

Die Feststellung von Tatsachen in der Rundfunk-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹

Markus Heinker

I. Einleitung

1. Problemstellung

Beruhet die Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG auf einer hinreichenden Feststellung der zugrundeliegenden Tatsachen? Man sollte das für selbstverständlich halten und doch finden sich in der Literatur dazu kritische Stimmen. So ist die Rede von der Gefahr, einer dem status quo verhafteten Denkblockade zu verfallen.² In einem Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesfinanzministeriums von 2014 heißt es weiter, „dass die Basis der rechtsdogmatischen Folgerungen ausschließlich mit Eigenzitate belegt wird und weder ökonomische, sozialwissenschaftliche oder sonstige Fachliteratur einbezieht, der Begründungsduktus mithin zunehmend selbstreferentiell erscheint.“³ *Schwabe* spricht davon, dass das BVerfG „eine Kaskade bunter Luftballons mit dem Aufdruck Meinungs-, Informations- und Rundfunkfreiheit niedergehen“⁴ lässt, „die einem aus den Fingern glitschen, sobald man sie zu packen versucht“.⁵ *Redeker* formulierte schon anlässlich des 25jährigen Bestehens des BVerfG: „Das BVerfG hat sich [...] von mündlicher Verhandlung und Beweisaufnahme in einem Umfang dispen-

1 Der Beitrag beruht auf M. Heinker, Constitutional justification for the regulation of broadcasting in the light of changing means transmission, expanded transmission capacity and media convergence, Comenius University, Bratislava, 2017

2 o.A., *Bundesministerium der Finanzen*, Wissenschaftlicher Beirat (Hrsg.), Öffentlich-rechtliche Medien - Aufgabe und Finanzierung, 2014, Seite 19, verfügbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/Wissenschaftlicher-Beirat/Gutachten/2014-12-15-gutachten-medien.pdf?__blob=publicationFile&v=11, zuletzt geprüft am 21.1.24.

3 o.A., *Bundesministerium der Finanzen*, Wissenschaftlicher Beirat (Hrsg.), Öffentlich-rechtliche Medien - Aufgabe und Finanzierung, 2014, Seite 19.

4 J. Schwabe, Anmerkung zur elften Rundfunkentscheidung, *Juristenzeitung* 1998, S. 514 (514).

5 Schwabe, *Juristenzeitung*, 1998, 514 (515).

siert, der notwendig unzutreffende Sachverhaltsannahmen zur Folge haben muß. Dass falsche Sachverhaltsfeststellungen unrichtige Entscheidungen präponieren, gilt für das BVerfG nicht anders wie für jedes andere Gericht. Nicht ganz selten finden sich in Entscheidungen des BVerfG Feststellungen, von denen man sich vergeblich fragt, wie das Gericht sie anhand streitigen Parteivorbringens hat treffen können, obwohl insoweit sicher die notwendige Sachkunde fehlt.“⁶

Dieser Beitrag untersucht, inwieweit diese Kritik berechtigt ist und ggf. auch für die Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG Bedeutung erlangt, indem er diese einer Analyse unterzieht. Dabei wird untersucht, ob das BVerfG seinen Entscheidungen Tatsachen zugrunde legt und, ob diese hinreichend belegt sind. Es geht damit um die Frage, ob die Entscheidungen auf einer ausreichenden Ermittlung der Wirklichkeit der Medien beruhen, ob also die zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung gültigen Bedingungen der Produktion, Distribution und Rezeption von Medien und die sich daraus ergebenden gesellschaftlichen Wirkungen ausreichend ermittelt wurden. Darauf ist die Untersuchung beschränkt. Ob etwaig getroffene Feststellungen zutreffend sind, ist nicht Gegenstand der Analyse.

2. Gang der Untersuchung

Zunächst werden die gesetzlichen Regelungen und die Praxis der Anwendung durch das BVerfG dargestellt. Anschließend wird die Diskussion in der Literatur zusammengefasst, es wird eine Stellungnahme des Autors zu den wesentlichen Streitpunkten abgegeben und es werden die Schlussfolgerungen gezogen, die erforderlich sind, um den Maßstab zu ermitteln, der an die Tatsachenfeststellung durch das BVerfG anzulegen ist. Nach einer entsprechenden Analyse der Rundfunk-Rechtsprechung werden die Ergebnisse diskutiert.

