

**RECHTSGUTACHTEN IM AUFTRAG DER
ARBEITSGEMEINSCHAFT DOKUMENTARFILM (AG DOK)**

Ist eine gesetzliche Präzisierung des Angebotsauftrags verfassungsrechtlich möglich – und wie weit darf sie gehen?

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

Universität Leipzig

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht

Herausgeber:



Arbeitsgemeinschaft
Dokumentarfilm
German Documentary
Association

AG DOK

Arbeitsgemeinschaft Dokumentarfilm

Schweizer Strasse 6 | D-60594 Frankfurt/Main

Tel.: +49 - 69 / 62 37 00

Fax: + 49 - 6142 / 966 033

E-Mail: agdok@agdok.de

Web: www.agdok.de

mit Unterstützung der Stiftung Kulturwerk der VG Bild-Kunst:



BILD-KUNST

Vorwort

Als der Verfassungsrechtler Prof. Paul Kirchhof 2011 die Umstellung der früheren Rundfunkgebühr hin zu einer „allgemeinen Haushalts-Abgabe“ begründete, wollte er dadurch ein öffentlich-rechtliches Angebot „unabhängig von der tatsächlichen Nachfrage, unabhängig von Einschaltquoten und einer finanzwirtschaftlich veranlassten Ausrichtung der Sendungen auf den Publikumsgeschmack“ finanziert sehen. Andernfalls, so Kirchhof damals, drohe eine „Erosion der Identifizierbarkeit öffentlich-rechtlicher Programme“.

Die „Haushaltsabgabe“ kam, aber die genannten Rahmenbedingungen lassen auf sich warten. Nach wie vor bewahrheitet sich, was Alt-Bundespräsident Joachim Gauck dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland 2014 anlässlich der Grimmepreis-Verleihung in Marl ins Stammbuch schrieb: „Immer mehr von immer demselben: Das kann nicht das Rezept für Qualität sein.“ Und auch im Sommer 2018 hat das Bundesverfassungsgericht noch einmal die besondere Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für das Funktionieren unserer pluralistischen Gesellschaft klar gestellt: anders als die privaten Rundfunkanbieter habe er „ein Leistungsangebot hervorzu- bringen, das einer anderen Entscheidungsrationale als der der ökonomischen Anreize folgt“ und „ein vielfaltssi- cherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht“ zu den Desinformationskampagnen des digitalen Zeitalters zu setzen.

Tut er das? Die Programmstatistik spricht eine andere Sprache. Die erwartete „Vielfalt“ jedenfalls sucht man auf weiten Strecken vergeblich.

In einer zufällig ausgewählten Programm-Woche zu Beginn dieses Jahres hat beispielsweise das ZDF in der Pri- me-Time 555 Minuten Krimis, aber nur 75 Minuten Dokumentation gesendet, und ausweislich seiner im Internet veröffentlichten Produzentenberichte sanken im Bereich des WDR

die an Produktionsfirmen gezahlten Minutenpreise für dokumentarische Programme drastisch, während sie im fiktionalen Bereich um 45 Prozent in die Höhe schnellten. Gemessen am Preis der Sendeminute ist selbst der Wetter- bericht der ARD mehr wert als eine dokumentarische Sendung

Die Deutsche Medienpolitik hat diese Defizite längst erkannt und benannt. Doch die Diskussion über Veränderungen tritt seit Jahren auf der Stelle. Das System scheint nicht in der Lage, den dringend erforderlichen Kurswechsel aus eigener Kraft zu vollziehen, und alle Versuche, ihm von außen nachzuhelfen, scheiterten bislang an einer scheinbar unüberwindlichen Hürde: der „Programm-Autonomie“. Schon die Nennung dieses Begriffs, von den Sender-Hierar- chen immer wieder geflissentlich ins Gespräch gebracht, geriet zu einer Droh-Kulisse, an der alle seitherigen Reform- bestrebungen abperlten.

Doch angesichts des rasanten gesellschaftlichen Wandels und der damit verbundenen Zerreißproben für unser pluralistisches System erscheint es heute nötiger denn je, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf seinen vom Verfassungsgericht beschriebenen Kernauftrag besinnt und seine Akzente -sowohl programmlich wie auch finanziell- dort setzt, wo unsere Gesellschaft ihn am stärksten braucht: - im Bereich der Information, der anspruchsvollen Kultur, der inhaltlichen und ästhetischen Vielfalt.

Natürlich ist die Rundfunkfreiheit ein hohes Gut unserer Verfassung, die vorliegende Arbeit lässt daran nicht den geringsten Zweifel. Alle hier aufgezeigten Wege zur Veränderung der Programmschwerpunkte im öffentlich-rechtli- chen Rundfunk verlaufen deshalb unterhalb der Schutzzone, die unsere Verfassung völlig zu Recht um die Rund- funkfreiheit gezogen hat.

Wir danken Herrn Prof. Gersdorf dafür, dass er diese verfassungsrechtlich unbedenklichen Wege gefunden und überzeugend beschrieben hat. Dem Kulturwerk der VG Bild-Kunst danken wir für die gewährte Unterstützung. Und wir hoffen darauf, dass es mit dem vorliegenden Gutachten gelingt, Bewegung in eine Debatte zu bringen, die sich -wie beschrieben- trotz aller teils zornigen, teils wohlgemeinten Appelle seit Jahren im Kreis dreht.

Frankfurt, im Oktober 2018

Für den Vorstand der AG Dokumentarfilm

Thomas Frickel, Vorsitzender und Geschäftsführer

Inhaltsverzeichnis

A) Einleitung und Gegenstand der Untersuchung	5
B) Verfassungsanspruch an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und Programmrealität	7
C) Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	9
I. Schutz der Rundfunkbeitragszahler	10
II. Schutz privater Rundfunkanbieter	11
III. Schutz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	12
1. Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Pflichtaufgabe des Gesetzgebers	12
2. Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Grenze der Ausgestaltungskompetenz des Gesetzgebers	12
a) Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gilt nur im Rahmen des verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich konkretisierten Auftrags	13
b) Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verlangt einen hinreichenden Abstraktionsgrad des Ausgestaltungsgesetzes	14
D) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Regelungen zur Sicherstellung des Informationsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	16
I. Gesetzliche Schwerpunktsetzung zugunsten von Information, Bildung und Beratung	17
II. Gesetzliche Sendezeitvorgaben für Information, Bildung und Beratung	19
III. Gesetzliche Budgetierung von Information, Bildung und Beratung	20
E) Zusammenfassung	22
I. Gegenstand der Untersuchung	22
II. Verfassungsanspruch an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und Programmrealität	22
III. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	22
IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Regelungen zur Sicherstellung des Informationsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	22

A) Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

Für den einen ist die (Schlüssel-)Frage ein alter Hut, für den anderen ein Evergreen: die Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Insbesondere nach der Einführung der dualen Rundfunkordnung in den 80er Jahren ist das Thema in periodischen Abständen Gegenstand der medienpolitischen Kontroverse.

Antreiber dieser Debatte war und ist der private Rundfunk, der sich von einer Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks insbesondere eine Reduzierung der massenattraktiven (linearen und nicht-linearen) Angebote der Sendeanstalten verspricht. Als Impulssetzer der Debatte agierte der private Rundfunk nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene. Bis heute wirkt das vom privaten Rundfunk und anderen privatwirtschaftlich finanzierten Medien im Jahr 2002 und 2003 in Gang gebrachte Verfahren vor der Europäischen Kommission wegen Verletzung des EU-Beihilferegimes nach¹. In dem durch die Beschwerden ausgelösten offiziellen Ermittlungsverfahren forderte die Europäische Kommission unter anderem, dass der öffentlich-rechtliche Funktionsauftrag präzisiert werden müsse, um den Wettbewerbsbehinderungen entgegenzuwirken, die aufgrund der deutschen Finanzierungsregelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Form von staatlichen Beihilfen entstanden². Vor diesem Hintergrund hatte die Bundesregierung der Europäischen Kommission umfangreiche Zusagen zur Anpassung des Rechtsrahmens gemacht, die zur Kommissionsentscheidung vom 24. April 2007 und zur Einstellung des Verfahrens führten³.

Auch aktuell steht die Konkretisierung des Funktionsauftrags (abermals) auf der Agenda der Medienpolitik. Im März 2016 haben 16 Bundesländer die Arbeitsgruppe „Auftrag und Struktur-optimierung der Rundfunkanstalten“ eingesetzt. Allerdings entpuppte sich diese Bezeichnung rasch als Etikettenschwindel. In den seit über zwei Jahren laufenden Beratungen ging es kaum darum, ob und wie der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks den rasanten und grundlegenden Änderungen der Kommunikations- und Medienwelt anzupassen ist. Stattdessen ging es den Ländern darum, durch Kooperationen und sonstige strukturelle Änderungen die Kosten der Sendeanstalten so zu reduzieren, dass der Rundfunkbeitrag von derzeit 17,50 Euro auch über das Jahr 2020 hinaus stabil bleibt⁴.

Da sich die Beratungen hinzogen und nach Einschätzung einiger Bundesländer mit einer zeitnahen Einigung nicht zu rechnen war, scherten zunächst die Länder Bayern, Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein aus der interföderalen Arbeitsgemeinschaft aus und gründeten eine eigene, nicht von der Länderrundfunkkommission eingesetzte „AG Auftrag“. Später schlossen sich der Arbeitsgemeinschaft die Länder Hamburg, Sachsen, Thüringen und Brandenburg an⁵. Diese aus sieben Ländern bestehende Arbeitsgruppe hat einen Reformplan vorgelegt, der in Bezug auf den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und dessen Finanzierung eine grundlegend neue medienpolitische Konzeption verfolgt⁶. Aufbauend auf dem von Schleswig-Holstein entwickelten sogenannten ABC-Modell (Auftrag, Budgetierung und Controlling)⁷ sieht die Neukonzeption eine Flexibilisierung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und eine Indexierung des Rundfunkbeitrags vor⁸. Die Neukonzeption ist erkennbar von dem Gedanken getragen, Medienpolitik auf eine längere staatsvertragliche Zeitschiene zu schieben, weil es wegen des Einstimmigkeitserfordernisses bei staatsvertraglichen Regelungen zunehmend größere oder scheinbar unüberwindbare Schwierigkeiten gibt, das Einvernehmen aller Bundesländer zu erreichen. Dementsprechend sieht der Entwurf für die Bereiche Ausgestaltung und Finanzierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Regelungsmechanismen vor, welche die Frequenz von Staatsverträgen und damit eines einvernehmlichen Zusammenwirkens der Länder reduzieren.

1 Vgl. hierzu ausführlich **Gerhardt**, Auftrag und Kontrolle im Drei-Stufen-Test, 2017, passim.

2 Schreiben der EU-Kommission an die Bundesregierung vom 3.3.2005, H-3/AA/pf D(2005) 91, Betreff: Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex- CP 232/2002, CP 2/2003, CP 43/2003, CP 195/2004 und CP 243/2004) – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – Deutschland, Rn. 205.

3 Entscheidung der Kommission, K (2007) 1761 endg., Betreff: Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex- CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Deutschland. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland.

4 Vgl. **Nünning**, Medienkorrespondenz 8/2018, S. 3.

5 Vgl. **Hain**, promedia 8/2018, S. 7.

6 Vgl. **Hain**, promedia 8/2018, S. 7, der den Plan der „Siebener-Gruppe“ als eine „grundlegende Neuausrichtung der Medienpolitik“ bezeichnet.

7 **Knothe**, Medienkorrespondenz 11-12/2017, S. 3 ff.

