

V. Transparenz je nach Rundfunkfähigkeit

1. Transparenz als entwicklungsöffener Begriff

Die öffentlichen Erwartungen an die Idee der Transparenz ändern sich mit dem Vertrauen und der Zufriedenheit der Menschen in ihren jeweiligen Lebensbedingungen. Teilweise werden Transparenzforderungen auch als grundsätzlich erscheinende Kritik an den politischen Systemen und als Unverständnis gegenüber den wechselnden Aufgaben des Staates verstanden.¹⁷³ Die gegenwärtige Enttäuschung über die Bonitätszahlungen an Vorstände und Aufsichtsräte, das Befremden über den Abgasbetrug, die Undurchsichtigkeit der Umverteilungspolitik der EZB unter Staaten und zwischen Anlegern und Sparern, die Wehrlosigkeit gegenüber der Intransparenz des Finanzmarktes und die Betroffenheit durch geheime Beobachtungen der IT-Unternehmen führen zu Forderungen nach mehr Transparenz, die rechtsstaatlich notwendig und demokratisch einsichtig sind.

Deswegen ist es ein Gebot der Gegenwart, die hinter diesen Transparenzpostulaten sichtbar werdenden rechtlichen Forderungen in ihrem jeweiligen konkreten Anlass zu verstehen, die diesen Anlass beantwortenden Rechtsmaßstäbe zu entwickeln und auf dieser Grundlage das verfassungsrechtliche System des Verstehens und Respektierens, des Beobachtens und des Verbergens, des Infragestellens und des Vertrauens zu erneuern. Die Frage nach dem angemessenen Grad der Transparenz ist

- „bereichsspezifisch“ nach den jeweiligen Besonderheiten des betroffenen Lebensbereichs zu würdigen;¹⁷⁴
- nach den dort bestimmenden Eigengesetzlichkeiten mit sachgerechten und einleuchtenden Unterscheidungen je nach Ähnlichkeiten und Ver-

173 Bröhmer, aaO, 4 ff.

174 Der Gedanke der "bereichsspezifischen" Unterscheidung ist vom BVerfG für den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG entwickelt worden, BVerfGE 75, 108 (157) – Künstlersozialversicherungsgesetz; BVerfGE 76, 256 (329) – Beamtenversorgung; BVerfGE 78, 249 (287) – Fehlbelegungsabgabe; BVerfGE 84, 239 (271) – Kapitalertragsteuer; BVerfGE 93, 121 (135) – Vermögensteuer; BVerfGE 96, 1 (6) – Weihnachtsfreibetrag; BVerfGE 105, 17 (46) – Sozialpfandbriefe; BVerfGE 120, 1 (30) – Abfärberegelung; P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 1 GG, Kommentar, 2015, Rn. 314 ff. mwN.

schiedenheiten in die Gesamtrechtsordnung, insbesondere des Verfassungsrechts, einzufügen;¹⁷⁵

- sodann in einem schonenden Ausgleich zwischen den so sichtbar gewordenen Leitgedanken¹⁷⁶ von Transparenz und Vertraulichkeit zu beantworten.

Für die Transparenz von Organisation und Finanzgebaren der Rundfunkanstalten ist die Transparenz deshalb in der bereichsspezifischen Eigenart eines in staatlicher Existenz-, Organisations- und Finanzverantwortung freien Rundfunks¹⁷⁷ zu würdigen. Die spezielle – auch dem Beitragszahler und Rundfunkteilnehmer dienende – Rundfunkfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks qualifiziert diesen als Informationsmittler für die Allgemeinheit, nicht als Schuldner von individuellen Informationsansprüchen. Die Besonderheit eines dualen Rundfunksystems fordert für die Teilnahme an Markt und Wettbewerb – jenseits des redaktionell-journalistischen Auftrags – zudem eine Gleichheit in den Bedingungen eines freien Rundfunks.

2. Informationsauftrag und sonstige Tätigkeit des Rundfunks

Wenn der Rundfunk seinen Informationsauftrag in freiheitlicher Vielfalt, in Distanz zu Staat und Wirtschaft, in Unparteilichkeit und Entwicklungsoffenheit erfüllt, erreicht er Transparenz grundsätzlich mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe. Er unterliegt besonderen Transparenzverpflichtungen aber auch, wenn er jenseits dieser Rundfunktätigkeit handelt. Für die Transparenzfrage sind diese unterschiedlichen Aufgaben tatbestandlich deutlich abzugrenzen: Das Staatsrecht fordert die Unterscheidung zwischen journalistisch-redaktioneller und sonstiger Tätigkeit (zu a). Das Europarecht unterscheidet zwischen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und individualdienlichen kommerziellen Tätigkeiten (zu b). Das Wettbewerbs- und Kartellrecht anerkennt die verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie des Rundfunks bei seinem Infor-

175 P. Kirchhof, aaO, Rn. 138 ff. mN.

176 P. Kirchhof, aaO, Rn. 383 ff. mN.

177 Zur internationalen Kooperation und zur transnationalen Standardsetzung *Cornils*, Entterritorialisierung im Kommunikationsrecht, VVDStRL 76 (2016), 391 (406 ff., 413 ff.)