II. Tatsachenfeststellung durch das BVerfG

1. Gesetzliche Regelungen

Grundlage der Verfahrensführung durch das BVerfG ist das BVerfGG. Hier befassen sich die §§ 17ff im zweiten Teil mit den allgemeinen Verfah-

6 K. Redeker, 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, NJW 1976, 2111 (2113).

rensvorschriften. Darüber hinaus enthält auch der dritte Teil, der die einzelnen Verfahrensarten regelt, Verfahrensvorschriften. Diese werden hier nur berücksichtigt soweit sie Verfassungsbeschwerden, Normenkontrollen und den Bund-Länder-Streit betreffen, da die Rundfunk-Rechtsprechung ausschließlich aus Verfahren dieser Arten besteht.

Die zentrale gesetzliche Anordnung, das Thema dieses Beitrages betreffend, ist § 26 Absatz 1 Satz BVerfGG. Die Vorschrift wird als Kodifizierung des Untersuchungsgrundsatzes gesehen, die das BVerfG bindet.⁷ Das wird auch vom BVerfG anerkannt.⁸ Eine Ausnahme zu dieser Vorschrift regelt § 33 Absatz 2 BVerfGG, wonach der BVerfG die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils zugrunde legen kann.

Zentral ist ferner § 30 Absatz 1 Satz BVerfGG, der als Grundlage der Entscheidung den Inhalt der Verhandlung und das Ergebnis der Beweisaufnahme postuliert. In tatsächlicher Hinsicht ist Grundlage der Entscheidung des BVerfG alles, was Gegenstand des Verfahrens war. Hierin liegt gleichermaßen die Verpflichtung den gesamten Inhalt des Verfahrens zu berücksichtigen und die Begrenzung darauf.⁹ Die möglichen Quellen sind damit beschränkt. Verfahrenserheblich äußern können sich auch die Parteien. Gemäß § 28 Absatz 1 BVerfGG können auch Zeugen und Sachverständige gehört werden. Auch deren Äußerungen sind damit Gegenstand des Verfahrens. Darüber hinaus können nach § 27a BVerfGG auch sachkundige Dritte, die nicht als Zeuge oder Sachverständiger am Verfahren teilnehmen, gehört werden. Im Verfahren der Normenkontrolle sind in den §§ 77, 82 Absatz 3 und 4 BVerfGG und im Verfahren der Verfassungsbeschwerde in den §§ 94 und 96 Absatz 3 BVerfGG ausdrücklich weitere Äußerungsrechte festgelegt. Es ist das schriftliche Vorbringen aller Äußerungsberechtigten ebenso zu berücksichtigen, wie Äußerungen in der mündlichen Verhandlung.

Hinsichtlich der Beweismwürdigung ist dem BVerfG ein denkbar weiter Rahmen gesetzt. Das Gericht ist nicht an Beweisregeln gebunden. Die äußere Grenze stellen erst die Denk- und Naturgesetze dar.

7 C. Burkiczak, F. Dollinger, F. Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Heidelberg, 2022, Rn. 4;

E. Benda, E. Klein, O. Klein, Verfassungsprozessrecht: Ein Lehr- und Handbuch, Heidelberg, 2012, Rn. 299.

8 BVerfGE 77, 360 (361).

9 R. Zuck, in Lechner Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 2019, § 30, Rn. 4.

2. Praxis der Tatsachenfeststellung durch das BVerfG

In der Praxis bedient sich das BVerfG neben den gesetzlich geregelten auch weiteren Erkenntnisquellen¹⁰, etwa Statistiken, Studien und Fachliteratur¹¹ und holt auch telefonische Auskünfte ein.¹² Das ist wegen der „Gefahr fehlender Transparenz“ kritisiert worden¹³, jedenfalls, wenn die Berücksichtigung solcher Quellen den Beteiligten nicht offengelegt wird.¹⁴ Besondere Bedeutung erlangen diese Probleme, wenn Tatsachen als allgemeinkundig oder gerichtsbekannt betrachtet werden bzw., wenn auf Erfahrungssätze zurückgegriffen wird. Dies tut das BVerfG regelmäßig.¹⁵ Regelungen zu gerichtsbekannten oder allgemeinkundigen Tatsachen, wie sie etwa in § 291 ZPO oder § 244 Absatz 3 Satz 2 StPO existieren, kennt das BVerfGG nicht. Für die Fachgerichte fordert jedoch das BVerfG selbst, dass solche Tatsachen Gegenstand des rechtlichen Gehörs sein müssen.¹⁶ Es ist nicht ersichtlich, warum das nicht für das Verfahren vor dem BVerfG genauso gelten soll.

