

Informations- und Medienrecht

Kommentar

von

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Prof. Dr. Boris P. Paal, Prof. Roland Bornemann, Johannes Brose, Prof. Dr. Matthias Cornils, Dr. Alfred G. Debus, Erich Erlmeier, Dr. Christoph Fiedler, Dr. Nicola Grau, Prof. Dr. Annette Guckelberger, Andreas Gummer, Prof. Dr. Jörg Gundel, Anke-Sigrid Hahn, Moritz Hennemann, Marcus M. Herrmann, Prof. Dr. Gero Himmelsbach, Gabriele Hochschein, Dr. Moritz Karg, Dr. Gerd Kiparski, Sophia Kraus, Prof. Dr. Jürgen Kühling, Dr. Wolfgang Lent, Dr. Benjamin Leyendecker-Langner, Niels Lueg, Prof. Dr. Mario Martini, Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz, Dr. Stephan Ott, Thorsten Pries, Dr. Susanne Reinemann, Dr. Alexander Rinne, Prof. Dr. Matthias Rossi, Dr. Benjamin Schirmer, Daniela Schmieder, Dr. Christoph Schnabel, Dr. Corinna Sicko, Dr. Stefan Söder, Dr. Frederic Ufer, Prof. Dr. Matthias Weller, Prof. Dr. Norbert Wimmer

1. Auflage

[Informations- und Medienrecht – Gersdorf / Paal / Bornemann / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Informationsrecht, Neue Medien](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66196 9

aber praktisch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Sie erfolgt in der Verfassungsrealität daher nur in Randbereichen.

d) Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Einzig praktisch relevante Grenze könnte daher eine Beschränkung der finanziellen Ressourcen sein. Insoweit wird das Absicherungsnetz für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aber gleichermaßen weit aufgespannt, da es durch eine **Finanzierungsgarantie** ergänzt wird. Die weitere Rspr. und Konstruktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Finanzierungsfragen ist dabei pfadabhängig zu sehen. Denn nur sofern die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Grundversorgung gewährleisten müssen, sind diese nach der Rspr. des BVerfG hinreichend und staatsfrei zu finanzieren (BVerfGE 73, 118 (158) – LRG Niedersachsen; 83, 238 (298) – WDR). Angesichts des engen verfassungsgerichtlichen Korsetts und der hohen Anforderungen seitens des BVerfG hinsichtlich der denkbaren Modifikationen der dualen Rundfunkordnung mit einer starken öffentlich-rechtlichen Säule ist die Pfadabhängigkeit jedoch insoweit besonders stark. Die Finanzierungsgarantie spricht vor allem für eine Rundfunkfinanzierung durch Gebühren bzw. Beiträge. Nur diese gewährleisten in der Konzeption des BVerfG einerseits die notwendige Staatsfreiheit und versprechen anders als Werbeeinnahmen andererseits eine Pluralismussicherung, da nicht der Zwang zu einem massenwirksamen und damit werbeeinnahmeträchtigen Programm besteht (vgl. BVerfGE 73, 118 (158) – LRG Niedersachsen; 83, 238 (310) – WDR; 87, 181 (199) – Hessen 3; 90, 60 (90) – Rundfunkgebühren I). Ergänzende Finanzierungsquellen dürfen aber vorgesehen werden (vgl. BVerfGE 83, 238 (310) – WDR; 90, 60 (90) – Rundfunkgebühren I). Die Finanzierung muss die **Programmautonomie** wahren, was eine **unabhängige Gebührenfestsetzung** verlangt (BVerfGE 90, 60 (92 f.) – Rundfunkgebühren I). Leitmaßstab des Förderumfangs – zwischen unzulässigem Staatseinfluss und inakzeptabler Verwirklichung der Eigeninteressen des Rundfunks – ist die „Erforderlichkeit“ (BVerfGE 90, 60 (90 ff.) – Rundfunkgebühren I). Als Untergrenze hat das Gericht die Grundversorgung einschließlich des Regionalrundfunks fixiert, jeweils bezogen auf die einzelne Rundfunkanstalt. Die Obergrenze wird sodann nicht materiell-rechtlich definiert, sondern verfahrenstechnisch gesichert. So hat das BVerfG in der ersten Entscheidung zu den Rundfunkgebühren letztlich das anschließend gesetzlich normierte **dreistufige Verfahren** weit gehend verfassungsrechtlich vorgezeichnet (BVerfGE 90, 60 (96) – Rundfunkgebühren I; → Rn. 66) und in der zweiten Rundfunkgebührenentscheidung weiter konkretisiert (BVerfGE 119, 181 (222 ff.) – KEF; → Rn. 70). In dieser Entscheidung hat das Gericht die Gelegenheit verpasst, sich von einem zwingend stark öffentlich-rechtlich geprägten Rundfunkmodell zu lösen und der Programmexpansion mit „Finanzierungszwang“ stärkere Grenzen aufzuzeigen. So bleibt als einzige Schranke letztlich auf der dritten Stufe die substantiierte Darlegung der Anpassungsnotwendigkeit der Rundfunkbeiträge an allgemeine Sparzwänge (→ Rn. 70). Denn auf der ersten Stufe erfolgt ohnehin eine anstaltsautonome Definition und auf der zweiten Stufe lediglich eine Wirtschaftlichkeitskontrolle, die aber die Programmakzessorietät nicht in Frage stellen kann und lediglich prüft, ob die selbst definierten Programmangebote wirtschaftlich sparsam erbracht werden. Um es an einem Beispiel auf den Punkt zu bringen: Dass der Großteil der sportrelevanten Programmausgaben in massenattraktive Inhalte in Konkurrenz zu den privaten Rundfunksendern fließt (wie insbes. Bundesliga- und Champions-League-Fußball), ist die fragliche Konsequenz einer verfassungsrechtlich weit gehend geschützten Programmautonomie mit Finanzierungsgarantie. Nur am Rande erwähnt sei, dass insoweit auch **keine hinreichende Transparenz** besteht. So lassen sich aus den KEF-Berichten insoweit keine präzisen Angaben entnehmen. Die genaue Höhe der Ausgaben für Sportrechte wird also geheim gehalten. Offensichtlich haben die Übertragungsrechte für die Fußball-Bundesliga die ARD aber etwa 100 Millionen EUR und das ZDF weitere 20 Millionen EUR gekostet (vgl. <http://www.handelsblatt.com/sport/fussball/nachrichten/zeitungsbericht-sky-und-ard-erhalten-bundesliga-rechte/6516920.html>). Die anschließende Wirtschaftlichkeitsprüfung ist lediglich darauf bezogen, zu kontrollieren, ob die vordefinierten Inhalte den wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechende Kosten verursachen. Eine **kritische Prüfung**, welchen **Pluralismusbeitrag** das Gesamtkonstrukt am Ende liefert und ob der Einsatz großer Teile der Rundfunkbeiträge gerade für massenattraktive Inhalte gemessen am Ziel der Pluralismussicherung sonderlich effektiv und sinnvoll ist, kann in diesem durch abgeschirmte Automatismen geprägten Modell nicht wirksam erfolgen. Verfassungsgerichtliche Erinnerungen der öffentlich-recht-

