

**Auftrag und Finanzierung des öffentlich-
rechtlichen Rundfunks
– Reformüberlegungen –**

Rechtsgutachten
im Auftrag der
CDU-Fraktion des Sächsischen Landtages

von

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf
Universität Leipzig
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht

Leipzig, 1. Juli 2019

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Gegenstand der Untersuchung	6
B. Neujustierung der Markenkern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Schwerpunkt der Information, Bildung und Beratung	9
I. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	11
1. Schutz der Rundfunkbeitragszahler	12
2. Schutz privater Rundfunkanbieter	14
3. Schutz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	17
a. Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Pflichtauf- gabe des Gesetzgebers	17
b. Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Grenze der Ausgestal- tungskompetenz des Gesetzgebers	19
(1) Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gilt nur im Rahmen des verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich konkretisierten Auftrags	20

(2) Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verlangt hinreichenden Abstraktionsgrad des Ausgestaltungsgesetzes	24
II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Regelungen zur Sicherstellung des Informationsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.....	28
1. Gesetzliche Schwerpunktsetzung zugunsten von Information, Bildung und Beratung.....	33
2. Gesetzliche Sendezeitvorgaben für Information, Bildung und Beratung	38
3. Gesetzliche Budgetierung von Information, Bildung und Beratung	42
C. „Flexibilisierung“ des Angebotsauftrags? Ersetzung der legislatorischen Beauftragung durch weiterentwickelnden Drei-Stufen-Test.....	47
I. „Angebotsflexibilisierung“: Bei Verzicht auf legislatorische Beauftragung ist die Durchführung eines weiterentwickelnden Drei-Stufen-Tests erforderlich	50
II. Begrenzte Steuerungskraft legislatorischer Beauftragung	54
III. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Fortentwicklung des Drei-Stufen-Tests.....	59

1. Unionsrechtliche Zulässigkeit der Beauftragung von linearen Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Drei-Stufen-Test	61
2. Reformbedarf aufgrund von Defiziten des Drei-Stufen-Tests	64
a. Reformbedarf in materiellrechtlicher Hinsicht	65
(1) Keine Überprüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Angebots durch die KEF im Rahmen des Drei-Stufen-Tests.....	66
(2) Keine Verpflichtung zur Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzbedarf	74
b. Reformbedarf in organisationsrechtlicher Hinsicht: Auftragskonkretisierung durch ein externes und staatsfrei organisiertes Gremium	78
D. Vollindexierung des Rundfunkbeitrags? Der zweite vor dem ersten Schritt?.....	85
I. Grundsätzliche Zulässigkeit der Indexierung des Beitragssatzes: Ausgangsbeitrag plus Index minus Produktivitätsfaktor (Formel: A plus I minus P)	89
II. Bestimmung des Ausgangs-Beitragssatzes erfordert Konkretisierung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch neuen Drei-Stufen-Test.....	94

E. Zusammenfassung	98
I. Neujustierung der Markenkerne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Schwerpunkt der Information, Bildung und Beratung.....	98
II. „Flexibilisierung“ des Auftragsauftrags? Ersetzung der legislatorischen Beauftragung durch einen weiterzuentwickelnden Drei-Stufen-Test.....	101
III. Vollindexierung des Rundfunkbeitrags? Der zweite vor dem ersten Schritt?	105

A. Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

Aktuell steht wieder einmal die Konkretisierung des Funktionsauftrags auf der Agenda der Medienpolitik. Im März 2016 haben 16 Bundesländer die Arbeitsgruppe „Auftrag und Strukturoptimierung der Rundfunkanstalten“ eingesetzt. Allerdings entpuppte sich diese Bezeichnung eher als Augenwischerei. 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 EUR auch über das Jahr 2020 hinaus stabil bleibt¹.

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

¹ Vgl. *Nünning*, Medienkorrespondenz 8/2018, S. 3.

der Arbeitsgemeinschaft die Länder Hamburg, Sachsen, Thüringen und Brandenburg an². Diese nun aus sieben Ländern bestehende Arbeitsgruppe hat einen Reformplan vorgelegt, der in Bezug auf den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und dessen Finanzierung ein grundlegend neues medienpolitisches Konzept verfolgt³. Aufbauend auf dem von Schleswig-Holstein entwickelten sogenannten ABC-Modell (Auftrag, Budgetierung und Controlling)⁴ sieht das neue Konzept eine Flexibilisierung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und eine Indexierung des Rundfunkbeitrags vor⁵. 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 gar unüberwindbare Schwierigkeiten gibt, Einvernehmen aller Bundesländer herzustellen. 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.

² Vgl. *Hain*, *promedia* 8/2018, S. 7.

³ Vgl. *Hain*, *promedia* 8/2018, S. 7, der den Plan der „Siebener-Gruppe“ als „grundlegende Neuausrichtung der Medienpolitik“ bezeichnet.

⁴ *Knothe*, *Medienkorrespondenz* 11-12/2017, S. 3 ff.

⁵ Vgl. im Einzelnen *Nünning*, *Medienkorrespondenz* 12/2018, S. 3 ff.; *Roethe*, *epd medien*, 19/2018, S. 3 ff.

Der Reformplan umfasst drei wesentliche Punkte. *Erstens* 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 weiterhin zum Angebotsauftrag gehören, aber nicht den Schwerpunkt bilden. In einem ersten Schritt wendet sich das Gutachten der Frage zu, ob eine solche Angebotskonkretisierung verfassungsrechtlich zulässig wäre (B.).

Zweitens 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 (wohl) durch die anstaltsinterne Angebotskonkretisierung im Wege des Drei-Stufen-Tests, der bislang nur für den nichtlinearen Bereich galt, ersetzt werden. Im zweiten Teil des Gutachtens wird gezeigt, dass der Verzicht auf das Instrument der legislatorischen Beauftragung rechtlich zulässig und rechtspolitisch zu begrüßen ist. Allerdings bedürfen die gesetzlichen Regelungen des Drei-Stufen-Tests einer Neujustierung (C.)

Drittens: Nach dem Reformplan soll das derzeit praktizierte Verfahren der Rundfunkbeitragsfestsetzung nach dem RFinStV durch eine Vollindexierung des Rundfunkbeitrags ersetzt und ergänzt werden. Hierauf wird im dritten Teil des Gutachtens eingegangen (D.).

Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung (E.).

B. Neujustierung der Markenkern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Schwerpunkt der Information, Bildung und Beratung

Die Rundfunkpolitik überlegt, das Auftragsprofil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dergestalt zu präzisieren, dass der Schwerpunkt des Auftrags im Bereich Kultur, Information und Bildung liegt. Die Reformüberlegungen zielen nicht darauf, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf den Public Value, also auf solche linearen und nichtlinearen Angebotsformen zu begrenzen, die im Markt in quantitativer und qualitativer Hinsicht nicht zufriedenstellend erbracht werden⁶. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf eine „Mindestversorgung oder auf ein Ausfüllen von Lücken und Nischen, die von privaten Anbietern nicht abgedeckt werden“⁷, begrenzt werden. Der verfassungsrechtliche Versorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist nach der Karlsruher Judikatur nicht auf

⁶ In diesem Sinne jüngst *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018, XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, 2018, Rz. 1088 ff.; *Kühling/Kellner*, ZUM 2018, 825 (832: „Mehrwert-Kontrolle der Programminhalte in allen Bereichen“).

⁷ BVerfGE 136, 9 (30 Rn. 32); deutlich auch BVerfGE 83, 238 (297 f.); siehe ebenfalls BVerfGE 74, 297 (326).

„Mehrwert-Angebote“ beschränkt, sondern erfasst auch Angebote, die (in vergleichbarer Qualität) bei den Privaten zu finden sind.

Ebensowenig geht es in der aktuellen Reformdebatte darum, das Genre Unterhaltung innerhalb des Angebotsauftrags auf eine Randgröße zu reduzieren („Marginalisierung“) oder gar dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Ausstrahlung von Unterhaltungssendungen zu untersagen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört Unterhaltung ebenso zu dem verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wie Bildung, Beratung und Information⁸. Deshalb wäre ein Verbot oder eine Marginalisierung von Unterhaltung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit der Verfassung unvereinbar. Im Übrigen können Unterhaltungssendungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Vergleich zu denen der Privaten (oftmals) einen (quantitativen und qualitativen) Mehrheit bieten. Zum einen können sie der Versorgung von Zielgruppen (ältere Zuschauer etc.) dienen, die für die werbetreibende Wirtschaft und damit für werbefinanzierte private Anbieter von keinem oder nur von geringem Interesse sind. Zum anderen unterscheiden sich Unterhaltungssendungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zum Teil qualitativ von denen der Privaten. Die Sendeanstalten kommen damit ihrer Verpflichtung gem. § 11 Abs. 1 Satz 6 RStV nach, wonach auch Unterhaltung einem

⁸ Vgl. nur BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen soll. Unterhaltung ist ein unverzichtbarer Bestandteil des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Sie gehört ebenso wie die Genres Information, Bildung und Beratung zu den Markenkernen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Dementsprechend geht es bei den Reformüberlegungen der Länder nur darum, das Binnenverhältnis zwischen den einzelnen Markenkernen Information, Bildung und Beratung einerseits und Unterhaltung andererseits neu zu justieren. Der Schwerpunkt des Auftrags soll im Bereich Kultur, Information und Bildung liegen. Der Markenkern Unterhaltung (einschließlich Sport) soll (selbstredend) weiterhin zum Angebotsauftrag gehören, aber nicht den Schwerpunkt bilden.

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

Bei der Ausgestaltung des Angebotsauftrags des öffentlichen-rechtlichen Rundfunks hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von verfassungsrechtlichen Schutzgütern zu beachten. Es geht um den grundrechtlich gebotenen Schutz der Rundfunkbeitragszahler (1.), der privaten Anbieter (2.) und der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (3.). Es ist Aufgabe des demokratisch legitimierte 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.

1. 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 Verfassungs 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“⁹. Aus diesem Grund verlangt das Bundesverfassungsgericht eine – neben die interne Finanzkontrolle durch den Verwaltungsrat tretende – externe Kontrolle der Bedarfsanmeldungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die für die Finanzkontrolle zuständige KEF hat jedoch nicht die Berechtigung zur Aufgabenkritik. Für das Verfahren der Rundfunkbeitragsfestsetzung

⁹ BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

gilt der Grundsatz der Angebotsneutralität und der Angebotsakzessorietät¹⁰. Die KEF entscheidet nicht über den Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sie hat im Rahmen der Überprüfung des von den Sendeanstalten angemeldeten Finanzbedarfs nur darüber zu befinden, ob sich deren Angebotsentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Funktionsauftrags halten und ob der hieraus 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 finanziellen Belastung ist Sache des Gesetzgebers¹¹. Der enge Zusammenhang zwischen Finanzausstattung und Angebotsfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verbietet es jedoch, dem Gesetzgeber insoweit freie Hand zu lassen. Er könnte sonst durch finanzielle Beschränkungen auf

¹⁰ BVerfGE 90, 60 (93 f.); 119, 181 (221).

¹¹ *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).

die publizistische Betätigung Einfluss nehmen, was ihm verfassungsrechtlich untersagt ist¹². Dieses Spannungsverhältnis zwischen der grundrechtlich garantierten Angebotsautonomie der Rundfunkanstalten und den vom Gesetzgeber wahrzunehmenden schutzwürdigen Interessen der Rundfunkteilnehmer (Beitragszahler) hat das Bundesverfassungsgericht durch das 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 ist¹³. Zwar mag mit dieser Formel ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Rundfunkanstalten und der Beitragszahler erreicht sein¹⁴. 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.

2. Schutz privater Rundfunkanbieter

Die Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks berührt nicht nur die grundrechtlich geschützten Interessen der Beitragszahler, sondern auch die Interessen privater Rundfunkanbieter. Der den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und damit das Grundrecht des Art. 5

¹² Vgl. BVerfGE 87, 181 (202), 90, 60 (92).

¹³ Vgl. BVerfGE 81, 181 (201); 90, 60 (92); 119, 181 (219).

¹⁴ So BVerfGE 90, 60 (92 f.).

Abs. 1 Satz 2 GG ausgestaltende Gesetzgeber hat den schutzwürdigen Interessen der privatrechtlich organisierten und privatwirtschaftlich finanzierten Rundfunkveranstalter Rechnung zu tragen¹⁵. Dieser Schutz darf nicht als – verfassungsrechtlich unzulässiger – „Konkurrentenschutz“ missverstanden werden. Der Kommunikationsverfassung ist Schutz vor publizistischer Konkurrenz fremd¹⁶, weil der publizistische Wettbewerb Lebenselement der Meinungsfreiheit ist¹⁷. 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 beeinträchtigen¹⁸. Eine öffentliche Ausschreibung von Qualitätsangeboten, die publizistischen Wettbewerb um den Public Value eröffnet, sieht der RStV nicht vor. Abgesehen von den Ausnahmetatbeständen des § 40 RStV ist eine Beteiligung privater Anbieter am Rundfunkbeitragsaufkommen

¹⁵ 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).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 74, 297 (335).

¹⁷ BVerfGE 74, 297 (332).

¹⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 72 ff.

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“¹⁹. 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 – Grundsatzes²⁰. Dem (Rundfunkbeitrags-)Privileg des öffentlich-rechtlichen Rundfunks korrespondiert die Verpflichtung des Gesetzgebers, den Sendeanstalten nicht nur einen vielfaltsichernden (Informations-)Auftrag zu erteilen, sondern auch für dessen Einhaltung Sorge zu tragen.

¹⁹ BVerfGE 136, 9 (30 Rn. 32); BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78).

²⁰ *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 96.

3. Schutz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

a. 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 hat²¹. Die Konkretisierung des Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch qualitative und quantitative Vorgaben ist Teil dieses Ausgestaltungsauftrags des Gesetzgebers²². 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 entspre-

²¹ Vgl. BVerfGE 12, 205 (262 f.); 119, 181 (214); 121, 30 (50); 136, 9 (28 Rn. 29); st. Rspr.

²²Vgl. *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.

chende 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 umfasst²³ und dabei an das gesamte Publikum gerichtet ist²⁴. 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 darf²⁵. 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 Gestaltungsspielraum²⁶.

²³ Vgl. BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

²⁴ Vgl. BVerfGE 83, 238 (298); 136, 9 (30 Rn. 32).

²⁵ Vgl. BVerfGE 74, 297 (324 f., 350 f.); 83, 238 (298, 299 f.); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

²⁶ Vgl. BVerfGE 12, 205 (262 f.); 119, 181 (214); 121, 30 (50); 136, 9 (28 Rn. 29); st. Rspr.

b. 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 haben²⁷. Hierzu gehört unter anderem der Grundsatz der Staatsfreiheit²⁸ 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 erfüllt²⁹. Das 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 wahren³⁰. Dieser durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Autonomiebereich bezieht sich nicht nur auf die Gestaltung von linear

²⁷ Hierzu im Einzelnen *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts. Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, S. 30 ff.