Eine Systematik nach der die gewonnenen Erkenntnisse dokumentiert werden, ist beim BVerfG schwer erkennbar. Zwar gibt es einen regelmäßig angewendeten Urteilsaufbau, in dem die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand aufgeführt sind.¹⁷ In der Praxis dokumentiert der Tatbestand aber nicht immer umfassend die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung.¹⁸ Auch die Verpflichtung, Tatsachen festzustellen aus § 33 Absatz 2 BVerfGG wendet das Gericht nicht konsequent an, sondern schränkt diese immer wieder ein.

10 K. Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (4).

11 BVerfGE 119, 181 (215f); BVerfGE 88, 87 (101); BVerfGE 90, 145 (178).

12 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, 2009, S. 3 (16).

13 K. Redeker, 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, NJW 1976, 2111 (2113).

14 K. Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (4).

15 W. Geiger, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß, Heidelberg, 1981, S. 23.

16 BVerfGE 10, 177 (182); BVerfGE 12, 110 (112); BVerfGE 48, 206 (209).

17 T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 30, Rn. 18.

18 B. Bryde, Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in P. Badura, H. Dreier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, Band 1, S. 533 (537).

In Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde prüft das BVerfG die Tatsachenfeststellungen des fachgerichtlichen Urteils nicht, sofern nicht „spezifisches Verfassungsrecht“ verletzt ist.¹⁹ Das soll immer dann vorliegen, wenn das Prinzip des rechtlichen Gehörs, der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes oder das Willkürverbot verletzt sind.²⁰ Darüber hinaus sollen auch Einzelgrundrechte Ausstrahlungswirkung auf die Tatsachenfeststellung der Fachgerichte haben.²¹ Schließlich soll die Nachprüfung in dem Maße intensiver werden, je nachhaltiger die angegriffene Entscheidung die Grundrechtssphäre trifft.²²

Es gibt aber auch Verfahrensarten bei denen es keine Tatsachenfeststellungen durch Fachgerichte gibt. Dazu gehören der Bund-Länder-Streit und vor allem die abstrakte Normenkontrolle und die Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Hier sind die vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Tatsachen Prüfungsgegenstand, sogenannte generelle Tatsachen bzw. legislative facts (im Gegensatz zu sogenannten Einzeltatsachen bzw. adjudicative facts). Generelle Tatsachen betreffen in der Regel sozialwissenschaftliche oder ökonomische Befunde, die nicht Individuen, sondern Gruppen betreffen.²³ Die sichere Feststellung solcher Tatsachen würde einen erheblichen Aufwand verursachen, möglicherweise sogar unmöglich sein. Es ist deshalb bezweifelt worden, ob das BVerfG dieser Aufgabe gerecht werden könne.²⁴ In der Praxis erweist sich der Umgang des BVerfG mit generellen Tatsachen als nicht einheitlich.²⁵ Mit Blick auf die Rundfunk-Rechtsprechung ist das von besonderer Bedeutung, wie zu zeigen sein wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich schließlich die Frage, welche Maßstäbe bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Prognoseentschei-

19 BVerfGE 1, 418 (429).

20 BVerfGE 22, 267 (274); BVerfGE 2, 294 (297).

21 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, 2009, S. 3 (14).

22 C. Burkiczak, F. Dollinger, F. Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Heidelberg, 2022, § 26, Rn. 14.

23 B. Bryde, Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in P. Badura, H. Dreier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, Band 1, S. 533 (533).