mationsauftrag einschließlich der Informationsbeschaffung¹⁷⁸ und der Wahl der Verbreitungswege und Verbreitungsmodalitäten¹⁷⁹ –, beurteilt aber jenseits dieser Aufgabe eine Tätigkeit auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach den Regeln von Markt und Wettbewerb (zu c).¹⁸⁰

a. Die staatsrechtliche Aufgabe prägt die gesamte Tätigkeit des Rundfunks

Das Bundesverfassungsgericht¹⁸¹ betont in ständiger Rechtsprechung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen Programmauftrag unabhängig von den Gesetzmäßigkeiten des Marktes zu erfüllen hat. Er wendet sich nicht nur an den zahlungsfähigen und zahlungsbereiten Nachfrager, sondern erreicht mit seinem Allgemeinangebot eine große Breite des Publikums. Er gerät dank seiner Beitragsfinanzierung auch nicht in Abhängigkeit von Werbeanbietern und Sponsoren. Er publiziert – anders als der auf die Bedürfnisse und den Geschmack der werbeerheblichen Mehrheit ausgerichtete kommerzielle Anbieter – auch Beiträge zur demokratischen Integration, zur Pflege und Entwicklung einer Kultur, zur Festigung und Erneuerung einer friedlichen und verantwortlichen Gesellschaft. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk dient in seiner Markt- und Staatsferne einer Fernseh- und Hörfunkpublizistik, die auch regionale Besonderheiten, kulturelle Minderheiten, Spartensendungen – auch auf dem Weg zur Mehrheitssendung – pflegt.¹⁸²

Andererseits fragt der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch im redaktionell-journalistischen Bereich Leistungen in Konkurrenz zu anderen Nachfragern nach und steht im Bieterwettbewerb mit anderen Produzenten. Er erwirbt Sportrechte, bemüht sich um Moderatoren, Kommentatoren und Experten, die auch von anderen Medien umworben sind, ist auf dem Musik- und Filmmarkt einer der bedeutenden Financiers dieser Kunst. Er bie-

178 BVerfGE 51, 125 (134) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; BVerfGE 100, 313 (365) – Telekommunikationsüberwachung.

179 BVerfGE 87, 181 (203) – HR 3-Beschluss; BVerfGE 107, 275 (287 f.) – Benetton-Werbung.

180 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 42 ff. – Gemeinschaftsprogramme.

181 BVerfGE 136, 9 (29 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien mwN.

182 Vgl. auch Wirtschaftsforschungsinstitut DIW, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in einer konvergenten Medienwelt – Eine ökonomische Analyse, Gutachten, erstattet im Auftrag der ARD, 5.10.16.

tet weltweit seine Informationen, Filme, Musikproduktionen zum Kauf an. Deswegen neigen der BGH¹⁸³ und die wettbewerbsrechtliche Literatur¹⁸⁴ dazu, diese Marktteilhabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks am Maßstab des Wettbewerbsrechts zu messen.

Damit stellt sich die Frage, wie weit der publizistische Programmauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten reicht, der unabhängig von den Gesetzmäßigkeiten des Markts zu erfüllen ist, und wann der wirtschaftliche Wettbewerb beginnt, der nach den Regeln des Wettbewerbs- und Kartellrechts abläuft. Diese Frage betrifft das Thema der Transparenz unmittelbar, weil eine Rundfunkanstalt, die ihr Nachfragebudget oder ihre konkrete Nachfragebereitschaft veröffentlichen würde, Informationen austauschen könnte, die als abgestimmtes Verhalten unter Wettbewerbern ge- deutet werden könnten.¹⁸⁵

Hier besteht ein grundsätzlicher Klärungsbedarf, der im Dialog zwischen Rundfunkverfassungsrecht und Privatrecht zu beantworten ist. Vertiefungsbedürftig sind insbesondere folgende Problembereiche:

Staatsrechtlich vorgegeben ist, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk gerade nicht durch Einschaltquoten, Werbeaufträge und Sponsoren gesteuert werden soll. Seine öffentlich-rechtliche Organisationsform, seine binnenplurale Prägung und seine Beitragsfinanzierung fordern Distanz zu Markt und Wettbewerb.¹⁸⁶ ARD und ZDF werden gemeinsam – bewusst markt- und wettbewerbsfern – aus den Erträgen des Rundfunkbeitrags finanziert, sind deshalb in ihrer Finanzgrundlage und deren Ausgestaltung insbesondere durch die KEF und den Gesetzgeber nicht Wettbewerber untereinander. Eine gesetzlich erschlossene Abgabenquelle und eine markt-offene Entgeltwirtschaft bilden nicht einen gemeinsamen Markt. Auch in der Binnensicht des Wettbewerbsrechts wäre es verfehlt, die Beitragsfinanzierung als einen markterheblichen Wettbewerbsvorteil zu qualifizieren. Die Beitragsfinanzierung wird nämlich bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kompensiert durch fremdbestimmte Vorgaben für das

183 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 42 ff – Gemeinschaftsprogramme.

184 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, ⁵2012, AEUV, Art. 106, Rn. 67 f.; vgl. auch *Eifert*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 16 a RStV, Rn. 4 f.; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, ⁷2016, Rn. 43 ff.

185 Vgl. BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 42 ff – Gemeinschaftsprogramme; vgl. auch *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 2, ⁵2014, GWB § 36 Rn. 329 ff.