8 Vgl. im Einzelnen Nünning, Medienkorrespondenz 12/2018, S. 3 ff.; **Roethe**, epd medien, 19/2018, S. 3 ff.

Nach dem Reformplan soll ab 2021 der Rundfunkbeitrag alle zwei Jahre steigen, und zwar nach Maßgabe der Inflationsrate der letzten beiden Jahre. Auch in der vorangehenden Übergangsphase bis 2021 würde der Rundfunkbeitrag bereits indiziert. Das heutige System, nach dem die Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) den Finanzbedarf der Sendeanstalten ermittelt und eine bedarfsgerechte Rundfunkbeitragshöhe für die Dauer von vier Jahren vorschlägt, würde damit grundsätzlich infrage gestellt.

Neben der Vollindexierung sieht der Reformvorschlag eine Flexibilisierung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vor. Das Steuerungsmittel der gesetzlichen Beauftragung im Bereich des linearen Rundfunks soll begrenzt und durch die anstaltsinterne Angebotskonkretisierung im Wege des Drei-Stufen-Verfahrens, das bislang nur für den nichtlinearen Bereich galt, ersetzt werden. Für den Fernsehbereich soll gesetzlich nur noch festgelegt sein, dass die ARD ihr Hauptprogramm Das Erste und die Dritten Programme veranstalten muss. Für das ZDF bezieht sich diese Vorgabe auf sein Hauptprogramm Zweites Deutsches Fernsehen. Weitere Pflichtprogramme wären der deutsch-französische Kulturkanal Arte und ein mehrere Länder übergreifendes weiteres Kulturprogramm, was gegenwärtig auf 3sat zutrifft. Alle übrigen von ARD oder ZDF gesondert (ONE, Tagesschau 24, ZDFneo, ZDFinfo etc.) oder gemeinsam (Phoenix, Kinderkanal) veranstalteten Spartenprogramme könnten weiter betrieben, aber auch eingestellt bzw. zusammengelegt werden. Die Entscheidung hierüber soll in die Hände der zuständigen Anstaltsorgane gelegt werden und dem Verfahren des Drei-Stufen-Tests, das bislang nur für den nichtlinearen Bereich gilt, unterfallen, wobei die gesetzlich beauftragten Angebote als von den zuständigen Gremien zugelassen gelten sollen, sodass insoweit die Durchführung eines Drei-Stufen-Testverfahrens nicht erforderlich ist. Auch für den Hörfunkbereich soll das Verfahren des Drei-Stufen-Tests zur Anwendung kommen; die bislang geltende Deckelung der Hörfunkprogramme der in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten (§ 11c Abs. 2 RStV) soll aufrechterhalten bleiben.

Wird die Gestaltungsfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch den Reformplan wesentlich gestärkt, enthält die Konzeption gleichwohl eine Konkretisierung des Angebotsauftrags, die der Autonomie der Anstalten Grenzen setzt. Danach soll das Auftragsprofil der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dergestalt präzisiert werden, dass der Schwerpunkt des Auftrags im Bereich Kultur, Information und Bildung liegen muss. Der Bereich Unterhaltung (einschließlich Sport) soll (selbstredend) weiterhin zum Angebotsauftrag gehören, aber nicht den Schwerpunkt bilden⁹.

Die angedachte Reformkonzeption führt demnach zu einem Bedeutungsverlust der gesetzlichen Beauftragung und einem Bedeutungsgewinn der Auftragskonkretisierung mittels des Drei-Stufen-Verfahrens. Da sich die gesetzliche Beauftragung sub specie des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks auf einer hinreichend hohen Abstraktionsebene bewegen muss¹⁰, ist die Steuerungskraft des Gesetzes ohnehin nur begrenzt. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auch für den linearen Bereich auf das Drei-Stufen-Verfahren setzt¹¹. Das Drei-Stufen-Verfahren gilt bislang ausschließlich für den nichtlinearen Bereich. Eine Ausnahme besteht allein für ausschließlich im Internet verbreitete Hörfunkprogramme, für die das Verfahren nach § 11f RStV verbindlich vorgeschrieben ist (vgl. § 11c Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Nr. 4).

Allerdings kommt dem Verfahren des Drei-Stufen-Tests in seiner bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung nur begrenzte Steuerungskraft zu. Im Interesse eines wirksamen Schutzes der Grundrechte sowohl der Beitragszahler als auch der privaten Medien bedarf das Drei-Stufen-Test-Verfahren in organisatorischer und materieller Hinsicht einer weiteren Konkretisierung¹².

Im Folgenden wird nicht der allgemeinen Frage nachgegangen, was im Einzelnen zum Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zählt. Insbesondere wird nicht infrage gestellt, dass neben den Genres Information, Bildung und Beratung auch Unterhaltung ein (Kern-)Element des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags ist¹³. Auch geht es nicht darum, den Funktionsauftrag auf den Public Value, also auf solche linearen und nichtlinearen Angebotsformen zu begrenzen, die über den Markt in quantitativer und qualitativer Hinsicht nicht zufriedenstellend erbracht werden¹⁴. Vielmehr geht es darum, ob der Gesetzgeber berechtigt ist, den Informationsauftrag des

9 Zur Zulässigkeit thematischer Schwerpunktsetzungen durch den Gesetzgeber unten sub D) I., S. 17 f.

10 Hierzu unten sub C) III 2. b), S. 14 f.

11 **Gersdorf**, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 21. Edition, Stand: 01.05.2017, § 11 Rn. 11.

12 **Gersdorf**, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 21. Edition, Stand: 01.05.2017, § 11 Rn. 12 f.

13 BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

14 In diesem Sinne jüngst Monopolkommission, Wettbewerb 2018, XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 Satz 1

öffentlich-rechtlichen Rundfunks dadurch zu konkretisieren, dass er den Informations-, Bildungs- und Beratungsauftrag neu justiert und ihm gegenüber dem Unterhaltungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Vorrang einräumt, so wie es im Reformplan der sieben Bundesländer vorgesehen ist. Weiter stellt sich die Frage, ob es zur Verwirklichung des Informationsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks weiterer Regelungen (sendezeitbezogene Vorgaben und genrebezogene Budgetierungen) bedarf und ob solche den Informationsauftrag sichernden gesetzlichen Vorschriften mit der Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vereinbar wären.

Die Untersuchung erfolgt in drei Schritten. Zunächst wird dargestellt, welche Funktion dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach der Verfassung zukommt. Der verfassungsrechtliche Anspruch, ein von Einschaltquoten unabhängiges Angebot zu veranstalten, deckt sich kaum mit der tatsächlichen Programmgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Sendeanstalten unterwerfen sich (ohne ökonomische Notwendigkeit) einem Quotendruck und verlieren in den Hauptprogrammen weniger massenattraktive Sendungen aus den Augen – insbesondere in den publikumsstarken Zeiträumen von 19 bis 23 Uhr. Außerhalb des Abendprogramms des Ersten und Zweiten ist der Informationsanteil wesentlich höher (B)).

Anschließend wird der verfassungsrechtliche Rahmen für die Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bestimmt. Es ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, im Rahmen der Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die grundrechtlich geschützten Interessen aller betroffenen Personengruppen zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen. Hierzu gehören der grundrechtlich gebotene Schutz der Rundfunkbeitragszahler (C I.) und der privaten Rundfunkanbieter (C II.). Auch ist es Aufgabe des Gesetzgebers, den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu konkretisieren (C III. 1.). Hierbei muss der Gesetzgeber die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten wahren. Die Angebotsautonomie gilt nur im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich näher umschriebenen Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (C 2. a)). Allerdings ist der Gesetzgeber verpflichtet, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf einer hinreichenden Abstraktionshöhe zu regeln. Den Sendeanstalten muss ein substantieller Freiraum für die Gestaltung von Angeboten nach publizistischen Maßstäben verbleiben (C 2. b)).

Da insbesondere in den Hauptprogrammen von ARD und ZDF eine Tendenz zur massenattraktiven Programmgestaltung zu verzeichnen ist, werden einige Regelungsoptionen mit dem Ziel der Abkoppelung vom Quotendruck in den Blick genommen und einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen. Der Gesetzgeber wäre berechtigt, den Angebotsauftrag der Sendeanstalten dahin zu konkretisieren, dass sie schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung senden. Eine solche thematische Schwerpunktsetzung dürfte der Gesetzgeber nicht nur für das Gesamtsystem des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sondern auch für einzelne Programme wie insbesondere die Hauptprogramme von ARD und ZDF vorschreiben (D I.). Auch wären gesetzlichen Sendezeitvorgaben (D II.) und Budgetierungen für die Genres Information, Bildung und Beratung (D III.) zulässig.

Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung in Thesen (E)).

B) Verfassungsanspruch an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und Programmrealität

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist ein wesentlicher Stützpfeiler der durch das Grundgesetz konstituierten Ordnung. Er trägt zum Gelingen der Demokratie und der Kulturstaatlichkeit maßgeblich bei. Insbesondere aufgrund seiner öffentlichen Finanzierung ist er in der Lage, ein von vielfaltsverengenden ökonomischen Zwängen unabhängiges Angebot zu gestalten und zu verbreiten. Hierauf weist das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung hin, zuletzt in seinem Urteil zum Rundfunkbeitrag. Darin heißt es: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat die Aufgabe, „als Gegengewicht zu den privaten Rundfunkanbietern ein Leistungsangebot hervorzubringen, das einer anderen Entscheidungsrationalität als der der ökonomischen Anreize folgt und damit eigene Möglichkeiten der Programmgestaltung eröffnet. Er hat so zu inhaltlicher Vielfalt beizutragen, wie sie allein über den freien Markt nicht gewährleistet werden kann.“¹⁵ Weiter führt das Gericht aus: „Indem der öffentlich-rechtliche Rundfunk

GWB, 2018, Rz. 1088 ff.

15 BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 77); vgl. auch BVerfGE 73, 118 (158 f.); 74, 297 (324 f.); 83, 238 (297 f.); 90, 60 (90); 114, 371 (388 f.); 119, 181 (215 f.); 136, 9 (29 Rn. 31).

jedenfalls im Wesentlichen öffentlich finanziert ist, wird er dazu befähigt, wirtschaftlich unter anderen Entscheidungsbedingungen zu handeln. Auf dieser Basis kann und soll er durch eigene Impulse und Perspektiven zur Angebotsvielfalt beitragen und unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen ein Programm anbieten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht.“¹⁶ Schließlich heißt es in dem Urteil: „Er hat hierbei insbesondere auch solche Aspekte aufzugreifen, die über die Standardformate von Sendungen für das Massenpublikum hinausgehen oder solchen ein eigenes Gepräge geben.“¹⁷ Dementsprechend betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk vorrangig aus dem Beitragsaufkommen zu finanzieren ist, weil er nur dann keinem der Erfüllung seines Funktionsauftrags zuwiderlaufenden Druck von „Einschaltquoten und Werbeaufträgen“ ausgesetzt ist. Wörtlich heißt es hierzu in einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts: „Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf der Grundlage des Gebührenaufkommens soll eine weitgehende Abkoppelung vom ökonomischen Markt bewirken und dadurch sichern, dass sich das Programm an publizistischen Zielen, insbesondere an dem der Vielfalt, orientiert, und zwar unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen (vgl. BVerfGE 90, 60 [90]).“¹⁸

