. 2 AEUV).

⁷³ Die tief sitzende Skepsis gegenüber marktökonomischen Bereitstellungslogiken, wie sie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit prägt (pointiert dazu *Hain*, in: Becker/Weber (Hrsg.), Funktionsauftrag, Finanzierung, Strukturen – Zur Situation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland, 2012, S. 23 (31): „[...] deutet diese Defizite geradezu als strukturelle und damit auf Dauer gegebene Mängel eines nach privatwirtschaftlichen Kalkülen betriebenen Rundfunks“), findet auf der unionalen Ebene (jedenfalls bislang) keine Entsprechung.

⁷⁴ Die Bedeutung von digitalen Plattformen wie Facebook oder YouTube für den Zugang zu journalistisch-redaktionellen Inhalten nimmt seit Jahren stetig zu. Von ihren Geschäftsmodellen können im Grundsatz Medien aller Gattungen negativ betroffen sein, sei es durch Aufmerksamkeitslenkung oder durch Verschiebungen des Werbebudgets, dazu näher *Gostomzyk/Jarren/Lobigs/Neuberger*, Kooperative Medienplattformen in einer künftigen Medienordnung, 2021, S. 4 ff.

⁷⁵ Dazu OLG Stuttgart, MMR 2024, 54.

⁷⁶ Vgl. dazu den Artikel „ARD und ZDF gehen im Netz verbotene Wege“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 14.11.2023, Nr. 265, S. 23.

⁷⁷ Vgl. dazu auch *Kraetzig*, NJW 2023, 1485: „Paradigmenwechsel in der Europäischen Medienregulierung“.

⁷⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt (Europäisches Medienfreiheitsgesetz) und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU, COM(2022) 457 final.

⁷⁹ Verordnung (EU) 2024/1083 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.4.2024 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU, ABl. (EU), L 2024/1083; zur neuen Tendenz der EU, Rechtsakte als „Act“ (Gesetz) zu benennen („Act-ification“) vgl. *Cole*, U. PAC. L. REV. 55 (2024), 289 (292).

Die Verordnung ist Teil eines umfassenderen Ansatzes, den die Europäische Union mit ihrem „Aktionsplan für Demokratie in Europa“⁸⁰ verfolgt.⁸¹

Der Rat und das Europäische Parlament erzielten im Rahmen der Trilog-Verhandlungen am 15. Dezember 2023 eine (vorläufige) politische Einigung. Im Frühjahr 2024 fand das Gesetzgebungsverfahren dann seinen Abschluss. Die Verordnung gilt in weiten Teilen ab dem 8. August 2025. Insgesamt fällt auf, dass das Gesetzgebungsverfahren trotz außergewöhnlich zahlreicher – und mit Blick auf die Kritik an der Kompetenzgrundlage und der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips⁸² durchaus scharfer – Eingaben der nationalen Parlamente,⁸³ darunter auch mehrere Stellungnahmen des deutschen Bundesrates,⁸⁴ doch in vergleichsweise kurzer Zeit abgeschlossen werden konnte. Wie andere gab auch die deutsche Verhandlungsdelegation ihren Fundamentalwiderstand gegen Art. 114 AEUV als taugliche Kompetenzgrundlagen für den EMFA im Laufe der Trilog-Verhandlungen auf.

2. Anwendungsbereich

Was den Anwendungsbereich angeht, so betritt der EMFA schon insoweit Neuland, als er allgemein Mediendienste⁸⁵ erfasst und damit anders als die AVMD-Richtlinie auch Presse und Hörfunk abdeckt.⁸⁶ Die Verordnung adressiert daneben aber auch andere Akteure, die im Zusammenhang mit der Verbreitung von Mediendiensten stehen, wie die Betreiber sehr großer Onlineplattformen im Sinne des Digital Services Act oder die Anbieter von Publikumsmesssystemen. Und auch die Mitgliedstaaten selbst werden in diversen Bestimmungen verpflichtet, was der Verordnung in Teilen einen richtlinienähnlichen Charakter verleiht.

Der Blick auf die einzelnen materiell-rechtlichen Regelungen des EMFA offenbart eine beachtliche Heterogenität an Sachbereichen und Harmonisierungsmaßnahmen – man könnte auch sagen: einen Kessel Buntes.⁸⁷ Vorgaben zur internen Organisation von Medienunternehmen und zur

⁸⁰ Vgl. dazu https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy_de (zuletzt abgerufen am 17.3.2024).

