

# Recht der elektronischen Medien

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Gerald Spindler, und Prof. Dr. Fabian Schuster, Rechtsanwalt, Bearbeitet von den Herausgebern und von Katharina Anton, Prof. Dr. Ivo Bach, Tobias Brings-Wiesen, Lukas Dalby, Dipl.-Jur., Dr. Harm-Randolf Döpkins, Rechtsanwalt, Dr. Jens Eckhardt, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Murad Erdemir, Dr. Frederik Ferreau, Michael Fricke, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Marco Gercke, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Prof. Dr. Ludwig Gramlich, Dr. Andreas Grünwald, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Karl-Eberhard Hain, Dr. Jörn Heckmann, Rechtsanwalt, Dr. Helmut Hoffmann, Dr. Daniel Hofmann, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M., Anna Zsófia Horváth, LL.M., Dr. Philip Laue, LL.M., Prof. Dr. Roger Mann, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, Prof. Dr. Ulf Müller, Prof. Dr. Monika Namyslowska, Dr. Jens Neitzel, Rechtsanwalt, Dr. Judith Nink, Syndikusrechtsanwältin, Dr. Carl Friedrich Nordmeier, Richter am Landgericht, Christoph Nüßing, Rechtsanwalt, Thorsten Ricke, Akademischer Rat, Lutz Ropeter, Rechtsanwalt und Mediator, Dr. Martin Schirmbacher, Rechtsanwalt, Jörg F. Smid, Rechtsanwalt, Dr. Axel Sodtalbers, Rechtsanwalt, Paul Voigt, Rechtsanwalt, Dr. Christian Volkmann, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M.

4. Auflage 2019. Buch. LVI, 2928 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 73012 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Telekommunikationsrecht, Postrecht, IT-Recht > IT-Recht, Internetrecht, Informationsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

dungszusammenhängen ständen. Es seien zunächst solche Personen von der Bestellung als staatsferne Mitglieder der Rundfunkanstalten auszuschließen, die Mitglieder von Regierungen, Parlamentarier, politische Beamte oder Wahlbeamte in Leitungsfunktionen seien. Unter die Inkompatibilitätsregelungen müssten aber auch solche Personen fallen, die in herausgehobener Funktion für eine politische Partei Verantwortung trügen. Wann eine solche Mitwirkung in herausgehobener Verantwortung in einer politischen Partei gegeben sei, bedürfe der näheren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Denkbar sei etwa, auf Ämter oberhalb der Kreis- oder Bezirksebene abzustellen.

Für alle Mitglieder der Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bedürfe es einer hinreichenden Absicherung ihrer persönlichen Rechtsstellung zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit bei der Aufgabenwahrnehmung. Hierfür sei erforderlich, dass die Mitglieder hinsichtlich ihrer Aufgabenwahrnehmung in den Rundfunkanstalten **weisungsfrei** gestellt würden<sup>586</sup> und **nur aus wichtigem Grund abberufen** werden dürften. 113

Der Gesetzgeber habe Regelungen zu schaffen, die für die Arbeit der Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks jedenfalls ein **Mindestmaß an Transparenz** gewährleisten. Soweit funktional mit den Aufgaben der jeweiligen Gremien vereinbar, müssten Handeln und Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Rundfunkanstalten sowohl für die Öffentlichkeit als auch für den Gesetzgeber, der für die Rundfunkanstalten die Strukturverantwortung trage, erkennbar sein. Transparenz könne auch eine heilsame Vorwirkung gegen funktionswidrige Absprachen und Einflussnahmen entfalten und helfen, Tendenzen von Machtmissbrauch oder Vereinnahmungen durch Partikularinteressen frühzeitig entgegenzuwirken. Welches Maß an Transparenz für eine funktionsgerechte Aufgabenwahrnehmung sachgerecht sei, sei durch die Verfassung nicht im Einzelnen vorgezeichnet. Der Gesetzgeber habe dafür Sorge zu tragen, dass in den Gremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Rundfunkaufsicht und den Vertraulichkeitserfordernissen einer sachgemessenen Gremienarbeit hergestellt werde. Insbesondere liege es in seiner Entscheidung, ob für die Arbeit der Gremien der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit gelten solle. Geboten seien allein Regeln, die ein Mindestmaß an Transparenz gewährleisten. Hierzu gehöre jedoch, dass die Organisationsstrukturen, die Zusammensetzung der Gremien und Ausschüsse sowie die anstehenden Tagesordnungen ohne weiteres in Erfahrung gebracht werden könnten und dass zumindest dem Grundsatz nach die Sitzungsprotokolle zeitnah zugänglich seien oder sonst die Öffentlichkeit über Gegenstand und Ergebnisse der Beratungen in substantieller Weise unterrichtet werde. 114

Mit einer durchgehenden Orientierung am Grundsatz der Vielfaltsicherung und einer konsequenten Begrenzung des Anteils staatlicher und staatsnaher Mitglieder in den Aufsichtsgremien seien zugleich Vorkehrungen dagegen getroffen, dass die staatlichen und staatsnahen Mitglieder die Arbeit in den Gremien über informelle Absprachen wie nach gegenwärtiger Praxis mittels der **Freundskreise** dominierten.<sup>587</sup> 115

Mit seiner Entscheidung zum ZDF-StV hat das BVerfG im Hinblick auf die Gremienzusammensetzung im gruppenpluralen Modell Anforderungen formuliert, die dazu angetan sind, den Staats-/Parteieneinfluss deutlich zu limitieren.<sup>588</sup> Die pauschale polemische Diskreditierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als „**Staatsrundfunk**“<sup>589</sup> ist nach alledem **unangebracht** und angesichts der Funktion und Bedeutung dieser auf hohe journalistische Standards verpflichteten Säule des dualen Systems für die öffentliche Meinungsbildung leichtfertig, auch wenn im Einzelnen Dysfunktionalitäten bestehen, die aber – wie nicht zuletzt die ZDF-Entscheidung zeigt – zu korrigieren sind. 116

**Verfahren zur Festlegung der Höhe der Finanzierung.** Die Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der Festsetzung der Höhe der „Rundfunkgebühr“, nunmehr des Rundfunkbeitrages, ist paradigmatisch für den **Grundrechtsschutz durch Verfahren**.<sup>590</sup> Ausgangspunkt bildet die Einsicht, dass die Finanzierungshöhe weder allein den Anstalten überlassen werden kann, die wie alle Institutionen ein Interesse an der Ausweitung ihres Tätigkeitskreises haben,<sup>591</sup> noch dem Staat, der dann über Finanzierungsentscheidungen den öffentlich-rechtlichen Rundfunk maßregeln könnte.<sup>592</sup> Indes sind Indienstnahmen des Rundfunks für außerpublizistische Zwecke aus Gründen der Rundfunkfreiheit, insbesondere der Programmautonomie der Rundfunkanstalten und des komplementären Gebots funktionsadäquater Staatsdistanz zum Rundfunk unzulässig.<sup>593</sup> 117

<sup>586</sup> Vgl. bereits BVerfGE 60, 53 (66); 83, 238 (332 f., 335).