²⁸ Vgl. BVerfGE 73, 118 (182 f.); 83, 238 (323 f.); 90, 60 (89 f.); *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts. Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, S. 35.

²⁹ Vgl. BVerfGE 59, 231 (258); 87, 181 (201); 90, 60 (87); 97, 298 (310); 114, 371 (389); st. Rspr.

³⁰ 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,

verbreiteten Rundfunkprogrammen, sondern auch von nichtlinearen Telemedien, sodass man – entsprechend der Begrifflichkeit des § 11a Abs. 1 Satz 1 RStV – besser von Angebotsautonomie sprechen sollte.

(1) 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 Ausgestaltungsaufgabe 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 erfüllt³¹. 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 Rundfunk-

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

³¹ Vgl. BVerfGE 90, 60 (91); 119, 181 (221).

anbieter. Dementsprechend betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass weder die Programmautonomie der Rundfunkanstalten gesetzliche Programmbegrenzungen ausschließt noch dass jede Programmentscheidung einer Rundfunkanstalt finanziell zu honorieren ist³².

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 Rundfunks³³. 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.

³² Vgl. BVerfGE 90, 60 (92); 119, 181 (219); vgl. auch BVerfGE 87, 181 (201).

³³ Vgl. BVerfGE 90, 60 (91); 119, 181 (221).

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist ein gekorener und kein geborener Grundrechtsträger. Private Medien können kraft grundrechtlicher Freiheit ihre publizistischen Ziele autonom bestimmen, sodass hiermit kollidierende gesetzliche Regelungen an der Rundfunkfreiheit der privaten Anbieter zu messen sind. Dagegen kann sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk als gekorener Grundrechtsträger³⁴ nicht gleichsam naturwüchsig im gesamten durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Wirkungsfeld ausweiten. Er ist ein sektoraler Aufgabenträger, dessen Funktionskreis (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 führen³⁵. Die Angebotsautonomie gilt nur nach Maßgabe der verfassungsrechtlich vorgezeichneten und durch den Gesetzgeber konkretisierten Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks³⁶.

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 uner-

³⁴ Zum organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt im Rundfunkbereich vgl. *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 27.

³⁵ 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.

³⁶ Vgl. nochmals BVerfGE 90, 60 (91); 119, 181 (221).

hebliche Schwierigkeiten. Die Angebotsautonomie betrifft „in erster Linie“³⁷ die Art und Weise („Wie“) der Funktionserfüllung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, also die Entscheidung über die zur Funktionserfüllung als zweckmäßig und erforderlich angesehenen Inhalte und Formen der Angebote³⁸. 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 erfasst³⁹. 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 betrauen⁴⁰. 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

³⁷ BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (91).

³⁸ Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (91); 119, 181 (218 f.).

³⁹ Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (91 f.); 119, 181 (219); ebenso 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.

⁴⁰ Vgl. statt vieler *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 80 ff., 95.

greift 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.

(2) Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verlangt hinreichenden Abstraktionsgrad des Ausgestaltungsgesetzes

Da der Gesetzgeber an den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks gebunden ist⁴¹, d.h., die Angebotsautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von Verfassungs wegen wahren muss⁴², 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 GG⁴³. Dementsprechend besteht Einig-

⁴¹ Vgl. BVerfGE 73, 118 (182 f.); 83, 238 (323 f.); 90, 60 (89 f.).

⁴² Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (92); 119, 181 (221 f.).

⁴³ 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.

keit 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 darf⁴⁴. 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 substantieller Freiraum für die Gestaltung von Angeboten nach publizistischen Maßstäben verbleiben⁴⁵. Journalistische Energien entfalten sich nicht am straffen Zügel einer externen Steuerungsinstanz⁴⁶, sondern nur in einem Umfeld autonomer Selbstbestimmung⁴⁷. Auch das Bundesverfassungsgericht

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Vgl. *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 100.

⁴⁶ Vgl. *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 101.

⁴⁷ 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.

betont, dass der Gesetzgeber den Funktionsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur „in abstrakter Weise festlegen“⁴⁸ darf. Wörtlich führt das Gericht aus: „Der Genauigkeit dieser gesetzgeberischen Vorgaben sind allerdings durch die Programmfreiheit der Rundfunkanstalten Grenzen gesetzt“⁴⁹. „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“⁵⁰.

Gleichwohl lässt die begrenzte Steuerbefugnis 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 Verfassungs wegen in die Hände der internen Gremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu legen ist oder auch nur gelegt werden darf⁵¹. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben ein „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse“,

⁴⁸ BVerfGE 119, 181 (221).

⁴⁹ BVerfGE 119, 181 (221).

⁵⁰ BVerfGE 119, 181 (221 f.).

⁵¹ 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.

„das sich gegenüber den ihnen auferlegten Funktionen verselbstständigend kann“⁵². 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 konkretisiert⁵³.

Wie weit die Steuerungsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Einzelnen reichen, braucht hier nicht entschieden zu werden. Wie noch gezeigt wird, berühren die hier in Rede stehenden den Informationsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sichernden gesetzlichen Regelungen die Angebotsautonomie der Rundfunkanstalten nicht und sind deshalb zulässig. Zu einer solchen, die Angebotsautonomie der Sendeanstalten während der 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 Rund-

⁵² BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

⁵³ Hierzu im Einzelnen unten sub C. III. 2. b., S. 78 ff.

funktteilnehmer ist nur zur Finanzierung solcher Angebote verfassungsrechtlich zulässig, die zur Erfüllung der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Funktion erforderlich sind⁵⁴.

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.

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

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

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 81, 181 (201); 90, 60 (92); 119, 181 (219).

hat die Aufgabe, „als Gegengewicht zu den privaten Rundfunkanbietern ein Leistungsangebot hervorzubringen, das einer anderen Entscheidungsrationale 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.“⁵⁵ Weiter stellt das Gericht fest: „Indem der öffentlich-rechtliche Rundfunk 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.“⁵⁶ 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.“⁵⁷ Dementsprechend betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk vorrangig aus dem Beitragsaufkommen zu finanzieren ist, weil er nur

⁵⁵ 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).

⁵⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78); vgl. auch BVerfGE 90, 60 (90); 119, 181 (219); 136, 9 (29 f. Rn. 32).

⁵⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78).

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 öffentlichrechtlichen 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“.⁵⁸

Die spezifische Funktion des beitragsfinanzierten öffentlichrechtlichen 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 bewirken. Dieser (hehre) verfassungsrechtliche Anspruch wird wenigstens in den Hauptprogrammen der öffentlichrechtlichen Rundfunkprogramme 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

⁵⁸ BVerfGE 119, 181 (219); vgl. auch BVerfGE 90, 60 (90).

rangiert der Informationsanteil lediglich im Mittelfeld der Privaten⁵⁹. Auch im Übrigen orientiert sich die Programmgestaltung in erheblichem Umfang am Massengeschmack⁶⁰. 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 so 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. 1.).

⁵⁹ Hierzu im Einzelnen *Gersdorf*, K&R 2018, 759 (760 f. m.w.N.).

⁶⁰ Hierzu im Einzelnen *Gersdorf*, K&R 2018, 759 (760 m.w.N.).

Um sicherzustellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinem Informationsauftrag nachkommt, erscheinen Sendezeitvorgaben für die Ausstrahlung von Information, Bildung und Beratung noch bedeutsamer als die Vorgabe, die Sendungen im Hauptprogramm auszustrahlen. 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 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“⁶¹. In die Angebotsautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks greift der Gesetzgeber nicht ein, weil die Autonomie nur nach Maßgabe einer (verfassungsmäßigen) Ausgestaltung des Angebotsauftrags gilt⁶². 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

⁶¹ BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78 m.w.N.).

⁶² Hierzu oben sub B. I. 3. b. (1), S. 20 ff.

zukommenden Funktion nicht verlässt, sind von der Rundfunkgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt, wenn nicht sogar durch sie geboten (s. 2.).

Schließlich wäre der Gesetzgeber berechtigt, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufzugeben, das verfügbare Rundfunkbeitragsaufkommen überwiegend zur Finanzierung der Genres Information, Bildung und Beratung einzusetzen. Eine gesetzliche Budgetierung dient der Absicherung der materiellrechtlichen Vorgabe, schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung zu berichten. Sie ist daher ebenso zulässig wie gesetzliche genrebezogene Schwerpunktangaben (s. 3.).

1. Gesetzliche Schwerpunktsetzung zugunsten von Information, Bildung und Beratung

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

Ob eine solche Schwerpunktsetzung durch den Gesetzgeber zulässig ist, hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden. Zwar steht höchstrichterlich fest, dass neben den Genres Information, Bildung und Beratung auch Unterhaltung zum

verfassungsrechtlichen Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gehört⁶³. In welchem Binnenverhältnis die einzelnen Genres stehen und ob der Gesetzgeber befugt ist, dem Informationsauftrag gegenüber Unterhaltung Vorrang einzuräumen, hat das Bundesverfassungsgericht indes nicht geklärt.

Neuland würde der Gesetzgeber nicht betreten, wenn er eine solche Schwerpunktsetzung vornähme. Bereits jetzt gibt es in Bezug auf einzelne öffentlich-rechtliche Rundfunksender gesetzliche Vorschriften mit entsprechenden Schwerpunktsetzungen⁶⁴. So sieht § 11b Abs. 4 Nr. 1 RStV vor, dass das von den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und von 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.

⁶³ BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

⁶⁴ Vgl. *Degenhart*, ZUM 2000, 356 (358 f.); *Scherer*, ZUM 1998, 8 (17).

Demgegenüber existieren in Bezug auf die Hauptprogramme von ARD und ZDF keine Regelungen mit 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 aktuell angedachte Reformplan auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in seiner Gesamtheit und nicht speziell auf die Hauptprogramme von ARD und ZDF. Würde lediglich § 11 RStV geändert, d.h., wäre das Gesamtangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks der Bezugspunkt für die Verpflichtung zur Schwerpunktsetzung in den Bereichen Information, Bildung und Beratung, entfaltete die Regelung keinerlei Wirkungskraft (Symbolregulierung), da sich in der Addition aller Angebote bereits derzeit dieser Schwerpunkt abbildet. Einen Steuerungseffekt hätte die gesetzliche Regelung nur, 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 können⁶⁵. 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 Schwerpunktfestlegungen 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 zum Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zählt wie Information, Bildung und Beratung⁶⁶, kann deshalb keine Rede sein⁶⁷.

⁶⁵ BVerfGE 87, 181 (203).

⁶⁶ Vgl. nur BVerfGE 73, 118 (158); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

⁶⁷ Vgl. aber *Hain*, *promedia* 8/2018, S. 7 (8).

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 manifestiert⁶⁸.

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 die Rundfunkanstalten 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 konkretisiert⁶⁹.

Schließlich belässt eine Schwerpunktregelung den Rundfunkanstalten hinreichende Freiräume für die konkrete Ausgestaltung der Vollprogramme, sodass auch insoweit eine Verletzung ihrer Angebotsautonomie ausgeschlossen ist. Das Grundgesetz hindert den Gesetzgeber nicht, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

⁶⁸ A.A. (wohl) *Kühling/Kellner*, ZUM 2018, 825 (830 Fn. 67).

⁶⁹ Hierzu oben sub B. I. 3. b. (1), S. 20 ff.

ausschließlich (Spartenangebote) oder überwiegend auf bestimmte thematische Inhalte – etwa aus den Bereichen Information oder Kultur – festzulegen⁷⁰.

Allerdings empfiehlt es sich dann, die einzelnen Programmsparten gesetzlich näher zu definieren⁷¹. Das gilt auch deshalb, weil der Begriff Information nicht auf staatsbezogene „politische“ Berichterstattung begrenzt ist, sondern gegenständlich indifferent ist und sich auf sämtliche Lebenssachverhalte bezieht⁷².

2. 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

⁷⁰ 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.

⁷¹ Zum Begriffsquartett Information, Bildung, Beratung und Unterhaltung im Einzelnen *Gersdorf*, ZUM 2002, 106 (109 ff.).

⁷² *Gersdorf*, ZUM 2002, 106 (110 f.).

Schwerpunkte in der Hauptsendezeit abzubilden. Die Hauptsendezeit liegt beim Fernsehen zwischen 18:00 und 23:00 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 Wirkungskraft des Rundfunks deutlich geringer.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Schwerpunktsetzung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, entfalten diese Schwerpunktvorgaben nur dann spezifische Wirkungskraft, wenn sie auf die Hauptsendezeit bezogen sind⁷³. 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.

⁷³ 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.

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 seinen Informationsauftrag vorwiegend außerhalb des reichweitenstarken Abendprogramms wahrnimmt. 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 Landesrundfunkanstalten⁷⁴. Pointiert (in Anlehnung an den ZDF-Werbeslogan) formuliert: „Mit den Dritten sieht man (Information) besser“⁷⁵.

⁷⁴ Hierzu im Einzelnen *Gersdorf*, K&R 2018, 759 (761 m.w.N.).

⁷⁵ Zur besonderen Regionalkompetenz der Dritten Fernsehprogramme *Holtmannspötter/Breunig*, Media Perspektiven 7-8 2018, 348 (349).

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“⁷⁶. 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 gilt⁷⁷. 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 geboten⁷⁸.

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

⁷⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 1293 (1298 Rn. 78 m.w.N.).

⁷⁷ Hierzu oben sub B. I. 3. b. (1), S. 20 ff.

⁷⁸ Zur Zulässigkeit von Sendezeitvorgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vgl. auch *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks. Wege zu einem Funktionsauftrag, 1999, S. 106.

Gesetzgeber hat Dritten im Interesse der Vielfaltsicherung 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 19:00 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 Vielfaltsicherung gerechtfertigt⁷⁹. 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 sind⁸⁰.

3. 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 Berichter-

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Oben sub B. I. 3. b. (1), bei Fn. 34 (S. 22).

stattung 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.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich die Frage der Budgetierung nur für solche Rundfunkprogramme stellt, die durch den Gesetzgeber beauftragt werden. Erstreckt der Gesetzgeber den derzeit grundsätzlich nur für Telemedienangebote geltenden Drei-Stufen-Test auch auf Rundfunkprogramme, sieht die dritte Stufe des Tests ohnehin eine auf das konkrete Angebot bezogene Budgetierung vor. Gem. § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV hat die Rundfunkanstalt darzulegen, welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist. Wie noch im Einzelnen gezeigt wird, bedarf diese Bedarfsanmeldung der Überprüfung durch die KEF im Rahmen des Drei-Stufen-Tests⁸¹. Ungeachtet dessen führt die Beauftragung von Angeboten durch den Drei-Stufen-Test zu einer Budgetierung des konkreten Angebots. Unterwirft man künftig auch lineare Fernsehprogramme dem Drei-Stufen-Test, sind diese Programme damit budgetiert (vgl. § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV). Die Frage, ob gesetzliche Budgetvorgaben zulässig sind, stellt sich nur für lineare Programme, die weiterhin gesetzlich beauftragt bleiben.