⁸¹ Der Vorschlag wurde begleitet von einer Empfehlung der Kommission zu internen Schutzvorkehrungen für redaktionelle Unabhängigkeit und Transparenz von Medieneigentum, Empfehlung (EU) 2022/1634 der Kommission vom 16.9.2022, ABl. 2022 (EU), L 245/56. Die darin enthaltenen – rechtlich freilich nicht bindenden Vorgaben – nehmen bereits einige der im EMFA anvisierten Vorgaben inhaltlich vorweg.

⁸² Das dänische Parlament, der deutsche Bundesrat, der französische Senat und das ungarische Parlament haben im Rahmen des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begründete Stellungnahmen vorgelegt, in denen geltend gemacht wird, dass der EMFA-Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist.

⁸³ Eine Übersicht über die Stellungnahmen findet sich unter <https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/document/COM-2022-457> (zuletzt abgerufen am 17.3.2024).

⁸⁴ Beschlüsse des Bundesrats gem. §§ 3 und 5 EUZBLG vom 25.11.2022 und vom 31.3.2023 (beide Drs. 514/22) sowie Beschluss vom 24.11.2023 (Drs. 573/22).

⁸⁵ Zu den hier bestehenden definitorischen Ungenauigkeiten vgl. *Seipp/Ó Fathaigh/von Drunen*, *Journal of Media Law*, 2023, 39-51.

⁸⁶ Definitorisch erfasst werden insoweit alle Dienstleistungen im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV, bei denen der Hauptzweck der Dienstleistung oder ein trennbarer Teil darin besteht, unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters der Allgemeinheit – gleich auf welche Weise – Sendungen oder Presseveröffentlichungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen (Art. 2 Nr. 1 EMFA).

⁸⁷ Bei den Materien handelt es sich überwiegend um Bereiche, die von der Kommission seit 2019 im Rahmen des Zyklus zur Überprüfung der Rechtsstaatlichkeit bewertet werden, vgl. dazu zuletzt die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit, COM(2022) 500 final. Instruktiv dazu auch Europäisches Parlament, Schutz der gemeinsamen Werte der EU innerhalb der Mitgliedstaaten, Studie des Wissenschaftlichen Dienstes des Europäischen Parlaments, 2020, S. 90 ff.

Unabhängigkeit öffentlich-rechtlicher Mediananbieter finden sich hier ebenso wie Vorschriften zum Schutz von Journalist/-innen, zur Medienkonzentration, zur Zuweisung staatlicher Werbeausgaben, zu einem „Recht auf Nutzung pluraler und unabhängiger Medien“, zu Informationspflichten von Mediendienstanbietern, zur Bereitstellung von und Zugang zu Mediendiensten in einem digitalen Umfeld, zur Koordinierung von Maßnahmen in Bezug auf Mediendienste von außerhalb der Union sowie zur Unabhängigkeit der Medienaufsicht. Mit dem neuen „Europäischen Gremium für Mediendienste“⁸⁸ sieht der EMFA nicht zuletzt auch eine weitreichende institutionelle Komponente in Gestalt eines Kontrollorgans auf unionaler Ebene vor.

3. Kontext

Der Rechtsakt ist in seiner jetzt vorgelegten Konzeption ein Spiegel gegenwärtiger Herausforderungen. Er möchte erkennbar auf die systematische Erosion der Medienfreiheiten als sektorspezifische Ausprägung der sog. Demokratie- und Rechtsstaatskrise in einigen Mitgliedstaaten reagieren. Dass diese Entwicklung die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft seit geraumer Zeit vor enorme Herausforderungen stellt, steht außer Frage.⁸⁹ Am öffentlichkeitswirksamsten gaben sicherlich Ungarn, Rumänien und Polen Anlass zur Sorge. Aber auch andere Mitgliedstaaten haben verschiedenste Probleme, wenn es um den Schutz von Medienfreiheiten und Medienpluralismus geht.⁹⁰