Die (Angebots-)Wirklichkeit zeigt ein (etwas) anderes Bild. Der verfassungsrechtliche Anspruch, ein von Einschaltquoten unabhängiges Angebot zu veranstalten, deckt sich kaum mit der tatsächlichen Programmgestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Sendeanstalten unterwerfen sich (ohne ökonomische Notwendigkeit) einem Quotendruck und verlieren in den Hauptprogrammen weniger massenattraktive Sendungen aus den Augen – insbesondere in den publikumsstarken Zeiträumen von 19 bis 23 Uhr. Der Anteil massenattraktiver Genres – insbesondere von Krimis – in der Prime Time ist überproportional hoch. Umgekehrt fristen kulturell und gesellschaftlich anspruchsvolle Sendungen in den reichweitenstarken Sendezeiten eher ein Schattendasein oder werden in das („Vampire“-)Nachtprogramm verbannt. Beispiele für solche Ungleichgewichtigkeiten zwischen einzelnen Genres gibt es zuhauf: Im ZDF wurden im Jahr 2015 437 Krimis erstausgestrahlt, davon 137 in der Prime Time. Hinzu treten zahlreiche Sendeplätze im Tagesprogramm, die mit Wiederholungen befüllt werden. So wurden mehr als 1200 „SOKO“-Folgen ausgestrahlt; die „Rosenheim-Cops“ ermittelten in mehr als 300 Folgen¹⁹. Zusammengekommen sind das fast 2000 Filme zwischen 43 und 90 Minuten, die einem einzelnen filmischen Genre – dem Krimi – gewidmet sind. Dahinter fallen andere anspruchsvolle Genres wie der Dokumentarfilm deutlich zurück. Im Jahr 2015 kam es im ZDF zu weniger als 10 Erstausstrahlungen, keine davon in der Prime-Time. Im Ersten Programm wurden 12 lange Dokumentarfilme im Jahr gezeigt. Weder im Ersten Programm noch im ZDF gibt es einen festen wöchentlichen Sendeplatz für dieses Genre. Neben dem Dokumentarfilm sind auch fiktionale Filmgenres betroffen, die nicht dem Krimi zuzurechnen sind. Auch Kinderfilme, anspruchsvolle Literaturverfilmungen und anspruchsvolle Spielfilme sind in den Hauptprogrammen von ARD und ZDF nur vereinzelt zu finden und das nur außerhalb der reichweitenstarken Sendezeiten. Noch schlechter bestellt ist es um Experimentalfilme, Kurzfilme oder Animationsfilme.

Deutlich wird die Orientierung an Einschaltquoten auch, wenn man den Anteil betrachtet, der Informationssendungen über den gesamten Sendetag zukommt. Zwar ist Information innerhalb der Hauptprogramme von ARD und ZDF der weitaus bedeutendste Bereich. Nach einer Studie von McKinsey & Company entfiel im Jahr 2016 auf Information ein Anteil von 45%, auf Fiction 37%, Unterhaltung 28% und auf Sport 8%²⁰. Der Informationsanteil lag beim Ersten Programm bei 44% und beim ZDF bei 46%²¹. Nach den Erhebungen des Instituts für empirische Medienforschung (IFEM) belief sich im Jahr 2017 der Informationsanteil des Ersten Programms auf 37,2% und des ZDF auf 43,5%²².

Eine (ganz) andere Perspektive eröffnet sich jedoch, wenn man die Verteilung der Informationssendungen über den gesamten Sendetag betrachtet. Nach einer Studie von McKinsey & Company strahlten das Erste Programm und das ZDF im Jahr 2016 ihre Informationssendungen vorwiegend außerhalb des Abendprogramms aus. Außer-

16 BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78); vgl. auch BVerfGE 90, 60 (90); 119, 181 (219); 136, 9 (29 f. Rn. 32).

17 BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78).

18 BVerfGE 119, 181 (219).

19 https://www.dwld.de/nachrichten/55088/437_krimis_im_zdf_nur_die_half_wahrheit/

20 McKinsey & Company, Die Rolle des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks (ÖRR) in der heutigen Medienlandschaft. Unabhängige Studie zur Entwicklung des dualen Rundfunks in Deutschland und im europäischen Vergleich, September 2017, S. 61.

21 McKinsey & Company, Die Rolle des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks (ÖRR) in der heutigen Medienlandschaft. Unabhängige Studie zur Entwicklung des dualen Rundfunks in Deutschland und im europäischen Vergleich, September 2017, S. 63.

22 Krüger, Medien Perspektiven 2018, 176 (178).

halb des Abendprogramms lag der Anteil beim Ersten Programm bei 48%, beim ZDF bei 49%. Demgegenüber schrumpfte im Abendprogramm (berücksichtigt wurden Sendungen mit Beginn 17:55 bis 22:59 Uhr) der Informationsanteil im Ersten Programm auf 28% und beim ZDF auf 34%²³. Hiermit lagen das Erste und das ZDF im Mittelfeld der Privatsender²⁴. Die Dritten Fernsehprogramme der Landesrundfunkanstalten wichen davon deutlich ab. Hier reichte der Informationsanteil im Abendprogramm von 60% beim Bayerischen Rundfunk bis 77% beim Hessischen Rundfunk²⁵. Ein etwas anderes Bild vermitteln die Zahlen des IFEM. Danach lag im Jahr 2017 in der Hauptsendezeit von 19 bis 23 Uhr der Informationsanteil des Ersten Programms bei 31,4% und des ZDF bei 35,2%²⁶. Das Erste und Zweite Programm boten danach auch in der Hauptsendezeit deutlich mehr Information als die größten privaten Sender (RTL: 11,0%; Sat.1: 13,2%; ProSieben: 22,9%)²⁷. Hinzu kommt, dass den Informationssendungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine besondere Qualität attestiert wird²⁸. Gleichwohl zeigen die Untersuchungen auch des IFEM, dass der Informationsanteil des Ersten und Zweiten Programms außerhalb der Hauptsendezeit wesentlich höher ist.

Deutlich schlägt sich die Ausrichtung im Ersten Programm und im ZDF auf massenattraktive Programmbeiträge auch bei der Verwendung des Beitragsaufkommens nieder. Innerhalb des Ersten beansprucht der Sport 26,8% der Programmbeschaffungskosten, füllt damit aber nur etwa 8% der Sendezeit. Auf der anderen Seite erhält der Programmbereich Politik und Gesellschaft 18,6% vom Programmbeschaffungsetat, muss damit aber 33,1% der Sendezeit füllen. Die Zahlen für Kultur und Wissenschaft sind ähnlich. Hier werden mit 3,2% des Programmetats 5,5% der Sendezeit bestritten. Es offenbart sich ein erhebliches Ungleichgewicht zugunsten eines Programmbereichs (massenattraktiver Sport), der sich auch nach den Gesetzmäßigkeiten des Marktes finanzieren ließe.

Kritische Töne hierzu gibt es von der KEF, die in ihrem 21. Bericht anmerkt: „ARD und ZDF nutzen einen erheblichen Teil der Mittel des Programmaufwands für die Sportberichterstattung. Diese zählt sowohl absolut als auch in Bezug auf die Kosten je Sendeminute zu den teuersten Genres (vgl. Leistungsbericht, Tzn. 35 f.). ... Die Kommission hatte bereits im 19. Bericht mahndend auf die Kostenentwicklung hingewiesen. Sie sah „die Grenze des wirtschaftlich Vertretbaren erreicht und in Teilbereichen überschritten“ (Tz. 578).“²⁹

C) Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Wie dargelegt, soll nach dem Reformplan von sieben Bundesländern dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei der Erfüllung seines Angebotsauftrags künftig mehr Flexibilität gewährt werden. Ob dies nicht letztlich das Eingeständnis dafür ist, dass sich die Länder nur noch begrenzt oder überhaupt nicht mehr in der Lage sehen, angesichts der Dynamik und Variabilität der die moderne Kommunikationsordnung kennzeichnenden Faktoren den Angebotsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks funktionsgerecht auszugestalten, mag hier dahinstehen. Verfassungsrechtlich prekär ist es jedenfalls, wenn die Einräumung zusätzlicher Gestaltungsspielräume für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk damit begründet wird, dass die Sendeanstalten am besten wüssten, mit welchen Inhalten und über welche Kanäle sie ihr Publikum erreichen³⁰. Gewiss müssen die Rundfunkanstalten in Wahrnehmung ihres durch die Verfassung vorgegebenen und gesetzlich näher umschriebenen Funktionsauftrags über hinreichende publizistische

23 McKinsey & Company, Die Rolle des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks (ÖRR) in der heutigen Medienlandschaft. Unabhängige Studie zur Entwicklung des dualen Rundfunks in Deutschland und im europäischen Vergleich, September 2017, S. 64.

24 McKinsey & Company, Die Rolle des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks (ÖRR) in der heutigen Medienlandschaft. Unabhängige Studie zur Entwicklung des dualen Rundfunks in Deutschland und im europäischen Vergleich, September 2017, S. 64.

25 McKinsey & Company, Die Rolle des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks (ÖRR) in der heutigen Medienlandschaft. Unabhängige Studie zur Entwicklung des dualen Rundfunks in Deutschland und im europäischen Vergleich, September 2017, S. 64; zur besonderen Regionalkompetenz der Dritten Fernsehprogramme *Holtmannspötter/Breunig*, Media Perspektiven 7-8 2018, 348 (349).

26 *Krüger*, Media Perspektiven 2018, 176 (178).

27 *Krüger*, Media Perspektiven 2018, 176 (178).

28 Hierzu eingehend *Holtmannspötter/Breunig*, Media Perspektiven 7-8 2018, 348 ff.

29 KEF, 21. Bericht, Februar 2018, Tz. 64 (S. 74 f.).

30 In diesem Sinne etwa *Brosda*, Senator für Kultur und Medien der Freien und Hansestadt Hamburg, promedia 4/2018, S.4.

Bewegungsspielräume verfügen. Von Verfassungen wegen sind der (Detail-)Genauigkeit gesetzgeberischer Vorgaben sub specie der Angebotsautonomie der Sendeanstalten Grenzen gesetzt³¹. Das Erfordernis der Wahrung der Angebotsautonomie lässt die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Ausgestaltung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und zur Beachtung des grundrechtlichen Schutzes der Rundfunkbeitragszahler (Art. 2 Abs. 1 GG) und der privaten Rundfunkanbieter jedoch unberührt. Der gebotene Schutz der Rundfunkbeitragszahler (I.), der privaten Anbieter (II.) und der Auftrag des Gesetzgebers zur Ausgestaltung des Angebotsauftrags (III.) stehen nicht zur Disposition des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Es ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, im Rahmen der Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die grundrechtlich geschützten Interessen aller betroffenen Personenkreise zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen.

I. Schutz der Rundfunkbeitragszahler

Mit der Festlegung des Funktionsauftrags in quantitativer und qualitativer Hinsicht korrespondiert ein entsprechender Finanzbedarf des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der in erster Linie über das Rundfunkbeitragsaufkommen zu decken ist. Die Konkretisierung des Angebotsauftrags öffentlich-rechtlicher Sendeanstalten berührt daher grundrechtlich geschützte Interessen (Art. 2 Abs. 1 GG) der Beitragszahler. Der von Verfassungen wegen notwendige Schutz darf nicht in die Hände der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gelegt werden, weil diese – so das Bundesverfassungsgericht – wie jede andere Institution ein „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse“ haben, „das sich gegenüber den ihnen auferlegten Funktionen verselbständigen kann“³². Aus diesem Grund verlangt das Bundesverfassungsgericht eine – neben die interne Finanzkontrolle durch den Verwaltungsrat tretende – externe Kontrolle der Bedarfsanmeldungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks³³. Die hierfür zuständige KEF hat jedoch nicht die Berechtigung zur Aufgabenkritik. Für das Verfahren der Rundfunkbeitragsfestsetzung gilt der Grundsatz der Angebotsneutralität und der Angebotsakzessorietät³⁴. Die KEF entscheidet nicht über den Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sondern hat im Rahmen der Überprüfung des von den Sendeanstalten angemeldeten Finanzbedarfs nur darüber zu befinden, ob sich ihre Angebotsentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Funktionsauftrags halten und ob der aus ihnen abgeleitete Finanzbedarf zutreffend und im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt wurde (§ 3 Abs. 1 Satz 2 RFinStV).