⁸¹ Hierzu im Einzelnen unten sub C. III. 2. a. (1), S. 66 ff.

Auch gesetzliche Budgetierungen zugunsten der Genres Information, Bildung und Beratung 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.“⁸² Das bedeutet jedoch nicht, dass dem Gesetzgeber auf bestimmte Sparten bezogene Budgetierungen verwehrt sind. 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 materiellrechtlichen Vorgabe, schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung zu senden. Sie ist daher ebenso zulässig wie gesetzliche genrebezogene Schwerpunkt Vorgaben.

Allerdings muss sich der Gesetzgeber – ebenso wie bei der Regelung von genrebezogenen Schwerpunkten – auch bei einer

⁸² BVerfGE 87, 181 (203).

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 Teilnehmerentgeltssystem 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 Ausübung 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 Sendezeitdauer⁸³.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigt damit zum einen, dass eine Beschränkung der Förderung auf die Genres Information und Kultur von Verfassungen 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“⁸⁴. 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“ ermöglicht⁸⁵. 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 begrenzen⁸⁶.

⁸³ BVerfGE 114, 371 (390).

⁸⁴ BVerfGE 114, 371 (390).

⁸⁵ BVerfGE 114, 371 (390).

⁸⁶ 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

C. „Flexibilisierung“ des Angebotsauftrags? Ersetzung der legislatorischen Beauftragung durch weiterzuentwickelnden Drei-Stufen-Test

Neben der Vollindexierung sieht der Reformvorschlag der Länder 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-Tests, der 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 weiterbetrieben, aber auch eingestellt bzw. zusammengelegt werden. Die Entscheidung hierüber soll in die

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*, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, RStV, § 11g Rn. 1; *Zimmermann*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht: Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*, 4. Auflage 2018, § 11g RStV Rn. 7.

Hände der zuständigen Anstaltsgremien gelegt werden und dem Drei-Stufen-Test unterfallen, der bislang nur für den nichtlinearen Bereich gilt, wobei die gesetzlich beauftragten Angebote als von den zuständigen Gremien zugelassen gelten sollen, sodass insoweit die Durchführung eines Drei-Stufen-Tests nicht erforderlich ist. Auch für den Hörfunkbereich soll der Drei-Stufen-Test zur Anwendung kommen; die bislang geltende Deckelung der Hörfunkprogramme der in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten (§ 11c Abs. 2 RStV) soll aufrechterhalten bleiben.

Die angedachte Reformkonzeption führt demnach zu einem Bedeutungsverlust der gesetzlichen Beauftragung und einem Bedeutungsgewinn der Auftragskonkretisierung mittels des Drei-Stufen-Tests. Der Verzicht auf eine Beauftragung durch den Gesetzgeber darf nicht in eine „Angebotsflexibilisierung“ münden, die die Ersetzung existierender Programme durch veränderte oder neue lineare Angebote in das freie Ermessen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stellt. Verzichtet der Gesetzgeber auf eine legislatorische Beauftragung, bedarf es einer Legitimation mittels Durchführung eines Drei-Stufen-Tests (s. I.).

Da sich die gesetzliche Beauftragung sub specie des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks auf einer hinreichend hohen Abstraktionsebene bewegen muss, ist die Steuerungskraft des Gesetzes ohnehin begrenzt. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auch für den linearen Bereich auf den Drei-Stufen-Test setzt. Der Drei-Stufen-Test trägt (bei ent-

sprechender Fortentwicklung) dem von Verfassungs wegen notwendigen Schutz der Privaten und der Beitragszahler besser Rechnung als das System legislatorischer Beauftragung. Der Drei-Stufen-Test ist der gesetzlichen Beauftragung im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Güterausgleich strukturell überlegen (s. II.).

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 Verfahren des Drei-Stufen-Tests in materiellrechtlicher und organisationsrechtlicher Hinsicht einer Weiterentwicklung. In materiellrechtlicher Hinsicht ist § 11f RStV zu ändern, um eine gleichrangige Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Privaten und der Beitragszahler zu gewährleisten. Insbesondere ist die KEF in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests einzubeziehen. Auch in organisationsrechtlicher Hinsicht ist eine Fortentwicklung des Drei-Stufen-Tests erforderlich. Ebenso wie die KEF von Verfassungs wegen erforderlich ist, ist eine *externe* und staatsfreie Instanz geboten, die den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks konkretisiert. Die Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bieten aufgrund ihres jeder Institution eigenen „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses“ keine Gewähr, dass sich ihre Angebotsvorstellungen im Rahmen des Funktionsnotwendigen

halten. Insbesondere sind sie konzeptionell ungeeignet, die kollidierenden Belange Privater und der Beitragszahler wahrzunehmen. Ebenso wie es von Verfassungs wegen einer externen und staatsfreien KEF bedarf, die neben die anstaltsinterne Finanzkontrolle durch den Verwaltungsrat tritt, ist eine externe und staatsfreie Kontrolle zur Angebotskonkretisierung erforderlich. Der Staat kann diese zum Schutz der Privaten und der Beitragszahler unverzichtbare Kontrollaufgabe nicht bzw. nur unzureichend wahrnehmen. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der begrenzten Kontrollwirksamkeit, die der Entscheidung der Rechtsaufsicht nach § 11f Abs. 7 RStV zukommt (s. III.).

I. „Angebotsflexibilisierung“: Bei Verzicht auf legislatorische Beauftragung ist die Durchführung eines weiterzuentwickelnden Drei-Stufen-Tests erforderlich

Fest steht, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf den status quo seines bisherigen (Programm- und Telemedien-)Angebots eingefroren werden darf. Kraft seiner ihm nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zukommenden Bestands- und Entwicklungsgarantie⁸⁷ müssen Veränderungen bzw. Erweiterungen im Bereich linearer sowie nichtlinearer Angebote prinzipiell möglich sein⁸⁸. Fest steht aber auch,

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 74, 297 (324 f. und 342); 90, 60 (91); 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

⁸⁸ Vgl. nur BVerfGE 119, 181 (218); 136, 9 (30 Rn. 32).

dass hierbei die kollidierenden, ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen Dritter zu beachten sind: nämlich die der Beitragszahler und die der konkurrierenden (kommerziellen und nichtkommerziellen) privaten Anbieter. Der Gesetzgeber hat die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die einander widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen⁸⁹.

Der RStV sieht zwei Formen der Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit Angeboten vor, d.h. mit (linearen) Rundfunkprogrammen (Hörfunk- und Fernsehprogramme) und mit (nichtlinearen) Telemedien (vgl. § 11a RStV): zum einen die Beauftragung durch den Gesetzgeber und zum anderen die Beauftragung im Rahmen eines Drei-Stufen-Tests (§ 11f RStV). In beiden Verfahren ist sicherzustellen, dass der erforderliche Güterausgleich erfolgt, d.h., die schutzwürdigen Belange der Privaten und der Beitragszahler angemessene Berücksichtigung finden.

Das Instrument legislatorischer Beauftragung gilt im Grundsatz nur für (linear) verbreitete Rundfunkprogramme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (§§ 11b, 11c RStV). Eine Ausnahme bildet das Jugendangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (§ 11g RStV), das neben linearem Rundfunk auch (und in erster Linie) nichtlineare Telemedien enthält (§ 11g Abs. 1 Satz 1 RStV). Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber in Bezug auf das

⁸⁹ Hierzu bereits oben sub B. I., S. 11 ff.

Jugendangebot für eine legislatorische Beauftragung entschieden⁹⁰. Die legislatorische Beauftragung ist ein Betrauungsakt im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV.

Für den Bereich der Telemedien tritt hingegen an die Stelle der legislativen Betrauung die Legitimation durch den Drei-Stufen-Test. Sofern der öffentlich-rechtliche Rundfunk neue bzw. veränderte Telemedien anbieten möchte, muss er sich dem gesetzlich geregelten Drei-Stufen-Test unterziehen (§ 11f Abs. 4 RStV). Ein entsprechendes Verfahren fehlt bislang grundsätzlich für den Bereich des linearen Rundfunks. Eine Ausnahme gilt allein für ausschließlich im Internet verbreitete Hörfunkprogramme, für die das Verfahren nach § 11f RStV verbindlich vorgeschrieben ist (vgl. § 11c Abs. 1 S. 2, Abs. 3 Nr. 4 RStV). Die konkrete Betrauung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit neuen oder veränderten Angeboten (Art. 106 Abs. 2 AEUV) erfolgt nach Prüfung der Rechtsaufsicht durch Veröffentlichung in den Amtsblättern (§ 11f Abs. 7 Satz 2 und 3 RStV)⁹¹.

Im Rahmen der legislatorischen Betrauung nimmt der Gesetzgeber die von Verfassungs wegen unverzichtbare Güterabwägung vor. Verzichtet der Gesetzgeber auf eine legislatorische

⁹⁰ Zu den Hintergründen s. *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11g Rn. 2.

⁹¹ *Eifert*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11 Rn. 11 und 19; siehe auch *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11f Rn. 29.

Beauftragung (aus guten Gründen⁹²), lässt dies die Notwendigkeit einer angemessenen Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Privaten und der Beitragszahler unberührt. Der von Verfassungs wegen gebotene Schutz der Privaten und Beitragszahler schließt es aus, dass die Entscheidung über die Neuausrichtung bisheriger Programme oder die Veranstaltung neuer Programme in das freie Ermessen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gelegt wird. Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten darf von Verfassungs wegen keine „Angebotsflexibilisierung“ in dem Sinne eingeräumt werden, dass sie ohne jede Schutzmechanismen zugunsten der Privaten und der Beitragszahler autonom bestehende Programme verändern oder durch neue ersetzen dürfen. Der Schutz der Grundrechte der Privaten und der Beitragszahler steht nicht zur Disposition der Sendeanstalten. Verzichtet der Gesetzgeber auf eine legislatorische Beauftragung, bedarf es einer Legitimation mittels Durchführung eines Drei-Stufen-Tests, der den grundrechtlich geschützten Interessen der Privaten und Beitragszahler Rechnung trägt.

Die derzeit diskutierten Reformpläne tragen dieser verfassungsrechtlichen Notwendigkeit Rechnung. An die Stelle einer legislatorischen Beauftragung soll keine „Angebotsflexibilisierung“ dergestalt treten, dass die Entscheidung über veränderte

⁹² Hierzu sogleich.

und neue lineare Angebote dem freien Belieben der Sendeanstalten anheimfällt. Vielmehr soll diese Entscheidung dem Drei-Stufen-Test unterliegen und hieraus ihre Legitimation beziehen.

Darüber hinaus sollte gesetzlich geregelt werden, dass auch die bestehenden (gesetzlich nicht beauftragten) linearen Angebote nach Maßgabe des Drei-Stufen-Tests zu überprüfen sind. Hierfür spricht, dass der Drei-Stufen-Test bei seiner Einführung nicht nur für neue und geänderte (§ 11f Abs. 4 RStV), sondern auch für bestehende Telemedienangebote durchzuführen war (Art. 7 Abs. 1 12. RÄStV).

II. Begrenzte Steuerungskraft legislatorischer Beauftragung

Der Steuerung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den Gesetzgeber sind von Verfassungen wegen (weitreichende) Grenzen gesetzt. Zwar ist der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit verpflichtet. Bei Wahrnehmung seiner Ausgestaltungsaufgabe hat er jedoch den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks zu beachten. Der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks gilt auch für den Gesetzgeber und begrenzt seinen Ausgestaltungsspielraum⁹³.

⁹³ Vgl. BVerfGE 73, 118 (182 f.); 83, 238 (323 f.); 90, 60 (89 f.); Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts. Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, S. 35; im Einzelnen bereits oben sub B. I. 3. b. (2), bei Fn. 43 (S. 24).

In Bezug auf das Verhältnis zwischen staatlicher Exekutive und Rundfunkveranstaltern hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der staatlichen Genehmigungsbehörde bei der Zulassung privater Rundfunkveranstalter keine Handlungs-, Wertungs- und Ermessensspielräume eingeräumt werden dürfen, die es ermöglichen, dass sachfremde Erwägungen Einfluss auf die Entscheidung gewinnen. Das gilt umso mehr, als derartige Wertungsfreiräume bereits im Vorfeld als Druckmittel wirken und eine „Selbstzensur“ fördern können. Daher sind Ermessensstatbestände oder Beurteilungsspielräume, die eine inhaltliche Bewertung des Programms notwendig machen oder deren Ausfüllung mittelbar Auswirkungen auf den Programminhalt hat, mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbar⁹⁴. Aus demselben Grund hat das Bundesverfassungsgericht die nordrhein-westfälische Regelung über die Frequenzvergabe beanstandet, weil sie der Landesregierung bei der mit der Frequenzzuteilung verbundenen Auswahl zwischen konkreten Bewerbern und deren Programmangebot freie Hand ließ⁹⁵.

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend liegt die Zulassung und Beaufsichtigung privater Rundfunkveranstalter in den Händen der staatsfrei organisierten Landesmedienanstalten⁹⁶. Demgegenüber beansprucht der Gesetzgeber seit jeher die Befugnis, über Anzahl und Ausrichtung der Programme

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 73, 118 (182 f.); 90, 60 (89).

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 83, 238 (323); 90, 60 (89).

⁹⁶ Vgl. nur BVerfGE 73, 118 (182 f.); 90, 60 (89); s. auch BVerfGE 97, 298 (313); 121, 30 (55 f.).

des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu entscheiden. Ob und unter welchen Voraussetzungen das überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist, bestimmt sich danach, ob die vom Bundesverfassungsgericht zur staatlichen Exekutive entwickelten Maßstäbe auf den Gesetzgeber übertragbar sind. Hierfür spricht, dass die Zulassung linearer und nichtlinearer Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den Gesetzgeber die Sendeanstalten in ein spezifisches Abhängigkeitsverhältnis zum Staat bringt, das der Rundfunkfreiheit abträglich ist. Das Instrument legislatorischer Beauftragung ist daher verfassungsrechtlich zweifelhaft⁹⁷.

Ungeachtet dieser grundsätzlichen Bedenken steht jedenfalls fest, dass sich die gesetzliche Beauftragung sub specie des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks auf einer hinreichend hohen Abstraktionsebene bewegen muss⁹⁸. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist die Steuerungskraft des Gesetzes begrenzt.

Erfolgt die Beauftragung hingegen in einem staatsfrei organisierten Verfahren, kann die Überprüfung des konkreten (linearen oder nichtlinearen) Angebots deutlich weiter reichen als bei einer legislativen Beauftragung. Der Drei-Stufen-Test (vgl. § 11f Abs. 4 RStV) ermöglicht eine auf konkrete Inhalte und deren Ausrich-

⁹⁷ Hierzu bereits *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S. 240 ff., 263 ff.