GG Art. 5

I. Mediengrundrechte

lichen Rundfunkanstalten an ihren Programmauftrag und die Notwendigkeit einer hinreichenden programmlichen Unterscheidbarkeit zu den privaten Rundfunkanbietern (→ Rn. 70) klingen dabei bescheiden und seltsam appellativ angesichts einer Rspr., die iÜ strikte prozedurale und materielle Regeln zur Absicherung der verfassungsrechtlichen Vorgaben verlangt.

- 85 e) **Das besondere Problem der „Online-Expansion“.** Der Streit um die Grenzen der Programmautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist mit Blick auf die Ausdehnung des „Online-Angebots“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten deutlich zu Tage getreten. Dabei ist der Konflikt hier besonders scharf, da die Rundfunkveranstalter ausgestattet mit einer programmakzessorischen Finanzierungsgarantie in Domänen drängen, die von Verlegern aus dem privatwirtschaftlich und außenpluralistisch geprägten Pressemarkt heraus gleichermaßen bedient werden können. Letztlich **kollidieren** damit **zwei Ordnungsmodelle** auf einem neuen Verbreitungsweg, nämlich die stark öffentlich-rechtlich überformte Rundfunkordnung und die privatwirtschaftlich geprägte Presseordnung. Diese Kollision führt zu einer Entscheidungsnotwendigkeit angesichts der Verdrängungskraft der finanzierungsgarantierten öffentlich-rechtlichen Medienanbieter. Zugespitzt stellt sich die Frage, ob es hier überhaupt öffentlich-rechtlich strukturierter Angebote angesichts der Vielfalt privater Angebote bedarf. Ein etwaiges Pluralismusdefizit ist hier kaum erkennbar, wobei dies im Einzelnen umstritten ist (Haucap/Dewenter, Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten, 2009, passim und 155, bestreiten ein Pluralismusdefizit; aA Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltsicherung, 2010, 27 ff.). In grundrechtlicher Perspektive werden angesichts der Verdrängungseffekte zugleich die Freiheitsgefährdungen, die vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausgehen, offenbar (aA Neuhoff, Rechtsprobleme der Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich, 2013, 320). Die oben dargelegten (→ Rn. 54), aus der Pressefreiheit abgeleiteten strengen verfassungsrechtlichen Grenzen für Subventionen im Pressewesen, schlagen hier auf die grundrechtliche Bewertung der Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in besonders scharfer Weise durch. Vor diesem Hintergrund ist aus verfassungsrechtlicher und freiheitlicher Sicht eine **strenge Prüfung** der „Online-Expansion“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten indiziert und eine Beschränkung auf programmakzessorische Angebote angezeigt (so tendenziell auch Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Konzeption der Kommunikationsverfassung des 21. Jahrhunderts, 2009, 43 ff.; ähnlich Fiedler AfP 2011, 15 (18); aA Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, 80 ff.; Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests. Inhaltliche und verfahrensrechtliche Herausforderungen, 2011, 93 ff. und passim; zum Streit um die „Tagesschau-App“ Lenski Die Verwaltung 2012, 465 ff.). Allerdings haben in der Verfassungsrealität iErg weniger die verfassungsrechtlichen Schranken einer derartigen Expansion, sondern vielmehr die europarechtlichen Grenzen aus dem Beihilfenverbot nach Art. 107 AEUV zu einer entsprechenden Einschränkung im Rahmen des § 11f RStV geführt (dazu umfassend Neuhoff, Rechtsprobleme der Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich, 2013, 47 ff.; → RStV § 11f Rn. 14 ff.; s. auch → RStV § 11 Rn. 12; s. auch → AEUV Art. 107 Rn. 72, 75 und passim). So wurde dort in Ergänzung zum grundsätzlichen Gebot des Programmbezugs für Telemedien aus § 11d Abs. 2 RStV letztlich nur auf Druck der Europäischen Kommission ein Drei-Stufen-Test aufgenommen. Danach muss der Rundfunkveranstalter darlegen, dass sein Angebot erstens zum öffentlichen Auftrag gehört (dazu Peters K&R 2009, 26 (28 f.)), zweitens einen publizistischen Mehrwert aufweist (dazu Sokoll NJW 2009, 885 (888)) und drittens der Aufwand verhältnismäßig ist, so dass insbes. kein Verdrängungswettbewerb gegenüber privaten Angeboten erfolgt. Grds. kann der **Drei-Stufen-Test** durchaus eine Chance darstellen, die Internetpräsenz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus der Pressefreiheit entsprechend zu gestalten. Während in Großbritannien jener „Public-Value-Test“ gleich in der Anfangsphase dazu geführt hat, dass tatsächlich einige Online-Angebote gestrichen wurden (vgl. die Pressemitteilung der BBC-Trust v. 21.11.2008, abrufbar unter http://www.bbc.co.uk/bbctrust/news/speeches/2008/ml_statement.shtml), sind die Auswirkungen in Deutschland bislang überschaubar. So konnte die Diskussion um den „publizistischen Mehrwert“, der als