Der integrationspolitische Druck ist dabei beachtlich. Insbesondere das Europäische Parlament hat die Kommission wiederholt dazu angehalten, Maßnahmen zur Förderung von Pluralismus und Unabhängigkeit auf dem Medienmarkt zu ergreifen.⁹¹ Ähnliches findet sich aber auch im Abschlussbericht der Konferenz über die Zukunft Europas,⁹² in dem die teilnehmenden Bürgerinnen und Bürger die EU auffordern, die Unabhängigkeit und den Pluralismus der Medien weiter zu fördern, insbesondere durch die Einführung von Rechtsvorschriften, die den Bedrohungen der Medienunabhängigkeit durch EU-weite Mindeststandards entgegenwirken.⁹³ Bezogen auf derartige Forderungen ist aber auch klar, und wurde erst kürzlich wieder in einer Studie⁹⁴ umfassend nachgezeichnet, dass alle Bereiche, die vom EMFA adressiert werden, in den Mitgliedstaaten derzeit durch unterschiedliche Regelungen gekennzeichnet sind, und zwar sowohl in Bezug darauf, ob sie überhaupt, als auch darauf, wie sie behandelt werden. Es ist daher

⁸⁸ Das Gremium tritt als Rechtsnachfolger an die Stelle der im Rahmen der AVMD-Richtlinie eingerichteten „Gruppe europäischer Regulierungsstellen für audiovisuelle Mediendienste“ (European Regulators Group for Audiovisual Media Services – ERGA), vgl. Art. 8 EMFA.

⁸⁹ Beobachtet werden können eine mangelnde Unabhängigkeit von Medienaufsichtsbehörden, die Aushöhlung der Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die Einführung neuer legislativer und administrativer Maßnahmen, die sich nachteilig auf den Medienmarkt auswirken, sowie die mangelnde Transparenz bei der Verteilung öffentlicher Mittel für den Mediensektor, vgl. dazu European University Institute, *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era*, 2022.

⁹⁰ Vgl. dazu European University Institute, *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era*, 2022.

⁹¹ Entschließung vom 21.5.2013 zur EU-Charta, 2011/2246(INI); Entschließung vom 3.5.2018 zu Medienpluralismus und Medienfreiheit in der EU, 2017/2209(INI); Entschließung vom 25.11.2020 zur Stärkung der Medienfreiheit: Schutz von Journalisten in Europa, Hassreden, Desinformation und die Rolle von Plattformen (2020/2009(INI)); Entschließung vom 20.10.2021 zu Europas Medien im digitalen Jahrzehnt: Ein Aktionsplan zur Unterstützung von Aufschwung und Wandel (2021/2017(INI)); Entschließung vom 11.11.2021 zur Stärkung der Demokratie, der Medienfreiheit und des Medienpluralismus in der EU (2021/2036(INI)); Entschließung vom 9.3.2022 zur ausländischen Einmischung in alle demokratischen Prozesse in der Europäischen Union, einschließlich Desinformation (2020/2268(INI)).

⁹² Näher zum Format der Konferenz, ihrem Mandat, ihren Themen und ihren Zielen *Grosche*, ZG 2022, 16-34.

⁹³ Konferenz zur Zukunft Europas, Bericht über das endgültige Ergebnis, 2022, Vorschläge 27 (1) und (2), 37 (4).

⁹⁴ Europäische Kommission, *Study on media plurality and diversity online*, 2022. Vgl. dazu ferner *Hallin/Mancini*, *Comparing media systems*, 2004.

absehbar, dass der EMFA auf zahlreiche nationale Mediengesetze und etablierte Regulierungskonzepte stößt, die oft tief im jeweiligen nationalen Verfassungsrecht und hierdurch geprägten kulturellen Vorstellungen verwurzelt sind.⁹⁵

4. Vorgaben für die Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Dies gilt sicher in besonderer Weise für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als Kulturträger *par excellence*, dem sich der EMFA in seinem Artikel 5 zuwendet, und zwar unter der Überschrift „Schutzvorkehrungen für die unabhängige Funktionsweise öffentlich-rechtlicher Medienanbieter“. *Nur* um deren Schutz geht es freilich nicht. In der ursprünglichen Vorschlagsfassung der Kommission enthielt Art. 5 Abs. 1 EMFA-E die Forderung, dass öffentlich-rechtliche Medienanbieter ihrem Publikum im Einklang mit ihrem öffentlich-rechtlichen Auftrag auf unparteiische Weise eine Vielzahl von Informationen und Meinungen darstellen sollen, richtete also qualitative Vorgaben direkt an die Anbieter. Diese Formulierung, die man als Nukleus eines eigenständigen unionalen Programmauftrags deuten konnte, wurde im Zuge der Trilogverhandlungen allerdings aufgegeben. Art. 5 Abs. 1 EMFA ist nunmehr als Sicherstellungsauftrag an die Mitgliedstaaten gewendet, wobei einerseits deutlich wird, dass die Definition des Auftrags nach wie vor auf nationaler Ebene erfolgt,⁹⁶ dabei andererseits aber unionale Mindestvorgaben zu beachten sind. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass öffentlich-rechtliche Medienanbieter unparteiisch agieren können und ein vielfältiges Angebot bereitstellen.