24 W. Kluth, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, 3513 (3516).

25 B. Bryde, Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in P. Badura, H. Dreier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, Band 1, S. 533 (539).

dungen anzulegen sind. Es wird vertreten, dass diese schon gar nicht als Tatsachen zu werten sind, da sie zum Zeitpunkt ihrer Aufstellung dem Beweis nicht zugänglich sind. Dafür spricht auch, dass sie stark wertenden, subjektiv einschätzenden Charakter haben und damit dem Gegenpol der Tatsachen, den Wertungen, zugeordnet werden könnten.²⁶ Da das BVerfG nicht dazu berufen ist, die Wertungen des Gesetzgebers durch eigene zu ersetzen, ergibt sich hinsichtlich der Prognosen des Gesetzgebers ein weiterer Beurteilungsspielraum, sogenanntes *judicial self-restrain*. Das wird vom BVerfG auch ausdrücklich anerkannt.²⁷

Die vorstehenden Ausführungen können auch auf die konkrete Normenkontrolle bezogen werden, nachdem das BVerfG üblicherweise in solchen Verfahren die Feststellungen im Bereich der generellen Tatsachen selbst trifft.²⁸

3. Diskurs

Der wissenschaftliche Diskurs zu dem Problemkreis ist erstaunlich wenig ausgeprägt. Die Tatsachenermittlung im Verfassungsprozess ist „lange Zeit nicht als grundsätzliches Problem bewusst gewesen“.²⁹ Angesichts des Befundes von *Haberzettl*, dass die Tatsachenfeststellung durch das BVerfG dogmatisch weitgehend ungeklärt ist, hätte durchaus Diskussionsbedarf bestanden.³⁰ Auch *Brink* konstatiert einen „kritikwürdigen Zustand“ bei der Praxis der Tatsachenfeststellung, die „notwendig zu Fehlentscheidungen“ führe.³¹ Auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren sei die korrekte Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen notwendige Bedingung der Richtigkeit der Entscheidung.³² *Philippi* spitzt mit der Aussage zu, der Gesetzgeber habe dem BVerfG für die Tatsachenermittlung einen „Blan-

26 T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 26, Rn. 8.

27 BVerfGE 6, 389 (398); BVerfGE 115, 276 (308); BVerfGE 102, 197 (218).

28 BVerfGE 37, 217; BVerfGE 38, 154.

29 F. Ossenbühl, Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen, in C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen, 1976, S. 458 (461).

30 K. Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (3).

31 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, 2009, S. 3 (29f).

32 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, S. 3 (29).

koscheck“ ausgestellt.³³ Nach Kley besteht weiterhin „grundsätzlicher Klärungsbedarf.“³⁴

Das BVerfG selbst stellte fest, dass die Verfahrensregelungen des BVerfGG „lückenhaft“ sind.³⁵ Dies kann indes nicht bedeuten, dass das BVerfG „Herr seiner Verfahren“ ist, wie es zunächst wiederholt postuliert hat.³⁶ Dieser Auffassung kann schon mit Blick auf Art. 94 Absatz 2 Satz 1 GG nicht gefolgt werden, der eine gesetzliche Regelung des Verfahrens vor dem BVerfG vorsieht. Vielmehr dürfte die später verwendete Formulierung von der Herrschaft des Verfahrens „im Rahmen rechtlicher Bindungen“³⁷ zutreffend sein.³⁸ Die Lücken im Verfahrensrecht sind durch Analogien zu schließen.³⁹ Das ergibt sich auch ausdrücklich aus den Materialien zur Gesetzgebung, wo es heißt, man wolle den „bewährten Weg der gewohnheitsrechtlichen Durchbildung des Verfahrensrechts [...] beschreiten.“⁴⁰

Das gilt insbesondere auch für § 26 BVerfGG, der, nach herrschender Meinung, den Untersuchungsgrundsatz kodifiziert. Mit Blick auf den klaren Wortlaut, der sich ausschließlich auf die Beweiserhebung bezieht, ist das offensichtlich unzutreffend. Im Ergebnis allerdings kann der herrschenden Meinung zugestimmt werden. Allerdings muss das Ergebnis durch Analogie zu den Verfahrensvorschriften der Fachgerichtsbarkeit gewonnen werden, s.o.

Kritikwürdig erscheint ferner die dargestellte Praxis des BVerfG, in Entscheidungen auf Materialien zurückzugreifen, die nicht förmlich in das Verfahren eingeführt wurden. Dieser Praxis steht bereits der Wortlaut des § 30

33 K. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Köln, 1971, S. 25.

34 D. Kley, *Zur Bindung des Bundesverfassungsgerichts an die tatsächlichen des Fachgerichts bei der Entscheidung über die Urteilsverfassungsbeschwerde*, *VerwArch* 107, 359 (360).