Herzstück des Tests das Verhältnis der beiden Ordnungsmodelle austarieren soll, noch nicht hinreichend genutzt werden, um eine Schärfung des Sonderauftrags des öffentlichen-rechtlichen Rundfunks herbeizuführen. Auch hier zeigen sich letztlich die Schwächen der verfassungsgerichtlich vorgeprägten institutionellen Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (zu diesem Zusammenhang bereits Roth/Kühling, Europäisierung des Rechts, 2010, 121). So wäre es sinnvoller, dem britischen Vorbild folgend, eine unabhängige Kommission zur Durchführung des Dreistufentests einzusetzen, statt die Rundfunkräte (bzw. den Fernsehrat beim ZDF und den Hörfunkrat beim Deutschlandradio) damit zu beauftragen (für die Verfassungswidrigkeit der Regelung des Drei-Stufen-Tests daher Ladeur ZUM 2009, 906 (913)). Die Ausarbeitung der Vorgaben durch die ehrenamtlichen Mitglieder der Rund- und Fernsehräte, die sich der Expansion ihrer Rundfunkanstalt kaum mit dem nötigen Nachdruck zu Wehr setzen können, ist dysfunktional (so auch Wimmer ZUM 2009, 601 (608); aA Neuhoff, Rechtsprobleme der Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich, 2013, 320). Nur begrenzt hilfreich ist die Substantiierung der eigenen Positionen durch umfangreiche Gutachten, wie es § 11f RStV vorsieht.

Vor diesem Hintergrund lassen sich unproblematisch die bisherigen **Einschränkungen** **85a** **des Programmauftrags im Online-Bereich im RStV** rechtfertigen, da sie dem Ziel dienen, die Kollisionslage der subjektiv-rechtlich geprägten Pressefreiheit und der objektiv-rechtlich ausgestalteten Rundfunkfreiheit aufzulösen (aA etwa Hahn ZRP 2008, 217; verfassungsrechtliche Bedenken artikuliert auch Neuhoff, Rechtsprobleme der Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich, 2013, 182 ff.). Aus der Perspektive der aus dem Pressemarkt stammenden Online-Anbieter stellt sich die legislative Legitimation der beitragsfinanzierten Expansion der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nämlich als **Eingriff** in ihre **Pressefreiheit** dar – mit erheblichen Verdrängungsgefahren und daher erhöhter Eingriffsintensität. Dies wird insbesondere im Drei-Stufen-Test nach § 11f RStV entsprechend „abgearbeitet“. Weitet man den Blick für diese Kollisionslage, ist auch keineswegs eine großzügige Anwendung des Tests zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter oder eine restriktive Auslegung der Grenzen der Online-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten indiziert (so aber Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests. Inhaltliche und verfahrensrechtliche Herausforderungen, 2011, 82 ff., die insbesondere den Begriff der Presseähnlichkeit iSd §§ 2 Abs. 2 Nr. 20 und 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV mit verfassungsrechtlichen Argumenten so restriktiv interpretieren, dass, wie sie selbst einräumen, nach ihren „Maßstäben wohl kaum ein Online-Angebot presseähnlich ist“, Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests. Inhaltliche und verfahrensrechtliche Herausforderungen, 2011, 93). Angesichts der schwachen Legitimation einer diesbezüglichen Expansion öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter und der hohen Eingriffsintensität ist vielmehr eine strenge Prüfung erforderlich.

Die dogmatische Herausarbeitung einer entsprechenden Eingriffswirkung der Programmexpansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch gegenüber den privaten Rundfunkanbietern (dafür Neun, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Grenzen des Wachstums, 2002, 387 ff.; dagegen Hahn/Vesting/Binder RStV § 11f Rn. 21) würde insgesamt zu einer schärferen allgemeinen Prüfung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkangebots an einem pluralismuserorientierten „**Mehrwerttest**“ führen. Denn ein mit zurzeit ca. 7,5 Mrd. Euro pro Jahr aus Pflichtbeiträgen finanziertes Rundfunkprogramm als „Pay TV für alle“ erschwert privaten Anbietern den Zugang zu einem entgeltpflichtigen Programmangebot deutlich und zwingt diese in eine primäre Werbefinanzierung, während entgeltpflichtige Angebote nur in bestimmten Marksegmenten – wie etwa eine umfassende Fußballberichterstattung – für begrenzte Kundenkreise möglich bleiben. Damit wird die Herausbildung eines funktions-tüchtigen Außenpluralismus deutlich erschwert. Nur wenn diese Ambivalenzen ausgeblendet werden, stellt allein die Einführung quantitativer und sonstiger **Programmbeschränkungen** ein verfassungsrechtliches Problem dar und nicht umgekehrt deren Fehlen. Verlangt man wie hier aus freiheitsrechtlichen Gründen zum Schutz der privaten Rundfunk- und sonstigen Mediendienstanbieter, aber auch der Rezipienten, die kein öffentlich organisiertes und pflichtbeitragsfinanziertes Programm „vorgesehen“ bekommen, hingegen eine schärfere Mehrwerterorientierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, reduzieren sich verfassungsrechtliche Probleme entsprechender Beschränkungen. Allerdings bedarf es insoweit einer

GG Art. 5

I. Mediengrundrechte

Neuakzentuierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, gerade mit Blick auf die genannten konfligierenden Rechtspositionen, wobei insbesondere eine Relativierung der Ausgestaltungsdogmatik und eine Stärkung der subjektiven Rechte erforderlich ist (zu diesem Zusammenhang Hahn/Vesting/Eifert RStV § 11f Rn. 34 und RStV § 11a Rn. 13 ff.).