186 BVerfGE 12, 205 (262) – Fernseh-GmbH; BVerfGE 90, 60 (88) – Rundfunkgebühr.

Beitragsgesamtaufkommen, wettbewerblich gesprochen: des wesentlichen Jahresertrags. Wenn hier Startgleichheit zwischen öffentlich-rechtlichen Anstalten und privaten Unternehmen hergestellt werden sollte, müsste der Jahresertrag der privaten Anbieter in ähnlicher Weise – durch die KEF und den Gesetzgeber – begrenzt werden. Eine solche Beschränkung widerspräche offensichtlich der Berufs-, Eigentümer- und Unternehmerfreiheit der betroffenen Rundfunkunternehmen.

Die wettbewerbliche Ausgangslage ist deshalb von Rechts wegen bewusst in ihrer Verschiedenheit vorgezeichnet: Die privaten Anbieter folgen den Gesetzmäßigkeiten des Marktes, die öffentlich-rechtlichen Anbieter sind von den Gesetzmäßigkeiten öffentlich-rechtlich organisierter und finanzierter Rundfunkfreiheit geprägt. Das duale System bestimmt von Verfassungs wegen den hier allein zulässigen verfassungsgeprägten Wettbewerb.

Auf dieser Grundlage lässt sich der staatsrechtlich bestimmte Eigenbereich der Rundfunkfreiheit deutlicher begrenzen. Nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist der öffentlich-rechtliche Auftrag des Rundfunks durch die Rundfunkfreiheit bestimmt. Grundlage der Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, insbesondere seiner Programmgestaltung, sind der Auftrag des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und die diesen Auftrag präzisierenden Staatsverträge der Länder. Dabei trennt § 16 a RStV den öffentlichen Rundfunkauftrag von der „kommerziellen Tätigkeit“ des Rundfunks, um die Verschiedenheit beider Bereiche zu betonen und insbesondere das „Verbot der Quersubventionierung“ aus Rundfunkbeitragsmitteln zu gewährleisten.¹⁸⁷ Nach dieser Unterscheidung zwischen Programm- und Sendetätigkeit einerseits und kommerzieller Tätigkeit andererseits gehört die Nachfrage des öffentlichen Rundfunks zum Programmauftrag, wenn diese Nachfrage – nach Informationen, Senderechten, Sendebeteiligten, Programmmitarbeitern – der Erfüllung ihres Rundfunkauftrags dient. Diese Tätigkeit der Rundfunkanstalten fällt in den sachlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, ist demnach Gegenstand des staatsrechtlich geprägten Auftrags.¹⁸⁸ Rundfunkfreiheit ist insbesondere Programmfreiheit.¹⁸⁹ Informationsrechtlich sichert diese Programmfreiheit vor allem das Beschaffen und Verbreiten von Informationen. Die Programmfreiheit „gewährleistet, dass Aus-

187 *Eifert*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 16 a RStV, Rn. 1, 5.

188 BVerfGE 83, 238 (303 f.) – 6. Rundfunkurteil (WDR).

189 BVerfGE 59, 231 (258) – Freier Rundfunkmitarbeiter; BVerfGE 87, 181 (201) – HR 3-Beschluss; BVerfGE 90, 60 (87) – Rundfunkgebühr.

wahl, Inhalt und Gestaltung des Programms Sache des Rundfunks bleiben und sich an publizistischen Kriterien ausrichten können. Es ist der Rundfunk selbst, der aufgrund seiner professionellen Maßstäbe bestimmen darf, was der gesetzliche Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlangt.“ Die verfassungsrechtlich garantierte Programmfreiheit erstreckt sich auch auf die Verbreitung der Rundfunkprogramme, insbesondere auch auf die Entscheidung über die Verbreitungswege und Verbreitungsmodalitäten.¹⁹⁰ Eine Indienstrafe des Rundfunks für außerpublizistische Zwecke ist damit unvereinbar.¹⁹¹ Diese institutionelle und individuelle Freiheit wehrt eine unmittelbare Einflussnahme Dritter auf das Programm ab, aber auch Einflüsse, welche die Programmfreiheit mittelbar beeinträchtigen können.¹⁹² Ein Rechtsanspruch Dritter auf programmerhebliche Informationen verletzt insoweit die Programmfreiheit.

Wird der Rundfunk hingegen jenseits seines grundrechtlichen Auftrags tätig – beschafft er sich die alltäglichen Güter einer Unternehmensorganisation, wird er durch Verkauf von Fernsehfilmen als Kinofilme tätig, übt er erwerbswirtschaftliche Tätigkeit wie das Vermieten und Verpachten von Räumen aus, verhandelt er mit einer Bank Art und Konditionen eines Kredits – so ist der Rundfunk aus seinem Sonderstatus herausgetreten und unterliegt den allgemeinen Regeln des Privatrechts und des Öffentlichen Rechts.¹⁹³

Der Rundfunk überschreitet in anderer Weise seinen Programm- und Sendeauftrag, wenn seine Mitarbeiter die Tatbestände der Bestechung, der Parteilichkeit, der Befangenheit erfüllen. In diesen Fällen kann ein Informationsanspruch begründet sein, wenn der Informationssuchende Tatsachen vorträgt, die einen Verdacht von Bestechlichkeit, Parteilichkeit, Befangenheit begründen.