<sup>587</sup> Weitergehende Restriktionen von Staats-/staatsnahen Einflüssen insb. im Hinblick auf Vertreter der Exekutive fordert Richter *Paulus* in seinem Sondervotum; BVerfGE 136, 9 (60 ff.).

<sup>588</sup> Zum Echo auf die Entscheidung in der Lit. vgl. nur *Stark*, JZ 2014, 552; *Cornils*, K&R 2014, 386; *Degenhart*, K&R 2014, 340; *Schoch*, FS Jarass, 2015, S. 525.

<sup>589</sup> Vgl. etwa *Döpfner*, Vorsitzender des BDZV auf dem Zeitungskongress 2017 am 18.9.2017 in Stuttgart, Redemanuskript, S. 6 (abrufbar unter [http://www.bdzv.de/fileadmin/bdzv\\_hauptseite/veranstaltungen/2017/zeitungskongress2017/assets/Rede\\_Dr.\\_D%C3%B6pfner\\_Medienpolitik\\_Mitgliederversammlung.pdf](http://www.bdzv.de/fileadmin/bdzv_hauptseite/veranstaltungen/2017/zeitungskongress2017/assets/Rede_Dr._D%C3%B6pfner_Medienpolitik_Mitgliederversammlung.pdf)).

<sup>590</sup> Vgl. dazu grundsätzlich nur *Dreier/Dreier*, GG, vor Art. 1 Rn. 105 f. mWn; speziell zum Verfahrensschutz bzgl. Festlegung der Finanzierungshöhe für die Rundfunkanstalten BVerfGE 87, 181 (204 f.).

<sup>591</sup> BVerfGE 87, 181 (202); siehe auch 90, 60 (92).

<sup>592</sup> Vgl. BVerfGE 87, 181 (202); 90, 60 (88 f., 93).

<sup>593</sup> BVerfGE 90, 60 (87).

- 118 Dazu ist es zunächst notwendig, die Ebene prinzipiell zulässiger medienpolitischer oder programmleitender Entscheidungen des Gesetzgebers im Rahmen der allgemeinen Rundfunkgesetzgebung von der Ebene der Entscheidungen über die Finanzierung strikt zu trennen.<sup>594</sup> Zunächst ist der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach dem Kriterium der publizistischen Funktionserforderlichkeit durch den Gesetzgeber zu konkretisieren. Daran knüpft die Entscheidung über die notwendige Höhe der Finanzierung des Funktionserforderlichen an. **Es folgt also die Finanzierung dem Auftrag und nicht umgekehrt.** Es gelten die Prinzipien der Programmneutralität und der Programmakzessorietät der Gebühren- bzw. Beitragsentscheidung.<sup>595</sup> Zum einen darf daher der Gesetzgeber nicht mit Finanzierungsentscheidungen Programm lenken betreiben.<sup>596</sup> Zum anderen darf er nicht den Funktionsauftrag von vornherein unter dem Aspekt finanzieller Kalküle wie etwa dem der „Beitragsstabilität“ unter das Niveau des publizistisch Funktionserforderlichen reduzieren.
- 119 Da aber – so das BVerfG<sup>597</sup> – zweckferne Einflüsse in der Regel weder aufdeckbar noch am Ergebnis ablesbar seien, könnten sie auch nicht nachträglich korrigiert werden. Die dementsprechend notwendige, die Möglichkeit rechtswidriger Kompetenzwahrnehmungen möglichst ausschließende rechtliche Struktur könne nur in einer **angemessenen Verfahrensregelung** bestehen. Dabei müsse (lediglich) gewährleistet sein, dass die Rundfunkanstalten die zur Auftragsbefriedigung erforderlichen Mittel erhielten und politische Einflussnahmen auf die Programmgestaltung mittels der Gebührenfinanzierung wirksam ausgeschlossen würden.<sup>598</sup> Insoweit favorisiert das Gericht ein **dreistufiges, kooperatives Verfahren**, wie es im RFinStV umgesetzt ist. Dabei kommt es aus Gründen der Angebotsautonomie (1) den Rundfunkanstalten selbst zu, ihren Finanzierungsbedarf anzumelden. (2) Die fachliche externe Kontrolle auf Auftragskonformität sowie Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit werde besonders gut von einem sachverständig zusammengesetzten Gremium ausgeführt. Diese Aufgaben werden von der KEF wahrgenommen (§ 3 RFinStV). Die Gebühren-/Beitragsentscheidung wird auf der Grundlage der diesbezüglichen Empfehlung der KEF in der Regel von den Parlamenten getroffen, diese können die Entscheidung indes auf der Basis einer verfassungsgemäßen Ermächtigung auch delegieren. Dabei besteht nur ein geringer Spielraum für Abweichungen von der Empfehlung der KEF zur Abgabenhöhe. Dafür kämen nur Gründe in Betracht, die vor der Rundfunkfreiheit Bestand hätten. Diese würden sich im Wesentlichen in Gesichtspunkten des Informationszugangs und der angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer erschöpfen. Für solche Abweichungen müssten nachprüfbar Gründe angegeben werden.<sup>599</sup>
- 120 An diesem Punkt setzt die zweite Gebührenentscheidung, die im Übrigen die soeben referierten Ausführungen der ersten Gebührenentscheidung rezipiert,<sup>600</sup> an. In dieser Entscheidung werden die **Begründungserfordernisse für eine Abweichung** von der Empfehlung der KEF **konkretisiert**. Der dabei bestehende Zielkonflikt wird zunächst zutreffend mit den Ausführungen beschrieben, bezüglich der Reichweite der Abweichungsbefugnisse des Gesetzgebers müsse der seiner verfassungsrechtlichen Stellung entsprechende Gestaltungsspielraum berücksichtigt werden, ohne dass der gebotene prozedurale Grundrechtsschutz leerlaufen dürfe,<sup>601</sup> und letztlich weithin zugunsten dieses prozeduralen Grundrechtsschutzes gelöst. Die Abweichungsgründe beschränkten sich nicht auf eine bloße Missbrauchskontrolle, sondern ermöglichten eine Korrektur zugunsten der Belange der Gebührenzahler. Auch seien die im ersten Gebührener Urteil genannten Gründe zwar regelmäßig, aber nicht ausnahmslos abschließend gemeint.<sup>602</sup> Dann engt das BVerfG aber die gesetzgeberischen Spielräume nicht unerheblich ein. Es wird betont, angesichts einer beabsichtigten Abweichung sei der prozedurale Schutz durch Einbeziehung der Rundfunkanstalten und der KEF zu wahren. Der Gesetzgeber müsse weiterhin die seine Abweichung rechtfertigenden Tatsachenannahmen nachvollziehbar benennen und die daran anknüpfende Bewertung offenlegen. Beanspruche der Gesetzgeber, auch die fachliche Bedarfsfeststellung als solche zu korrigieren, müsse die Begründung nachvollziehbar machen, dass die Gebührenentscheidung auch nach der Korrektur auf einer fachlich abgesicherten und transparenten Bedarfsfeinschätzung gründe.<sup>603</sup> Es ist kritisiert worden, diese Vorgaben ließen eine Abweichung von der Empfehlung der KEF nach unten als kaum realistisch erscheinen. In der Tat sind die Spielräume für den Gesetzgeber sehr gering.<sup>604</sup> Dies ist aber der Notwendigkeit eines effektiven Schutzes der Rundfunkanstalten vor dysfunktionalen politischen Einflussnahmen im Hinblick auf dafür höchst anfällige Finanzierungsentscheidungen geschuldet.