- 86 **f) Aufsicht. Moderat** ist in diesem Gesamtkonzept des BVerfG sodann die Aufsicht, die modellkonsequent primär anstaltsintern zu erfolgen hat. Orientiert ist die Aufsicht vor allem an den Programmgrundsätzen der Sachlichkeit, Ausgewogenheit und Vielfaltsorientierung (grundlegend BVerfGE 12, 205 (263) – Deutschland-Fernsehen, s. zur Umsetzung § 11 Abs. 2 RStV; → RStV § 11 Rn. 25 ff.), wobei ergänzend auch eine gewisse inhaltliche Qualität iSd Unterscheidbarkeit zum Angebot privater Sender vorgegeben werden darf und muss (s. BVerfGE 119, 181 (220) – KEF und den expliziten Hinweis in Bezug auf unterhaltende Programme in § 11 Abs. 1 S. 6 RStV). Die Steuerungskraft dieser Vorgaben und die institutionelle Absicherung primär anstaltsintern über den Rundfunkrat ist in der Verfassungsrealität allerdings schwach (dazu auch grundlegend mit ebenfalls skeptischer Bewertung Hahn, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009 passim und etwa 161 f.). Dies zeigt exemplarisch die wenig vielfaltsorientierte und primär massenwirksame Ausrichtung der Sportsendungen (→ Rn. 84). Die subsidiäre externe Kontrolle kann schon angesichts des Gebots der Staatsferne noch weniger als Korrektiv fungieren. Sie ist im Rahmen einer Rechtsaufsicht insbes. auf die Prüfung formalisierbarer Verstoßkategorien ausgerichtet, wie etwa auf den Fall von Verstößen gegen werberechtliche Regelungen (ebenso BK/Degenhart GG Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 827; s. zu Fällen in der Anwendungspraxis die Darstellung in Gotzmann, Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2003, 3 ff.). Die Überprüfung der Einhaltung der Grenzen der Programmautonomie ist im Fall der externen Kontrolle als Rechtsaufsicht bislang auf den wenig relevanten Fall von Verstößen gegen explizite gesetzliche Vorgaben (wie die Anzahl zulässiger Programme; so das Beispiel von BK/Degenhart GG Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 827) beschränkt. Sie könnte durch – verfassungsrechtlich zulässige – schärfere gesetzliche Einhegungsvorgaben des **Programmauftrags** wie den Drei-Stufen-Test (→ Rn. 85) jedoch zusätzliche Relevanz erlangen. Zwar ist wegen des Gebots der Staatsferne die Überprüfung wertungsoffener Tatbestandsmerkmale nur begrenzt möglich. Trotz der Anerkennung einer diesbezüglichen Einschätzungsprerogative der Rundfunkanstalt und des Rundfunkrats ist eine Kontrolle ähnlich der gerichtlichen Kontrolle der Grenzen eines Beurteilungsspielraums gleichwohl verfassungsrechtlich zulässig und angesichts der Freiheitsgefährdungen gegenüber privaten Anbietern auch indiziert (s. hierzu Jahn, Drei-Stufen-Test und plurale Rundfunkaufsicht, 2011, 111 f.).

5. Staatsferne

- 87 Schon im 1. Fernsehurteil hat das BVerfG zu Recht darauf verwiesen, wie wichtig es ist, dass der Rundfunk nicht staatlich gesteuert wird (BVerfGE 12, 205 (260 ff.) – Deutschland-Fernsehen; grundlegend Gersdorf, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1991, passim). Da jedoch schon mit Blick auf die volksrepräsentative Funktion staatlicher Vertreter und der durch sie partiell eröffneten Möglichkeiten der Repräsentation auch kleinerer Minderheiten „kein absolutes Trennungsgebot“ (BVerfGE 121, 30 (53) (67) – Hessisches PRG) greift, geht es weniger um eine „Staatsfreiheit“ als vielmehr um eine möglichst weit reichende „Staatsferne“ (BVerfGE 121, 30 (53) – Hessisches PRG). Dies bedeutet zunächst, dass der Staat selbst nicht die Funktion des Rundfunkbetreibers übernehmen darf (BVerfGE 121, 30 (52) – Hessisches PRG). Er darf aber auch **keinen „bestimmenden Einfluss** auf die Programmgestaltung oder die Programminhalte nehmen können“, was sodann angesichts der Staatsnähe auch für die Parteien gilt (BVerfGE 121, 30 (50) (53) – Hessisches PRG). Zudem ist „jede politische Instrumentalisierung des Rundfunks“ verboten (BVerfGE 121, 30 (61) – Hessisches PRG). Allerdings kommt dem Gesetzgeber insoweit eine gewisse Ausgestaltungsfreiheit zu, die jedoch bei einem absoluten Verbot der Beteiligung von Parteien an privaten Rundfunkunternehmen überschritten ist (BVerfGE 121, 30 (61) – Hessisches PRG, → Rn. 71). Anders als bei der Presse und beim privaten Rundfunk ist jedoch in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine öffentlich-rechtliche Organisation erforderlich, die systemimmanent eine Staatsfreiheit viel weniger zu gewährleisten im Stande ist, da die binnenpluralistische Organi-