Die Festlegung des Funktionsauftrags und der damit einhergehende Schutz der Rundfunkbeitragszahler vor einer unverhältnismäßigen Belastung ist Sache des Gesetzgebers³⁵. Der enge Zusammenhang zwischen Finanzausstattung und Angebotsfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verbietet es jedoch, dem Gesetzgeber insoweit freie Hand zu lassen. Er könnte sonst die ihm verfassungsrechtlich untersagte Einflussnahme auf die publizistische Betätigung im Wege finanzieller Beschränkungen erreichen³⁶. Dieses Spannungsverhältnis zwischen der grundrechtlich garantierten Angebotsautonomie der Rundfunkanstalten und den vom Gesetzgeber wahrzunehmenden schutzwürdigen Interessen der Rundfunkteilnehmer hat das Bundesverfassungsgericht durch das

31 Hierzu noch unten sub C) III. 2. b), S. 14 f.

32 BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

33 Da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf das Finanzgebaren des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die interne Kontrolle durch den Verwaltungsrat nicht ausreicht, sondern eine externe Kontrolle erforderlich ist, müsste Entsprechendes für die inhaltsbezogene Kontrolle gelten. Auch die insoweit zuständigen Rundfunkräte des öffentlich-rechtlichen Rundfunks haben ein „Beharrungs- und Ausweitungsinteresse“, das eine angemessene Berücksichtigung der Grundrechte Dritter (privater Anbieter, Rundfunkbeitragszahler) nicht gewährleistet. Ebenso wie in Bezug auf das Finanzgebaren des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine externe Finanzkontrolle erforderlich ist, bedarf es in Bezug auf die Konkretisierung des Funktionsauftrags (im Rahmen des Drei-Stufen-Tests) einer Kontrolle durch ein externes (staatsfrei organisiertes) Gremium (*Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 21. Edition, Stand: 01.05.2017, § 11 Rn. 13).

34 BVerfGE 90, 60 (93 f.); 119, 181 (221).

35 *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 19 ff.; *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 49, 66 f.; differenzierend *Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002: ablehnend für die Konkretisierung des inhaltlichen Programmauftrags (S. 89), bejahend für die Konkretisierung des Programmvolumens (S. 101).

36 Vgl. BVerfGE 87, 181 (202), 90, 60 (92).

Kriterium des Funktionsnotwendigen aufzulösen versucht. Eine Belastung der Rundfunkteilnehmer sei nur zur Finanzierung solcher Angebote verfassungsrechtlich zulässig, die zur Erfüllung der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Funktion erforderlich ist³⁷. Zwar mag mit dieser Formel ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Rundfunkanstalten und der Beitragszahler erreicht sein³⁸. Letztlich ist durch diesen Maßstab für die gebotene Grundrechtsabwägung indes nicht viel gewonnen, weil unklar bleibt, welche Angebote zur Funktionssicherung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erforderlich sind.

II. Schutz privater Rundfunkanbieter

Die Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks berührt nicht nur die grundrechtlich geschützten Interessen der Rundfunkteilnehmer, sondern auch die der privaten Rundfunkanbieter. Der den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und damit das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ausgestaltende Gesetzgeber hat den schutzwürdigen Interessen der privatrechtlich organisierten und privatwirtschaftlich finanzierten Rundfunkveranstalter Rechnung zu tragen³⁹. Dieser Schutz darf nicht als – verfassungsrechtlich unzulässiger – „Konkurrentenschutz“ missverstanden werden. Der Kommunikationsverfassung ist ein Schutz vor publizistischer Konkurrenz fremd⁴⁰, weil der publizistische Wettbewerb Lebenselement der Meinungsfreiheit ist⁴¹. Allerdings ist damit nur die Teilnahme am publizistischen Wettbewerb zu gleichen Bedingungen gemeint. Das dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eingeräumte (Rundfunkbeitrags-)Privileg kollidiert mit der Verpflichtung des Staates, den publizistischen (und wirtschaftlichen) Wettbewerb der Medien nicht zu beeinträchtigen⁴². Eine öffentliche Ausschreibung von Qualitätsangeboten, die einen publizistischen Wettbewerb um den Public Value eröffnete, sieht der RStV nicht vor. Abgesehen von den Ausnahmetatbeständen des § 40 RStV ist eine Beteiligung privater Anbieter am Rundfunkbeitragsaufkommen ausgeschlossen. Diese selektive Förderung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist nur dann gerechtfertigt, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk gegenüber den privaten Anbietern einen publizistischen Mehrwert bietet. Er hat insbesondere „auch solche Aspekte aufzugreifen, die über die Standardformate von Sendungen für das Massenpublikum hinausgehen“⁴³. Nicht ein more of the same, sondern nur ein qualitativer Mehrwert legitimiert das (Rundfunkbeitrags-)Privileg des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Das gilt auch und gerade unter den Bedingungen moderner Massenkommunikation, unter denen die Medienfreiheiten zu Jedermann-Freiheiten geworden sind. Wenn Jedermann-Medien das Gleiche leisten wie der gebührenfinanzierte öffentlich-rechtliche Rundfunk, ist das Beitragsprivileg nicht mehr zu rechtfertigen. Diente das Beitragsprivileg in der Vergangenheit der Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit, entwickelt es sich zunehmend zu einer Bedrohung dieses – den öffentlich finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk lange Zeit tragenden – Grundsatzes⁴⁴. Dem (Rundfunkbeitrags-)Privileg des öffentlich-rechtlichen Rundfunks korrespondiert die Verpflichtung des Gesetzgebers, den Sendeanstalten nicht nur einen vielfaltsichernden (Informations-)Auftrag zu übertragen, sondern auch für dessen Einhaltung Sorge zu tragen.

37 Vgl. BVerfGE 81, 181 (201); 90, 60 (92); 119, 181 (219).

38 So BVerfGE 90, 60 (92 f.).

39 Vgl. **Bullinger**, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 21 ff.; **Hain**, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 49, 65 f.; differenzierend **Eifert**, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002: ablehnend für die Konkretisierung des inhaltlichen Programmauftrags (S. 89), nicht ganz so radikal und im Ergebnis bejahend für die Konkretisierung des Programmvolumens (S. 100 und insbesondere 101).

40 Vgl. BVerfGE 74, 297 (335).

41 BVerfGE 74, 297 (332).

42 Vgl. hierzu ausführlich **Gersdorf**, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 72 ff.

43 BVerfGE 136, 9 (30 Rn. 32); BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78).

44 **Gersdorf**, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 96.

III. Schutz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

1. Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Pflichtaufgabe des Gesetzgebers

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einer positiven Ordnung, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk möglichst breit und vollständig Ausdruck findet. Die Ausgestaltung dieser Ordnung ist Aufgabe des Gesetzgebers, der dabei einen weiten Gestaltungsspielraum hat⁴⁵. Die Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch qualitative und quantitative Vorgaben ist Teil dieses Ausgestaltungsauftrags des Gesetzgebers⁴⁶. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Grundrechts und des Funktionsbereichs des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks folgt zum Teil direkt aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, sodass entsprechende gesetzliche Ausgestaltungsregelungen nur das nachzeichnen, was die Rundfunkgarantie ohnehin vorgibt. Gleichwohl bedarf es auch insoweit eines Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG konkretisierenden Gesetzes. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss sich im öffentlich-rechtlichen Rundfunk die ganze Breite des klassischen Rundfunkauftrags widerspiegeln, der neben seiner Rolle für die Meinungs- und Willensbildung, neben Unterhaltung und Information eine kulturelle Verantwortung umfasst⁴⁷ und dabei an das gesamte Publikum gerichtet ist⁴⁸. Weiter betont das Bundesverfassungsgericht, dass das Programmangebot für neue Publikumsinteressen oder neue Inhalte und Formen offenbleiben muss und technisch nicht auf einen bestimmten Entwicklungsstand beschränkt werden darf⁴⁹. Angesichts des nur geringen Konkretisierungsgrads des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG besitzt der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einen weiten Gestaltungsspielraum⁵⁰.

2. Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Grenze der Ausgestaltungskompetenz des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber unterliegt bei der Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG spezifischen Bindungen. Ausgestaltungsgesetze müssen bestimmten Voraussetzungen genügen, um vor Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Bestand zu haben⁵¹. Hierzu gehört unter anderem der Grundsatz der Staatsfreiheit⁵² und in Sonderheit die Programmfreiheit der Rundfunkveranstalter. Rundfunkfreiheit ist in ihrem Kern Programmfreiheit. Sie gewährleistet, dass der Rundfunk frei von externer Einflussnahme entscheiden kann, wie er seine publizistische Aufgabe erfüllt⁵³. Dies gilt auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Ebenso wie bei der Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG muss der Gesetzgeber bei der Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Programmautonomie der Sendeanstalten wahren⁵⁴. Dieser durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Autonomiebereich bezieht

45 Vgl. BVerfGE 12, 205 (262 f.); 119, 181 (214); 121, 30 (50); 136, 9 (28 Rn. 29); st. Rspr.

46 Vgl. *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 19 ff., insbesondere 23; *Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 83; *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 38 f.

47 Vgl. BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

48 Vgl. BVerfGE 83, 238 (298); 136, 9 (30 Rn. 32).

49 Vgl. BVerfGE 74, 297 (324 f., 350 f.); 83, 238 (298, 299 f.); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

50 Vgl. BVerfGE 12, 205 (262 f.); 119, 181 (214); 121, 30 (50); 136, 9 (28 Rn. 29); st. Rspr.

51 Hierzu im Einzelnen *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts. Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, S. 30 ff.

52 Vgl. BVerfGE 83, 238 (323 f.); 90, 60 (89 f.); *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts. Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, S. 35.

53 Vgl. BVerfGE 59, 231 (258); 87, 181 (201); 90, 60 (87); 97, 298 (310); 114, 371 (389); st. Rspr.

54 Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (91 f.); 119, 181 (218 f.); vgl. auch *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 24 ff.; *Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S.

sich nicht nur auf die Gestaltung von linear verbreiteten Rundfunkprogrammen, sondern auch von nichtlinearen Telemedien, sodass man – entsprechend der Begrifflichkeit des § 11a Abs. 1 Satz 1 RStV – besser von Angebotsautonomie sprechen sollte.

a) Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gilt nur im Rahmen des verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich konkretisierten Auftrags

Auch wenn die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers verfassungsrechtliche Grenzen setzt, bedarf das Verhältnis zwischen der Programmautonomie und der Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers der weiteren Klärung.

Die Angebotsautonomie gewährt dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zwar das Recht, darüber zu entscheiden, wie er im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich näher umschriebenen Funktion seine publizistische Aufgabe erfüllt⁵⁵. Sie endet aber dort, wo die schutzwürdigen Interessen Dritter beginnen. Die Angebotsautonomie berechtigt den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht zur Disposition über die Grundrechte der Rundfunkbeitragszahler oder der privaten Rundfunkanbieter. Dementsprechend betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass weder die Programmautonomie der Rundfunkanstalten gesetzliche Programmbe-
grenzungen ausschließt noch dass jede Programmentscheidung einer Rundfunkanstalt finanziell zu honorieren ist⁵⁶.