⁹⁸ Hierzu im Einzelnen bereits oben sub B. I. 3. b. (2), S. 24 ff.

tung bezogene Kontrolle des (neuen oder veränderten) Angebots. Er eröffnet eine feinmaschige Bewertung des konkreten Angebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die der Staat und damit auch der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht vornehmen dürfte. Aus diesem Grund ist die Prüfung des Telemedizinangebots durch die Rechtsaufsicht gem. § 11f RStV von Verfassungs wegen sehr begrenzt. Die Prüfung ist auf die Einhaltung der Verfahrens- und Formvorschriften und in materieller Hinsicht auf eine Evidenzkontrolle beschränkt⁹⁹.

Da der staatsfrei ausgestaltete Drei-Stufen-Test eine auf konkrete Inhalte bezogene Überprüfung des (neuen oder geänderten) Angebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ermöglicht, kann auch den (ggf.) gegenläufigen schutzwürdigen Interessen der Privaten und der Beitragszahler besser Rechnung getragen werden als bei einer legislatorischen Beauftragung. Im Rahmen des Drei-Stufen-Tests sind Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Telemedizinangebote, die Auswirkungen auf alle relevanten Märkte des geplanten, neuen Telemedizinangebots oder der wesentlichen Änderung sowie jeweils deren meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer frei zugänglicher Telemedizinangebote, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen (§ 11f Abs. 4 Satz 3 RStV). § 11f Abs. 4 RStV sieht eine umfassende, auf ganz

⁹⁹ *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 182; *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11f Rn. 29; *Knothe*, epd medien 60/2009, 5 (8); im Ergebnis ebenso BGH, BeckRS 2015, 17161 Rn. 50.

konkrete Angebote bezogene Abwägung zwischen den Interessen der öffentlich-rechtlichen und privaten Anbieter vor. Eine solche, auf bestimmte Inhalte bestimmter Anbieter bezogene Prüfung dürfte der Staat und damit auch der Gesetzgeber sub specie des Art. 5 Abs. 1 GG nicht vornehmen.

Auch dem Schutz der Beitragszahler kann ein staatsfrei organisiertes Verfahren letztlich besser entsprechen. Ob eine (Mehr-)Belastung der Beitragszahler gerechtfertigt ist, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf das konkrete (neue oder geänderte) Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und unter Berücksichtigung der verfügbaren Angebote Privater entscheiden. Die Angemessenheitsprüfung setzt die Bewertung des konkreten Angebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks voraus. Ob eine (Mehr-)Belastung der Beitragszahler gerechtfertigt ist, lässt sich verständigerweise nur im Lichte des (Mehr-)Werts des konkreten (neuen oder geänderten) Angebots des öffentlich-rechtlichen Angebots beurteilen¹⁰⁰. In die Gesamtabwägung sind die verfügbaren Angebote der Privaten einzubeziehen. Dies ist nicht nur dem grundrechtlich gebotenen Schutz der Privaten, sondern auch der Beitragszahler geschuldet. In seiner bisherigen Ausgestaltung trägt der Drei-Stufen-Test dem verfassungsrechtlich notwendigen Schutz der Beitragszahler nicht hinreichend Rechnung. Im Hinblick auf die grundrechtlich geschützten Interessen der Beitragszahler existiert im geltenden Drei-Stufen-

¹⁰⁰ Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit einer Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand des Angebots unten sub C. III. 2. a. (2), S. 74 ff.

Test des RStV eine Schutzlücke, die von Verfassungs wegen zu schließen ist¹⁰¹.

Nach alledem ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auch für den linearen Bereich auf den Drei-Stufen-Test setzt. Der Drei-Stufen-Test trägt (bei entsprechender Fortentwicklung) dem von Verfassungs wegen notwendigen Schutz der Privaten und der Beitragszahler besser Rechnung als das System legislatorischer Beauftragung. Der Drei-Stufen-Test ist der gesetzlichen Beauftragung im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Güterausgleich strukturell überlegen.

III. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Fortentwicklung des Drei-Stufen-Tests

Wie bereits dargelegt, gilt der Drei-Stufen-Test bislang prinzipiell nur für den nichtlinearen Bereich. Eine Ausnahme besteht nur 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 RStV).

Unionsrecht schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber in weiten Bereichen auf eine legislatorische Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verzichtet und stattdessen neue oder geänderte (nichtlineare und) lineare Angebote von der Durchführung eines Drei-Stufen-Tests abhängig macht (s. 1.).

¹⁰¹ Hierzu im Einzelnen unten sub noch C. III. 2. a. (2), S. 74 ff.

Verzichtet der Gesetzgeber auf das Steuerungsmittel der legislatorischen Beauftragung, muss er im Interesse des gebotenen Schutzes der (kommerziellen und nichtkommerziellen) privaten Anbieter sowie der Beitragszahler den Drei-Stufen-Test in materiellrechtlicher und organisationsrechtlicher Hinsicht neu regeln. In materiellrechtlicher Hinsicht bedarf § 11f RStV einer Änderung, um eine gleichrangige Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Privaten und der Beitragszahler zu gewährleisten. Insbesondere ist die KEF in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests einzubeziehen (s. 2. a)). Auch in organisationsrechtlicher Hinsicht ist eine Fortentwicklung des Drei-Stufen-Tests verfassungsrechtlich erforderlich. Ebenso wie die KEF von Verfassungs wegen erforderlich ist, ist eine *externe* und staatsfreie Instanz geboten, die den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks konkretisiert. Die Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bieten aufgrund ihres jeder Institution eigenen „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses“ keine Gewähr, dass sich ihre Angebotsvorstellungen im Rahmen des Funktionsnotwendigen halten. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk schon keine wirksame Wirtschaftlichkeitskontrolle seines Angebots gewährleisten kann, obgleich er kein natürliches Interesse an Verschwendung bei der Erbringung seines Angebots hat, kann er erst recht nicht über Angebotsexpansionen befinden, die in seinem natürlichen Interesse liegen. Da das Bundesverfassungsgericht – neben der anstaltsinternen Kontrolle durch den Verwaltungsrat – eine externe Überprüfung des Fi-

nanzbedarfs durch die KEF verlangt, müssen auch Angebotserweiterungen durch eine externe Stelle überprüft werden. Der Staat kann diese zum Schutz der Privaten und der Beitragszahler unverzichtbare Kontrollaufgabe nicht bzw. nur unzureichend wahrnehmen. Das zeigt sich nicht zuletzt an der begrenzten Kontrollwirksamkeit, die der Entscheidung der Rechtsaufsicht nach § 11f Abs. 7 RStV zukommt (s. 2. b)).

1. Unionsrechtliche Zulässigkeit der Beauftragung von linearen Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Drei-Stufen-Test

Das Unionsrecht macht keine Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung der Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit linearen und nicht linearen Angeboten. Insbesondere sieht es keinen Vorrang der legislatorischen Beauftragung vor der Durchführung eines Drei-Stufen-Tests für neue oder geänderte Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vor.

Zwar verlangt die Kommission, dass die Auftragsdefinition „hinreichend präzise und klar“ ist¹⁰², damit die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die nach Ansicht der Kommission eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt¹⁰³, nach Art. 106 Abs. 2 AEUV zulässig ist. Mit Blick auf die Besonderheiten des Rundfunksektors und vor allem mit Blick

¹⁰² Kommission K(2007) 1761 endg., Rn. 223.

¹⁰³ Kommission K(2007) 1761 endg., Rn. 143 ff.

auf die grundrechtlich verbürgte „redaktionelle Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“ (Art. 11 GRC, Art. 10 EMRK) stellt die Kommission insoweit aber keine allzu hohen Anforderungen. So erachtet sie die Auftragsdefinition des § 11 RStV als hinreichend präzise¹⁰⁴. Nach Ansicht der Kommission hat sie nicht die Befugnis, über die Einhaltung von Qualitätsstandards zu urteilen. Sie müsse sich darauf verlassen, dass die Mitgliedstaaten die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags einschließlich der darin dargelegten qualitativen Kriterien durch die Rundfunkanstalten angemessen beaufsichtigen¹⁰⁵. Auch das Gericht der Europäischen Union (EuG) überspannt nicht die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der Beauftragung und hält etwa eine gesetzliche Aufzählung der Genres Nachrichten, Information, Bildung, Kunst und Unterhaltung für ausreichend¹⁰⁶ und bestätigt damit ausdrücklich die Position der Kommission¹⁰⁷.

An die Stelle der Beauftragung durch den Gesetzgeber kann auch eine Beauftragung durch den Drei-Stufen-Test treten. Nach Ansicht der Kommission vermittelt der Drei-Stufen-Test prinzipiell eine ausreichende Legitimation für eine Betrauung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks¹⁰⁸. Voraussetzung hierfür ist aber,

¹⁰⁴ Kommission K(2007) 1761 endg., Rn. 224.

¹⁰⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. C 257 vom 27.10.2009, S. 1), Rn. 53.

¹⁰⁶ EuG, ZUM 2009, 208 (210 Rn. 115).

¹⁰⁷ EuG, ZUM 2009, 208 (210 Rn. 117).

¹⁰⁸ Kommission K(2007) 1761 endg., Rn. 370 ff.

dass „auch Dritte die Gelegenheit haben werden, zu den erwarteten Auswirkungen auf den Markt Stellung zu nehmen“; dieser Forderung trägt § 11f Abs. 4 und 5 RStV Rechnung. Schließlich ist die Kommission von ihrer ursprünglich im Beihilfeverfahren erhobenen Forderung, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei Durchführung des Drei-Stufen-Tests einer Überprüfung durch eine externe Stelle zu unterstellen, abgerückt. Sie hat sich mit der Kontrolle des Drei-Stufen-Tests durch die Rechtsaufsichtsbehörde zufriedengegeben¹⁰⁹, wobei unklar ist, ob mit oder ohne Kenntnis, dass die Rechtsaufsicht sub specie des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks nur sehr begrenzt ist und deshalb keine wirksame Kontrolle ermöglicht¹¹⁰.

Der Drei-Stufen-Test ist ursprünglich in Bezug auf die Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entwickelt und von der Kommission akzeptiert worden. Er kann aber (selbstredend) auch auf lineare Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erstreckt werden¹¹¹. Nach der Rundfunkmittei-

¹⁰⁹ Kommission K(2007) 1761 endg., Rn. 257, 334, 370, insbesondere 373 f., *passim*.

¹¹⁰ Zu der sub specie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschuldeten begrenzten Rechtsaufsicht nach § 11f Abs. 7 RStV *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 182; *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11f Rn. 29; *Knothe*, *epd medien* 60/2009, 5 (8); im Ergebnis ebenso BGH, BeckRS 2015, 17161 Rn. 50.

¹¹¹ *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11 Rn. 11; *Hain*, *promedia* 8/2018, S. 7 (8); *Küh-*

lung aus dem Jahr 2009 ist allerdings ein (nachträglicher) hoheitlicher Betrauungsakt bei jeder Ausdehnung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auf neue Dienste erforderlich¹¹². Das gilt wenigstens für neue Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks¹¹³. Diesem Erfordernis entspricht § 11f Abs. 7 Satz 2 und 3 RStV, wonach die konkrete Betrauung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit neuen oder veränderten Angeboten (Art. 106 Abs. 2 AEUV) nach Prüfung der Rechtsaufsicht durch Veröffentlichung in den Amtsblättern erfolgt¹¹⁴. Dies müsste ebenfalls gelten, wenn man den Drei-Stufen-Test künftig auf neue bzw. geänderte lineare Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erstreckt.

2. Reformbedarf aufgrund von Defiziten des Drei-Stufen-Tests

Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests entfaltet in seiner bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung eine nur begrenzte Kontroll- und Steuerungskraft. Im Interesse eines wirksamen Schutzes der Grundrechte sowohl der Beitragszahler als auch der privaten

ling/Kellner, ZUM 2018, 825 (833); vgl. die entsprechende Prüfeempfehlung im Dreizehnten Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Kultur, Medien und Öffentlichkeit, BT-Drs. 17/12542, S. 85.

¹¹² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. C 257 vom 27.10.2009, S. 1), Rn. 52.

¹¹³ Kommission K(2007) 1761 endg., Rn. 332, 335; vgl. auch *Hain*, promedia 8/2018, S. 7 (8); *Kühling/Kellner*, ZUM 2018, 825 (833).

¹¹⁴ *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11 Rn. 11 und 19; siehe auch *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11f Rn. 29.

Medien bedarf der Drei-Stufen-Test in materiellrechtlicher und organisationsrechtlicher Hinsicht einer Neuregelung¹¹⁵.

a. Reformbedarf in materiellrechtlicher Hinsicht

Dem grundrechtlich gebotenen Schutz der (kommerziellen und nichtkommerziellen) privaten Anbieter trägt der Drei-Stufen-Test des § 11f Abs. 4 RStV nur mittelbar Rechnung. Zwar sind im Rahmen des Drei-Stufen-Tests, insbesondere im Hinblick auf die zweite Stufe des § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV „Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, marktübliche Auswirkungen des geplanten Angebots ... zu berücksichtigen“ (§ 11f Abs. 4 Satz 3 RStV). Hieraus folgt, dass auch die (publizistischen) Belange des privaten Rundfunks wenigstens ein Abwägungsgesichtspunkt sind. In § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV ist jedoch nicht geregelt, in welchem Umfang die Belange privater Anbieter berücksichtigt werden müssen. Insbesondere fehlt jede Festlegung, dass diese ein gleichrangiges Abwägungskriterium darstellen.

Schützt der Drei-Stufen-Test des § 11f Abs. 4 RStV wenigstens mittelbar Private, nimmt die Regelung die grundrechtlich geschützten Interessen der Beitragszahler nicht bzw. nur unzureichend in den Blick¹¹⁶. Die fehlende bzw. nicht hinreichende

¹¹⁵ Gersdorf, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11 Rn. 12 f.

¹¹⁶ Vgl. Eifert, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 34: Interessen der „Gebührenzahler werden jedenfalls nicht als gleichrangiger Abwägungsgesichtspunkt behandelt“.

Berücksichtigung der Belange der Beitragszahler im Rahmen des § 11f Abs. 4 RStV könnte damit zu erklären sein, dass der Drei-Stufen-Test das Ergebnis des Beihilfekompromisses war. Im Beihilfverfahren spielten im Kern wettbewerbliche Gründe eine Rolle, also die Belange kommerzieller Anbieter, nicht aber die Belange der Beitragszahler. Dies könnte erklären, weshalb § 11f Abs. 4 RStV die schutzwürdigen Belange der Beitragszahler nicht bzw. unzureichend berücksichtigt.

Eine von Verfassungs wegen nicht hinnehmbare Schutzlücke weist § 11f Abs. 4 RStV in zweifacher Hinsicht auf: Zum einen sieht § 11f Abs. 4 RStV keine Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des von der Rundfunkanstalt dargelegten Aufwands (§ 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV) durch die KEF vor (s. (1)). Zum anderen verpflichtet § 11f Abs. 4 RStV nicht, den finanziellen Aufwand und die damit einhergehende (Mehr-)Belastung der Beitragszahler mit dem publizistischen Mehrwert abzuwägen (s. (2)).