Die Rundfunkfreiheit fordert eine positiv gesetzliche Ordnung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, welche sicherstellt, dass dieser Rundfunk „die Vielfalt der Themen und Meinungen aufnimmt und wiedergibt, die in

190 BVerfGE 87, 181 (203) – Rundfunkwerbeverbot.

191 BVerfGE 90, 60 (87) – Rundfunkgebühr; unter Hinweis auf BVerfGE 87, 181 (201) – HR 3-Beschluss.

192 BVerfGE 73, 118 (183) – Grundversorgung; BVerfGE 90, 60 (87) – Rundfunkgebühr.

193 Zur grundsätzlichen Befugnis, nicht zur Pflicht des Gesetzgebers, eine kommerzielle Tätigkeit zu ermöglichen, und zu deren verfassungsrechtlichen Grenzen vgl. BVerfGE 119, 181 (214, 220) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

der Gesellschaft eine Rolle spielen. Zu diesem Zweck sind materielle, organisatorische und prozedurale Regelungen notwendig, die an der Aufgabe des Rundfunks orientiert sind und erreichen können, was Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit bewirken will¹⁹⁴.

Dieses Gesetzesrecht muss die Informationsbeziehungen und die Informationsquellen des Rundfunks schützen, gewährleistet die Freiheit und Vertraulichkeit der Berichterstattung von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung.¹⁹⁵ Art 5 Abs. 1 Satz 2 GG schützt „namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse bzw. Rundfunk und den Informanten“.¹⁹⁶ Dieser Schutz ist für den Rundfunk – ebenso für die Presse – unentbehrlich, weil seine Informationsquellen nur dann ergiebig fließen, wenn sich der Informant grundsätzlich auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses verlassen kann.¹⁹⁷

Im Ergebnis umfasst die staatsrechtlich geprägte Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG alle mit dem Rundfunkprogramm zusammenhängenden Tätigkeiten von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung. Die Begegnung des Rundfunks mit seinen Informanten, die Erschließung und Nutzung von Informationsquellen, die Auswahl der Programmitwirkenden, die Gestaltung des Programms in Inhalt und Form sowie die Verbreitung des Programms folgen den Regeln des staatsrechtlichen Rundfunkauftrags, sind allein von diesem geprägt.

Soweit die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sich in diesem rechtlichen Rahmen ihrer Programmtätigkeit bewegen, sie also den Vorgaben des GG, der Staatsverträge der Länder und der Landesmediengesetze folgen, gelten die Regeln des Wettbewerbsrechts nicht – nicht für den Programmeinkauf, nicht für die Programmgestaltung, nicht für die Programmverbreitung, nicht für die Verteilung des Rundfunkbeitragsaufkommens, nicht für die Aufnahme von Werbesendungen sowie deren Abgrenzung zum redaktionellen Programm.¹⁹⁸

194 BVerfGE 90, 60 (88) – Rundfunkgebühr unter Hinweis auf BVerfGE 57, 295 (320) – Saarländisches Rundfunkgesetz; BVerfGE 83, 238 (296) – 6. Rundfunkurteil (WDR).

195 BVerfGE 91, 125 (134) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; BVerfGE 100, 313 (365) – Telekommunikationsüberwachung.

196 BVerfGE 100, 313 (365) – Telekommunikationsüberwachung.

197 BVerfGE 100, 313 (365) – Telekommunikationsüberwachung.

198 Vgl. vorerst *Weisser*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, GWB 2013, § 130, Rn. 79, 80.

b. AEUV: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Das Unionsrecht errichtet einen Binnenmarkt (Art. 3 Abs. 3 EUV) und begründet auf dieser Grundlage ein weitgreifendes Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen (Art. 101 AEUV), nimmt aber nach Art. 106 Abs. 2 AEUV Unternehmen aus, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind“. Ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu diesen Unternehmen gehören, war zwischen den Gemeinschaftsorganen und zwischen der Union und den Mitgliedstaaten lange streitig.¹⁹⁹ Das „Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk der Mitgliedstaaten“ zum Vertrag von Amsterdam,²⁰⁰ das unverändert als Protokoll Nr. 29 in den Vertrag von Lissabon übernommen worden ist,²⁰¹ hat jedoch die Befugnis der Mitgliedstaaten klargestellt, ihren Rundfunkanstalten Aufgaben im öffentlichen Interesse zu übertragen. Die Kommission hat sich in ihren Mitteilungen über die Anwendung der Beihilfavorschriften auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk²⁰² ausdrücklich für die Anerkennung der Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausgesprochen.²⁰³

Die klare Trennung des „Bereichs des öffentlichen Auftrags“ und des „kommerziellen Bereichs“ beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk fordert

199 *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, EU, 6. Erg.-Liefg. Stand 1994, Art. 90 Rn. 37 a; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, 43. Erg.-Liefg. Stand 04/2011, Art. 106 Rn. 46; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, ⁷2016, Art. 106 Rn. 43.

200 Vertrag von Amsterdam, Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, Protokoll Nr. 9, ABl. 1997, C 340/1, 109.

201 Vertrag von Lissabon, Protokoll (Nr. 29) über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABl. 2012, C 326/1, 312.

202 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 27.10.2009, ABl. 2009, C 257/1, Rn. 17, 32 ff.; diese Mitteilung ersetzt die Kommissionsmitteilung vom 15.11.2001, ABl. 2001, C 320/5.