<sup>594</sup> BVerfGE 90, 60 (94): „Grundsatz der Trennung von allgemeinen medienpolitischen Entscheidungen und Entscheidungen über die Rundfunkgebühr“.

<sup>595</sup> BVerfGE 90, 60 (94).

<sup>596</sup> BVerfGE 90, 60 (93 f.).

<sup>597</sup> BVerfGE 90, 60 (96).

<sup>598</sup> BVerfGE 90, 60 (102).

<sup>599</sup> Zum Vorstehenden BVerfGE 90, 60 (102 ff.).

<sup>600</sup> BVerfGE 119, 181 (220 ff.).

<sup>601</sup> BVerfGE 119, 181 (225 f.).

<sup>602</sup> BVerfGE 119, 181 (226 f.).

<sup>603</sup> BVerfGE 119, 181 (228 f.).

<sup>604</sup> Vgl. etwa BK GG/Degenhart, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 394.

**Aufsicht.** Auf eine Staatsaufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk kann nicht verzichtet werden.<sup>605</sup> Es kommt allerdings wegen der Angebotsautonomie und des Grundsatzes funktionsadäquater Staatsdistanz zum Rundfunk von vornherein nur eine **beschränkte staatliche Rechtsaufsicht** in Betracht.<sup>606</sup> Zunächst gilt die Subsidiarität der staatlichen Aufsicht gegenüber der anstaltsinternen Kontrolle durch die Gremien.<sup>607</sup> Zudem sind die Aufsichtsmittel beschränkt, und dies umso eher, je programmsensibler die jeweilige Materie ist: Bereits Anweisungen sind hoch problematisch, Ersatzvornahmen oder die Ernennung von Staatskommissaren ausgeschlossen.<sup>608</sup> Wenn behauptet wird, aufgrund offener Kontrollnormen dürfe nur eine Evidenzkontrolle stattfinden<sup>609</sup> bzw. nur hinreichend bestimmte Normen dürften Kontrollnormen bilden,<sup>610</sup> sind zwar beide Thesen in ihrer jeweiligen Rigorosität unzutreffend, deuten aber zutreffend darauf hin, dass die Kontrolldichte der Regelungsdichte entsprechen muss. Darin liegt aber keine besondere Beschränkung der staatlichen Rechtsaufsicht über den Rundfunk.

**ee) Kritik der „dienenden“ Rundfunkfreiheit.** Die literarische **Kritik an der Konzeption der „dienenden“ Rundfunkfreiheit** ist fast so alt wie dieser dogmatische Ansatz selbst.<sup>611</sup> Was die Rechtsprechung betrifft, hat immerhin der Niedersächsische Staatsgerichtshof im Jahr 2005 die Frage aufgeworfen, ob an der Deutung der Rundfunkfreiheit als einer dienenden noch festgehalten werden könne.<sup>612</sup> Diese Frage ist nur zu berechtigt, zumal weder Art. 10 EMRK noch Art. 11 Abs. 2 GRCh in diesem Sinne interpretiert, sondern als subjektiv-rechtliche Freiheitsrechte verstanden werden, die durch hoheitliche Maßnahmen zur Pluralismussicherung nicht etwa ausgestaltet, sondern beschränkt werden.<sup>613</sup>

Vergleichsweise banal ist der Hinweis, dass sich die Funktionalisierung der Rundfunkfreiheit weder aus dem **Wortlaut** noch aus der **Regelungssystematik** des Art. 5 GG ableiten lässt,<sup>614</sup> obwohl es an dahingehenden Versuchen in der Literatur nicht gefehlt hat.<sup>615</sup> Auch die **Entstehungsgeschichte** deckt diese Interpretation nicht: Der Vorschlag der Aufnahme eines öffentlich-rechtlichen Trägervorbehalts für den Rundfunk fand im Parlamentarischen Rat keine Zustimmung; demgegenüber wurde betont, wegen der Verschiedenheit der Rundfunkordnungen in den Besetzungszonen und der Vielfalt möglicher Formen des Rundfunkbetriebs sei es nicht ratsam, die künftige Rundfunkordnung in der Verfassung festzulegen.<sup>616</sup> Das spricht gegen die Funktionalisierung der Rundfunkfreiheit und die damit einhergehende Implantation von Ordnungsmaximen in den Gewährleistungsbereich der Rundfunkfreiheit.<sup>617</sup>

Soweit nun das BVerfG die „dienende“ Funktion der Rundfunkfreiheit auf die „Medium und Faktor“-Eigenschaft des Rundfunks<sup>618</sup> sowie früher aus der Sondersituation, nunmehr aus der besonderen Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft dieses Massenmediums und der damit einhergehenden Wirkungsintensität und Missbrauchsanfälligkeit<sup>619</sup> stützen will, schließt es von faktischen

<sup>605</sup> Wie hier BK GG/Degenhart, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 403; aA Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, 4. Kap. Rn. 112.

<sup>606</sup> BVerfGE 12, 205 (261).

<sup>607</sup> Vgl. nur BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 404; Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, 4. Kap. Rn. 118 ff.

<sup>608</sup> Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, 4. Kap. Rn. 124 mwN.

<sup>609</sup> Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, 4. Kap. Rn. 121.

<sup>610</sup> VG München, UFITA 1980, 330 (347).

<sup>611</sup> Vgl. nur Klein, Die Rundfunkfreiheit, 1978, S. 41 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG, Art. 5 Rn. 110; Starck, NJW 1980, 1359 ff.; Starck, JZ 1983, 405 (407 f.); Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158 (187 ff.); Fink, DÖV 1992, 805 (812 f.); Engel, AfP 1994, 185 ff.; Löffler/Cornils, Presserecht, § 1 LPG Rn. 139 ff.

<sup>612</sup> Nds.StGH, AfP 2006, 455.