sation eine Beteiligung des Staates und jedenfalls der Parteien eher indiziert. Die Gewährleistung einer hinreichenden Staatsferne ist daher regelmäßig problematischer. Das wurde zuletzt besonders deutlich bei der Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der **Zusammensetzung der ZDF-Gremien** in der Folge des politischen Streits um die Verlängerung des Vertrags des damaligen ZDF-Chefredakteurs Brender (s. insbes. Degenhart NVwZ 2010, 877 und Dörr K&R 2009, 555). Hier zeigen sich die Schwierigkeiten einer eindeutigen Zurechnung von Vertretern insbes. im 77 Mitglieder umfassenden ZDF-Fernsehrat. So gibt es einerseits 19 unmittelbare Vertreter des Staates (nämlich die Vertreter des Bundes und der Länder gem. § 21 Abs. 1 lit. a und b ZDF-Staatsvertrag), aber andererseits auch Vertreter anderer Gruppen, bei denen die Ministerpräsidenten das Berufungsrecht haben, teils unmittelbar (16 Mitglieder), teils abgeschwächt durch das Wahlrecht aus einem Dreier-Vorschlag der jeweiligen Verbände und Organisationen (25 Vertreter; vgl. § 21 Abs. 3 und 4 ZDF-Staatsvertrag). Ferner werden zwölf Vertreter von den Parteien bestimmt (§ 21 Abs. 1 lit. c ZDF-Staatsvertrag), die zwar nicht unmittelbar dem Staat zugerechnet werden, aber jedenfalls den Staatseinfluss erhöhen (zur Staatsnähe BVerfGE 121, 30 (53 ff.) – Hessisches PRG; zur weit gehenden Gleichsetzung mit staatlichen Vertretern BVerfGE 73, 118 (165) – LRG Niedersachsen: „deren Einfluss sich von einem als ‚staatlicher‘ in Erscheinung tretenden Einfluss der Mehrheitsparteien kaum unterscheiden lässt“). Der ZDF-Fernsehrat bestimmt sodann wiederum die Mehrheit der Mitglieder des ZDF-Verwaltungsrates, die ergänzend zu den ohnehin schon vom Staat entsandten Vertretern hinzukommen (§ 24 Abs. 1 lit. c ZDF-Staatsvertrag). Selbst wenn man nur die 19 unmittelbaren Vertreter des Staates mit den zwölf Parteien-Vertretern zusammenrechnet, überschreitet man mit 31 Mitgliedern bereits die problematische Ein-Drittel-Grenze staatlicher und staatsnaher Vertreter. Nimmt man nun lediglich den ergänzenden Staatseinfluss auf die Auswahl der unmittelbar benannten 16 Mitglieder hinzu, wird die 50-%-Grenze deutlich überschritten. Daher sprechen die besseren Gründe dafür, die Grenze des staatlichen Einflusses auf die Besetzung des Fernsehrates (und damit auch des Verwaltungsrates) als überschritten anzusehen (so auch Dörr K&R 2009, 555 (557 ff.); ebenso Hahn, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, 196). Lediglich leicht abschwächend greift der Aspekt der besonderen föderalen Organisation und auch Brechung des staatlichen Einflusses im Fall des ZDF (insoweit weiter gehend BayVerfGH NJW 1990, 311 (313) unter Verweis auf Jarass, Die Freiheit des Rundfunks vom Staat, 1981, 42; ThürVerfGH LKV 1999, 21 (22 ff.); dies hebt insbes. Degenhart NVwZ 2010, 877 (880), hervor). Auch aus der Unterscheidung zwischen Mehrheits- und Minderheitsparteien ebenso wie aus der Repräsentanz sehr unterschiedlicher staatlicher Interessen kann kaum eine relevante Relativierung abgeleitet werden (s. den Hinweis bei Degenhart NVwZ 2010, 877 (880)). Selbstverständlich ist ein „Mehrheitsrundfunk des Staates“ unter rundfunkfreiheitlichen Gesichtspunkten noch weniger akzeptabel als ein durch alle staatlichen Stellen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene „vielfältig“ staatlich gesteuerter Rundfunk. Gleichwohl geht es auch um die Vermeidung von staatlichem Einfluss per se. Diese Fragen werden jedoch in dem beim BVerfG bereits seit Anfang 2011 anhängigen Normkontrollverfahren 1 BvF 1/11 zur Verfassungsmäßigkeit jener Vorgaben des ZDF-Staatsvertrags bald geklärt werden können. Der Umstand, dass sich das BVerfG in seiner bisherigen umfangreichen Rspr. zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht zumindest am Rande krit. zur Zusammensetzung der Gremien wie im Falle des ZDF geäußert hat, dürfte es dem Gericht zwar schwer machen, jenes Organisationsgebilde nun zu verwerfen, steht dem jedoch nicht prinzipiell entgegen (Degenhart NVwZ 2010, 877 (879), hält es für fernliegend anzunehmen, dass das BVerfG jene Rspr. „im Bewusstsein einer verfassungswidrigen Binnenorganisation entwickelt“ hat). Damit wird sich für das Gericht jedenfalls erneut die Möglichkeit ergeben, die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im voll entfalteten digitalen Zeitalter krit. zu reflektieren (so auch Kirchberg, Der Fall Brender und die Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 2012, V.). Rechtspolitisch ist die Gremienzusammensetzung des ZDF allemal abzulehnen und eine Anpassung an die Ausgestaltung anderer Rundfunkanstalten dringend indiziert. Angesichts der auch in puncto Staatsferne fragilen Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks spricht jedenfalls wenig dafür, diesem Modell in Kollisionsbereichen mit der privat organisierten Presselandschaft den Vorzug zu geben (→ Rn. 85).