203 Vgl. auch Beschluss der Kommission vom 20.7.2010 zur Vertragskonformität der Neuordnung des Finanzierungssystems für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Spanien (RTVE), ABl. 2011, L 1/9, Rn. 56 f.; zum Gesamten *Jung*, aaO, AEUV Art. 106, Rn. 43 f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, ⁵2012, AEUV, Art. 106, Abs. 2 Rn. 67 ff.; *Eifert*, aaO, RStV § 16 a Rn. 4 f.

das Einstellungsschreiben der Kommission²⁰⁴ ausdrücklich. Es sind die erforderlichen Rechtsvorschriften zu erlassen, um eine getrennte Buchführung zu gewährleisten, zwischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und sonstigen Tätigkeiten zu unterscheiden. Die Finanzierung der öffentlichen Rundfunkanstalten ist auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags zu beschränken. Rein kommerzielle Tätigkeiten sind nicht durch eine staatliche Garantie zu begünstigen. Eine Überkompensierung und eine Quersubventionierung kommerzieller Tätigkeiten sind auszuschließen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten seien zu einem marktkonformen Verhalten gegenüber Dritten und gegenüber ihren gewerblichen Tochtergesellschaften zu verpflichten und in dieser Verpflichtung regelmäßig extern zu kontrollieren. Maßstab ist dabei der Fremdvergleich.²⁰⁵

Das Europarecht anerkennt somit den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und seinen verfassungsbestimmten Handlungsauftrag im Rahmen des Binnenmarktes und als Ausnahme von den Wettbewerbsregeln, fordert aber eine klare Trennung zwischen diesem speziellen Rundfunkauftrag und den kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten. Die Grenzen dieser Aufgabenbereiche sind europarechtlich gefordert, aber nicht definiert. Sie sind in der Erwerbsfunktion einer kommerziellen Tätigkeit insbesondere als zulässige Finanzierungsquelle jenseits der vorrangigen Beitragsfinanzierung zu finden, sodann daraufhin zu überprüfen, ob sie die Unabhängigkeit der Rundfunkanstalten gegenüber dem Staat stärken und ob und wann die Risiken einer kommerziellen Orientierung verfremdend auf die freie Programmgestaltung einwirken.²⁰⁶

204 Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex- CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Deutschland: Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland – Einstellungsschreiben, Rn. 315 ff.

205 Einstellungsschreiben, aaO, Rn. 318 f.; die Bundesrepublik Deutschland hat im Rahmen des „Beihilfekompromisses“ die Umsetzung dieser Vorgaben zugesagt, Einstellungsschreiben, Rn. 342 f.; zum Ganzen *Eifert*, aaO, RStV § 16 a Rn. 4.

206 BVerfGE 119, 181 (220) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

c. Rundfunkauftrag und Wettbewerbsrecht

aa) Bundeswettbewerbsrecht und Landesrundfunkrecht

Die Gesetzgebungskompetenz innerhalb des Bundesstaates teilt das Grundgesetz auf Bund und Länder so auf, dass jeder Gesetzgeber für den jeweiligen Sachbereich eine eigene Kompetenz hat, die Kompetenz des einen grundsätzlich – strikt, klar, unverfügbar –, die des anderen ausschließt.²⁰⁷ Die Art. 70 ff. GG weisen dem jeweiligen Gesetzgeber seine Kompetenz so zu, dass Kompetenzüberschneidungen ausgeschlossen sind, Kompetenzübergriffe zur Nichtigkeit des übergreifenden Gesetzes führen.²⁰⁸ Der Grundsatz des Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht“ hat deswegen kaum praktische Bedeutung.²⁰⁹ Die Gleichheit „vor dem Gesetz“ (Art. 3 Abs. 1 GG) gilt grundsätzlich nur innerhalb des jeweiligen Regelbereiches.²¹⁰ Der Auftrag an den Gesetzgeber, gleichwertige Lebensverhältnisse im Bundesgebiet herzustellen und die Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse zu wahren, begründet nur für das Regelungsthema Steuern eine Kompetenz für den Bundesgesetzgeber (Art. 105 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 72 Abs. 2 GG). Im Übrigen ergibt sich die Kompetenz von Bundes- oder Landesgesetzgeber aus den Katalogen der Sachgegenstände nach Art. 73 und 74 GG. Das Erfordernis gleichwertiger Lebensverhältnisse und der Rechts- oder Wirtschaftseinheit nach Art. 72 Abs. 2 GG begründet ein zusätzliches Kompetenzerfordernis, wirkt also kompetenzverengend, nicht kompetenzbegründend.²¹¹

Der Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist nach Art. 72 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Gegenstand der Bundesgesetz-

207 *Isensee*, HStR VI, ³2008, § 133 Rn. 48 ff.; *Rengeling*, HStR VI, ³2008, § 135 Rn. 16 ff.;

vgl. auch *Pietzcker*, HStR VI, ³2008, § 134 Rn. 2 ff.

208 Zum praktisch bedeutsamen Problem einer bundesgesetzlichen Regelung eines Sachbereichs mit „abschließendem Charakter“ vgl. BVerfGE 67, 299 (324) – Laternengarage; BVerfGE 98, 265 (301) – Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz; BVerfGE 102, 99 (114) – Landesabfallgesetz NRW; BVerfGE 109, 190 (229) – Nachträgliche Sicherungsverwahrung; BVerfGE 113, 348 (371) – Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung.

209 *Pietzcker*, HStR I, ³2006, § 134 Rn. 36 ff.; *P. M. Huber*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, ⁷2014, Art. 31 Rn. 10 f.