<sup>613</sup> Dazu → A. Rn. 14; → B. Rn. 24.

<sup>614</sup> Dazu eingehend Hain, Rundfunkfreiheit, S. 31 ff. Bereits frühzeitig krit. auch Wolf, Medienfreiheit und Medienunternehmen, 1985, S. 93, 255, 260, 275, 291; Scheuner, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit, 1982, S. 26.

<sup>615</sup> Vgl. etwa Wieland, Die Freiheit des Rundfunks, 1984, S. 81, 93 f.; Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, 1985, 211; Stettner, Rundfunkstruktur im Wandel, 1988, S. 4; AK/Hoffmann-Riem, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 15.

<sup>616</sup> Vgl. Matz in: v. Doemming/Füsslein/Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JÖR 1951, S. 86.

<sup>617</sup> Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (27); Hain in: Dörr (Hrsg.), Die Macht der Medien, 2011, S. 63 (66).

<sup>618</sup> Soweit das BVerfG – E 57, 295 (320) – ausführt, der Rundfunk sei Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung und demgemäß sei die Rundfunkfreiheit eine „dienende“ Freiheit, besteht zudem eine Inkonsistenz im Verhältnis zur Interpretation der Pressefreiheit, der ebenso ein „Medium und Faktor“-Charakter attestiert wird, ohne dass die Pressefreiheit als „dienende“ Freiheit verstanden würde; dazu bereits Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (27).

<sup>619</sup> Dass ein spezielles Freiheitsgut besondere Risiken seiner Aktualisierung in sich birgt, ist iÜ nichts Besonderes. Mit der Ausübung einer jeden grundrechtlichen Freiheit ist ein Vermachtungs- und Missbrauchsrisiko verbunden. Daher ist es nicht überzeugend, nur ein bestimmtes Freiheitsgut auf dieser Grundlage einer Sonderinterpretation zu unterwerfen; so bereits Hain, Rundfunkfreiheit, S. 57 f. Auch kann die Berufung eine „Sondersituation“ oder vorgeblich besondere Missbrauchsanfälligkeit des Rundfunks allenfalls zur Begr. gradueller Unterschiede zu anderen Freiheitsgütern begründen; solche graduellen Unterschiede rechtfertigen aber keinesfalls keine prinzipiell andere, besondere Interpretation der Rundfunkfreiheit im Verhältnis zu anderen Freiheitsrechten; siehe auch Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (28).

Annahmen auf den normativen Gehalt einer Grundrechtsgewährleistung und begeht damit einen **Seins-Sollens-Fehlschluss**.<sup>620</sup> Zudem ruht damit die gesamte herrschende Dogmatik der Rundfunkfreiheit auf faktischen Annahmen und steht im Falle relevanter Änderungen der Tatsachenlage zur Disposition.

- 125 Da ein Sondercharakter der Rundfunkfreiheit nach alledem nicht begründbar ist, ist dieses Grundrecht wieder in den gesamtsystematischen Zusammenhang des Grundrechtsteils des Grundgesetzes<sup>621</sup> zu stellen, der durch die **Rückführbarkeit aller einzelnen Freiheiten auf den in der Menschenwürde wurzelnden Autonomiegedanken** konstituiert wird, und aus dem es durch die Sonderinterpretation der vorgeblich „dienenden“ Freiheit – um den Preis einer Bestimmung des Freiheitsgehalts in nicht unerheblichem Umfang nach Maßgabe des „ausgestaltenden“ einfachen Gesetzgebers<sup>622</sup> – ausgegliedert worden ist. Der Träger einer grundrechtlichen Freiheit „dient“ nicht, dem Status grundrechtlicher Freiheit ist die Kategorie des „Dienens“ als Inhalt der Freiheitsgewährleistung wesensfremd.<sup>623</sup>
- 126 Der Inhalt der Rundfunkfreiheit besteht demnach ausschließlich in der prinzipiellen Überantwortung der Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Rundfunkveranstaltung an den Grundrechtsträger.<sup>624</sup> Nur im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Veranstalter als Träger mittelbarer Staatsverwaltung bedarf es eines gesetzlichen Gründungsakts mit Aufgabenzuweisung unter Wahrung der Programmautonomie. Die prinzipielle und auf prinzipieller Ebene unlimitierte und damit auch einer Funktionalisierung nicht zugänglichen Freiheit wird erst auf einer nachgelagerten Ebene mit anderen Freiheiten unter den Bedingungen der Realität korreliert. Dies sind insbesondere die Freiheiten der Meinungsäußerung und der Information (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Dass auch bei der vorgeblichen „Ausgestaltung“ der Rundfunkfreiheit Spannungslagen zwischen der Rundfunkfreiheit und den Rechten aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG entstehen (können), die der Gesetzgeber auszugleichen habe, hat das BVerfG konzediert.<sup>625</sup> Es sind also Abwägungen vorzunehmen, bezüglich derer das Gericht mittlerweile mit dem eingeführten Abwägungskontrollinstrument – dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im weiteren Sinne – arbeitet (→ Rn. 53). Insoweit besteht kein Unterschied zwischen vorgeblichen „Ausgestaltungen“ und Beschränkungen grundrechtlicher Freiheiten. Nur erfolgt der Ausgleich von Spannungslagen zwischen Grundrechten auf der Basis der Autonomiethese und der darauf gestützten Konzeption der Unlimitiertheit der Freiheit auf der Gewährleistungsebene der Freiheit auf der Ebene der Schranken der Freiheit. Für die Kategorie der „Ausgestaltungsgesetze“ ist nach der Verabschiedung der „dienenden“ Freiheit kein Platz.<sup>626</sup>
- 127 Wenn im Übrigen die Rechtfertigungsanforderungen an vorgebliche „Ausgestaltungen“ einerseits und Beschränkungen andererseits einander weitgehend entsprechen und der einzig mögliche Unterschied in der Kontrolldichte bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, welches im Hinblick sowohl auf „Ausgestaltungen“ als auch Beschränkungen der Rundfunkfreiheit anzuwenden ist, liegen kann, zugleich aber sehr fraglich ist, ob dieser Unterschied handhabbar und konsistent operationalisierbar ist, **verliert die Differenzierung zwischen „Ausgestaltungen“ und Beschränkungen** – sozusagen vom Ende her gedacht – **ihre Sinnhaftigkeit**.<sup>627</sup>
- 128 Die Verabschiedung der „dienenden“ Rundfunkfreiheit und eine autonomiebasierte liberale Interpretation der Rundfunkfreiheit bedeuten **keine Demontage der tragenden Prinzipien der Rundfunkordnung**. Meinungsvielfalt und funktionsadäquate Staats- und Gruppenferne, Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht bleiben zentrale Vorgaben der Medienordnung. Sie wandern nur von der Gewährleistungsebene auf die Ebene der Schranken der Rundfunkfreiheit. Dort bilden sie auf einem mittleren Abstraktionsniveau angesiedelte, *notwendige* Maßgaben für die Konkretisierung der Rundfunkordnung durch den Gesetzgeber.<sup>628</sup> Eine Medienordnung, die diesen Maximen nicht gerecht würde, könnte auf der Schrankenebene nicht gerechtfertigt werden.
- 129 Auch bedeutet die Wende zu einer liberalen Deutung der Rundfunkordnung **keine Demontage der dualen Rundfunkordnung** und der bedeutenden Rolle der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in dieser Ordnung. Die politische Entscheidung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der dann aber auch die ihm zugeordnete Funktion in Anpassung an die Entwicklungen im Mediensektor