GG Art. 5

I. Mediengrundrechte

6. Konzentrationskontrolle

- 88 Anders als der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist der private Rundfunk nicht primär binnenpluralistisch zu organisieren. Binnenplurale Anforderungen unterliegen vielmehr einer strengen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Die privatwirtschaftliche Organisation des Rundfunks wäre andernfalls „um das Grundelement privatautonomer Gestaltung und damit um ihre eigentliche Substanz gebracht“ (BVerfGE 73, 118 (171) – LRG Niedersachsen; s. auch BK/Degenhart GG Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 840 f.). **Binnenpluralistische Vorgaben** sind daher nur zulässig, sofern sie außenpluralistische Defizite zu beseitigen helfen, die nicht durch anderweitige Maßnahmen insbes. der Konzentrationskontrolle behoben werden können. Das gilt insbes. für den lokalen Rundfunk (BVerfGE 83, 238 (322 ff.) – WDR). Vor diesem Hintergrund ist die Verpflichtung zur Ausstrahlung von Fensterprogrammen für unabhängige Dritte nach § 26 Abs. 5 RStV, die schon ab einem Zuschaueranteil von 10 % greift, verfassungsrechtlich problematisch (zur Kritik Engel ZUM 2000, 345 (347 ff.)). Gerade in einem dualen Rundfunksystem sind die Anforderungen an die privaten Rundfunkveranstalter nicht zu hoch anzusetzen. Die Vergabe der **Fensterprogramme** stellt vor diesem Hintergrund nicht nur einen massiven Eingriff in die Programmfreiheit des verpflichteten Rundfunksenders dar (Storr ThürVbl 2003, 169 (175)), sondern wirkt auch deshalb ein erhebliches Freiheitsgefährdungspotenzial auf, weil die Sendeplätze in einem Ausschreibungsverfahren vergeben werden müssen, das anfällig für politische Einflussnahmen ist. Das wurde zuletzt im Streit um die Vergabe der Drittsendezeiten im Programm des Senders Sat 1 deutlich. Die seinerzeit zuständige Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz hatte die Sendezeiten für den Zeitraum ab Juni 2013 entgegen den Präferenzen von Sat 1 in fragwürdiger Weise (krit. FAZ v. 6.3.2013, 31) an die Anbieter dctp sowie News und Pictures übertragen, was zu verschiedenen gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt hat (vgl. VG Neustadt Urt. v. 5.9.2102 – 5 K 404/12.NW; dazu Ladeur K&R 2012, 841 ff.). Angesichts der beschränkten Auswirkung auf die Pluralismussicherung ist die Verhältnismäßigkeit entsprechender Regelungen jedenfalls fraglich.
- 89 Auch sonstige Maßnahmen der Konzentrationskontrolle bedürfen als Eingriff in die Rundfunkfreiheit der privaten Anbieter einer entsprechenden Rechtfertigung. Diese ist jedoch angesichts der hohen Bedeutung des Pluralismus möglich. Dabei sind Schranken des externen Wachstums (durch **Fusionen** etc.) eher zu rechtfertigen als solche des internen Wachstums. In der näheren Ausgestaltung verfügt der Gesetzgeber wiederum über einen gewissen Spielraum, so dass er – wie im derzeit geltenden Recht des § 26 RStV – insbes. auf ein **Zuschaueranteilsmodell** setzen, dieses aber auch durch die Berücksichtigung der Marktanteile auf den Werbemärkten und auf benachbarten Medienmärkten ergänzen kann. Vor diesem Hintergrund sind auch strengere Grenzen für die Beteiligung von Presseunternehmen zur Vermeidung der Übertragung von Marktmacht aus dem Presse- in den Rundfunkmarkt und der damit einhergehenden Gefährdung des Pluralismus auf der lokalen Ebene verfassungsrechtlich durchaus zulässig (zu sog. „Doppelmonopolen“ bereits BVerfGE 73, 118 (177) – LRG Niedersachsen; eher zurückhaltend gegenüber entsprechenden Maßnahmen BK/Degenhart GG Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 854).

7. Zugangsfragen

- 90 a) **Zugang zu Inhalten (insbes. Kurzberichterstattung und Free-TV-Liste).** In der 10. Rundfunk-Entscheidung hat das BVerfG wichtige und zutreffende Ausführungen zur Reichweite der Rundfunkfreiheit als informationelles Zugangsrecht in der Informationsgesellschaft am Beispiel der Kurzberichterstattung entwickelt (zum Folgenden bereits Kühling, FS Steiner, 2009, 474 ff.). Diese Argumentation ist aber keineswegs auf die Rechtfertigung eines Zugangsrechts zur zeitversetzten Kurzberichterstattung im Fernsehen beschränkt, sondern kann dem Grunde nach auch zur Rechtfertigung anderer Zugangspflichten herangezogen werden. So lassen sich die Aussagen auf die Hörfunk-Berichterstattung vollumfänglich übertragen. Eine entsprechende Zugangspflicht für die Kurzberichterstattung im Hörfunk könnte demnach gleichermaßen gerechtfertigt werden (dem Ansatz nach ebenso der BGHZ 165, 62 (71 f.)). Besonderheiten gelten dagegen für „Live“- und erst recht für eine „Voll“-Berichterstattung. Insoweit ist zwar davon auszugehen, dass auch diese