210 Vgl. oben IV 2 f.

211 Vgl. BVerfGE 106, 62 (135 ff.) – Altenpflegegesetz; BVerfGE 111, 226 (255) – Juniorprofessor.

gebung.²¹² Gleiches gilt nach Art. 72 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG für das Kartellrecht.²¹³ Das Rundfunkrecht ist Gegenstand der Landesgesetzgebung.²¹⁴ Diese beiden Kompetenzbereiche überschneiden sich nicht, weil der Rundfunk seinen Auftrag unabhängig von Markt und Wettbewerb zu erfüllen hat,²¹⁵ der Rundfunk seine Erwerbsgrundlage nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb, sondern im Rundfunkbeitrag findet, das finanzielle Jahresergebnis des Rundfunks nicht von seinem wettbewerblich erzielten Markterfolg abhängt, sondern von dem Beitragsaufkommen, das die Landesparlamente regeln, die KEF aufgrund von Anmeldungen der ARD und des ZDF empfehlend vorzeichnet. Zwar gab es Abgrenzungsfragen für das Verhältnis von Kartellrecht und Pressekonzentration, auch zur Konzentrationskontrolle des Rundfunks. Diese sind aber so zu beantworten, dass die Kompetenzgrundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG nicht greift, wenn rundfunk- oder kulturpolitische Ziele verfolgt werden.²¹⁶ Eine Rundfunkkonzentrationskontrolle durch den Bund erscheint schon deshalb unvertretbar, weil die Landesgesetze die Konzentration der Rundfunkanstalten innerhalb der ARD, die Zusammenarbeit von ARD und ZDF in Gemeinschaftsprogrammen, die Gesamtfinanzierung von ARD und ZDF durch den Rundfunkbeitrag und dessen Bemessung in einem ARD und ZDF verbindenden Anmelde-, Entscheidungs- und Kontrollverfahren regeln. Die Landesgesetzgeber lassen sich bei diesen Bestimmungen von dem Rundfunkauftrag und den ihm zugrundeliegenden Freiheiten und Unabhängigkeiten leiten, auch von der Bedeutung des Rundfunks für Demokratie und Kultur bestimmen. Dieses fein austarierte System des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darf nicht durch bundesgesetzliche Interventionen verfremdet werden.

Im Ergebnis ist der Landesgesetzgeber allein für die Regelung des Rundfunks zuständig. Er hat diese Zuständigkeit zur Regelung eines vom Wettbewerb unabhängigen Rundfunks genutzt.²¹⁷ Das Europarecht hat die Eigenart des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anerkannt und ihn nach

212 Vgl. BVerfGE 26, 246 (254) – Ingenieurgesetz.

213 *Rengeling*, HStR VI, ³2008, § 135 Rn. 249.

214 BVerfGE 12, 205 (225 f., 249 f.) – Fernseh-GmbH.

215 BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (219) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; BVerfGE 136, 9 (Rn. 32) – ZDF-Aufsichtsgremien.

216 *Rengeling*, aaO, Rn. 250 mN.

217 Soeben zu a.

dem Maßstab des Art. 106 AEUV vom Wettbewerb ausgenommen.²¹⁸ Diese Grundentscheidung könnte durch den RStV nochmals klargestellt werden. Der Bundesgesetzgeber dürfte diese Entscheidung allenfalls durch eine wettbewerbsrechtliche Bereichsausnahme bestätigen.

bb) Journalistisch-redaktionelle und kommerzielle Tätigkeit des Rundfunks

Das Wettbewerbs- und Kartellrecht anerkennt eine weitgreifende, von Verfassungen wegen autonome Informationsaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, schützt aber jenseits dieser Aufgabe einen Wettbewerb, an dem der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei bestimmter Beschaffungstätigkeit und kommerzieller Marktteilhabe beteiligt und deswegen rechtlich dort gebunden ist.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist von Anfang an nicht als Unternehmensrecht konzipiert. Der Rundfunk wurde als Einrichtung geschaffen, die „im Grunde genommen niemand gehört“.²¹⁹ Er ist ein „eminenter Faktor“ der öffentlichen Meinungsbildung, dessen Gesamtprogramm „ein Mindestmaß von inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung“ der gesellschaftlichen Gruppen gewährleistet.²²⁰ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat einen Kulturauftrag, der erst mit dem Umbruch zum dualen Rundfunksystem mit dem Wettbewerbs- und Kartellrecht der freien Marktwirtschaft in Konkurrenz gerät.²²¹ Dabei ist das Konzept des ökonomischen Wettbewerbs im Verhältnis öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter untereinander nicht als Mittel der Vielfaltsicherung vorgesehen.²²² Dieses zeigt sich heute vor allem darin, dass die in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten Gemeinschaftsprogramme als gemeinsame Aufgabe veranstalten (§ 11 b Abs. 1 RStV), sie

218 Soeben zu b.

219 Rede von Reinhold Maier am 22.7.1949 bei der Übergabe von Radio Stuttgart in „deutsche Hände“, zit. nach *Bausch*, Rundfunk in Deutschland, 1980, Bd. III, 105.

220 BVerfGE 12, 205 (250, 263) – Fernseh-GmbH.

221 *Wittig-Terhardt*, Rundfunk und Kartellrecht, AfP 1986, 298 (299); *Hoffmann-Riem*, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, 15 f., zusammenfassend: 207 f.; *Bremer/Esser/Hoffmann*, Der Rundfunk in der Verfassungs- und Wirtschaftsordnung in Deutschland, 1992, 24 f.