<sup>620</sup> Vgl. bereits Hain, Rundfunkfreiheit, S. 42 f.; Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (27); Hain, Dienende Rundfunkfreiheit?, S. 63 (69). Ebenso anfechtbar ist auch die These Hoffmann-Riems, Rundfunkfreiheit, S. 17, wenn es heiße, der Rundfunk sei Medium und Faktor, sei dies eine empirische Feststellung, aber auch eine normative Aussage.

<sup>621</sup> Dazu bereits Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, 1993, S. 58 ff.; Hain in: Sachs ua (Hrsg.), FS Stern, 2012, S. 1387 (1387 f.) jeweils mwN.

<sup>622</sup> Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (28).

<sup>623</sup> Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (30).

<sup>624</sup> Hain in: Dörr (Hrsg.), Dienende Rundfunkaufsicht?, S. 63 (67); Hain, Rundfunkfreiheit, S. 81 f.

<sup>625</sup> BVerfGE 57, 295 (321).

<sup>626</sup> Hain, Dienende Rundfunkfreiheit?, S. 63 (67 f.).

<sup>627</sup> Hain, Dienende Rundfunkfreiheit?, S. 63 (68); Hain/Poth, JA 2010, 572 (575, Fn. 67).

<sup>628</sup> Vgl. Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (31 f.); ders., Dienende Rundfunkfreiheit?, S. 63 (69 f.).

erfüllen können und dazu auch finanziell in die Lage versetzt werden muss, ist verfassungsrechtlich nach wie vor und angesichts der dysfunktionalen Phänomene des zunehmend online-basierten Meinungsbildungsprozesses mehr denn je rechtfertigungsfähig<sup>629</sup> und – solange die vom BVerfG konstatierten Dysfunktionalitäten privatwirtschaftlich agierender Anbieter bestehen – notwendig.

Zugleich bietet eine Eingliederung der Rundfunkfreiheit in den liberalen Kontext der übrigen Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG **Entwicklungschancen hin zu einer konvergenztauglichen Fortentwicklung der Dogmatik der kommunikativen Freiheiten**.<sup>630</sup> Da im Zuge der Medienkonvergenz die Grenzen zwischen Telekommunikation, verschiedenen Arten von Massenkommunikation und Individualkommunikation zunehmend verschwimmen, langfristig möglicherweise fast verschwinden, wird eine Verfassungsdogmatik, die – im Kontext analoger Kommunikation geprägt – bestimmten (klassischen) Medien bestimmte Ordnungsprinzipien von Verfassungen wegen zuweist wie das „Institut freie Presse“ die Marktordnung der Presse und die „dienende“ Rundfunkfreiheit etwa die Ex-ante-Regulierung des Rundfunks zunehmend dysfunktional und unfähig, neue Dienste und Phänomene im Mediensektor adäquat regulatorisch zu erfassen. Dabei würde durch eine Aufgabe der Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit der Druck auf den Rundfunkbegriff wesentlich reduziert. Zugleich würde die Komplexität verfassungsrechtlicher (Rechtfertigungs-)Argumentationen wegen des Wegfalls quasi-apriorischer Festlegungen auf bestimmte Ordnungselemente angemessen reduziert.

Vor allem wäre es möglich, ein übergreifendes, nicht durch sektorielle Sonderdogmatiken und Ordnungsmaximen belastetes konvergenztaugliches Gesamtmodell mit einem einheitlichen Schutzbereich und einheitlichen Schranken zu entwickeln. Eher als durch die Erhöhung der Komplexität in Gestalt der Etablierung einer weiteren, dogmatisch hochgradig konturierungsbedürftigen zusätzlichen Einzelgewährleistung in Gestalt einer **Internetdienstfreiheit**<sup>631</sup> könnten nach einem Wegfall der Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit die **Einzelfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG** interpretatorisch zu einer **Kommunikationsfreiheit zusammenwachsen**<sup>632</sup> und auf der Schrankenebene flexibel<sup>633</sup> sachgemäße Regulierungen jeweiliger alter und neuer Dienste erfolgen. Auch könnte ggf. hinsichtlich bestimmter Dienste auf eine Sonderregulierung verzichtet werden. Und die verfassungsrechtliche Verankerung objektiv-rechtlicher Gehalte wie derjenigen des Meinungsp pluralismus und der funktionsadäquaten Staats- und Gruppenferne würden nicht mehr primär in der Rundfunkfreiheit erfolgen, sondern diese Maximen könnten als **schutzrechtliche Gehalte der Kommunikationsfreiheit** zugunsten ihrer individualkommunikativen wie medialen Träger sowohl gegenüber anderen ihrer Träger als auch gegenüber vielfaltssensiblen Playern auf vor- und nachgelagerten Märkten – wie Kabelnetzbetreibern<sup>634</sup> oder Intermediären – in Anschlag gebracht werden und deren Grundrechte – seien es solche der kommunikativen oder der ökonomischen Freiheit – beschränken.

**e) Filmfreiheit.** Die Freiheit des Films ist ein Grundrecht mit **vorrangig subjektiv-rechtlichem Gehalt** wie die Pressefreiheit. Eine Sonderdogmatik wie diejenige der „dienenden“ Rundfunkfreiheit ist für die Filmfreiheit nicht entwickelt worden.<sup>635</sup>

<sup>629</sup> Vgl. Hain, Freiheit, S. 1 (16 f.).

<sup>630</sup> Vgl. zum Folgenden bereits Hain in: GfR (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21 (32 ff.); Hain, AfP 2012, 313 (316 ff.).

<sup>631</sup> Dies haben Holznapel und Schumacher propagiert; vgl. nur Holznapel, AfP 2011, 532 (534 f.); Hain/Schumacher, ZRP 2011, 74 (77). Ablehnend Hain, K&R 2012, 98 (100 ff.); BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 48; Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 39; Kube, HStR IV, § 91 Rn. 23. Insb. weist die Rundfunkfreiheit nicht die von Holznapel, AfP 2011, 532 (535), postulierte Schutzlücke auf, die darin bestehen soll, dass die Rundfunkfreiheit nicht den telekommunikativen Transport massenmedialer Inhalte schütze. Die Rundfunkfreiheit schützt sehr wohl Rundfunkbetreiber hinsichtlich der Verbreitung ihrer Dienste über die in Betracht kommenden Verbreitungswege wie Kabelnetze und das Internet. Der Schutz eines Kommunikators hinsichtlich der Verbreitung seiner Inhalte beinhaltet den Aspekt des Empfangs derselben durch die Rezipienten; vgl. bzgl. der Meinungsfreiheit BVerfGE 35, 39 f.; näher zum Ganzen Hain, K&R 2012, 98 (101 f.) mwN.