(1) Keine Überprüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Angebots durch die KEF im Rahmen des Drei-Stufen-Tests

Gem. § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV muss die Rundfunkanstalt im Rahmen des Drei-Stufen-Tests darlegen, welcher finanzielle Aufwand für das neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung erforderlich ist. Die Vorschrift regelt jedoch nicht, wer nach welchen Maßstäben den veranlagten Aufwand prüft. Ob

der geltend gemachte Finanzbedarf im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zunächst anstaltsintern, d.h., durch Organe der Rundfunkanstalt geprüft wird, ist ebenso wenig normiert wie der Prüfungsmaßstab. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass es Aufgabe des Rundfunkrats sei, im Rahmen seiner Entscheidung gem. § 11f Abs. 6 RStV den angemeldeten Finanzbedarf nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu prüfen¹¹⁷. Diese Auffassung irritiert deshalb, weil nach der internen Zuständigkeitsverteilung nicht der Rundfunkrat, sondern der Verwaltungsrat für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zuständig ist (vgl. § 26 MDR-StV). Doch selbst wenn man § 11f Abs. 6 RStV eine Zuständigkeit des Rundfunkrats entziehen wollte, stellte sich die Frage, ob dieses Organ, das in erster Linie mit auf die publizistische Betätigung der Anstalt bezogenen (Kontroll-)Aufgaben betraut ist (vgl. § 20 MDR-StV), für eine wirksame Überprüfung des angemeldeten Finanzbedarfs (überhaupt) geeignet ist. Eine wirksame Finanzkontrolle sollte dem hierfür zuständigen Organ, also dem Verwaltungsrat, obliegen. Für eine Einbindung des Verwaltungsrats in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests fehlt in § 11f RStV jedoch jeder normative Anhaltspunkt.

Viel schwerer wiegt der Umstand, dass die KEF in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests nicht einbezogen ist. Nach der Recht-

¹¹⁷ *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 114 f.; s. auch *Klickermann*, MMR 2009, 740 (742).

sprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es wegen des jeder Institution inhärenten „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses“ erforderlich, dass das Finanzgebaren einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt durch die KEF geprüft wird¹¹⁸. Das Bundesverfassungsgericht hält die Finanzkontrolle durch den hierfür zuständigen Verwaltungsrat für unzureichend und verlangt „im Interesse der mit der Gebühr belasteten Teilnehmer eine externe Kontrolle der Bedarfsanmeldungen“¹¹⁹, d.h. eine Überprüfung durch die KEF. In § 11f Abs. 4 RStV ist eine solche Überprüfung des von der Rundfunkanstalt angemeldeten Bedarfs nicht vorgesehen.

Nur aus § 11f Abs. 2 RStV folgt, dass die KEF den von der Rundfunkanstalt angemeldeten Bedarf überprüft. Auch diese Prüfungskompetenz ist aber nicht explizit geregelt, sondern kommt nur mittelbar darin zum Ausdruck, dass die Beschreibung aller Telemedien eine Nachprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF ermöglichen muss. Ausweislich der Gesetzesbegründung muss der in § 11f Abs. 1 RStV „näher zu beschreibende Inhalt eines Telemedienkonzepts der KEF die Berechnung der anfallenden Nettokosten (Absatz 4 Satz 2 Nr. 3) ermöglichen“. „Die KEF muss in der Lage sein, aus der jeweiligen Beschreibung den

¹¹⁸ BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

¹¹⁹ BVerfGE 119, 181 (223).

zusätzlichen oder lediglich fortzuschreibenden Bedarf zu erkennen“¹²⁰.

Durch Bezugnahme auf § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV in der Gesetzesbegründung wird immerhin klargestellt, dass der für ein Telemedienangebot angemeldete Finanzbedarf der Prüfung durch die KEF unterliegt¹²¹. Wann diese Prüfung zu erfolgen hat, ist in § 11f Abs. 2 und 4 RStV hingegen nicht geregelt. Es bleibt unklar, ob die Prüfung durch die KEF Bestandteil des Drei-Stufen-Tests ist, also im Rahmen des Verfahrens nach § 11f Abs. 4 RStV vorzunehmen ist, oder erst später im Rahmen der Überprüfung des vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk angemeldeten allgemeinen Finanzbedarfs (§ 3 RFinStV) zu erfolgen hat. In der Praxis wird die Prüfung durch die KEF erst im Rahmen der allgemeinen Bedarfsanmeldung vorgenommen¹²². Für die Zulässigkeit der Praxis spricht bereits der Wortlaut des § 11f Abs. 2 RStV, in dem nicht von einer Prüfung, sondern von einer „Nachprüfung“ des für das Telemedienangebot angemeldeten Finanzbedarfs die Rede ist. Auch folgt aus dem systematischen Verhältnis der Absätze 2 und 4 des § 11f RStV, dass die Prüfung durch die KEF

¹²⁰ Gesetzesbegründung zu § 11f Abs. 2 RStV, LT-Drs. 4/14412 (Sachsen), S. 21; vgl. auch *Hesse/Nickel*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), *Gesamtes Medienrecht*, 3. Auflage, 2016, 3. Teil, 2. Kap., Rn. 59; *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 108; *Oswald*, *Die Onlinedienste des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Zum Telemedienauftrag des § 11a RStV –*, 2012 (abrufbar unter https://madoc.bib.uni-mannheim.de/32668/1/Dissertation_Dennis_Oswald.pdf), S. 200.

¹²¹ *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 108.

¹²² Vgl. etwa KEF, 21. Bericht, Tz. 48 ff.

kein Bestandteil des Drei-Stufen-Tests ist, sondern im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Finanzbedarfs gem. § 3 RFinStV erfolgt. Darauf deutet auch § 3 RFinStV hin, der sich auf den allgemeinen Bedarf bezieht und insoweit nicht zwischen Angeboten differenziert, die auf unterschiedlichen Beauftragungen beruhen. Auch der Finanzbedarf für einzelne Telemedienangebote nach § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV ist von § 3 RFinStV erfasst.

Bei Lichte betrachtet ist der Drei-Stufen-Test damit ein Zwei-Stufen-Test. Der Finanzbedarf für das einzelne Telemedienangebot ist zwar von der Rundfunkanstalt darzulegen (§ 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV). Der Finanzaufwand unterliegt aber im Rahmen des Verfahrens nach § 11f Abs. 4 RStV keiner Überprüfung durch die KEF, die von Verfassungs wegen über die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Finanzgebarens der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wacht. Da auf der dritten Stufe keine Prüfung durch die KEF erfolgt, kann von einem Test, der die Bezeichnung Drei-Stufen-Test verdient, keine Rede sein.

Auch lässt sich die Bezeichnung Drei-Stufen-Test nicht damit begründen, dass auf der dritten Stufe eine Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und finanziellem Aufwand vorzunehmen sei. Zum einen ist zweifelhaft, ob das geltende Recht ein solches Abwägungsgebot überhaupt vorsieht¹²³. Zum anderen ersetzt eine solche Abwägung nicht die Überprüfung des Finanz-

¹²³ S. hierzu unten sub C. III. 2. a. (2) bei und nach Fn. 132 (S. 76).

aufwands für das Angebot durch die KEF am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Die von der KEF durchzuführende Prüfung am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie die Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand sind ein aliud¹²⁴.

Schließlich kann die fehlende Prüfungskompetenz der KEF im Rahmen des Drei-Stufen-Tests nicht damit gerechtfertigt werden, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Phasen der medienpolitischen Konkretisierung des Rundfunkauftrags einerseits und der Beitragsfestsetzung andererseits zeitlich zu entkoppeln sind¹²⁵. Der Zweck dieses Entkopplungsgebots ist allein zu verhindern, dass der Staat im Wege der Beitragsfestsetzung medienpolitische Entscheidungen durchsetzt. Solche Ziele darf er nur im Rahmen der allgemeinen Rundfunkgesetzgebung verfolgen¹²⁶. Dieses Trennungsgebot gilt selbstredend nicht im Verfahren des Drei-Stufen-Tests, der – im Gegensatz zur Beauftragung und Beitragsfestsetzung durch den Staat – staatsfrei organisiert ist, was es ausschließt, dass der Staat zur Verfolgung medienpolitischer Ziele den „goldenen Zügel“ der Beitragsfestsetzung nutzt.

Auch reicht es zum wirksamen Schutz der Beitragszahler nicht aus, dass die KEF den Finanzbedarf für konkrete Angebote erst später, d.h., im Rahmen des § 3 RFinStV prüft. Es macht

¹²⁴ S. hierzu unten sub C. III. 2. a. (2), S. 74 f.

¹²⁵ Vgl. hierzu BVerfGE 90, 60 (94 ff.), 119, 181 (222).

¹²⁶ BVerfGE 90, 60 (94).

schlechterdings keinen Sinn, ein Angebot zunächst „auf Sendung gehen“ zu lassen, wenn es sich später als unwirtschaftlich erweisen kann und deshalb der Korrektur bedarf. Der Drei-Stufen-Test soll (und muss) eine Abwägung der einzelnen grundrechtlich geschützten Interessen gewährleisten. Deshalb ist „im Interesse der mit der Gebühr belasteten Teilnehmer eine externe Kontrolle der Bedarfsanmeldungen“¹²⁷ im Verfahren des Drei-Stufen-Tests vorzuschreiben. Eine Einbeziehung der KEF in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests ist auch deshalb zum Schutz der Beitragszahler vor unverhältnismäßiger Beitragsbelastung geboten, weil die Prüfung auf ein konkretes Angebot bezogen ist. Dies erleichtert die Kontrolle des angemeldeten Finanzbedarfs durch die KEF im Vergleich mit der Überprüfung des allgemeinen Finanzbedarfs, der sich auf eine Vielzahl von Angeboten und Positionen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erstreckt. Überdies können durch die Einbeziehung der KEF in den Drei-Stufen-Test zur Unwirtschaftlichkeit führende Fehlentwicklungen schon im Vorfeld aufgedeckt und verhindert werden, die sich später nicht oder nur schwer korrigieren lassen. Schließlich trägt eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des konkreten Angebots im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zur notwendigen Transparenz des Finanzgebarens des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bei. Mit der Prüfungskompetenz der KEF stünde ein wirksames (Druck-)Mittel zur Verfügung, um die Rundfunkanstalten zur Offenbarung aller relevanten Informationen zu bewegen,

¹²⁷ BVerfGE 119, 181 (223).

die zur Wirtschaftlichkeitsprüfung des konkreten Angebots erforderlich sind. Kommen die Anstalten ihrer Offenlegungsobligationspflicht nicht nach, „riskieren“ sie eine negative Entscheidung der KEF und damit einen negativen Ausgang des Drei-Stufen-Tests.

Nach alledem ist der Gesetzgeber zum Schutz der Beitragszahler vor unverhältnismäßiger Abgabenbelastung von Verfassungen wegen verpflichtet, das Verfahren des Drei-Stufen-Tests neu zu regeln. Das gilt insbesondere dann, wenn der Drei-Stufen-Test künftig auch auf neue und geänderte sowie ggf. auf gesetzlich nicht beauftragte lineare Rundfunkprogramme erstreckt würde und deshalb (erheblich) an Bedeutung gewönne. Einer näheren Untersuchung bedürfte die Frage, ob es sinnvoll wäre, in die Überprüfung des Angebots nicht nur die Einzelkosten (Herstellungskosten), sondern (anteilig) auch die Gemeinkosten einzubeziehen. Je umfassender und tiefer die Prüfung im Rahmen des Drei-Stufen-Tests ist, desto geringer ist der Prüfungsaufwand bei der (späteren) allgemeinen Bedarfsanmeldung nach § 3 RFinStV. Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Zuschlüsselung der Gemeinkosten insbesondere im ARD-Verbund erhebliche Schwierigkeiten bereitet¹²⁸.

Eine Neufassung des § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV könnte folgenden Inhalt haben: „... Der angemeldete Bedarf wird durch (den Verwaltungsrat und) die KEF nach den Grundsätzen der

¹²⁸ Zur Problematik vgl. etwa KEF, 21. Bericht, Tz. 652.

Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit geprüft. Das zuständige Gremium ist im Rahmen seiner Entscheidung nach Absatz 6 an die Prüfungsentscheidung der KEF gebunden.“

(2) Keine Verpflichtung zur Abwägung zwischen
publizistischem Mehrwert und Finanzbedarf

Die Prüfung des Finanzgebarens des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist zum Schutz der Beitragszahler vor unangemessener Beitragsbelastung zwar erforderlich, aber nicht hinreichend. Zusätzlich ist eine Abwägung zwischen dem publizistischen Mehrwert des Angebots und dem Finanzbedarf geboten. Die Prüfung am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie die Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand sind ein aliud. Die Prüfung eines Angebots am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit stellt das Angebot und damit den Auftrag als solchen nicht infrage. Es geht allein darum, ob sich das Angebot mit geringeren Kosten realisieren lässt. Demgegenüber betrifft die Abwägung zwischen dem Mehrwert und dem Finanzbedarf des Angebots den Auftrag als solchen. Ob eine (Mehr-)Belastung der Beitragszahler gerechtfertigt ist, lässt sich nur im Lichte des Mehrwerts des konkreten (neuen oder geänderten) Angebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt beurteilen. Je geringer der Mehrwert des Angebots ist, desto weniger lässt sich eine finanzielle Mehrbelastung des Bei-

tragszahlers rechtfertigen. Umgekehrt kann ein hoher Finanzbedarf gerechtfertigt sein, wenn ihm ein entsprechend großer publizistischer Mehrwert korrespondiert.

Dementsprechend ist es zum Schutz der Beitragszahler vor unverhältnismäßiger Beitragsbelastung erforderlich, den Mehrwert und den Finanzbedarf in Relation zu setzen¹²⁹. Beitragszahler dürfen nur mit Kosten belastet werden, die in Ansehung des Mehrwerts des konkreten Angebots und der hiermit einhergehenden Mehrbelastung verhältnismäßig sind. Das setzt eine umfassende Abwägung der einander widerstreitenden Ziele und Interessen voraus. Die Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzbedarf konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist daher verfassungsrechtlich geboten¹³⁰.

Diese von Verfassungs wegen notwendige Abwägung kann nicht im Rahmen der Überprüfung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten von der KEF (§ 3 RFinStV) durchgeführt werden. Wie dargelegt, sind die (von der KEF

¹²⁹ Vgl. *Dörr*, ZUM 2009, 897 (899); *Wimmer*, ZUM 2009, 601 (606); a.A. *Eifert*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 116.