Berichtsformen unter dem Schutz der Rundfunkfreiheit stehen (für die „Live“-Berichterstattung im Hörfunkbereich ebenso BGHZ 165, 62 (71 f.)). Die Verfügbarkeit von **Kurzberichterstattungsrechten** schränkt die diesbezügliche Notwendigkeit und Zulässigkeit der Normierung von Zugangspflichten im Sinne einer „Voll“- und „Live“-Berichterstattung aber ein. So ist es im Bereich einer rein privat organisierten Inhalteproduktion schwierig, derartige Zugangspflichten zu rechtfertigen. Denn die **Gefahren von Informationsmonopolen** und einer vollständigen Kommerzialisierung von Informationen von allgemeiner Bedeutung sind angesichts der Existenz der Kurzberichterstattungsrechte deutlich reduziert. Ein wesentlicher Argumentationsbaustein zur Rechtfertigung des Kurzberichterstattungsrechts ist iÜ dessen primäre Ausrichtung am Nachrichten- und nicht am Unterhaltungswert (BVerfGE 97, 228 (260 f.) – Kurzberichterstattung). Bei der „**Voll- und „Live“-Berichterstattung** von Sportveranstaltungen steht aber der Unterhaltungswert im Vordergrund. Im Übrigen hat das BVerfG jene Verfassungsvorgaben in der 10. Rundfunk-Entscheidung angesichts einer Eingriffs-Abwehrprüfung im Rahmen „vernünftiger Gemeinwohlerwägungen“ entwickelt. Die Wirkungsweise der Rundfunkfreiheit bei Zugangsstreitigkeiten erschöpft sich im vorliegenden Zusammenhang aber keineswegs darin, bestimmte einfachgesetzlich eingeräumte Zugangspflichten bzw. Zugangsrechte zu rechtfertigen, also Grundrechtseingriffe zu legitimieren. Die Rundfunkfreiheit ist vielmehr zugleich wichtiger Auslegungsmaßstab für die Interpretation solcher Normen, die Zugangsrechte begründen oder beschränken können. Die immer stärkere Kommerzialisierung der Medieninhalte einschließlich des Aufbaus entsprechender Verwertungskaskaden sowie eine durchgehende Privatisierung bei der Infrastrukturbereitstellung führen letztlich dazu, dass in der Medienordnung immer mehr tri- und multipolare Zugangskonflikte entstehen (vgl. dazu schon die Hinweise bei Tietje JuS 1999, 644 (649)). Die Rundfunkfreiheit wirkt vor diesem Hintergrund immer öfter in solche an sich privatautonom geregelten Bürger-Bürger-Verhältnisse hinein. Dies wurde zuletzt beim parallelen Streit um die (Fußball-) Kurzberichterstattung im Hörfunkbereich deutlich. Hier müssen das aus den §§ 858 ff., 1004 BGB abzuleitende Hausrecht des Stadionbetreibers bzw. -veranstalters sowie die allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbotsnormen aus den §§ 19, 20 GWB in verfassungskonformer Weise so interpretiert werden, dass ein effektives Zugangsrecht in Form eines Kurzberichterstattungsrechts gewährleistet wird (so auch iErg BGHZ 165, 62 (71 ff.)). Einen Schritt weiter geht iÜ die Ableitung von **Schutzpflichten** aus der Rundfunkfreiheit dahingehend, dass der Staat zum Erlass entsprechender Zugangspflichten oder gar Zugangsrechte verpflichtet ist. Mit Blick auf das Kurzberichterstattungsrecht kann angesichts dessen Bedeutung für die Informationsordnung davon ausgegangen werden, dass eine solche Schutzpflicht greift. Der Staat ist also zur Normierung eines derartigen materiell-rechtlichen Zugangsrechts verpflichtet, das er auch prozedural hinreichend effektiv absichern muss. Entsprechendes kann für den Zugang zur erforderlichen Übertragungsinfrastruktur und Übertragungstechnik gelten. Für eine „Live“- oder „Voll“-Berichterstattung ist der gesetzgeberische Spielraum angesichts der dargelegten abgeschwächten Bedeutung für den freien Informationszugang dagegen weiter zu ziehen. So lässt sich wohl keine auch noch so eng gefasste zwingende „**Free-TV“-Liste** aus der Rundfunkfreiheit ableiten. Entsprechende Vorgaben lassen sich mit Blick auf die Pluralismussicherung und Informationsinteressen der Öffentlichkeit jedoch rechtfertigen.

b) Zugang zu Übertragungsinfrastrukturen (insbes. DVBT) und Plattformen. 91

Der Zugang zur Telekommunikations-Infrastruktur wird von der Rundfunkfreiheit gleichermaßen erfasst, da jene Infrastrukturen eine **unabdingbare Funktion** bei der Verbreitung von Rundfunkinhalten erfüllen. Dies entspricht der Rspr. des BVerfG in vergleichbaren Konstellationen, in denen das Gericht stets darauf abgestellt hat, ob der Hilfstätigkeit eine entsprechende publizistische bzw. funktionsrelevante Bedeutung zukommt (so für die Pressefreiheit BVerfGE 77, 346 (354) – Presse Grosso). Mit dem Abbau von Knappheiten bei den Verbreitungsinfrastrukturen haben sich die diesbezüglichen Zugangskonflikte allerdings abgeschwächt. So stehen nach der Digitalisierung umfassende Kabelübertragungskapazitäten zur Verfügung, die die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Vorstrukturierung entfallen lassen. Die Vorschrift des § 52 RStV aF über die Kabelbelegung wurde daher entsprechend aufgehoben bzw. modifiziert (vgl. Dörr ZUM 2013, 81 (95 f.); Ritlewski ZUM 2008, 404 (404)). Für die Satellitenverbreitung gilt das wie für das Fernsehen über das Internet (IPTV)