<sup>632</sup> Auch Spiecker gen. Döhlmann, VVDStRL 77 (2018), 9 (52, Fn. 175), kritisiert mit Recht, die Trennung zwischen Rundfunk, Film und Presse werde angesichts der Medienkonvergenz zunehmend obsolet und eher hinderlich, dem Schutz von Meinungsfreiheit und Meinungsverbreitung sowie den diversen Funktionen von Presse und Rundfunk gerecht zu werden. Wenn Spiecker gen. Döhlmann, VVDStRL 77 (2018), 9 (53) allerdings die Trennung zwischen Rundfunk und Presse aufgegeben will, kann das nicht geschehen, ohne die Frage zu beantworten, ob ein liberaler oder funktionalistischer Interpretationsansatz für die dann vereinheitlichte Freiheit gewählt werden soll; krit. insoweit Hain, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 77, 106.

<sup>633</sup> Bereits im Jahr 2002 votierte Spindler, Medienkonvergenz angesichts der konvergenzinduzierten Erosion tradierter Differenzierungen für eine flexible case-by-case-Zuordnung und Regulierung.

<sup>634</sup> Zur Vereinbarkeit der deutschen Must-Carry-Regelungen mit dem deutschen Verfassungsrecht Hain/Steffen/Wiemy, in: MDR (Hrsg.), Must Carry: Einspeisepflichten für öffentlich-rechtliche Rundfunkprogramme, 2014, S. 89 (177 ff.) mzahlrN – auch zur Gegenansicht.

<sup>635</sup> Vgl. nur BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 419 mwN.

- 133 **aa) Schutzbereich. Film.** Der Film ist ein **audiovisuelles Medium**.<sup>636</sup> Klassisch wurden die Inhalte auf Zelluloid gespeichert<sup>637</sup>. Auch der Filmbegriff ist indes entwicklungs offen.<sup>638</sup> Als Trägermedien kommen **chemisch-optische, aber auch sonstige wie elektronische Träger** in Betracht, in analoger wie in digitaler Technik.<sup>639</sup> Die Art und Qualität der Inhalte ist für die Zuordnung zum Film irrelevant.<sup>640</sup> Weisen Filme künstlerische Inhalte auf, kommt idealkonkurrierend auch die („schränkenlose“) Kunstfreiheit zur Anwendung.<sup>641</sup> Sofern Filme an die Allgemeinheit adressiert sind, greift die Filmfreiheit auch im Falle privater Vorführung ein.<sup>642</sup> Werden Filme im Rahmen von Rundfunkangeboten ausgestrahlt, fällt dies unter die Rundfunkfreiheit.<sup>643</sup>
- 134 **Geschützte Tätigkeiten, objektiv-rechtliche Gehalte.** Geschützt sind die **Herstellung und Verbreitung von Filmen einschließlich aller damit zusammenhängenden Aktivitäten** wie die Erstellung von Drehbüchern, die Dreharbeiten, die Herstellung von Kopien, die Vergabe von Lizenzen, die Vorführung und Bewerbung der Filme.<sup>644</sup> Auch die wirtschaftlichen Grundlagen des Films sind durch die Filmfreiheit geschützt.<sup>645</sup>
- 135 Mit der Garantie eines subjektiven Freiheitsrechts gehen einher die **Tendenzfreiheit, die Privatwirtschaftlichkeit und eine adäquate Staatsferne** des Films.<sup>646</sup> Ob in diesem Zusammenhang vom Bestehen einer Institutsgarantie ausgegangen werden kann,<sup>647</sup> ist eher zweifelhaft, jedenfalls redundant. Wenn der Staat Filmförderung betreibt, müssen die Fördermaßnahmen den Grundsatz inhaltlicher Neutralität wahren;<sup>648</sup> gegen Verletzungen der Neutralität kann sich der Betroffene auf die subjektiv-rechtliche Filmfreiheit berufen.<sup>649</sup>
- 136 **Grundrechtsträger.** Grundrechtsträger sind natürliche sowie inländische und EU-ausländische juristische Personen.<sup>650</sup>
- 137 **bb) Eingriff.** Staatliche **Verbote und Behinderungen** der Ausübung des Grundrechts, auch **faktische und mittelbare Beschränkungen**, stellen Eingriffe in die Meinungsfreiheit dar, die anhand von Art. 5 Abs. 2 GG zu rechtfertigen sind.

### 3. Zensurverbot

- 138 Das Zensurverbot betrifft ausschließlich **Maßnahmen der formellen Vor- bzw. Präventivzensur durch den Staat**<sup>651</sup> und verbietet diese absolut, dh abwägungsresistent.<sup>652</sup> Unter Zensur werden einschränkende staatliche Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerks verstanden, insbesondere das Abhängigmachen der Herstellung oder Verbreitung von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung des jeweiligen Inhalts.<sup>653</sup> Eine in Bezug auf konkrete Meinungen unspezifische medieninterne Aufsicht oder – in ihren rechtlichen Grenzen verbleibende – staatliche Rechtsaufsicht anhand der jeweils maßgeblichen Kontrollmaßstäbe stellen keine staatliche Zensur dar.<sup>654</sup>

### 4. Die Schranken der Kommunikationsfreiheiten (Art. 5 Abs. 2 GG)

- 139 **a) Die allgemeinen Gesetze.** Die „**allgemeinen Gesetze**“ bilden die wichtigste Schranke der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG.<sup>655</sup> Die Interpretation der Formel von den allgemeinen Gesetzen

<sup>636</sup> Vgl. nur BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 420.

<sup>637</sup> BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 420.

<sup>638</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 112.

<sup>639</sup> Vgl. Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 118; Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 112; BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 420.

<sup>640</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 113; BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 421.

<sup>641</sup> Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 119a, unter Rekurs auf BVerfGE 87, 209 (233); aA (Zurücktreten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) wohl BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 421.

<sup>642</sup> Vgl. nur Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 112.

<sup>643</sup> BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 423.

<sup>644</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 113; siehe auch BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 424; Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 119a.

<sup>645</sup> BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 424; tendenziell aA (Idealkonkurrenz mit Art. 12 GG) Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 127.

<sup>646</sup> Vgl. Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 121 f.; BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 424.

<sup>647</sup> In diese Richtung Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 120.