¹³⁰ A.A. *Eifert*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 116, der von einem „Vorrang des Publizistischen“ ausgeht und deshalb eine Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzbedarf für nicht erforderlich hält. Auch verkürzt *Eifert* die schutzwürdigen Positionen der Beitragszahler, wenn er annimmt, dass diese nur vor einer unverhältnismäßigen Gesamtbelastung zu schützen seien („unangemessene Belastung insgesamt“). Von Verfassungs wegen sind im Drei-Stufen-Test die grundrechtlich geschützten Positionen aller Betroffenen zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Eine Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand schützt die Beitragszahler vor unangemessener Beitragsbelastung. Sie konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist daher verfassungsrechtlich notwendig.

durchzuführende) Prüfung am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie die Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand ein aliud. Die KEF hat keine Befugnis zur „Aufgabenkritik“ und keine Kompetenz zur Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand inner- oder außerhalb des Drei-Stufen-Tests¹³¹.

Diesem verfassungsrechtlichen Abwägungsgebot entspricht § 11f Abs. 4 RStV nicht bzw. nur unzureichend. In der Literatur ist umstritten, ob § 11f Abs. 4 RStV eine Abwägung zwischen dem publizistischen Mehrwert und dem Finanzbedarf erfordert¹³². Ausdrücklich verpflichtet § 11f Abs. 4 RStV nicht zu einer Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und finanziellem

¹³¹ Zutreffend *Knothe*, epd medien Nr. 60, 2009, S. 5 ff.; *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), S. 183.

¹³² *Bejahend*: *Dörr*, ZUM 2009, 897 (899); *Holznagel/Dörr/Hildebrand*, elektronische Medien. Entwicklung und Regulierungsbedarf, 2008, S. 492; *Jahn*, Drei-Stufen-Test und plurale Rundfunkaufsicht: Zur Unabhängigkeit und Effizienz der Gremienarbeit, 2011, S. 104; *Oswald*, Die Onlinedienste des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Zum Telemedienauftrag des § 11a RStV –, 2012 (abrufbar unter https://madoc.bib.uni-mannheim.de/32668/1/Dissertation_Dennis_Oswald.pdf), S. 211; *Peters*, K&R 2009, 26 (33); *Kops/Sokoll/Bensinger*, Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests, Gutachten erstellt für den Rundfunkrat des Westdeutschen Rundfunks, 2009 (abrufbar unter http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/sites/rundfunk/Arbeitspapiere/252_09.pdf), S. 23; *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), S. 224; *ablehnend*: *Eifert*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 116; *Knothe*, epd Medien Nr. 60, 2009, S. 5 f.; *Wiedemann*, epd medien Nr. 68, 2009, S. 3 (7); *Peters*, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote. Was dürfen Rundfunkanstalten im Netz?, 2009, Rn. 402, anders Rn. 438; unentschieden: *Sokoll*, NJW 2009, 885 (888).

Aufwand¹³³. Ein solches Abwägungsgebot findet in § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 RStV keine Stütze¹³⁴. Weiter spricht die Regelungssystematik gegen eine solche Abwägungsnotwendigkeit. Im Gegensatz zu den Belangen der kommerziellen privaten Anbieter, die nach § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV (wenigstens mittelbar) zu berücksichtigen sind, fehlt in § 11f Abs. 4 RStV eine Regelung zur Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzbedarf. Auch aus der Gesetzesbegründung, wonach die „Gremien ... die Verantwortung für einen effektiven, auftragskonformen Mitteleinsatz tragen“¹³⁵, lässt sich eine solche Abwägungsverpflichtung nicht herleiten¹³⁶. Denn der Vorgabe effektiver Mittelverwendung ist schon dann entsprochen, wenn der Finanzbedarf nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit anstaltsintern geprüft wird¹³⁷. Allerdings könnte man dem Zusammenspiel der Nr. 2 und 3 des § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV entnehmen, dass eine Abwägung zwischen dem publizistischen Mehrwert und dem Finanzbedarf erforderlich ist. Eindeutig ist dieses Auslegungsergebnis indes nicht.

¹³³ *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 116; *Peters*, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote. Was dürfen Rundfunkanstalten im Netz?, 2009, Rn. 402.

¹³⁴ *Peters*, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote. Was dürfen Rundfunkanstalten im Netz?, 2009, Rn. 402.

¹³⁵ LT-Drs. 4/14412 (Sachsen), S. 22.

¹³⁶ A.A. *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), S. 203 Fn. 290.

¹³⁷ Zutreffend *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 116.

Deshalb bedarf es in § 11f Abs. 4 RStV einer Klarstellung, dass im Rahmen des Drei-Stufen-Tests der publizistische Mehrwert mit dem Finanzbedarf abzuwägen ist. Nur dann ist dem Schutz der Beitragszahler vor unangemessener Beitragsbelastung genüge getan. Dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe entsprechend könnte in § 11f Abs. 4 RStV folgender Satz 4 eingefügt werden: „Der publizistische Mehrwert des Angebots (Nr. 2) ist abzuwägen mit dem finanziellen Aufwand (Nr. 3).“

b. Reformbedarf in organisationsrechtlicher Hinsicht:
Auftragskonkretisierung durch ein externes und staatsfrei
organisiertes Gremium

Von Verfassungen wegen sind im Drei-Stufen-Test die grundrechtlich geschützten Positionen aller Betroffenen, d.h., der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einerseits und der privaten Veranstalter sowie der Beitragszahler andererseits zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Hieraus ergeben sich organisationsrechtliche Anforderungen, denen § 11f RStV nicht genügt¹³⁸. Bislang wird das Verfahren des Drei-Stufen-Tests anstaltsintern, d.h. durch den Rundfunkrat als zuständiges Gremium im Sinne des § 11f RStV durchgeführt. Der Rundfunkrat trifft gem. § 11f Abs. 6 RStV die Entscheidung zum Drei-Stufen-

¹³⁸ Zur Verfassungswidrigkeit des geltenden Drei-Stufen-Tests eingehend *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), S. 199 ff.

Test. Der Rundfunkrat hat (ebenso wie die anderen Organe der Rundfunkanstalt) zwar die Aufgabe, die grundrechtlich geschützten Interessen der Sendeanstalt wahrzunehmen. Bereits einfachgesetzlich hat er hingegen nicht die Funktion, die Interessen der Privaten und Beitragszahler zu wahren. Die binnenpluralistische Zusammensetzung des Rundfunkrats ist ein Instrument organisatorischer Vielfaltsicherung. Die binnenpluralistische Organisationsstruktur trägt dafür Sorge, dass sich in den Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die gebotene Vielfalt von Meinungen und Themen widerspiegelt¹³⁹. Der Rundfunkrat ist „Sachwalter des Interesses der Allgemeinheit“¹⁴⁰. Diese Sachwalterfunktion des Rundfunkrats besteht indes nicht generell, sondern ist bezogen und begrenzt auf das Ziel der Vielfaltsicherung. Der Rundfunkrat ist bereits nach dem Gesetz konzeptionell nicht Sachwalter der Interessen der privaten Rundfunkanbieter und Beitragszahler.

Dessen ungeachtet ist der Rundfunkrat als Organ der Rundfunkanstalt nicht geeignet, Sachwalter der Interessen Privater und der Beitragszahler zu sein. Er darf zwar die grundrechtlich geschützten Interessen der Rundfunkanstalt verfolgen. Seine grundrechtlich geschützte Freiheit endet aber dort, wo die Grundrechte Dritter beginnen. Der Rundfunkrat als Organ der

¹³⁹ Vgl. nur BVerfGE 83, 238 (333 f.); 136, 9 (31 Rn. 34).

¹⁴⁰ BVerfGE 83, 238 (333); 136, 9 (31 Rn. 35).

Rundfunkanstalt darf über Grundrechte der Privaten und Beitragszahler nicht disponieren. Auch darf ihm von Verfassungs wegen eine solche Befugnis nicht eingeräumt werden.

Im Verhältnis zu den Privaten scheidet der Rundfunkrat als taugliche Stelle für die verfassungsrechtlich notwendige Güter- und Interessenabwägung im Drei-Stufen-Test naturgemäß aus. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und (kommerzielle sowie nicht kommerzielle) private Anbieter stehen im (publizistischen und ökonomischen) Wettbewerb. Der Rundfunkrat ist keine neutrale Stelle, sondern verfolgt (legitime) eigene Interessen. Als interessegeleitetes und damit strukturell befangenes Organ ist der Rundfunkrat nicht geeignet, die Abwägung zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen des öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunks vorzunehmen. Ihm fehlt die hierfür erforderliche (Grund-)Voraussetzung: die Neutralität¹⁴¹.

Ebenso scheidet der Rundfunkrat als Sachwalter der Interessen der Beitragszahler aus. Zum einen ist er auch hierzu einfachgesetzlich nicht berufen. Zum anderen besteht auch insoweit ein struktureller Interessenkonflikt, der es ausschließt, den Rundfunkrat zum Sachwalter der Interessen der Beitragszahler zu machen. Dementsprechend darf nach der Rechtsprechung des

¹⁴¹ S. nur *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), S. 236 f.; s. auch *Wimmer*, ZUM 2009, 601 (608 f.).

Bundesverfassungsgerichts der erforderliche Schutz der Beitragszahler nicht in die Hände der Rundfunkanstalten gelegt werden, weil sie wie jede andere Institution ein „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse“ haben, „das sich gegenüber den ihnen auferlegten Funktionen verselbständigen kann“¹⁴². Aus diesem Grund verlangt das Bundesverfassungsgericht eine – neben die interne Finanzkontrolle durch den Verwaltungsrat tretende – externe Kontrolle der Bedarfsanmeldungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die hierfür zuständige KEF hat jedoch nicht die Berechtigung zur Aufgabenkritik. Für das Verfahren der Rundfunkbeitragsfestsetzung gilt der Grundsatz der Angebotsneutralität und der Angebotsakzessorietät¹⁴³. 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 hieraus abgeleitete Finanzbedarf zutreffend und im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt wurde (§ 3 Abs. 1 Satz 2 RFinStV).

Da eine anstaltsinterne (Verwaltungsrat) Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zum Schutz der Beitragszahler nicht genügt und deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine

¹⁴² BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

¹⁴³ BVerfGE 90, 60 (93 f.); 119, 181 (221).

externe Stelle (KEF) die Kontrolle ausüben muss, ist es erst recht ausgeschlossen, dass der Rundfunkrat die – verfassungsrechtlich notwendige¹⁴⁴ – Abwägung zwischen dem publizistischen Mehrwert und den Kosten des (neuen oder geänderten) Angebots vornimmt¹⁴⁵. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk schon keine wirksame Wirtschaftlichkeitskontrolle seines Angebots gewährleisten kann, obgleich er kein natürliches Interesse an Verschwendung bei der Erbringung seines Angebots hat, kann er erst recht nicht über Angebotsexpansionen befinden, die in seinem natürlichen Interesse liegen. Da das Bundesverfassungsgericht – neben der anstaltsinternen Kontrolle durch den Verwaltungsrat – eine externe Überprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF verlangt, müssen auch Angebotserweiterungen durch eine externe Stelle überprüft werden.

Die schutzwürdigen Interessen der Privaten und der Beitragszahler können auch nicht von der Rechtsaufsichtsbehörde gem. § 11f Abs. 7 RStV wahrgenommen werden. Sub specie des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks ist die Rechtsaufsicht begrenzt. Die Prüfung ist auf die Einhaltung der Form- und Verfahrensvorschriften und in materiellrechtlicher Hinsicht auf eine Evidenzkontrolle beschränkt¹⁴⁶. Die Prüfung im Rahmen

¹⁴⁴ Hierzu oben sub C. III. 2. a. (2), S. 74 ff.

¹⁴⁵ Vgl. *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), S. 228.

¹⁴⁶ Statt aller *Eifert*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV, § 11f Rn. 182; *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.),

des Drei-Stufen-Tests gem. § 11f Abs. 4 RStV setzt die inhaltliche Bewertung bestimmter Angebote voraus und erfordert eine inhaltsbezogene Abwägung, die dem Staat und damit der Rechtsaufsichtsbehörde nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht erlaubt ist.

Muss mithin die verfassungsrechtlich erforderliche¹⁴⁷ Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand des (neuen oder geänderten) Angebots in die Hände einer externen Stelle gelegt werden, ist die damit verbundene Begrenzung der Angebotsautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Auch wenn man davon ausgeht, dass jede Angebotsexpansion vom Grundrecht der Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalt gedeckt ist, sind die Entscheidungsbefugnisse der externen Instanz zum Schutz der Privaten und der Beitragszahler erforderlich und damit legitimiert. Soweit es um das Verhältnis zwischen Rundfunkanstalt und Privaten geht, ist eine entsprechende gesetzliche Regelung zulässige Grundrechtsausgestaltung (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG). Im Verhältnis zu den Beitragszahlern handelt es sich um eine zulässige Grundrechtsschranke (Art. 5 Abs. 2 GG). In beiden Fällen muss sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Ausgestaltung bzw. Beschränkung seiner Angebotsautonomie im Interesse ei-

BeckOK Informations- und Medienrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11f Rn. 29; *Knothe*, epd medien 60/2009, 5 (8); im Ergebnis ebenso BGH, BeckRS 2015, 17161 Rn. 50.

¹⁴⁷ Hierzu oben sub C. III. 2. a. (2), S. 74 ff.

nes wirksamen Schutzes der Privaten und (vor allem) der Beitragszahler gefallen lassen. Auch hier gilt, dass die Freiheit des einen dort endet, wo die Freiheit des anderen beginnt.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Der Drei-Stufen-Test ist in die Hände einer *externen* und staatsfrei organisierten Stelle zu legen¹⁴⁸. Die anstaltsinternen Organe (Rundfunkrat) sind nicht geeignet, die grundrechtlich geschützten Interessen der Beitragszahler wahrzunehmen. Ebenso wie zum Schutz der Beitragszahler vor unverhältnismäßiger Abgabenbelastung (neben der anstaltsinternen Kontrolle durch den Verwaltungsrat) eine externe Kontrolle des Finanzbedarfs des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die KEF nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts notwendig ist, muss zum Schutz der Beitragszahler auch die Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzaufwand von einer externen Stelle vorgenommen werden. Eine solche externe Stelle zur Konkretisierung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks könnte als Kommission zur Auftragskonkretisierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (KAK) gesetzlich errichtet werden. Auch lässt sich daran denken, eine bereits existierende Stelle wie die Kommission für

¹⁴⁸ Zur Notwendigkeit der Externalisierung der Durchführung des Drei-Stufen-Tests vgl. bereits *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 24. Edition, Stand: 01.05.2019, § 11 Rn. 13; *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), S. 236 f. m.w.N. in Fn. 513, passim; *Wimmer*, ZUM 2009, 601 (608 f.).

Zulassung und Aufsicht (ZAK) mit der Kontroll- und Steuerungsfunktion zu betrauen. Die Notwendigkeit der Errichtung einer solchen externen Stelle besteht umso mehr, wenn der Drei-Stufen-Test künftig auch auf neue und geänderte sowie ggf. auf gesetzlich nicht beauftragte lineare Angebote erstreckt wird.