Art. 5 Abs. 2 EMFA, der sich ebenfalls an die Mitgliedstaaten richtet, enthält Vorgaben zur internen Struktur öffentlich-rechtlicher Medienanbieter und zwar mit Blick auf die Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung. Erforderlich sind hier ein transparentes, offenes und nichtdiskriminierendes Verfahren auf der Grundlage transparenter, objektiver, nichtdiskriminierender und verhältnismäßiger Kriterien. Zudem wird geregelt, welche Kriterien bei der durch nationales Recht zu bemessenden Dauer der Amtszeit sowie einer vorzeitigen Abberufung festzulegen sind. Art. 5 Abs. 3 EMFA verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass öffentlich-rechtliche Medienanbieter über angemessene, nachhaltige und vorhersehbare finanzielle Mittel verfügen, die der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags und ihrer Kapazität zur Entwicklung im Rahmen dieses Auftrags entsprechen. Diese Mittel müssen insbesondere so beschaffen sein, dass die redaktionelle Unabhängigkeit gewahrt wird. Und schließlich müssen die Mitgliedstaaten eine oder mehrere unabhängige Behörden oder Stellen benennen oder andere funktional äquivalente und staatsferne Mechanismen bereithalten, die die Einhaltung der vorstehend skizzierten Anforderungen überwachen, wobei die Ergebnisse dieser Beobachtungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden müssen (Art. 5 Abs. 4 EMFA).

Erwähnenswert ist noch, dass der EMFA ausweislich Art. 1 Abs. 3 EMFA in vielen Bereichen nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten berührt, detailliertere oder strengere Vorschriften zu erlassen, sofern diese Vorschriften ein höheres Schutzniveau für den Medienpluralismus oder die redaktionelle Unabhängigkeit im Einklang mit der Verordnung gewährleisten und mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Dazu zählen auch die Vorgaben des Art. 5 EMFA für öffentlich-rechtliche Medienanbieter, die damit nur als Mindest- und nicht als Vollharmonisierung anzusehen sind.

⁹⁵ Siehe bspw. zu den unterschiedlichen Arten und Weisen, öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu organisieren *Dragomir/Söderström, The State of State Media*, 2021.

⁹⁶ Art. 5 Abs. 1 EMFA: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass öffentlich-rechtliche Mediendiensteanbieter redaktionell und funktional unabhängig sind und ihrem Publikum im Einklang mit ihrem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie auf nationaler Ebene entsprechend dem Protokoll Nr. 29 festgelegt, auf unparteiische Weise eine Vielzahl von Informationen und Meinungen bieten.“

5. Schlussfolgerungen

Derzeit sieht es so aus, dass die deutsche Medienordnung den im EMFA formulierten Mindestanforderungen der Sache nach problemlos genügen können.⁹⁷ Unsicherheitsfaktoren bleiben aber durchaus, weil nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass Großkonzepte wie Pluralität, Unabhängigkeit und Nichtdiskriminierung in den Händen der Unionsorgane identische Bedeutung erlangen wie auf nationaler Ebene. Sie werden als unionale Vorgaben an unionalen Maßstäben gemessen. Grundrechtlich gewendet bedeutet dies, dass mit Blick auf die Auslegung von tatbestandlichen Anforderungen wie Unabhängigkeit und Pluralität der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta gem. deren Art. 51 Abs. 1 S. 1 eröffnet ist. In ihrem Lichte – zu nennen ist hier insbesondere Art. 11 EUGrCh – muss nicht zwangsläufig etwas anderes herauskommen, als das, was bisher auf nationaler Ebene als Standard ermittelt wurde.⁹⁸ Man muss sich aber vor Augen führen, dass etwas anderes herauskommen kann. Viele der in Deutschland entwickelten Konzepte im Bereich der Medienregulierung sind einer über Jahrzehnte gewachsenen grundrechtlichen Sonderdogmatik geschuldet. Es liegt auf der Hand, dass eine Verfassungsrechtsprechung auf Unionsebene keine Rücksicht auf alle nationalen Spezifika nehmen kann. Bisher hatte der EuGH noch keine Gelegenheit, eine prononcierte Medienfreiheitsrechtsprechung zu entwickeln,⁹⁹ er wird sie aber ziemlich sicher jetzt bekommen. Dabei kann und muss er Art. 4 Abs. 2 EUV folgend die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten zwar berücksichtigen. Die Integrationsgeschichte hat aber gezeigt, dass den Mitgliedstaaten zum Schutz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts durchaus viel zugemutet wird.¹⁰⁰ Das ist der Preis für die Vergemeinschaftung von Aufgaben und Maßstäben und der kann hoch sein.