222 *Hoffmann-Riem*, aaO, 207.

damit über diese Programme und deren Verbreitung, auch über die dadurch entstehenden Kosten gemeinsam entscheiden. Mit der Ausstrahlung macht sich jede Landesrundfunkanstalt rundfunkrechtlich das Programm zu eigen und gilt auch im Außenverhältnis als verantwortlicher Veranstalter. Diese Rundfunkanstalten stehen mithin untereinander nicht im Wettbewerb.²²³ Auch die ARD und das ZDF veranstalten Gemeinschaftsprogramme (§ 11 b Abs. 4 RStV), sind insoweit nicht Wettbewerber. Jenseits dieser Gemeinschaftsprogramme allerdings stehen die ARD und das ZDF – nicht anders als mit den privaten Programmveranstaltern – nach Auffassung des BGH²²⁴ „in Wettbewerb nicht nur um Zuschauer, sondern auch um Werbekunden“.

Der BGH hatte zu entscheiden, ob der Betreiber von Breitbandkabelnetzen, der die erforderlichen Kapazitäten für die bundesweite Verbreitung der gesetzlich bestimmten beitragsfinanzierten Programme von ARD und ZDF zur Verfügung zu stellen hat (§ 52 b Abs. 1 Nr. 1 RStV), für die Verbreitung dieser Programme ein Entgelt verlangen kann,²²⁵ und ob die Rundfunkanstalten dem Betreiber von Kabelnetzwerken ihre Programme kostenlos überlassen müssen. In diesem Streit anerkennt der BGH in der Perspektive des Wettbewerbsrechts die verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie der Rundfunkanstalten, die sich auch auf die Wahl der Verbreitungswege erstreckt.²²⁶ Das Gericht beanstandet jedoch nach § 1 GWB, dass ARD und ZDF sich darauf verständigt hätten, fortan keinem Kabelnetzbetreiber mehr ein Entgelt für die Einspeisung von Programminhalten zu zahlen und zur Umsetzung dieses gemeinsamen Vorhabens bestehende Einspeiseverträge zu kündigen. Dies sei eine abgestimmte Verhaltensweise, die dem Verbot des § 1 GWB unterfällt.²²⁷ Diese Abstimmung des Verhaltens unter Wettbewerbern durch den Austausch von Informationen über ihr künftiges Marktverhalten habe nach der Lebenserfahrung auch ohne weiteres Zutun nachteiligen Einfluss auf den Wettbewerb.²²⁸

223 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 47 – Gemeinschaftsprogramme.

224 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 47 – Gemeinschaftsprogramme..

225 Vgl. BGH v. 16.6.2015 – KZR 83/13, BGHZ 205, 355, Rn. 18 f. – Einspeiseentgelt; BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 25 f. – Gemeinschaftsprogramme.

226 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 33 – Gemeinschaftsprogramme.

227 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 44 f.– Gemeinschaftsprogramme.

228 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 51 – Gemeinschaftsprogramme.

Gegenüber dem vermeintlichen Wettbewerb zwischen ARD und ZDF – außerhalb der von beiden veranstalteten Gemeinschaftsprogramme – ist jedoch daran zu erinnern, dass für alle Anstalten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die Finanzierungsquelle der Rundfunkbeitrag ist, die Höhe des Beitragsaufkommens von der KEF und dem Gesetzgeber nach den zusammenwirkenden Bedarfsanmeldungen von ARD und ZDF beurteilt werden, der Markt als Ertragsquelle strukturell keine Rolle spielen darf, der Marktwettbewerb demnach für den Rundfunk kein rechtfertigendes Verfahren für Erfolg und Misserfolg am Markt, für Sieger und Besiegte im Wettbewerb ist.²²⁹ ARD und ZDF finanzieren sich nicht je nach unterschiedlichem Markterfolg beim Zuschauer (Quote) oder beim vertraglichen Entgeltpartner, sondern stützen ihre Finanzierung auf eine staatlich bestimmte Abgabe, die eine allgemeine – auf viele Schultern der Wohnungs- und Betriebsinhaber verteilte – Abgabepflicht begründet, diese maßvoll und sozialverträglich gestaltet, damit jedermann den Zugang zu diesem allgemeinen Programm sichert. Den ertragsberechtigten Rundfunkanstalten ist jede Möglichkeit genommen, auf die Höhe des Abgabeaufkommens durch Gestaltung des Rundfunkangebots „gewinnmaximierenden“ Einfluss zu nehmen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind nicht wettbewerblich, sondern abgabenrechtlich finanziert.

Soweit der BGH auf den „Wettbewerb“ von ARD und ZDF um Werbekunden und Zuschauer (Quote) verweist²³⁰, dürfen nach dem staatsrechtlichen Konzept der Unabhängigkeit des Rundfunks von Markt und Wettbewerb²³¹ die Rundfunkwerbung und das Bemühen um Zuschauer gerade keine Abhängigkeit vom Wettbewerb begründen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk muss funktionsgerecht so finanziert werden, dass er „unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen“ ein Programm anbieten kann, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen eines gegenständlich und meinungsmäßig hinreichend vielfältigen Gesamtprogramms entspricht.²³² Die „verfassungsrechtlichen Defizite des privaten Rundfunks an gegenständlicher Breite und thematischer Vielfalt“²³³ wird nur hinge-

229 Zu dieser Funktion des Wettbewerbs vgl. *P. Kirchhof*, Mittel staatlichen Handelns, in: *HStR* V, ³2007, § 99 Rn. 35 f.