D. Vollindexierung des Rundfunkbeitrags? Der zweite vor dem ersten Schritt?

Auf Länderebene wird derzeit überlegt, das derzeit geltende (zeit-)aufwendige dreistufige Beitragsfestsetzungsverfahren (§§ 1-7 RFinStV) durch ein System der Vollindexierung des Rundfunkbeitrags zu ersetzen (bzw. zu ergänzen). Danach soll die Entwicklung des künftigen Beitragssatzes basierend auf einem (zu bestimmenden) Ausgangswert an einen (zu bestimmenden) Index geknüpft werden. Der Beitragssatz würde kraft einer Rechenformel automatisch steigen, ohne dass es hierfür einer Entscheidung durch den Gesetzgeber bedürfte.

Da der KEF allseits ein hohes Maß an Professionalität und Effizienz attestiert wird und da das Verfahren nach §§ 1 ff. RFinStV nach allgemeiner Ansicht eine objektivierte sowie transparente Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Beitragszahler gewährleistet und da das Bundesverfassungsgericht dieses Verfahren wiederholt als verfassungsrechtlich zulässig erachtet

hat¹⁴⁹, stellt sich die (politische) Frage, weshalb das über Jahrzehnte praktizierte und bewährte Modell durch eine Vollindexierung ersetzt (bzw. ergänzt) werden soll. Diese Frage drängt sich deshalb auf, weil schon gegenwärtig der Finanzbedarf der Rundfunkanstalten auf Grundlage eines indexgestützten Systems erfolgt („Indexgestütztes und Integriertes Prüf- und Berechnungsverfahren - IIVF“)¹⁵⁰. Dieses von der KEF (in Abstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entwickelte) Modell sieht eine Vielzahl von Indexen für die unterschiedlichen Kostenkategorien vor. Bereits gegenwärtig sind etwa 80% des Aufwands des öffentlich-rechtlichen Rundfunks indexiert¹⁵¹.

Sofern mit einer Systemumstellung auf eine Vollindexierung das Ziel verfolgt werden sollte, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mehr Planungssicherheit zu gewähren, könnte man diesem Anliegen auch durch Verlängerung der Beitragsperiode von derzeit 4 auf 6 (oder 8) Jahre Rechnung tragen. Eine Verlängerung der Beitragsperiode (und erst recht eine Vollindexierung) wirft das Grundproblem auf, ob sich der künftige Aufwand für eine Beitragsperiode von 6 oder gar 8 Jahren überhaupt verlässlich prognostizieren (bzw. indexieren) lässt.

¹⁴⁹ Vgl. nur BVerfGE 90, 60 (96 ff.); 119, 181 (220 ff.).

¹⁵⁰ Vgl. hierzu KEF, 14. Bericht, Anlage 1.

¹⁵¹ *Hirchle*, Kurzgutachten zur Indexierung des Rundfunkbeitrags, Gutachten im Auftrag des VAUNET (abrufbar unter https://www.vau.net/system/files/documents/kurzgutachten_zur_indexierung_des_rundfunkbeitrags.pdf), März 2019, S. 5.

Sofern das Modell einer Vollindexierung von dem Gedanken (genauer: von der Sorge) getragen sein sollte, dass eine funktionsgerechte Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wegen der (bestehenden bzw. prognostizierten) Diversifizierung der politischen (Mehrheits-)Verhältnisse in den einzelnen Bundesländern zunehmend schwieriger wird, sind Kernelemente des demokratischen Rechtsstaats berührt. Die funktionsgerechte Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sicherzustellen, ist die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers und aller zu politischem Handeln berufenen Staatsorgane. Da sich diese Gewährleistungsverpflichtung des Gesetzgebers nicht nur auf die jeweilige Landesrundfunkanstalt, sondern auf das öffentlich-rechtliche Rundfunksystem als solches bezieht, sind die Bundesländer verpflichtet, gemeinsam durch staatsvertragliche Regelung die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sicherzustellen. Ein Bundesland, das sich dieser auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG beruhenden Kooperationspflicht entzieht, begibt sich ins Abseits der Verfassung (und könnte u.a. im Wege eines Zwischenländerstreitverfahrens gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4, 2. Var. GG vom Bundesverfassungsgericht auf den Pfad des Grundgesetzes zurückgeführt werden).

Ungeachtet dessen sollten die Bundesländer in Erwägung ziehen, das Vetopotenzial, das in dem Einstimmigkeitsprinzip beim Abschluss von Staatsverträgen liegt, für den besonderen Fall der Beitragsfestsetzung zu minimieren. An die Stelle des bislang

praktizierten Einstimmigkeitsprinzips könnte das Mehrheitsprinzip, ggf. nach Maßgabe eines besonderen Quorums (etwa 2/3-, 3/4- oder 4/5-Mehrheit), treten, sofern dies durch einvernehmlichen Staatsvertrag aller Bundesländer geregelt würde. Der hiermit verbundene (Selbst-)Eingriff in den Verfassungsgrundsatz der Eigenstaatlichkeit der Länder wäre durch das grundrechtlich geschuldete (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) Erfordernis kooperativen Zusammenwirkens aller Länder verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Das gilt jedenfalls dann, wenn nach der entsprechenden staatsvertraglichen Regelung jedes Land das Recht zur jederzeitigen Kündigung des Staatsvertrags hätte. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt darauf hingewiesen, dass es verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist, beim Abschluss von Gebührenstaatsverträgen das Einstimmigkeitsprinzip durch ein einstimmig vereinbartes (Mehrheits-)Quorum zu ersetzen¹⁵².

Auch wenn nach alledem ein überzeugender Grund für eine Systemumstellung zur Vollindexierung des Beitragssatzes nicht recht ersichtlich ist, sollen im Folgenden Eckpunkte eines solchen Modells skizziert werden. Für eine vertiefende Behandlung aller relevanten Probleme ist hier kein Platz, aber auch kein Bedürfnis, weil es angezeigt erscheint, zunächst die Bestimmung

¹⁵² Zurückhaltend noch BVerfGE 90, 60 (104: „jedenfalls nicht von vornherein“ ausgeschlossen); deutlich für die Zulässigkeit einer „Mehrheitsentscheidung“ BVerfGE 119, 181 (229).

des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Neujustierung des Drei-Stufen-Tests zu regeln, bevor man sich der Finanzierung dieses Auftrags (durch Vollindexierung o.ä.) widmet.

I. Grundsätzliche Zulässigkeit der Indexierung des Beitragssatzes: Ausgangsbeitrag plus Index minus Produktivitätsfaktor (Formel: A plus I minus P)

Dass der Beitragssatz durch ein System der (Voll-)Indexierung ermittelt werden darf, welches das (herkömmliche) Beitragsfestsetzungsverfahren ersetzt bzw. ergänzt, ist im Grundsatz anerkannt¹⁵³. Auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts gegen die Verwendung indexgestützter Berechnungsmethoden zur Berücksichtigung der allgemeinen und der rundfunkspezifischen Kostenentwicklung spricht¹⁵⁴. Überdies sei sogar eine weitergehende Umstrukturierung des Verfahrens im Sinne einer Vollindexierung verfassungsrechtlich zulässig, zumal ein derartiges Verfahren in besonderem Maße geeignet sei, das Gebührenfestsetzungsverfahren gegen sachfremde Einflüsse abzuschirmen¹⁵⁵. Ist die Zulässigkeit einer solchen Systemumstellung als solche („Ob“) geklärt,

¹⁵³ Vgl. zur Diskussion *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Indexierung der Rundfunkgebühr. Analysen aus rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht*, 1991; *Knothe/Schwalb*, ZUM 1999, 459 ff.; *Nickel*, ZUM 2006, 737 ff.; *Vesting*, DVBl. 1991, 857 ff.; zuletzt umfassend *Cornils*, *Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen einer Vollindexierung des Rundfunkbeitrags*, Rechtsgutachten erstattet der Staatskanzlei des Landes Rheinland-Platz, Februar 2019.

¹⁵⁴ BVerfGE 90, 60 (103); 119, 181 (224).

¹⁵⁵ BVerfGE 119, 181 (224).

ist das Augenmerk auf die konkrete Ausgestaltung einer Vollindexierung des Rundfunkbeitragssatzes („Wie“) zu richten.

Hierbei sind die aus Verfassungs- und Unionsrecht folgenden Direktiven zu beachten. Erstens sind dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die zur Wahrnehmung seines Auftrags erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen. Eine Unterkompensation wäre wegen Verstoßes gegen die Finanzierungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) verfassungswidrig. Zweitens: Umgekehrt wäre eine Überkompensation mit Unions- und Verfassungsrecht unvereinbar. Sie verstieße gegen Art. 106 Abs. 2 AEUV und gegen Grundrechte der Privaten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG). Auch ist eine Abgabenlast der Beitragszahler nur in dem für die Wahrnehmung des Auftrags der Rundfunkanstalten erforderlichen Umfang legitimiert.

Theoretisch lassen sich diese grundrechtlich geschützten Positionen in einem Vollindexierungsmodell abbilden und zu einem sachgerechten Ausgleich bringen. Auch insoweit muss „das Rad nicht neu erfunden werden“. Vielmehr lohnt sich ein Blick auf vergleichbare Probleme und Lösungsansätze in anderen Rechtsbereichen. Zentrales Anliegen des Rechts der Netzwirtschaften ist die Bottleneck-Regulierung, d.h. insbesondere der Schutz beim Zugang zu Monopoleinrichtungen. Wenn aufgrund des Monopols ein Wettbewerbspreis nicht möglich ist, wird durch Regulierung ein wettbewerbsanaloger Preis ermittelt. Hierbei kommt ein Modell zum Einsatz, dessen Faktoren den Kriterien entsprechen,

die in einem Verfahren der Vollindexierung des Rundfunkbeitrags zu berücksichtigen sind. Als Beispiel mag das System der (Anreiz-)Regulierung im Eisenbahnsektor dienen, das die Ermittlung angemessener Entgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur ermöglicht. Ebenso wie bei einer Beitragssatz-Vollindexierung ist zunächst das Ausgangsniveau der Gesamtkosten für die entsprechenden (Schienen-)Infrastruktureinrichtungen zu ermitteln (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 ERegG). Und ebenso wie bei der Beitragsfestsetzung muss hierfür ein entsprechendes Basisjahr festgelegt werden (§ 25 Abs. 1 Satz 2 ERegG). Hieraus bestimmt sich der Ausgangswert der Zugangsentgelte. Die im Ausgangspunkt bestehenden Zugangsentgelte werden in der entsprechenden Regulierungsperiode mit einem Inflationsfaktor addiert (§ 25 Abs. 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 ERegG). Dieser Inflationsfaktor bestimmt sich nach dem Mittelwert der vom Statistischen Bundesamt ermittelten Werte für die Veränderung des Erzeugerpreisindex gewerblicher Produkte. Hierzu wird für jedes Jahr der Mittelwert der Erzeugerpreisindizes gewerblicher Produkte aus den vorausgegangenen fünf Jahren gebildet (§ 28 Abs. 1 ERegG). Nach der Addition aus Ausgangsentgelt und Inflationsfaktor wird der Produktivitätsfaktor subtrahiert (§ 25 Abs. 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 ERegG). Der Produktivitätsfaktor bestimmt sich nach dem Mittelwert der vorausgegangenen fünf Jahre der vom Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung ermittelten Werte für die Veränderung der Produktivität auf Stundenbasis für die Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung

für Deutschland gegenüber dem jeweiligen Vorjahr. Zur Bestimmung des Produktivitätsfaktors wird der jeweils aktuelle Jahresbericht des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung zugrunde gelegt (§ 28 Abs. 2 ERegG). Die Maßstäbe dieses (Anreiz-)Regulierungsmodells lassen sich auf folgende Formel bringen: \underline{A} Ausgangsentgelt addiert mit \underline{I} Inflationsfaktor und subtrahiert mit \underline{P} Produktivitätsfaktor (A plus I minus P).

Die Berücksichtigung des Produktivitätsfaktors im (Eisenbahn-)Regulierungsrecht beruht auf dem Gedanken, dass von dem regulierten (Monopol-)Unternehmen Produktivitätsfortschritte erwartet werden dürfen, die effizient geführte Unternehmen in einer freien Wettbewerbsordnung erzielen (müssen). Das gilt auch und gerade für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der als öffentlich finanziertes Unternehmen dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit unterliegt.

Dementsprechend ist die Sorge unbegründet, dass eine Vollindexierung des Rundfunkbeitrags zu stetig steigendem Beitragssatz ohne Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitskontrolle führt¹⁵⁶. Das Finanzgebaren des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bedarf nicht nur in der Phase der Bestimmung des Ausgangsniveaus des Beitragssatzes einer externen Kontrolle durch

¹⁵⁶ So die Befürchtung bei einem „einfachen“ Modell der Vollindexierung von *Hirchle*, Kurzgutachten zur Indexierung des Rundfunkbeitrags, Gutachten im Auftrag des VAUNET (abrufbar unter https://www.vau.net/system/files/documents/kurzgutachten_zur_indexierung_des_rundfunkbeitrags.pdf), März 2019, S. 6.

die KEF. Vielmehr müssen von dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch in der hieran anschließenden Indexierungsphase Sparsamkeitsanstrengungen abverlangt werden. Dem entspricht ein in die Berechnung des Beitragssatzes einzustellender Produktivitätsfaktor, um den der indexbasierte Beitragssatz zu kürzen ist.

Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung einer sachgerechten Indexkenngröße. In Betracht kommen die Inflationsrate, der Preisindex des Bruttoinlandsprodukts (BIP-Deflator) und der Verbraucherpreisindex (VPI). Die Inflationsrate und der VPI beziehen sich ganz überwiegend auf Güter und Dienstleistungen ohne Rundfunkbezug und sind daher als Indexkenngröße nur bedingt geeignet. Das gilt auch für den BIP-Deflator, der in erheblichem Umfang von der Export- und Importtätigkeit der Wirtschaft abhängig ist, die für den Rundfunkbereich eher unbedeutend ist¹⁵⁷. Erschwerend kommt hinzu, dass es kaum sachgerecht wäre, sämtliche Kostenpositionen (Programmaufwand, Programmverbreitungskosten, Personalaufwand ohne Altersvorsorge, betriebliche Altersvorsorge, Sachaufwand, Investitionen etc.) demsel-

¹⁵⁷ *Hirchle*, Kurzgutachten zur Indexierung des Rundfunkbeitrags, Gutachten im Auftrag des VAUNET (abrufbar unter https://www.vau.net/system/files/documents/kurzgutachten_zur_indexierung_des_rundfunkbeitrags.pdf), März 2019, S. 9.

ben Index zu unterwerfen. Es erscheint zielführender, spezifische, auf die einzelnen Kostengrößen bezogene Indexe zu bilden¹⁵⁸.