Ungeachtet dessen: Gewiss ist, dass die Programmautonomie der Sendeanstalten nicht lediglich nach Maßgabe einer Aufgabenübertragung des einfachen Gesetzgebers gilt. Vielmehr ist der ausgestaltende Gesetzgeber an die Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gebunden. Verletzt er diese, können sich betroffene öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten unter Berufung auf ihre Angebotsautonomie hiergegen zur Wehr setzen. Umgekehrt kommt die Angebotsautonomie der Sendeanstalten nicht zum Tragen, wenn der Gesetzgeber den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG festlegt. Die Angebotsautonomie gilt nur im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich näher umschriebenen Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks⁵⁷. Sie kann denklogisch nicht mehr erfordern als Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG vorgibt. Sie verlangt keine Erweiterung des Funktionsbereichs, den der Gesetzgeber unter Wahrung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umgrenzt hat.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist ein gekorener und kein geborener Grundrechtsträger. Während private Medien kraft grundrechtlicher Freiheit ihre publizistischen Ziele autonom bestimmen können und hiermit kollidierende gesetzliche Regelungen an der Rundfunkfreiheit der privaten Anbieter zu messen sind, kann sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk als gekorener Grundrechtsträger⁵⁸ nicht gleichsam naturwüchsig im gesamten durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Wirkungsfeld ausweiten. Er ist sektoraler Aufgabenträger, dessen Funktionsbereich (in erster Linie) durch den Gesetzgeber festgelegt und umgrenzt wird. Limitiert der Gesetzgeber den Funktionsbereich – unter Wahrung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG –, kann die Angebotsautonomie nicht zu dessen Erweiterung führen⁵⁹. Die Angebotsautonomie gilt nur nach Maßgabe der verfassungsrechtlich vorgezeichneten und durch den Gesetzgeber konkretisierten Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks⁶⁰.

Allerdings bereitet die Bestimmung der Reichweite der verfassungskräftigen Angebotsautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht und an der Ausgestaltungsregelungen zu messen sind, nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Die Angebotsautonomie betrifft „in erster Linie“⁶¹ die Art und Weise („Wie“) der Funktionserfüllung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, also die Entscheidung über die

84 ff.; *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 38 f., 63.

55 Vgl. BVerfGE 90, 60 (91); 119, 181 (221).

56 Vgl. BVerfGE 90, 60 (92); 119, 181 (219); vgl. auch BVerfGE 87, 181 (201).

57 Vgl. BVerfGE 90, 60 (91); 119, 181 (221).

58 Zum organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt im Rundfunkbereich vgl. *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 27.

59 So aber offenbar *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 38 f., passim.

60 Vgl. nochmals BVerfGE 90, 60 (91); 119, 181 (221).

61 BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (91).

zur Funktionserfüllung als zweckmäßig und erforderlich angesehenen Inhalte und Formen der Angebote⁶². Da sich die Entscheidung über den Inhalt und die Formen von der Bestimmung der Anzahl und des Umfangs der Programme nicht klar trennen lässt, ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch diese Bestimmung von der Programmfreiheit der Sendeanstalten erfasst⁶³. Das bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche den Funktionsauftrag der Rundfunkanstalten ausgestaltenden Regelungen solche Rückwirkungen auf das „Wie“ der Aufgabenerledigung haben. Beispielsweise ist der Gesetzgeber frei, den territorialen Funktionskreis einer Landesrundfunkanstalt zu beschränken und sie allein mit der Verbreitung eines regionalen Rundfunkprogramms zu betrauen⁶⁴. Die Landesrundfunkanstalt hätte kein (Grund-)Recht, sich aus der Gebietsbezogenheit zu lösen und stattdessen oder daneben ein Programm mit bundesweiter Ausrichtung zu veranstalten. Die Programmautonomie gilt nur im Rahmen des Auftrags, den der Gesetzgeber (zulässigerweise) der Sendeanstalt zugewiesen hat. Das Gleiche gilt, wenn der Gesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit der Veranstaltung eines Kulturspartenprogramms betraut. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährt der Sendeanstalt kein Recht zur Umwidmung des Kulturkanals etwa in ein Sportprogramm.

Dass die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach Maßgabe des verfassungsrechtlich vorgegebenen und durch den Gesetzgeber konkretisierten Funktionsbereichs gilt, ist schließlich bedeutsam für die verfassungsrechtliche Bewertung des – beim Bundesverfassungsgericht anhängigen – Verbots der Verbreitung presseähnlicher Angebote durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (vgl. § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 3 RStV): Der Gesetzgeber verstößt nicht gegen Verfassungsrecht, wenn er sich in Wahrnehmung der ihm zustehenden Einschätzungsprärogative⁶⁵ und nach sorgfältiger Analyse des „Realbefundes“ des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dafür entscheidet, den Bereich digitaler Textangebote im Internet in Entsprechung der Funktions- und Ordnungsprinzipien des klassischen Pressewesens auszugestalten, weil bei textbasierten Angeboten im Internet keine im Vergleich zur Situation gedruckter Zeitungen und Zeitschriften (nicht hinnehmbaren) Vielfaltsdefizite festzustellen und zu erwarten sind⁶⁶. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist kein geborener Grundrechtsträger, der aus sich heraus in das gesamte durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Wirkungsfeld organisch hineinzuwachsen berechtigt ist. Er beruht auf einem Konstitutionsakt des Staates, der – kraft der objektiv-rechtlichen Funktion des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – die erforderliche Vielfalt in den Medien zu gewährleisten hat. Sind Vielfaltsdefizite im privaten Medienbereich nicht erkennbar, ist der Gesetzgeber wenigstens von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Verbreitung presseähnlicher Telemedien zu gestatten. Die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verlangt keine Ausdehnung ihres Funktionsauftrags, weil sie nicht gilt, wenn der Gesetzgeber Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in zulässiger Weise ausgestaltet⁶⁷.

b) Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verlangt einen hinreichenden Abstraktionsgrad des Ausgestaltungsgesetzes

Da der Gesetzgeber an den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks gebunden ist⁶⁸, d.h. die Angebotsautono-

62 Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (91); 119, 181 (218 f.).

63 Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (91 f.); 119, 181 (219); ebenso bereits in Bezug auf entsprechende „Programmexpansionen“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks **Gersdorf**, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S. 240 ff. m.N. in Fn. 416 für die gegenteilige Auffassung, wonach nur das „Wie“, nicht aber der Umfang und das Ausmaß der Aufgabenerfüllung von der Programmfreiheit der Rundfunkanstalten erfasst sind.

64 Vgl. statt vieler **Bullinger**, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S.80 ff., 95.

65 Vgl. BVerfGE 57, 295 (321); 83, 238 (321); 97, 228 (267).

66 Hierzu **Gersdorf**, AfP 2010, 421 (429 f.).

67 Dies wird von **Hain**, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, nicht (hinreichend) berücksichtigt, der die „Programmautonomie“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf nichtsendungsbezogene Telemedien erstreckt (S. 106 ff.): Selbst wenn man davon ausginge, dass die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten nicht nur nach Maßgabe (zulässiger) Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bestünde, könnte der Wirkungsbereich der Anstalten durch den Gesetzgeber in jedem Fall auf die Felder entsprechender Funktionsdefizite des privaten Medienbereichs begrenzt werden. Von einer „unverhältnismäßigen Einschränkung“ (S. 108) der Rundfunkautonomie kann nicht die Rede sein, wenn der Gesetzgeber – in Parallele zum klassischen Pressebereich – dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eigenständige Textangebote untersagt, weil im Onlinebereich – ebenso wie bei der klassischen Presse – Vielfaltsdefizite weder bestehen noch zu erwarten sind.

68 Vgl. BVerfGE 73, 118 (182 f.); 83, 238 (323 f.); 90, 60 (89 f.).

mie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von Verfassungen wegen wahren muss⁶⁹, sind seiner Ausgestaltungskompetenz Grenzen gesetzt. Der Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers kollidiert nicht mit den Grundpfeilern des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, d.h. mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks und der Angebotsautonomie der Sendeanstalten. Vielmehr gilt der Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers nach Maßgabe beider Prinzipien des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG⁷⁰. Dementsprechend besteht Einigkeit darüber, dass die Festlegung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf einer hinreichenden Abstraktionshöhe erfolgen muss und nicht durch zu detaillierte inhaltliche Angebotsfestlegungen zur eigentlichen Programmgestaltung werden darf⁷¹. Ungeachtet dessen, dass sich Rundfunkprogramme auf gesetzlichem Wege nur schwerlich dekretieren lassen, darf das den Funktionsbereich ausgestaltende Gesetz nicht in einer Weise präzise sein, dass die Sendeanstalt als bloßes Vollzugsorgan des Gesetzgebers erscheint. Der Sendeanstalt muss ein substanzieller Freiraum für die Gestaltung von Angeboten nach publizistischen Maßstäben verbleiben⁷². Journalistische Energien entfalten sich nicht am straffen Zügel einer externen Steuerungsinstanz⁷³, sondern nur in einem Umfeld autonomer Selbstbestimmung⁷⁴. Auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass der Gesetzgeber den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur „in abstrakter Weise festlegen“⁷⁵ darf. Wörtlich führt das Gericht aus: „Der Genauigkeit dieser gesetzgeberischen Vorgaben sind allerdings durch die Programmfreiheit der Rundfunkanstalten Grenzen gesetzt“⁷⁶. „Die staatlichen Vorgaben dürfen, unabhängig davon, ob dies überhaupt praktisch möglich wäre, bereits von Grundrechts wegen nicht so detailgenau sein, dass sich daraus die Rundfunkgebühr dem Betrag nach ableiten ließe“⁷⁷.

Gleichwohl lässt die begrenzte Steuerungsbefugnis des Gesetzgebers die Notwendigkeit einer hinreichenden Steuerung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unberührt, die sub specie des gebotenen grundrechtlichen Schutzes der Rundfunkteilnehmer und der privaten Medien besteht. Der Umstand, dass der Gesetzgeber wegen des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks keine detailgenauen Regelungen treffen darf, führt nicht dazu, dass die nähere Konkretisierung des Funktionsauftrags von Verfassungen wegen in die Hände der internen Gremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu legen ist oder auch nur gelegt werden darf⁷⁸. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat ein „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse“, „das sich gegenüber den ihnen auferlegten Funktionen verselbständigen kann“⁷⁹. Sofern der Gesetzgeber als Steuerungsinstanz ausscheidet, bedarf es einer Steuerung durch ein externes (staatsfrei organisiertes) Gremium, das den Funktionskreis des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unter Wahrung der Grundrechte der Rundfunkbeitragszahler und der privaten Medien konkretisiert⁸⁰.

Wie weit die Steuerungsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Einzelnen reichen, braucht hier nicht entschieden zu werden. Wie sogleich noch gezeigt wird, berühren die hier in Rede stehenden den Informationsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sichernden gesetzlichen Regelungen die Angebotsautonomie der Rundfunkanstalten

69 Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (92); 119, 181 (221 f.).

70 Vgl. hierzu **Gersdorf**, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S. 147 ff.; **Eifert**, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 84 ff.

71 Vgl. **Bullinger**, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 100; **Hain**, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 40; **Lerche**, in: Bullinger/Kübler (Hrsg.), Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit. Landesberichte und Generalbericht der Tagung für Rechtsvergleichung 1979 in Lausanne, 1979, S. 15 (26); **Fechner**, NJW 1997, 3211 (3213); **Eberle/Gersdorf**, Der grenzüberschreitende Rundfunk im deutschen Recht, 1993, S. 104 f.