230 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 47 – Gemeinschaftsprogramme.

231 BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (219) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; BVerfGE 136, 9 (Rn. 132) – ZDF-Aufsichtsgremien.

232 BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr.

233 BVerfGE 90, 60 (90 f.) – Rundfunkgebühr (1994).

nommen, solange und soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk dank seiner Bestands- und Entwicklungsgarantie, die zugleich eine Finanzierungs-garantie ist, die ihm aufgegebene Programmbreite, Programmvielfalt und Programmentwicklung leisten kann.²³⁴ Die Rundfunkwerbung ist stets daraufhin zu überprüfen, ob sie ein geeignetes Instrument ist, um die Distanz zum Staat zu stärken, oder ob sie freiheitsbegrenzende Rückwirkungen auf die Rundfunkautonomie hat²³⁵ und deshalb unzulässig ist.²³⁶

cc) Konkurrenz von öffentlichem und privatem Rundfunk

Im Rahmen des dualen Systems stehen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zwar in faktischer Konkurrenz zu den privaten Anbietern. Sie sind jedoch in einem Ausgewogenheitskonzept gebunden. Der öffentlich-rechtliche und der private Veranstalter müssen unabhängig voneinander ein Gesamtangebot in gleichgewichtiger Vielfalt in der Berichterstattung erreichen. Wenn die öffentlich-rechtlichen Veranstalter ihrerseits ein ausgewogenes Programm senden, darf nicht eine Verengung oder Einseitigkeit des privaten Sektors zu einer Unausgewogenheit des Gesamtangebotes führen, die das Ziel des Art. 5 Abs. 1 GG verfehlen würde.²³⁷ Der Gesetzgeber darf zwar bei der Zulassung privaten Rundfunks eine Programmgestaltung zulassen, die sich aus der Werbefinanzierung des privaten Rundfunks ergibt.²³⁸ Erleichterungen dieser Art sind aber nur hinnehmbar, soweit die unerlässliche Grundversorgung der Bevölkerung vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk ohne Einbuße gesichert ist.²³⁹ Die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks rechtfertigt sich aus dessen Auftrag, unabhängig von Wirtschaft und Wettbewerb das ver-

234 BVerfGE 90, 60 (91) – Rundfunkgebühr.

235 BVerfGE aaO.

236 P. Kirchhof, Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2010, S. 21.

237 BVerfGE 57, 295 (324) - Privatfunk Saarland; BVerfGE 83, 238 (297) – 6. Rundfunkurteil (WDR).

238 BVerfGE 73, 118 (158 f.) – Grundversorgung; BVerfGE 74, 297 (325) – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; BVerfGE 83, 238 (297) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr.

239 BVerfGE 73, 118 (157 f.) – Grundversorgung; BVerfGE 83, 238 (297) - 6. Rundfunkurteil (WDR).

fassungsrechtlich geforderte Programm in Vielfalt, Weite und Entwicklungsoffenheit anzubieten.²⁴⁰

Im diesem dualen System stehen somit öffentlich-rechtlicher und privater Rundfunk nicht in einem Wettbewerb, in dem der eine mit seinem Programm den anderen in der Empfangsbereitschaft des zahlenden Rundfunkteilnehmers verdrängen will. Vielmehr haben öffentlicher und privater Rundfunk im Zusammenwirken ein Gesamtangebot ausgewogener Vielfalt herzustellen. Sie stützen sich auf je eigene, unabhängig voneinander wirksame Finanzierungsquellen: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk finanziert sich aus dem Rundfunkbeitrag, der private aus Werbeaufträgen oder individuellen Entgelten der Rundfunkempfänger (Pay-TV). Das Rundfunkrecht schützt die Rundfunkfreiheit der Programmanbieter, das Wettbewerbsrecht die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen.²⁴¹ Das Programmangebot der öffentlich-rechtlichen Veranstalter ist unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen und muss dieses von Verfassungen wegen sein.²⁴²

Soweit Anstalten des öffentlichen Rundfunks mit privaten Leistungsanbietern und Leistungsnachfragern konkurrieren, hängt der Rechtsmaßstab für diese Konkurrenz davon ab, ob Angebot und Nachfrage des Rundfunks sich auf sein Programmangebot auswirken. Fragt der Rundfunk Grundstücke, Kantinenleistungen oder Fahrdienste nach, ist diese Nachfrage nicht Bestandteil des Programmauftrags. Diese Nachfrage am allgemeinen, nicht rundfunkspezifischen Markt folgt den Regeln des Wettbewerbs- und Kartellrechts. Steht der Rundfunk hingegen in Konkurrenz bei der Nachfrage nach Filmen, nach Musik, nach Kommentatoren oder Moderatoren, wirkt sich diese Nachfrage unmittelbar auf das Programm aus. Diese Nachfrage gestaltet das Programm, ist deshalb vom staatsrechtlichen Rundfunkauftrag bestimmt.

240 BVerfGE 90, 60 (90 f.) – Rundfunkgebühr; vgl. auch BVerfGE 87, 181 (201) – HR 3-Beschluss.

241 LG München, NJW 1989, 988 (989) – Entscheidung der Rundfunkanstalt, ein Musikstück nicht mehr zu senden, als Programmgestaltung.

242 BVerfGE 73, 118 (158) – Grundversorgung; BVerfGE 90, 60 (90 f.) – Rundfunkgebühr.