Im Falle des EMFA ist es vor allem auch deswegen, weil nicht ersichtlich ist, wie Regelungen, die ihrem Kern nach klar die demokratisch-gesellschaftliche Funktion der Medien betreffen und deren Binnenmarktverwirklichungsbezug allenfalls marginal ist, auf die allgemeine Kompetenzgrundlage zur Harmonisierung des Binnenmarkts aus Art. 114 AEUV gestützt werden können.¹⁰¹ Eine Bedrohung der Unabhängigkeit öffentlich-rechtlicher Medien muss ohne Zweifel als Schaden für demokratische Gesellschaften angesehen werden,¹⁰² aber geht es dabei auch um eine Verzerrung des Binnenmarktes? Und wie kann der Binnenmarkt für Mediendienste

⁹⁷ Vgl. dazu *Dörr/Weber*, AfP 2023, 383 (386 ff.).

⁹⁸ So stützt Art. 11 EUGrCh jedenfalls die Bedeutung der gestalterischen Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gegenüber der öffentlichen Gewalt, EuG, Urt. v. 22.10.2008, verb. Rs. T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, Slg. 2008, II-2935, Rn. 118 – *TV 2/Danmark/Kommission*.

⁹⁹ Dazu bereits unter I.

¹⁰⁰ Vgl. dazu nur EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni*. Nach der nach diesem Urteil benannten sog. *Melloni-Doktrin* können nationale Grundrechtsstandards nur dann angewendet werden, wenn dadurch weder das Schutzniveau nach der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Effektivität des Unionsrechts beeinträchtigt werden. Im Fall *Melloni* musste das spanische Verfassungsgericht einen bis dato als unhintergebar erachteten Grundrechtsschutz durch eine Neubestimmung des Wesensgehalts des einschlägigen Grundrechts relativieren, um nicht in einen unauflösbaren Konflikt mit unionalem Sekundärrecht zu geraten, Tribunal Constitucional, Urt. v. 13.2.2014 – 26/2014, dazu näher *Herzmann*, EuGRZ 2015, 445 (450 f.).

¹⁰¹ Apodiktisch *Kraetzig*, NJW 2023, 1485 (1488): „Es gibt keine Kausalität zwischen pluralen, freien Medien und einem funktionierenden Medienbinnenmarkt“.

¹⁰² Wie u. a. die jüngste Studie „Funding Democracy: Public Media and Democratic Health (in 33 Countries)“ von *Timothy Neff* und *Victor Pickard* gezeigt hat, korreliert ein hohes Maß an gesicherter Finanzierung für öffentlich-rechtliche Mediensysteme und ein starker struktureller Schutz der politischen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit dieser Systeme durchweg positiv mit gesunden Demokratien, *Neff/Pickard*, *The International Journal of Press/Politics*, 2021, Online-Publikation, abrufbar unter <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/19401612211060255> (zuletzt abgerufen am 17.3.2024).

beeinträchtigt werden, wenn ein Mitgliedstaat seine öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unterfinanziert?