72 Vgl. **Bullinger**, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 100.

73 Vgl. **Bullinger**, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 101.

74 Hierzu ausführlich **Eifert**, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 49 ff.

75 BVerfGE 119, 181 (221).

76 BVerfGE 119, 181 (221).

77 BVerfGE 119, 181 (221 f.).

78 In diesem Sinne aber **Eifert**, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 113 ff.

79 BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

80 Vgl. Fn. 33.

nicht⁸¹ und sind deshalb zulässig. Zu einer solchen, die Angebotsautonomie der Sendeanstalten währenden Konkretisierung des Funktionsauftrags ist der Gesetzgeber in jedem Fall berechtigt. Wie dargelegt, hat das Bundesverfassungsgericht das Spannungsverhältnis zwischen der grundrechtlich garantierten Angebotsautonomie der Rundfunkanstalten und den vom Gesetzgeber wahrzunehmenden schutzwürdigen Interessen der Rundfunkteilnehmer durch das Kriterium des Funktionsnotwendigen aufzulösen versucht. Eine Belastung der Rundfunkteilnehmer ist nur zur Finanzierung solcher Angebote verfassungsrechtlich zulässig, die zur Erfüllung der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Funktion erforderlich sind⁸².

Auch wenn das Kriterium des Funktionsnotwendigen ein hohes Maß an Unschärfe aufweist, ergibt sich hieraus eine Verantwortung des Gesetzgebers zur Bestimmung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Es ist nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Gesetzgebers, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf hinreichender Abstraktionshöhe – zu konkretisieren.

D) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Regelungen zur Sicherstellung des Informationsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Die spezifische Funktion des beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks besteht darin, ein von Einschaltquoten (und Werbeeinnahmen) unabhängiges Programm anzubieten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht. Die öffentliche Finanzierung soll eine weitgehende Abkoppelung der publizistischen Tätigkeit von ökonomischen Notwendigkeiten und damit vom Quotendruck bewirken⁸³. Dieser (hehre) verfassungsrechtliche Anspruch wird wenigstens in den Hauptprogrammen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme nur unzureichend erfüllt. In der Realität ist die Quote der Maßstab für die Programmgestaltung, obgleich hierfür keine wirtschaftliche Notwendigkeit besteht. Zwar sind die Hauptprogramme von ARD und ZDF reich an Informationssendungen, dies jedoch vorwiegend außerhalb der Hauptsendezeit. Im reichweitenstarken Abendprogramm rangiert der Informationsanteil lediglich im Mittelfeld der Privaten⁸⁴. Auch im Übrigen orientiert sich die Programmgestaltung in erheblichem Umfang am Massengeschmack⁸⁵. Der Public Value mutiert so zum Public View.

Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden einige Regelungsoptionen mit dem Ziel der Abkoppelung vom Quotendruck in den Blick genommen und einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen. Der Gesetzgeber wäre berechtigt, den Angebotsauftrag der Sendeanstalten dahin zu konkretisieren, dass sie schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung senden. Eine solche Schwerpunktsetzung dürfte der Gesetzgeber nicht nur für das System als Ganzes, sondern auch für einzelne Programme wie namentlich die Hauptprogramme von ARD und ZDF vornehmen. Sofern der Gesetzgeber den Vollprogrammcharakter des Ersten und Zweiten Programms durch eine entsprechende Schwerpunktsetzung neu justierte, entspräche er in besonderer Weise dem Vielfaltsgebot des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, weil sich gerade in den Bereichen Information, Bildung und Beratung die spezifische Schwäche des werbefinanzierten privaten Rundfunks manifestiert. Die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stünde dem nicht entgegen, da sie grundsätzlich nur in Wahrnehmung des vom Gesetzgeber zugewiesenen Funktionsauftrags gilt (s. I.).

Um sicherzustellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinem Informationsauftrag hinreichend nachkommt, erscheinen Sendezeitvorgaben für die Ausstrahlung von Information, Bildung und Beratung noch bedeutsamer als die Vorgabe, die Sendungen im Hauptprogramm auszustrahlen. Fehlen Sendezeitvorgaben, können Schwerpunkt-sendungen zur Nachtzeit oder während des Tages zu Zeiten ausgestrahlt werden, in denen kaum Zuschauer vor dem Fernseher sitzen. Zur „Unzeit“ ausgestrahlte Sendungen erreichen nur wenige Rezipienten und erfüllen damit

81 Vgl. unten sub D), S. 16

82 Vgl. BVerfGE 81, 181 (201); 90, 60 (92); 119, 181 (219).

83 Oben sub B), S. 7 f.

84 Oben sub B) bei und nach Fn. 20 (S. 8).

85 Oben sub B) nach Fn. 18 (S. 8).

den Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur eingeschränkt. Gesetzliche Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Informationsendungen in der Hauptsendezeit (der Hauptprogramme) auszustrahlen, verwirklichen die den Sendeanstalten zukommende Funktion. Sie stellen sicher, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk „unabhängig von Einschaltquoten“ ein Programm anbietet, das auch Sendungen enthält, „die über die Standardformate von Sendungen für das Massenpublikum hinausgehen“⁸⁶. In die Angebotsautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks greift der Gesetzgeber nicht ein, weil die Autonomie nur nach Maßgabe einer (verfassungsmäßigen) Ausgestaltung des Angebotsauftrags gilt⁸⁷. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat kein „Grundrecht auf Quotenorientierung“. Gesetzliche Regelungen, die sicherstellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk den Pfad der ihm von Verfassungs wegen zukommenden Funktion nicht verlässt, sind von der Rundfunkgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt, wenn nicht sogar durch sie geboten (s. II.).

Schließlich wäre der Gesetzgeber berechtigt, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufzugeben, das verfügbare Rundfunkbeitragsaufkommen überwiegend zur Finanzierung der Genres Information, Bildung und Beratung einzusetzen. Auch ließe sich daran denken, für einzelne (Teil-)Sparten wie Dokumentationen, den künstlerischen Dokumentarfilm, den Kurzfilm, den Experimentalfilm, den anspruchsvollen Spielfilm und das anspruchsvolle Fernsehspiel bestimmte Mindestbudgets vorzusehen. Eine gesetzliche Budgetierung dient der Absicherung der materiell-rechtlichen Vorgabe, schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung zu berichten. Sie ist daher ebenso zulässig wie gesetzliche genrebezogene Schwerpunktangaben (s. III.).

I. Gesetzliche Schwerpunktsetzung zugunsten von Information, Bildung und Beratung

Wie dargelegt, gibt es auf Länderebene den Vorschlag, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dahin zu konkretisieren, dass der Schwerpunkt der Berichterstattung in den Bereichen Kultur, Information und Bildung liegt⁸⁸. Unterhaltung ist selbstredend dadurch nicht ausgeschlossen, sie dürfte jedoch nicht den Schwerpunkt bilden.

Neuland würde der Gesetzgeber nicht betreten, wenn er diesen Reformvorschlag umsetzte. Bereits jetzt gibt es in Bezug auf einzelne öffentlich-rechtliche Rundfunksender gesetzliche Regelungen mit entsprechenden Schwerpunktsetzungen⁸⁹. So sieht § 11b Abs. 4 Nr. 1 RStV vor, dass das von den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und dem ZDF veranstaltete Vollprogramm 3sat einen kulturellen Schwerpunkt haben muss. Eine entsprechende thematische Schwerpunktsetzung besteht auch für Deutschlandradio, das gem. § 11c Abs. 3 RStV Hörfunkprogramme mit den Schwerpunkten in den Bereichen Information, Bildung und Kultur veranstaltet. Nicht als Voll-, sondern als Spartenprogramm ausgestaltet ist der Ereignis- und Dokumentationskanal PHOENIX (§ 11b Abs. 4 Nr. 3 RStV). Wegen der spezifischen Zielgruppenausrichtung sind auch der Kinderkanal KI.KA (§ 11b Abs. 4 Nr. 4 RStV) und das Jugendangebot (§ 11g RStV) Spartenangebote.

Demgegenüber existieren in Bezug auf die Hauptprogramme von ARD und ZDF derzeit keine Regelungen mit entsprechenden thematischen Schwerpunktsetzungen. Für beide Hauptprogramme gilt der in § 11 RStV festgelegte allgemeine Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Demnach haben (auch) die Hauptprogramme der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 4 RStV). Sie müssen Beiträge insbesondere zur Kultur enthalten (§ 11 Abs. 1 Satz 5 RStV). Und schließlich soll auch Unterhaltung einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen (§ 11 Abs. 1 Satz 6 RStV).

Soweit ersichtlich, bezieht sich der derzeit angedachte Reformplan allein auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in seiner Gesamtheit, nicht aber speziell auf die Hauptprogramme von ARD und ZDF. Würde lediglich § 11 RStV geändert, d.h. wäre der Bezugspunkt für die Verpflichtung zur Schwerpunktsetzung in den Bereichen Information, Bildung und Beratung das Gesamtangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, entfalte die Regelung keinerlei Wirkungskraft („Symbolregulierung“), da sich in der Addition aller Angebote bereits derzeit dieser Schwerpunkt

86 BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78 m.w.N.).

87 Hierzu oben sub C) III. 2. a), S. 13 f.

88 Oben sub A), S. 5 f.

89 Vgl. *Degenhart*, ZUM 2000, 356 (358 f.); *Scherer*, ZUM 1998, 8 (17).

abbildet. Einen Steuerungseffekt hätte die gesetzliche Regelung nur dann, wenn sich die Verpflichtung zur Schwerpunktsetzung auf die reichweitenstarken Hauptprogramme von ARD und ZDF bezöge.

Auch in diesem Fall wäre das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht verletzt. Zwar muss das verfassungsrechtliche Ziel gleichgewichtiger meinungs- und genrebezogener Vielfalt nicht in jedem Programm oder gar in jeder Sendung verwirklicht werden. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass einzelne Programme durchaus gegenständliche Schwerpunkte setzen oder bestimmte Zielgruppen ansprechen können⁹⁰. Das bedeutet aber nicht, dass es dem Gesetzgeber verwehrt wäre, für einzelne wie insbesondere die reichweitenstarken (Haupt-) Programme einen weitreichenden Vielfaltsstandard vorzuschreiben. Ebenso wie er berechtigt ist, Spartenprogramme mit bestimmten Inhalten zu beauftragen, darf er für Vollprogramme entsprechende Schwerpunktsetzungen vornehmen. Eine Schwerpunktsetzung in den Bereichen Information, Bildung und Beratung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Funktionsdefizite des werbefinanzierten privaten Rundfunks in diesen Feldern besonders sichtbar sind. Der Ausgleich dieser Funktionsdefizite ist die spezifische Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der aufgrund seiner Beitragsfinanzierung auch solche Angebote verbreiten kann, die sich nicht oder nur schwerlich über den Markt finanzieren lassen. Der Vollprogrammcharakter des Ersten und Zweiten Programms bliebe durch eine solche Schwerpunktsetzung unberührt, weil die Sendeanstalten in beiden Programmen weiterhin Unterhaltungssendungen verbreiten dürften. Von einer „Marginalisierung“ von Unterhaltung, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenso wie Information, Bildung und Beratung zum Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zählt⁹¹, kann deshalb nicht die Rede sein⁹². Sofern der Gesetzgeber den Vollprogrammcharakter des Ersten und Zweiten Programms durch Schwerpunktsetzungen neu justierte, entspräche er in besonderer Weise dem Vielfaltsgebot des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, weil sich gerade in den Bereichen Information, Bildung und Beratung die spezifische Schwäche des werbefinanzierten privaten Rundfunks manifestiert.

Die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stünde dem nicht entgegen, da sie grundsätzlich nur in Wahrnehmung des vom Gesetzgeber zugewiesenen Funktionsauftrags gilt. Als gekorene Grundrechtsträger genießen sie nicht den gleichen Schutz wie private Rundfunkveranstalter, die sich als geborene Grundrechtsträger kraft grundrechtlicher Freiheit gegen jede Form der Verkürzung ihrer publizistischen Autonomie zur Wehr setzen können. Demgegenüber ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk grundrechtlich nicht geschützt, wenn der Gesetzgeber im Rahmen der Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den Funktionsbereich der Sendeanstalten konkretisiert⁹³.