GG Art. 5

I. Mediengrundrechte

erst recht. Nur DVBT – als neue terrestrische Verbreitungsinfrastruktur nach dem „Switch-over“ von der analogen Verbreitung – weist **noch relevante Knappheiten** auf. Mit dem europarechtlich erzwungenen (→ Rn. 21 f.) Wegfall der Finanzierung des „Switch-over“ aus Rundfunkgebühren (bzw. jetzt Rundfunkbeiträgen) ist das Interesse privater Rundfunkunternehmen an dieser vergleichsweise teuren Übertragungsinfrastruktur allerdings deutlich zurückgegangen und die RTL-Sendergruppe hat bereits ihren Ausstieg aus DVBT bekannt gegeben. Die Sendergruppe Pro Sieben Sat 1 will dagegen an DVBT vorläufig festhalten und könnte einen Teil der frei werdenden Frequenzen übernehmen (FAZ v. 2.4.2013, 23). Nicht zuletzt angesichts alternativer Verbreitungsinfrastrukturen sind die Vorgaben der §§ 51 und 51a RStV gleichwohl nur noch von geringer Relevanz. So trug der Antennenempfang zum Marktanteil der RTL-Sendergruppe zuletzt etwa nur noch 4,2 % bei (FAZ v. 2.4.2013, 23). Da es sich bei DVBT um eine aus Rundfunkbeiträgen finanzierte Infrastruktur handelt, ist der privilegierte Zugang öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nach § 51 Abs. 3 Nr. 1 RStV rechtfertigbar. Die **vielfaltsorientierte Kapazitätszuweisung** im Falle konfligierender Zugangsinteressen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten ist sodann verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern auch indiziert. Das gilt für die Zuweisung verbliebener Kapazitäten an private Rundfunkunternehmen in Engpassfällen nach § 51a Abs. 4 RStV gleichermaßen.

- 92 Mit Blick auf die **Kabelverbreitung** war iÜ zuletzt die Vergütungsfrage zwischen den Kabelnetzbetreibern und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbes. im Fall von Übertragungspflichten streitig (dazu umfassend Trute/Broemel MMR-Beil 2012, 1 ff., und Fink/Keber MMR-Beil 2013, 1 (26 ff.)), die jeweils aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben einschließlich der Rundfunkfreiheit tendenziell eine Übertragungspflicht ableiten, die dann jedoch wegen der Grundrechtspositionen der Kabelnetzbetreiber vergütet werden muss).
- 93 Neben der reinen Übertragungsinfrastruktur werden auch sonstige Plattform(dienste) erfasst wie etwa **Zugangsberechtigungssysteme**, elektronische Programmführer etc. Hier geht es oftmals allerdings weniger um Knappheitsentscheidungen als vielmehr um Fälle der Vermeidung von Diskriminierungen. Auch insoweit greift ergänzend und überformend die Rundfunkfreiheit. Angesichts der „überlappenden“ Gesetzgebungskompetenzen in diesem Grenzbereich von Rundfunk- und Telekommunikationsregulierung finden sich hier Regelungen sowohl im RStV (§§ 52 ff. RStV) als auch im TKG (§ 50).

8. Die Dogmatik der Rundfunkfreiheit im Lichte des veränderten Realbereichs

- 94 Die Analyse der Rundfunkrechtsprechung (→ Rn. 58 ff.) hat bereits gezeigt, dass das BVerfG zum einen seine Rspr. von Anfang an offen für die Veränderungen im Realbereich angelegt und zum anderen in der weiteren Ausformung der Rechtsprechungslinien entsprechende Entwicklungen berücksichtigt hat. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob das Gericht das Ausmaß an Änderungen in der Tiefenstruktur tatsächlich hinreichend verarbeitet (zum Folgenden bereits Wahl/Kühling, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 2008, 409 ff.). Eine Gesamtbetrachtung der Auslegung der Medienfreiheiten durch das BVerfG vermittelt hier letztlich vielmehr den Eindruck einer **überborden- den Interpretation der Gewährleistungsdogmatik** als Kern der Rundfunkfreiheit unter **Zurückdrängung der subjektivrechtlichen Komponenten**, die im seltsamen Kontrast zu einer diesbezüglich starken Zurückhaltung bei den übrigen Medienfreiheiten steht.
- 95 a) **Die drei Ebenen: Ziele, Konzepte, Maßnahmen.** Aufbauend auf der begrifflichen Unterscheidung von Hoffmann-Riem (s. daher zum Folgenden dessen Abhandlung in Ladeur (Hrsg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, 55 ff. mwN jeweils zur Rspr. des BVerfG) ist eine medienübergreifende, vereinheitlichende Gewährleistungsdogmatik der Massenkommunikationsmittel erforderlich, wenn auch mit einer anderen Stoßrichtung als von Hoffmann-Riem aufgezeigt. Dabei stuft Hoffmann-Riem das Gewährleistungsprogramm in den drei Ebenen des Ziels, des Konzepts und der jeweiligen Maßnahmen ab. Diese Differenzierung dient nicht nur der Abschtichung der verschiedenen Kritikansätze, sondern erleichtert zugleich die Übertragung auf die übrigen Massenmedien. Auf der Zielebene geht es um die Sicherung einer pluralen Kommunikationsordnung. Auf der Konzeptebene stehen sodann die Staatsfreiheit des Rundfunks, die Grundversorgung der Rezipienten und ein hinreichender Pluralismus, der insbes. eine Konzentrationsabwehr verlangt, im Vor-