II. Bestimmung des Ausgangs-Beitragssatzes erfordert Konkretisierung des Angebotsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch neuen Drei-Stufen-Test

Dreh- und Angelpunkt jedes Beitragsfestsetzungsverfahrens – mit oder ohne Indexierung – ist die Bestimmung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Ein neu zu regelnder Drei-Stufen-Test ermöglicht es, sowohl den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als auch den dafür erforderlichen Finanzbedarf zu ermitteln. Der so ermittelte Finanzbedarf bildet die Grundlage (Ausgangs-Beitragssatz) für eine Vollindexierung des Rundfunkbeitrags. Je mehr Angebote den Drei-Stufen-Test durchlaufen, desto geringer ist der Prüfungsaufwand bei der Überprüfung der (späteren) Bedarfsanmeldung nach § 3 RFinStV bzw. bei der Bestimmung des Ausgangs-Beitragssatzes im Rahmen eines Verfahrens der Vollindexierung.

Die Ermittlung des Auftrags und des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten mittels eines neu zu regelnden Drei-Stufen-Tests

¹⁵⁸ Hierzu im Einzelnen *Hirchle*, Kurzugutachten zur Indexierung des Rundfunkbeitrags, Gutachten im Auftrag des VAUNET (abrufbar unter https://www.vau.net/system/files/documents/kurzugutachten_zur_indexierung_des_rundfunkbeitrags.pdf), März 2019, S. 9 ff.

bietet den Sendeanstalten auch die notwendige Flexibilität, Angebotsänderungen bzw. -ausweitungen vorzunehmen. Entsprechende geänderte bzw. neue (lineare oder nichtlineare) Angebote müssten den Drei-Stufen-Test bestehen. Ist dies der Fall, müssen damit verbundene Änderungen des Finanzbedarfs beim Ausgangsniveau für den Beitragssatz berücksichtigt werden. Auf dem ggf. veränderten Beitragssatz setzt eine Indexierung auf.

Wie bereits dargelegt, müssen neben Telemedienangebote auch lineare Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (Rundfunkprogramme) dem neu zu regelnden Drei-Stufen-Test unterworfen werden, wenn und soweit der Gesetzgeber auf eine gesetzliche Beauftragung künftig verzichtet. Das gilt in jedem Fall für neue sowie geänderte (gesetzlich nicht beauftragte) lineare Angebote. Darüber hinaus sollte gesetzlich geregelt werden, dass auch die bestehenden (gesetzlich nicht beauftragten) linearen Angebote nach Maßgabe des Drei-Stufen-Tests zu überprüfen sind. Hierfür spricht, dass der Drei-Stufen-Test bei seiner Einführung nicht nur für neue und geänderte (§ 11f Abs. 4 RStV), sondern auch für bestehende Telemedienangebote durchzuführen war (Art. 7 Abs. 1 12. RÄStV).

Der Gesetzgeber sollte sich in einem ersten Schritt der Konkretisierung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

widmen. Hierzu ist eine Neuregelung des Drei-Stufen-Tests erforderlich¹⁵⁹. In einem zweiten Schritt ist die Finanzierung dieses Auftrags (durch Vollindexierung o.ä.) anzugehen.

Diese Stufenfolge drängt sich auch deshalb auf, weil die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten derzeit überlegen, eine Reihe existierender (linearer) Fernseh- und Hörfunkprogramme entweder einzustellen oder in (nichtlineare) Telemedienangebote umzuwandeln. In beiden Fällen lässt sich der Kostenaufwand für die Angebote erheblich reduzieren. Das gilt nicht nur bei einer Einstellung von linearen Rundfunkprogrammen, sondern auch bei einer Umwandlung in Telemedienangebote, die im Vergleich zu einem 24-stündigen Programm deutlich geringere Kosten verursachen (können). Die Transformation von linearen Rundfunkprogrammen in nichtlineare Angebote birgt erhebliches Einsparungspotenzial. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es unverzichtbar, solche Angebote zunächst dem Drei-Stufen-Test zu unterziehen, in dessen Rahmen das Budget für die konkreten Angebote festzulegen ist. Eine Indexierung auf der Basis des bestehenden Ausgangsniveaus trägt dem Transformationsbedarf nicht hinreichend Rechnung und könnte zu einer (beihilferechts- und verfassungswidrigen) Überkompensation des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten führen.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Da der Drei-Stufen-Test der Konkretisierung sowohl des Auftrags als auch des Finanzbedarfs der

¹⁵⁹ Hierzu oben sub C. III., S. 59 ff.

öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten dient, sind neue, geänderte und bestehende lineare und nichtlineare Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zunächst dem (neu zu regelnden) Drei-Stufen-Test zu unterwerfen. Erst im Anschluss hieran ist zu entscheiden, ob die Rundfunkbeitragsfestsetzung nach dem RFinStV durch eine Vollindexierung des Rundfunkbeitrags ersetzt und ergänzt werden sollte.

E. Zusammenfassung

I. Neujustierung der Markenkern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Schwerpunkt der Information, Bildung und Beratung

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 Personkreise zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen. Hierzu gehören der grundrechtlich gebotene Schutz der Rundfunkbeitragszahler und der privaten Rundfunkanbieter¹⁶⁰. Weiter ist es Aufgabe des Gesetzgebers, den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu konkretisieren¹⁶¹. Dabei muss der Gesetzgeber die Angebotsautonomie der Sendeanstalten wahren¹⁶², welche nur im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgegebenen und gesetzlich näher umschriebenen Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gilt¹⁶³. Allerdings ist der Gesetzgeber verpflichtet, den Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

¹⁶⁰ B. I., S. 11 ff.

¹⁶¹ B. I. 3. a., S. 17 ff.

¹⁶² B. I. 3. b., S. 19 ff.

¹⁶³ B. I. 3. b. (1), S.20 ff.

auf einer hinreichenden Abstraktionshöhe zu regeln. Den Sendeanstalten muss ein substanzieller Freiraum für die Gestaltung von Angeboten nach publizistischen Maßstäben verbleiben¹⁶⁴.

2. Der Gesetzgeber ist berechtigt, den Auftragsauftrag der Sendeanstalten so 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 regeln. Sofern der Gesetzgeber den Vollprogrammcharakter des Ersten und Zweiten Programms durch eine 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 Schwächen des werbefinanzierten privaten Rundfunks manifestieren. 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 Unterhaltung senden dürften. Von einer „Marginalisierung“ von Unterhaltung, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenso wie Information, Bildung und Beratung

¹⁶⁴ B. I. 3. b. (2), S. 24 ff.

zum Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zählt, kann deshalb keine Rede sein¹⁶⁵.

3. 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, Sendungen im Hauptprogramm auszustrahlen. 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. 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 seine Autonomie nur nach Maßgabe einer (verfassungsmäßigen) Ausgestaltung des Angebotsauftrags gilt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat kein „Grundrecht auf Quotenorientie-

¹⁶⁵ B. II. 1., S. 33 ff.

rung“. 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 geboten¹⁶⁶.

4. Der Gesetzgeber ist zudem berechtigt, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aufzugeben, das verfügbare Rundfunkbeitragsaufkommen überwiegend zur Finanzierung der Genres Information, Bildung und Beratung einzusetzen. Auch lässt sich daran denken, für einzelne (Teil-)Sparten gesetzlich bestimmte Mindestbudgets vorzusehen. Eine gesetzliche Budgetierung dient der Absicherung der materiellrechtlichen Vorgabe, schwerpunktmäßig in den Bereichen Information, Bildung und Beratung zu senden. Sie ist daher ebenso zulässig wie genrebezogene Schwerpunktangaben des Gesetzgebers¹⁶⁷.

II. „Flexibilisierung“ des Auftragsauftrags? Ersetzung der legislatorischen Beauftragung durch einen weiterzuentwickelnden Drei-Stufen-Test

1. Wenn und soweit der Gesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht mehr mit der Veranstaltung linearer Angebote (Rundfunkprogramme) beauftragt, darf dies nicht zu einer „Angebotsflexibilisierung“ führen, die die Ersetzung existierender

¹⁶⁶ B. II. 2., S. 38 ff.

¹⁶⁷ B. II. 3., S. 42 ff.

Programme durch veränderte oder neue lineare Angebote in das freie Ermessen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stellt. Verzichtet der Gesetzgeber auf eine legislatorische Beauftragung, bedarf es einer Legitimation mittels Durchführung eines Drei-Stufen-Tests. Neben neuen und geänderten linearen Angeboten sollten auch die existierenden gesetzlich nicht beauftragten Rundfunkprogramme dem Drei-Stufen-Test unterzogen werden¹⁶⁸.

2. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auch für den linearen Bereich auf den Drei-Stufen-Test setzt. Der Drei-Stufen-Test trägt (bei entsprechender Fortentwicklung) dem von Verfassungs wegen notwendigen Schutz der Privaten und der Beitragszahler besser Rechnung als das System legislatorischer Beauftragung. Der Drei-Stufen-Test ist der gesetzlichen Beauftragung im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Güterausgleich strukturell überlegen¹⁶⁹.

3. Verzichtet der Gesetzgeber auf das Steuerungsmittel legislatorischer Beauftragung, muss er im Interesse des gebotenen Schutzes der (kommerziellen und nichtkommerziellen) privaten

¹⁶⁸ C. I., S. 50 ff.

¹⁶⁹ C. II., S. 54 ff.

Anbieter sowie der Beitragszahler den Drei-Stufen-Test in materiellrechtlicher und organisationsrechtlicher Hinsicht neu regeln¹⁷⁰.

4. In materiellrechtlicher Hinsicht bedarf § 11f RStV einer Änderung, um eine gleichrangige Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Privaten und der Beitragszahler zu gewährleisten. Insbesondere ist die KEF in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests einzubeziehen. Zum Schutz vor übermäßiger Belastung der Beitragszahler ist eine Prüfung des Angebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durch die KEF erforderlich. Aus dem de facto Zwei-Stufen-Test muss ein Drei-Stufen-Test werden¹⁷¹. Überdies bedarf es in § 11f Abs. 4 RStV der Klarstellung, dass im Rahmen des Drei-Stufen-Tests der publizistische Mehrwert mit dem Finanzbedarf abzuwägen ist. Nur dann ist dem Schutz der Beitragszahler vor unangemessener Beitragsbelastung Genüge getan¹⁷².

5. Auch in organisationsrechtlicher Hinsicht ist eine Fortentwicklung des Drei-Stufen-Tests verfassungsrechtlich erforderlich. Ebenso wie die KEF von Verfassungs wegen notwendig ist, ist eine *externe* und staatsfreie Instanz geboten, die den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks konkretisiert. Die Aufsichtsgre-

¹⁷⁰ C. III., S. 59 ff.

¹⁷¹ C. III., 2. a. (1), S. 66 ff.

¹⁷² C. III., 2. a. (2), S. 74 ff.

mien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bieten aufgrund ihres jeder Institution eigenen „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses“ (Bundesverfassungsgericht) keine Gewähr, dass sich ihre Angebotsvorstellungen im Rahmen des Funktionsnotwendigen halten. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk schon keine wirksame Wirtschaftlichkeitskontrolle seines Angebots gewährleisten kann, obgleich er kein natürliches Interesse an Verschwendung bei der Erbringung seines Angebots hat, kann er erst recht nicht über Angebotsexpansionen befinden, die in seinem natürlichen Interesse liegen. Da das Bundesverfassungsgericht – neben der anstaltsinternen Kontrolle durch den Verwaltungsrat – eine externe Überprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF verlangt, müssen auch Angebotserweiterungen durch eine externe Stelle überprüft werden. Der Staat kann diese zum Schutz der Privaten und der Beitragszahler unverzichtbare Kontrollaufgabe nicht bzw. nur unzureichend wahrnehmen. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der begrenzten

Kontrollwirksamkeit, die der Entscheidung der Rechtsaufsicht nach § 11f Abs. 7 RStV zukommt¹⁷³.

III. Vollindexierung des Rundfunkbeitrags? Der zweite vor dem ersten Schritt?

1. Ein überzeugender Grund für eine Systemumstellung zur Vollindexierung des Beitragssatzes ist nicht ersichtlich. Die Bundesländer sollten in Erwägung ziehen, das Vetopotenzial, das in dem Einstimmigkeitsprinzip beim Abschluss von Staatsverträgen liegt, für den besonderen Fall der Beitragsfestsetzung zu minimieren. An die Stelle des bislang praktizierten Einstimmigkeitsprinzips könnte das Mehrheitsprinzip treten, ggf. nach Maßgabe eines besonderen Quorums (etwa 2/3-, 3/4- oder 4/5-Mehrheit), sofern dies durch einvernehmlichen Staatsvertrag aller Bundesländer geregelt würde¹⁷⁴.

2. Die grundrechtlich geschützten Positionen der Betroffenen (öffentlich-rechtlicher Rundfunk, Private und Beitragszahler) lassen sich in einem Vollindexierungsmodell abbilden und zu einem sachgerechten Ausgleich bringen. Hierzu könnte die im (Eisenbahn-)Regulierungsrecht zum Einsatz kommende Methodik herangezogen werden: Ausgangsbeitrag plus Index minus Produktivitätsfaktor (Formel: A plus I minus P). Berücksichtigt man einen

¹⁷³ C. III., 2. b., S. 78 ff.

¹⁷⁴ D., vor Fn. 152 (S. 88).

Produktivitätsfaktor bei einer Vollindexierung des Rundfunkbeitrags, ist die Sorge unbegründet, dass eine Vollindexierung zu stetig steigendem Beitragssatz ohne Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitskontrolle führt. Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung einer sachgerechten Indexkenngröße¹⁷⁵.

3. Dreh- und Angelpunkt jedes Beitragsfestsetzungsverfahrens – mit oder ohne Indexierung – ist die Bestimmung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Ein neu zu regelnder Drei-Stufen-Test ermöglicht es, sowohl den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als auch den dafür erforderlichen Finanzbedarf zu ermitteln. Der Gesetzgeber sollte sich in einem ersten Schritt der Konkretisierung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks widmen. Hierzu ist eine Neuregelung des Drei-Stufen-Tests erforderlich. In einem zweiten Schritt ist die Finanzierung dieses Auftrags (durch Vollindexierung o.ä.) anzugehen. Diese Stufenfolge drängt sich auch deshalb auf, weil die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten derzeit überlegen, eine Reihe existierender (linearer) Fernseh- und Hörfunkprogramme entweder einzustellen oder in (nichtlineare) Telemedienangebote umzuwandeln. Die Transformation von linearen Rundfunkprogrammen in nichtlineare Angebote birgt erhebliches Einsparungspotenzial. Eine Indexierung auf der Basis des bestehenden Ausgangsniveaus trägt dem Transformationsbedarf nicht hinrei-

¹⁷⁵ D. I., S. 89 ff.

chend Rechnung und könnte zu einer (beihilferechts- und verfassungswidrigen) Überkompensation des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten führen¹⁷⁶.

Leipzig, 1. Juli 2019



(Prof. Dr. Hubertus Gersdorf)

¹⁷⁶ D. II., S. 94 ff.