<sup>648</sup> BeckOK InfoMedienR/Kühling, Art. 5 GG Rn. 102; BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 426.

<sup>649</sup> Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 125.

<sup>650</sup> BK/Degenhart, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 425.

<sup>651</sup> BVerfGE 83, 130 (155); 87, 209 (230); Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 131, 133; Jestaedt, HGR IV, § 102 Rn. 95, siehe auch zur Darstellung des Meinungsspektrums *Rothenbücher*, VVDStRL 4 (1928), 6, 54 ff.

<sup>652</sup> Vgl. BVerfGE 33, 52 (72); Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 129.

<sup>653</sup> BVerfGE 33, 52 (72).

<sup>654</sup> Näher Sachs/Bethge, GG, Art. 5 Rn. 132, 134 ff.

<sup>655</sup> Informativ zur Bandbreite der verschiedenen Interpretationsansätze Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 136 ff.

gestaltet sich dabei als schwierig. Das hängt nicht zuletzt mit der langen Geschichte dieser Formel und den Versuchen ihrer Auslegung zusammen.

Im **Ursprung** diente die Formel – vielfach ausschließlich auf die Strafgesetze bezogen – dem **Schutz der Presse**,<sup>656</sup> die nicht stärkeren Restriktionen unterzogen werden sollte, als sie für Meinungsäußerungen von nicht der Presse Angehörigen Kommunikatoren galten.<sup>657</sup> Es sollte folglich kein „Sonder(-straf-)recht“ gegen die Presse gelten, also nicht *eine spezifische Gruppe* von Kommunikatoren schlechter behandelt werden als andere Kommunikatoren. Als die Formel als Schranke für die Meinungsäußerungen *aller* Kommunikatoren in deutsche Verfassungen gelangte (Art. 28 PreußVerf vom 31.1.1850; Art. 118 Abs. 1 S. 1 WRV), konnte sie nicht mehr in ihrem ursprünglichen Sinne verstanden werden.<sup>658</sup>

Um die Deutung des Art. 118 Abs. 1 S. 1 WRV entbrannte ein intensiver wissenschaftlicher Disput. Ein Meinungslager verfolgte die Linie des **Verbots von „Sonderrecht“**, nunmehr allerdings nicht mehr im Verhältnis einzelner Kommunikatoren zu anderen Kommunikatoren,<sup>659</sup> sondern – entsprechend der Verortung der Formel in einen geänderten Regelungskontext – im Verhältnis *aller* Kommunikationsgrundrechtsträger zu den Trägern *anderer* Grundrechte. So formulierte *Häntzschel*, ein Gesetz sei allgemein, wenn es auch für die Ausübung anderer Rechte gelte und nicht Sonderrecht gegen die Meinungsfreiheit zum Zweck der Unterdrückung des gedanklichen Inhalts einer Äußerung enthalte.<sup>660</sup> *Rothenbücher* wiederum hielt Gesetze für allgemein, die dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen.<sup>661</sup> Die Sonderrechtslehre bewirkt – strikt angewendet – einen recht effektiven Schutz der Kommunikationsfreiheiten, führt allerdings zu erheblichen Problemen in Bezug auf Regelungen, die sich ausschließlich in deren Schutzbereich auswirken, deren grundsätzliche Legitimität und Notwendigkeit aber nicht in Zweifel gezogen wird.<sup>662</sup> Der Versuch, diese Probleme dadurch auflösen zu wollen, dass sich meinungsrelevante Gesetze nicht gegen den Inhalt, sondern nur die Form der Meinungsäußerung richteten und daher „allgemein“ seien,<sup>663</sup> ist untauglich, ist doch die Form bzw. das Mittel der Meinungsäußerung in den Schutz der Meinungsfreiheit einbezogen.<sup>664</sup>

Den Gegenentwurf zur Sonderrechtslehre bildete die von *Smend* entwickelte **Abwägungslehre**. Diese stellt nicht auf die Meinungs(-freiheits-)spezifität des Eingriffs, sondern darauf ab, ob das Schutzzut des Schrankengesetzes wichtiger sei als die Meinungsfreiheit.<sup>665</sup>

Das **BVerfG** hat beide Ansätze rezipiert und kombiniert (**Kombinationslehre**). So hat es in seiner (auch) insoweit grundlegenden Lüth-Entscheidung unter Rekurs auf entsprechende Sätze in der Literatur solche Gesetze als *allgemein* verstanden, die „nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten“, die vielmehr „dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“, dem Schutz eines vorrangigen Gemeinschaftswerts.<sup>666</sup> In seiner späteren Rechtsprechung hat das Gericht hinsichtlich der Definition des „allgemeinen Gesetzes“ nur noch auf die Sonderrechtslehre zurückgegriffen,<sup>667</sup> sodann aber gesondert die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne des Gesetzes geprüft.<sup>668</sup> Das bedeutet in der Sache keine Änderung, es werden lediglich die aus der Abwägungslehre resultierenden Anforderungen in die Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips im weiteren Sinne integriert,

<sup>656</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG, Art. 5 Rn. 194.

<sup>657</sup> So etwa noch § 20 Abs. 1 des Reichspreßgesetzes v. 7.5.1874, RGBl. S. 65.

<sup>658</sup> Es ist bezweifelt worden, ob man sich bei der Abfassung der Preußischen Verfassung dessen bewusst war; *Starck*, Herkunft und Entwicklung der Klausel „allgemeine Gesetze“ als Schranke der Kommunikationsfreiheiten in Art. 5 Abs. 2 des Grundgesetzes, FS Weber, 1974, S. 189 (202, Fn. 62); *Hain*, Rundfunkfreiheit, S. 89. Demgegenüber lässt sich die Ansicht, in die Weimarer Reichsverfassung sei die Formel durch ein Redaktionsversehen gelangt (und daher bedeutungslos) – so etwa PreußOVGE 77, 514 –, nicht aufrecht erhalten; näher dazu *Hain*, Rundfunkfreiheit, S. 89 mwN, siehe auch *Starck*, Herkunft und Entwicklung der Klausel „allgemeine Gesetze“ als Schranke der Kommunikationsfreiheiten in Art. 5 Abs. 2 des Grundgesetzes, FS Weber, 1974, S. 189 (206 f.).

<sup>659</sup> Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rn. 195.

<sup>660</sup> *Häntzschel*, AöR 1926, S. 228 (233). Den paradigmatischen Fall eines nicht allg. Gesetzes bildet daher das Sozialisten-Gesetz Bismarcks; dazu *Häntzschel*, Freie Meinungsäußerung, S. 651 (662); *Anschütz*, WRV, Art. 118 Anm. 3 (S. 554, Fn. 2).

<sup>661</sup> *Rothenbücher*, VVDStRL 4 (1928), 6 (20).