Schließlich belässt eine Schwerpunktregelung den Rundfunkanstalten hinreichende Freiräume für die konkrete Ausgestaltung der Vollprogramme, sodass auch insoweit eine Verletzung der Angebotsautonomie ausgeschlossen ist. Das Grundgesetz hindert den Gesetzgeber nicht, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausschließlich (Spartenangebote) oder überwiegend auf bestimmte thematische Inhalte – etwa aus den Bereichen Information oder Kultur – festzulegen⁹⁴.

Allerdings empfiehlt es sich dann, die einzelnen Programmsparten gesetzlich näher zu definieren⁹⁵. Dies gilt auch deshalb, weil der Begriff Information nicht auf staatsbezogene „politische“ Berichterstattung begrenzt ist, sondern gegenständlich indifferent ist und sich auf sämtliche Lebenssachverhalte bezieht⁹⁶.

90 BVerfGE 87, 181 (203).

91 Vgl. nur BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

92 Vgl. aber *Hain*, promedia 8/2018, S. 7 (8).

93 Hierzu oben sub C) III. 2. a), S. 13 f.

94 Vgl. *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 96, 100 f.; *Degenhart*, ZUM 2000, 356 (358 f.); *Scherer*, ZUM 1998, 8 (17); kritisch, im Ergebnis aber bejahend *Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Verfassungsrechtliche Verankerung, rechtliche Ausgestaltung und neue Herausforderungen der Selbstregulierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 96 f.

95 Zum Begriffsquartett Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung im Einzelnen *Gersdorf*, ZUM 2002, 106 (109 ff.).

96 *Gersdorf*, ZUM 2002, 106 (110 f.).

II. Gesetzliche Sendezeitvorgaben für Information, Bildung und Beratung

Wie dargelegt, kann eine gesetzliche Schwerpunktsetzung zugunsten der Bereiche Information, Bildung und Beratung nur dann Wirkung entfalten, wenn sie sich nicht auf das Gesamtsystem des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sondern speziell auf die Hauptprogramme von ARD und ZDF bezieht. Eine weitere, mindestens ebenso wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit gesetzlicher Schwerpunktangaben ist die Verpflichtung, die Schwerpunkte in der Hauptsendezeit abzubilden. Die Hauptsendezeit liegt beim Fernsehen zwischen 18 und 23 Uhr. In dieser Zeit versammeln sich deutlich mehr Menschen vor dem Fernseher als außerhalb des Abendprogramms. Die Ausstrahlung von Sendungen innerhalb der Hauptsendezeit erreicht daher besonders viele Zuschauer und ist massenwirksam. In dieser Zeit erfüllt der Rundfunk in besonderer Weise seine ihm zukommende massenkommunikative Funktion. Außerhalb des Abendprogramms ist die Wirkkraft des Rundfunks deutlich geringer.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Schwerpunktsetzung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, entfalten diese Schwerpunktangaben nur dann spezifische Wirkkraft, wenn sie auf die Hauptsendezeit bezogen sind⁹⁷. Fehlen Sendezeitvorgaben, können Schwerpunktsendungen zur Nachtzeit oder während des Tages zu Zeiten ausgestrahlt werden, in denen kaum Zuschauer vor dem Fernseher sitzen. Zur „Unzeit“ ausgestrahlte Sendungen erreichen nur wenige Rezipienten und erfüllen damit den Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur in geringem Maße.

Vor diesem Hintergrund erscheinen Sendezeitvorgaben für die Ausstrahlung von Information, Bildung und Beratung noch bedeutsamer als die Vorgabe, die Sendungen im Hauptprogramm auszustrahlen. Die Sendezeit entscheidet letztlich über die Möglichkeit der Rezeption. Ob eine Sendung im Haupt- oder Nebenprogramm verbreitet wird, ist zwar für die Reichweite wichtig. Auch die Ausstrahlung einer Sendung in einem Nebenprogramm ermöglicht aber ihre Rezeption und dient dem Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Demgegenüber führt die Ausstrahlung einer Sendung in (Haupt- oder Neben-) Programmen zur „Unzeit“ dazu, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen Versorgungsauftrag nicht oder nur eingeschränkt erfüllt.

Die Notwendigkeit von Sendezeitvorgaben zeigt sich daran, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinem Informationsauftrag vorwiegend außerhalb des reichweitenstarken Abendprogramms nachkommt. Im Abendprogramm liegt der Informationsanteil der Hauptprogramme von ARD und ZDF nur im Mittelfeld der Privatsender und im Übrigen weit hinter dem Informationsanteil der Dritten Programme der Landesrundfunkanstalten⁹⁸. Pointiert (in Anlehnung an den ZDF-Werbeslogan) formuliert: „Mit den Dritten sieht man (Information) besser“⁹⁹.

Gesetzliche Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Informationsendungen in der Hauptsendezeit (der Hauptprogramme) auszustrahlen, verwirklichen die den Sendeanstalten zukommende Funktion. Sie stellen sicher, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk „unabhängig von Einschaltquoten“ ein Programm anbietet, das auch Sendungen enthält, „die über die Standardformate von Sendungen für das Massenpublikum hinausgehen“¹⁰⁰. Der Gesetzgeber konkretisiert mit Sendezeitvorgaben für Informationssendungen den spezifischen Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. In die Angebotsautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks greift der Gesetzgeber nicht ein, weil die Autonomie nur nach Maßgabe einer (verfassungsmäßigen) Ausgestaltung des Angebotsauftrags gilt¹⁰¹. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat kein „Grundrecht auf Quotenorientierung“. Gesetzliche Regelungen, die sicherstellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk den Pfad der ihm von Verfassung wegen zukommenden Funktion nicht verlässt, sind von der Rundfunkgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt, wenn nicht sogar durch sie geboten¹⁰².

97 Bezogen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Österreich (ORF) vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 ORF-Gesetz mit der Vorgabe, dass „jedenfalls in den Hauptabendprogrammen (20 bis 22 Uhr) in der Regel anspruchsvolle Sendungen zur Wahl stehen“ müssen.

98 Hierzu sub B) bei und nach Fn. 20 (S. 8).

99 Zur besonderen Regionalkompetenz der Dritten Fernsehprogramme *Holtmannspötter/Breunig*, Media Perspektiven 7-8 2018, 348 (349).

100 BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78 m.w.N.).

101 Hierzu oben sub C) III. 2. a), S. 13 f.

102 Zur Zulässigkeit von Sendezeitvorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vgl. auch *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 106.

Die Zulässigkeit solcher Sendezeitvorgaben zeigt sich an der gesetzlichen Regelung von Fensterprogrammen im privaten Rundfunk für unabhängige Dritte (s. §§ 25 Abs. 4, 31 RStV). Der Gesetzgeber hat Dritten im Interesse der Vielfaltssicherung Sendezeit in den Bereichen Kultur, Bildung und Information eingeräumt (§§ 25 Abs. 4, 31 Abs. 1 Satz 1 RStV). Dabei hat der Gesetzgeber sowohl die wöchentliche Mindestdauer des Fensterprogramms normiert als auch vorgegeben, dass ein Teil der wöchentlichen Sendezeit zwischen 19 und 23:30 Uhr liegen muss (§§ 25 Abs. 4, 31 Abs. 2 Satz 1 RStV). Zwar stellt die Verpflichtung privater Rundfunkveranstalter zur Einräumung von Sendezeiten für unabhängige Dritte einen Eingriff in ihre durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Programmautonomie dar. Der Eingriff ist aber im Interesse der Vielfaltssicherung gerechtfertigt¹⁰³. Ebenso ist die gesetzliche Vorgabe von Sendezeiten für Informationssendungen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zulässig, wobei bereits kein Eingriff in die Angebotsautonomie der Sendeanstalten vorliegt, weil sie nicht geborene, sondern gekorene Grundrechtsträger sind¹⁰⁴.

III. Gesetzliche Budgetierung von Information, Bildung und Beratung

Da der Gesetzgeber berechtigt ist, in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als solchen, aber auch in Bezug auf einzelne (Haupt-)Programme der Sendeanstalten eine Berichterstattung mit dem Schwerpunkt Information, Bildung und Beratung vorzugeben, wäre zu überlegen, zur Abstützung dieser Schwerpunktsetzung entsprechende Budgetvorgaben zu machen. So könnte gesetzlich vorgeschrieben werden, das verfügbare Rundfunkbeitragsaufkommen überwiegend zur Finanzierung der Genres Information, Bildung und Beratung einzusetzen. Auch ließe sich daran denken, für einzelne (Teil-)Sparten wie Dokumentationen, den künstlerischen Dokumentarfilm, den Kurzfilm, den Experimentalfilm, den anspruchsvollen Spielfilm und das anspruchsvolle Fernsehspiel gesetzlich bestimmte Mindestbudgets vorzusehen.

Auch solche gesetzlichen Budgetierungen berühren nicht die Angebotsautonomie der Rundfunkanstalten und sind daher verfassungsrechtlich zulässig. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Rahmen ihres gesetzlichen Funktionsauftrags bei der Verwendung der Rundfunkbeitragsmittel frei sind. Es hat formuliert: „Wie die Rundfunkanstalten die verfügbaren Mittel im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen auf einzelne Programme oder Programmsparten verteilen, ist ihre Sache.“¹⁰⁵ Das bedeutet jedoch nicht, dass dem Gesetzgeber auf bestimmte Sparten bezogene Budgetierungen verwehrt wären. Wie bereits dargelegt, entfaltet sich die Programmautonomie der Sendeanstalten grundsätzlich nur im Rahmen des (verfassungskonformen) Angebotsauftrags des Gesetzgebers. Nichts Anderes hat das Bundesverfassungsgericht entschieden („im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen“).

Eine gesetzliche Budgetierung diene der Absicherung der materiell-rechtlichen Vorgabe, schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung zu senden. Sie ist daher ebenso zulässig wie gesetzliche genrebezogene Schwerpunktangaben.

Allerdings muss sich der Gesetzgeber – ebenso wie bei der Regelung von genrebezogenen Schwerpunkten – auch bei einer Budgetierung einer kleinteiligen Detailregelung enthalten. Insbesondere darf er nicht bestimmte Inhalte einzelner Sendungen vorgeben. Eine budgetmäßige Anknüpfung an bestimmte Sparten ist dagegen erlaubt. Der Gesetzgeber darf den Rundfunkanstalten vorgeben, einen bestimmten (Mindest-)Anteil des Rundfunkbeitragsaufkommens für bestimmte Genres zu verwenden.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht – bezogen auf die Förderung privater Rundfunkveranstalter nach dem vormaligen Teilnehmerentgeltsystem in Bayern – es für zulässig erachtet, öffentliche Zuschüsse auf „Sendezeit für Informations- und Kulturbeiträge“ zu beschränken. Darin liegt nach Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts keine „dem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG widersprechende Einwirkung auf das Programmverhalten der Anbieter“. Die maßgebliche Entscheidungspassage lautet: „Die der Landeszentrale übertragene Rechtsmacht zur Zuteilung von Zuschüssen aus dem Teilnehmerentgelt an einzelne Anbieter zielt auf die Unterstützung der Aus-

103 Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17.10.2017 – 2 B 11451/17 –, Rn. 141, juris; VG München, Urteil vom 4.8.2011 – M 17 K 09.2791 –, Rn. 128 ff., juris; vgl. auch VG Hannover, Beschluss vom 10.12.2008 – 7 B 3949/08 –, Rn. 70, juris.