Die Union verlässt mit dem EMFA die bislang prägende Rationalität der Binnenmarktverwirklichung und zielt mit offenem Visier auf eine Steuerung der Umgebungsbedingungen demokratischer Willensbildungsprozesse in ihren Mitgliedstaaten.¹⁰³ Dies kann man als einen Paradigmenwechsel in der Medienregulierung auffassen.¹⁰⁴ Man könnte aber auch noch weiter ausgreifen und sagen, dass der EMFA eines von vielen Indizien eines noch allgemeineren und tiefgreifenderen Wandlungsprozesses der Europäischen Union ist: Die Neuorientierung¹⁰⁵ hin zu einer Werteunion als konstitutionalistische Selbstbeschreibung, in deren Zentrum die von Art. 2 EUV in Bezug genommenen Werte stehen.¹⁰⁶ Hierauf, und auf die Gefahren, die mit einer solchen Deutung für die Europäische Union als Verbundordnung einhergehen, kann im Rahmen dieses Beitrags nicht in der gebotenen Tiefe eingegangen werden. Nur so viel: Medienfreiheit und Medienpluralismus eignen sich natürlich als besonders einsichtige Wirkbereiche einer wertegetriebenen Rechtsetzung und Rechtsprechung.¹⁰⁷ Die unionale Kompetenzordnung ist aber nicht darauf zugeschnitten, sich vorrangig mit Wertefragen im Allgemeinen und der Sicherung medialer Freiheit und Pluralität im Besonderen zu befassen.¹⁰⁸ Anders als in den klassischen Binnenmarktconstellationen fehlt es bei Fragen der institutionellen Wertesicherung zudem an den unitarisierenden Sogkräften der Binnenmarktlogik. Die Union wird spätestens in Konkretisierung der Vorgaben des EMFA in Bereiche vordringen, die von den verfassten nationalen Rechtsgemeinschaften als Elemente des Kernbestands ihrer Selbstbestimmung angesehen werden. Dass in Deutschland die Medienordnung (jedenfalls in Teilbereichen) hierzu gehört, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner *Lissabon-Entscheidung* bereits deutlich gemacht.¹⁰⁹

V. Ausblick

Mit den Vorgaben des unionalen Beihilfenrechts ist der deutsche Mediengesetzgeber seit Jahren vertraut. Sie zwingen ihn, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht nur als essenziellen Bestandteil einer positiven Ordnung anzusehen, die die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung sicherzustellen hat,¹¹⁰ sondern auch als Wettbewerber in einem Medienmarkt zu denken. Unionsrechtskonforme Gestaltungen seines Auftrags setzen hier vor allem voraus, dass ein geeignetes und transparentes Verfahren für die Mehrwertfeststellung, die Feststellung der Auswirkungen auf den Wettbewerb und die effektive Auftragskontrolle gefunden wird. In diesem Vektorenfeld konnten die Länder bislang erfolgreich navigieren.

Was der EMFA an Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland genau bereithalten wird, lässt sich derzeit noch nicht richtig abschätzen. Einerseits wird es in Anwendung der Verordnung in den Mitgliedstaaten zu einer normativen Nachverdichtung durch die Kommission und/oder die Unionsgerichte kommen. Und andererseits hat bspw. die wertfunktionale

¹⁰³ Im Ergebnis ebenso *Dörr*, Der European Media Freedom Act, Kompetenzen, Inhalt, Folgen, 2023, S. 24 f.; *Kraetzig*, NJW 2023, 1485 (1487 f.); *Ory*, ZRP 2023, 26 (29); *Roß*, EuR 2023, 450 (458 f.); a. A. *Mastroianni*, in: Gaudin/Prevedourou/Deliyanni (Hrsg.), Le droit européen, source de droits, source du droit, 2022, S. 393 (400); *Malferrari*, EuZW 2023, 49 f.

¹⁰⁴ Statt vieler *Kraetzig*, NJW 2023, 1485.

¹⁰⁵ Vgl. dazu auch *Nettesheim*, EUR 2022, 525 (533): „radikale Neukonzeption des föderalen Innenverhältnisses“.

¹⁰⁶ Zu dieser Entwicklung allgemein vgl. nur *Nettesheim*, EuR 2022, 525; speziell für den EMFA *Roß*, EuR 2023, 450.

¹⁰⁷ Vgl. zum Zusammenhang von Art. 2 EUV und Art. 11 EUGrCh EuGH, Urt. v. 21.12.2016, verb. Rs. C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 93 – *Tele2 Sverige*.

¹⁰⁸ So zur Kompetenzordnung im Allgemeinen *Nettesheim*, EuR 2022, 525 (529).

¹⁰⁹ BVerfGE 123, 267 (363).

¹¹⁰ Vgl. dazu nur BVerfGE 57, 295 (320).

Rechtsprechung zur Unabhängigkeit nationaler Richterinnen und Richter gezeigt, dass der EuGH durchaus selbstbewusst unionale Konzepte zu sensiblen Materien entwickelt, die den Kern mitgliedstaatlicher Selbstbestimmung berühren.¹¹¹ Der EMFA ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch ein Sprung ins normativ Ungewisse, hat dabei aber erhebliches Potential, die unionale Medienordnung in ebenso grundlegender wie umfassender Hinsicht zu prägen.

¹¹¹ Dazu *Schorkopf*, JZ 2020, 477 ff; *Wagner*, in: FS Dörr, 2022, S. 213 (221 ff.).