<sup>662</sup> *Hain*, Rundfunkfreiheit, S. 92 f. Das gilt iÜ auch für pressenspezifische Normen oder rundfunkorganisatorische Regelungen, die sich ausschließlich im Schutzbereich der jeweiligen Freiheiten auswirken. Vgl. bereits *Hain*, Rundfunkfreiheit, S. 93 f. Diese Regelungen werden hier als Schrankengesetze verstanden.

<sup>663</sup> So bereits *Häntzschel*, AöR 1926, 228 (233 f.), in Bezug auf die §§ 9 f. PreußPresseG, durch die das Anschlag von Plakaten und das Verteilen von Flugblättern bestimmten Inhalts verboten wurde; konsequenter diesbzgl. *Thoma*, FS PreußOVG, 1925, S. 183 (214 f.): Sonderrecht.

<sup>664</sup> So bereits *Hain*, Rundfunkfreiheit, S. 93.

<sup>665</sup> *Smend*, VVDStRL 4 (1928), 44 (52).

<sup>666</sup> BVerfGE 7, 198 (209 f.); siehe auch die besondere Betonung des Abwägungsgedankens, BVerfGE 7, 198 (210 f.).

<sup>667</sup> BVerfGE 124, 300 (321 f.).

<sup>668</sup> BVerfGE 124, 300 (331 ff.).



welches zur Zeit der Entwicklung der Kombinationsformel erst auf dem Wege war, sich als allgemeines Kontrollinstrument im Hinblick auf Grundrechtsabwägungen zu etablieren.

- 144 Was nun das Verbot von Sonderrecht betrifft, wird ein **tendenziell restriktives Verständnis von „Sonderrecht“** zugrunde gelegt. Nicht schon jede Anknüpfung an den Inhalt von Meinungen als solche nehme einem Gesetz den Charakter als allgemeines Gesetz. Vielmehr seien auch inhaltsanknüpfende Normen dann als allgemeine Gesetze zu beurteilen, wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet seien.<sup>669</sup> Soweit auf dieser Basis etwa die Pönalisierung der Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (§ 90a StGB) mit der Begründung als allgemeines Gesetz klassifiziert worden ist, die Unter-Strafe-Stellung erfolge „unabhängig von einer politischen Überzeugung“, <sup>670</sup> ist das hoch problematisch: Die Verunglimpfung ist eine wertende Meinungsäußerung unabhängig davon, ob sie aus politischer oder sonstiger Überzeugung heraus erfolgt, und man wird kaum annehmen können, dass die Formel von den „allgemeinen Gesetzen“ iSd Art. 5 Abs. 2 GG nur dem Schutz politischer oder politisch motivierter Meinungsäußerungen dienen soll. Ähnlich problematisch ist die Rechtfertigung der §§ 86, 86a StGB<sup>671</sup> – Verbreitung von Propagandamitteln bzw. Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen – aufgrund der Erwägung, zwar werde in § 86 Abs. 1 Nr. 4 iVm § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB ausdrücklich an nationalsozialistische Organisationen angeknüpft, die Vorschrift richte sich aber nicht gegen die Verbreitung nationalsozialistischer Gedankenguts, sondern erhebe einen sachlich beschränkten Strafanspruch gegen die organisationsbezogene Fortführung von förmlich verbotenen Vereinigungen und Parteien und erstrecke ihn auf alle hiervon betroffenen Organisationen gleichermaßen.<sup>672</sup> Das Tragen von Kennzeichen ist als Meinungsäußerung geschützt, und es ist durchaus nicht weit hergeholt, in dem Tragen von Kennzeichen nationalsozialistischer Organisationen eine Werbung für diese Organisationen und ihr Gedankengut zu erblicken.<sup>673</sup> Anhand dieser Entscheidungen wird bereits deutlich, wie restriktiv der Begriff des „Sonderrechts“ ausgelegt werden muss, um einerseits die Sonderrechtslehre aufrechterhalten und andererseits Normen, die unschwer als meinungsbezogen zu identifizieren sind, verfassungsrechtlich rechtfertigen zu können.
- 145 Selbst wenn aber „Sonderrecht“ nur vorliegen soll, wenn eine inhaltsbezogene Meinungsbeschränkung nicht hinreichend offen gefasst sei und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richte, wofür es auf eine Gesamtsicht ankomme, in deren Rahmen insbesondere darauf abzustellen sei, in welchem Maße eine Norm sich auf abstrakt-inhaltsbezogene, für verschiedene Haltungen offene Kriterien beschränke oder konkret-standpunktbezogene, insbesondere etwa ideologiebezogene Unterscheidungen zugrunde lege,<sup>674</sup> lassen sich bestimmte meinungsbezogene Gesetze wie etwa **§ 130 Abs. 4 StGB** – Billigung, Verherrlichung, Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft – nicht mehr als „allgemeine Gesetze“ klassifizieren.<sup>675</sup> Diesbezüglich wird dann zur Rechtfertigung von Sonderrecht zu der Begründung gegriffen, angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht habe, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland sei Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzten, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent. Das menschenverachtende Regime dieser Zeit habe für die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung, die einzigartig sei. Das Grundgesetz könne weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden.<sup>676</sup>
- 146 Dass die in Rede stehende gegenbildlich identitätsprägende Wirkung für das Grundgesetz einzigartig und dieses als Gegenentwurf (ausschließlich) gegen den nationalsozialistischen Totalitarismus zu verstehen sei, ist nicht überzeugend. Die **freiheitlich-demokratische Grundordnung bietet eine Absage an jede Art von Totalitarismus** – welcher ideologischen Provenienz auch immer. Dies zeigen geradezu paradigmatisch die ersten beiden Parteienverbotsurteile, von denen eines sich gegen eine gegen die SRP, „den Versuch einer Neubelebung rechtsradikaler Ideen [...], wie sie sich zuletzt im Nationalsozialismus manifestiert haben“, <sup>677</sup> und das andere sich gegen die KPD richtete. Gerade in dieser zweiten Entscheidung hat das BVerfG ausgeführt, dass und aus welchen Gründen sowohl die proletarische bzw. sozialistische Revolution als auch der Staat der Diktatur des Proletariats – ebenso wie der Nationalsozialismus – mit der freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes

<sup>669</sup> BVerfGE 124, 300 (322).

<sup>670</sup> BVerfGE 47, 198 (232).

<sup>671</sup> Vgl. bereits BVerfGE 111, 147 (155).

<sup>672</sup> BVerfGE 124, 300 (323).

<sup>673</sup> Die Problematik der Sonderrechtslehre betont auch Sachs/*Bethge*, GG, Art. 5 Rn. 144.

<sup>674</sup> BVerfGE 124, 300 (324).

<sup>675</sup> BVerfGE 124, 300 (325 f.).

<sup>676</sup> BVerfGE 124, 300 (327 f.).

<sup>677</sup> BVerfGE 2, 1 (24).