104 Oben sub C) III. 2. a) bei Fn. 58 (S. 13).

105 BVerfGE 87, 181 (203).

übung der Rundfunkfreiheit. Eine dem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG widersprechende Einwirkung auf das Programmverhalten der Anbieter wird dadurch nicht ermöglicht. Die Teilnehmerentgeltsatzung der Landeszentrale knüpft für die Vergabeentscheidung nicht an die konkreten Inhalte der Sendungen, die in ihnen verbreiteten Informationen und Meinungen oder gar die politische oder sonstige Ausrichtung der Anbieter oder einzelner Beiträge an, sondern orientiert die Förderung im Wesentlichen an bestimmten Typen von Programmen und Sendungen; die Höhe der Zuschüsse richtet sich nach der Sendezeitdauer¹⁰⁶.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigt damit zum einen, dass eine Beschränkung der Förderung auf die Genres Information und Kultur von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist, weil gerade in diesem Bereich die Funktionsdefizite des privatwirtschaftlich finanzierten Rundfunks sichtbar sind. Aus diesem Grund sieht es in der Förderung dieser Sparten eine „Unterstützung der Ausübung der Rundfunkfreiheit“¹⁰⁷. Zum anderen stellt das Gericht fest, dass eine Förderung, die an bestimmte Programmsparten wie Information und Kultur anknüpft, keine „dem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG widersprechende Einwirkung auf das Programmverhalten der Anbieter“ ermöglicht¹⁰⁸. Entsprechend darf der Gesetzgeber Budgets für bestimmte Sparten im öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorsehen.

Von dieser verfassungsrechtlichen Möglichkeit hat der Gesetzgeber auch bereits Gebrauch gemacht. So wurde die Einführung des Jugendangebots von ARD und ZDF (s. § 11g RStV) politisch an die finanzielle Selbstverpflichtung der Sendeanstalten geknüpft, die Aufwendungen für das Jugendangebot auf 45 Mio. EUR jährlich zu begrenzen¹⁰⁹.

106 BVerfGE 114, 371 (390).

107 BVerfGE 114, 371 (390).

108 BVerfGE 114, 371 (390).

109 BayLT-Drs. 17/9700, 12: „Im Rahmen der Entscheidung über die Beauftragung haben ARD und ZDF eine finanzielle Selbstverpflichtung im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 2 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages abgegeben, die Aufwendungen für das Jugendangebot auf 45 Mio. € jährlich zu begrenzen.“; hierzu **Gersdorf**, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 21. Edition, Stand: 01.05.2017, RStV, § 11g Rn. 1; **Zimmermann**, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht: Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedien-schutz-Staatsvertrag, Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, 4. Auflage 2018, § 11g RStV Rn. 7.

E) Zusammenfassung

I. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, ob der Gesetzgeber berechtigt ist, den Informationsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dadurch zu konkretisieren, dass er den Informations-, Bildungs- und Beratungsauftrag neu justiert und ihm gegenüber dem Unterhaltungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Vorrang einräumt. Außerdem widmet sich die Studie der Frage, ob es zur Verwirklichung des Informationsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks weiterer Regelungen (sendezeitbezogene Vorgaben und genrebezogene Budgetierungen) bedarf und ob solche den Informationsauftrag sichernden gesetzlichen Vorschriften mit der Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vereinbar wären.

II. Verfassungsanspruch an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und Programmrealität

Der an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gestellte Anspruch, ein von Einschaltquoten unabhängiges Angebot zu veranstalten, deckt sich kaum mit der tatsächlichen Programmgestaltung der Sendeanstalten. Sie unterwerfen sich (ohne ökonomische Notwendigkeit) einem Quotendruck und verlieren in den Hauptprogrammen weniger massenattraktive Sendungen aus den Augen – insbesondere in den publikumsstarken Zeiträumen von 19 bis 23 Uhr. Außerhalb des Abendprogramms des Ersten und Zweiten ist der Informationsanteil wesentlich höher¹¹⁰.

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

1. Es ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, im Rahmen der Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die grundrechtlich geschützten Interessen aller betroffenen Personengruppen zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen¹¹¹. Hierzu gehören der grundrechtlich gebotene Schutz der Rundfunkbeitragszahler¹¹² und der privaten Rundfunkanbieter¹¹³.

2. Weiter ist es Aufgabe des Gesetzgebers, den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu konkretisieren¹¹⁴. Hierbei muss der Gesetzgeber die Angebotsautonomie der Sendeanstalten wahren¹¹⁵. Die Angebotsautonomie gilt nur im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich näher umschriebenen Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks¹¹⁶. Allerdings ist der Gesetzgeber verpflichtet, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf einer hinreichenden Abstraktionshöhe zu regeln. Den Sendeanstalten muss ein substantieller Freiraum für die Gestaltung von Angeboten nach publizistischen Maßstäben verbleiben¹¹⁷.

IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Regelungen zur Sicherstellung des Informationsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

1. Der Gesetzgeber ist berechtigt, den Angebotsauftrag der Sendeanstalten dahin zu konkretisieren, dass sie schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung senden. Eine solche Schwerpunktsetzung dürfte der Gesetzgeber nicht nur für das System als Ganzes, sondern auch für einzelne Programme wie namentlich

110 B), S. 7 ff.

111 C), S. 9 f.

112 C), I., S. 10 f.

113 C), II., S. 11

114 C) III. 1., S. 12

115 C) III. 2., S. 12 f.

116 C) III. 2. a), S. 13 f.

117 C) III. 2. b), S. 14 ff.

die Hauptprogramme von ARD und ZDF regeln. Sofern der Gesetzgeber den Vollprogrammcharakter des Ersten und Zweiten Programms durch eine entsprechende Schwerpunktsetzung neu justierte, entspräche er in besonderer Weise dem Vielfaltsgebot des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, weil sich gerade in den Bereichen Information, Bildung und Beratung die spezifische Schwäche des werbefinanzierten privaten Rundfunks manifestiert. Die Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stünde dem nicht entgegen, da sie grundsätzlich nur in Wahrnehmung des vom Gesetzgeber zugewiesenen Funktionsauftrags gilt. Der Vollprogrammcharakter des Ersten und Zweiten Programms bliebe durch eine gesetzliche Schwerpunktsetzung unberührt, weil die Sendeanstalten in beiden Programmen weiterhin Unterhaltungssendungen verbreiten dürften. Von einer „Marginalisierung“ von Unterhaltung, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenso wie Information, Bildung und Beratung zum Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zählt, kann deshalb nicht die Rede sein¹¹⁸.

2. Um sicherzustellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinem Informationsauftrag hinreichend nachkommt, erscheinen Sendezeitvorgaben für die Ausstrahlung von Information, Bildung und Beratung noch bedeutsamer als die Vorgabe, die Sendungen im Hauptprogramm auszustrahlen. Fehlen Sendezeitvorgaben, können Schwerpunkt-sendungen zur Nachtzeit oder während des Tages zu Zeiten ausgestrahlt werden, in denen kaum Zuschauer vor dem Fernseher sitzen. Zur „Unzeit“ ausgestrahlte Sendungen erreichen nur wenige Rezipienten und erfüllen damit den Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur in geringem Maße. Gesetzliche Vorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Informationsendungen in der Hauptsendezeit (der Hauptprogramme) auszustrahlen, verwirklichen die den Sendeanstalten zukommende Funktion. Sie stellen sicher, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk „unabhängig von Einschaltquoten“ ein Programm anbietet, das auch Sendungen enthält, „die über die Standardformate von Sendungen für das Massenpublikum hinausgehen“ (BVerfG). In die Angebotsautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks greift der Gesetzgeber nicht ein, weil die Autonomie nur nach Maßgabe einer (verfassungsmäßigen) Ausgestaltung des Angebotsauftrags gilt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat kein „Grundrecht auf Quotenorientierung“. Gesetzliche Regelungen, die sicherstellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk den Pfad der ihm von Verfassungs wegen zukommenden Funktion nicht verlässt, sind von der Rundfunkgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt, wenn nicht sogar durch sie geboten¹¹⁹.

3. Schließlich ist der Gesetzgeber berechtigt, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufzugeben, das verfügbare Rundfunkbeitragsaufkommen überwiegend zur Finanzierung der Genres Information, Bildung und Beratung einzusetzen. Auch ließe sich daran denken, für einzelne (Teil-)Sparten wie Dokumentationen, den künstlerischen Dokumentarfilm, den Kurzfilm, den Experimentalfilm, den anspruchsvollen Spielfilm und das anspruchsvolle Fernsehspiel gesetzlich bestimmte Mindestbudgets vorzusehen. Eine gesetzliche Budgetierung dient der Absicherung der materiell-rechtlichen Vorgabe, schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung zu senden. Sie ist daher ebenso zulässig wie genrebezogene Schwerpunktangaben des Gesetzgebers¹²⁰.

Leipzig, 8. Oktober 2018

(Prof. Dr. Hubertus Gersdorf)

118 D) I., S. 17 f.

119 D) II., S. 19 f.

120 D) III., S. 20 f.

Hubertus Gersdorf

(* 29. Oktober 1962 in Hamburg) ist ein deutscher Jurist und Hochschullehrer an der Universität Leipzig.

Leben

Gersdorf studierte ab 1982 Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg, wo er 1988 sein Erstes Juristisches Staatsexamen ablegte. 1991 promovierte er am Hamburger Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre bei Carl-Eugen Eberle, wo er bereits zuvor als wissenschaftlicher Mitarbeiter gearbeitet hatte. Ab 1993 war er bis zum Abschluss seiner Habilitation, welcher 1998 in Hamburg erfolgte, wissenschaftlicher Assistent bei Peter Selmer. Damit wurde ihm die *venia legendi* für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Recht der Europäischen Gemeinschaften verliehen.

Seit 1999 bekleidete Gersdorf die Gerd-Bucerius-Stiftungsprofessur für Kommunikationsrecht an der Universität Rostock. Von 2006 bis 2008 war er Studiendekan der Rostocker Juristischen Fakultät, von Oktober 2014 bis September 2016 war er deren Dekan. Neben seiner Rostocker Professur war Gersdorf zeitweise Dozent am Europa-Institut Saarbrücken, seit 2005 an der Hamburg Media School und seit 2007 an der Universität Bonn und der Bucerius Law School. 2016 wechselte er in Nachfolge von Christoph Degenhart auf den Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medien- und Informationsrecht an der Universität Leipzig.

Gersdorfs Forschungsschwerpunkte liegen vor allem im Bereich des Kommunikationsrechts, der Regulierung von Netzindustrien und postalischen Dienste sowie des Eisenbahnrechts. Daneben zählen vor allem die Bereiche „Neue Medien“ und das Unions- und Wettbewerbsrecht zu seinen Forschungsgebieten. Daneben war Gersdorf von 2010 bis 2013 Mitglied der vom Bundestag eingesetzten Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft.

Gersdorf ist seit 1995 mit Frauke Brosius-Gersdorf verheiratet.

Veröffentlichungen (Auswahl)

Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland. Duncker & Humblot, Berlin 1991, ISBN 978-3-428-07266-8. (Dissertation)

Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip. Eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der Öffentlichen Hand. Duncker & Humblot, Berlin 2000, ISBN 978-3-428-09993-1. (Habilitationsschrift)

Grundzüge des Rundfunkrechts: Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen. C. H. Beck, Tübingen 2003, ISBN 978-3-406-49941-8.

Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung. 4. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg 2014, ISBN 978-3-8114-9529-6.

Verwaltungsprozessrecht. 5. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg 2015, ISBN 978-3-8114-9532-6.

Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Hubertus_Gersdorf

AG DOK

Arbeitsgemeinschaft Dokumentarfilm

Schweizer Strasse 6 | D-60594 Frankfurt/Main

Tel.: +49 - 69 / 62 37 00

Fax: + 49 - 6142 / 966 033

E-Mail: agdok@agdok.de

Web: www.agdok.de



Arbeitsgemeinschaft
Dokumentarfilm
German Documentary
Association