35 BVerfGE 2, 79 (84).

36 BVerfGE 13, 54 (94); BVerfGE 36, 342 (357).

37 BVerfGE 60, 175 (213).

38 K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung*, München, 2018, Rn. 56.

39 BVerfGE 1, 109 (110).

40 Stellungnahme des Berichterstatters Wahl im Gesetzgebungsverfahren zum BVerfGG in der 112. Sitzung des Deutschen Bundestages am 18.1.1951, zitiert nach D. Umbach, T. Clemens, F. Dollinger (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, 2005, vor §§ 17ff, Rn. 5.

Absatz 1 Satz 1 BVerfGG entgegen, der den Inhalt der Verhandlung zum Maßstab macht. Als Verhandlung kann nur verstanden werden, woran die Parteien beteiligt waren.⁴¹ Es gibt keine Verhandlungen ohne Parteien. Der Stellungnahme von *Haberzettl*⁴², nach der es nur darauf ankommen soll, dass die Informationen Inhalt der Verfahrensakte sind oder aus allgemein zugänglichen Quellen stammen sowie, dass erkennbar sein muss, dass es für die Entscheidung darauf ankommt, vermag nicht zu überzeugen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Absatz 1 GG verlangt, dass die Parteien zu allen vom Gericht als maßgeblich erachteten Gesichtspunkten Stellung nehmen können. Dazu müssen die Parteien zunächst Kenntnis davon haben, welche Aspekte das Gericht für maßgeblich erachtet. Das gilt insbesondere für generelle Tatsachen: Zu vielen Fragestellungen wird eine solche Flut von Informationsquellen verfügbar sein, dass es für die Verfahrensbeteiligten undurchführbar wäre, diese rein vorsorglich vollständig zu erfassen, auszuwerten und zu kommentieren. Als Beispiel sei die Medienwirkungsforschung genannt, die in der Rundfunk-Rechtsprechung eine wesentliche Rolle spielt. Es dürfte praktisch undurchführbar sein, erschöpfend zu allen Theorien, Studien und sonstigen öffentlich verfügbaren Informationen vorzutragen. Insofern vermag die Tatsache, dass bestimmte Informationen theoretisch verfügbar sind, nicht zu rechtfertigen, dass das Gericht auf diese zugreift, ohne den Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.⁴³

Auch das gelegentliche Fehlen der Dokumentation aller Tatsachen, die die Entscheidungsfindung des Gerichts beeinflusst haben, im Tatbestand des Urteils ist kritikwürdig, insbesondere, da die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung im Bereich des Rundfunks stellenweise die Qualität gesetzgeberischen Handelns bekommt ohne, dass das BVerfG eine dem Gesetzgeber entsprechende direkte Legitimation hätte. Das lässt es im Ergebnis als nicht hinnehmbar erscheinen, wenn für den Rechtsanwender nicht mehr erkennbar ist, auf Grundlage welcher tatsächlichen Feststellungen das Gericht subsumiert. Dagegen fördert ein vollständiger Tatbestand, der ohne Verweisungen auskommt, „die Klarheit und das Verständnis der Ent-

41 T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 30, Rn. 7f.

42 K. Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (4).

43 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, 2009, S. 3 (16).

scheidung und hilft, dass der Richterspruch des höchsten Gerichts zum Richterspruch für die Staatspraxis überhaupt werden kann.“⁴⁴

Schließlich erscheint auch der – dem BVerfG selbst⁴⁵ – unklare Begriff des spezifischen Verfassungsrechts wegen der dargestellten Anwendungsprobleme kritikwürdig. Diese Diskussion soll hier jedoch nicht erneut aufgegriffen werden.

4. Zusammenfassung des Zwischenergebnisses

Für die Entscheidungsfindung durch das BVerfG kann damit folgendes zusammenfassend festgehalten werden:

Grundlage der Entscheidungen des BVerfG sind Tatsachen. Für deren Ermittlung gilt der Untersuchungsgrundsatz. Das bedeutet, dass das BVerfG im Regelfall alle für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen, unabhängig vom Sachvortrag der Parteien, selbst festzustellen hat. Bei der Entscheidung über die Art und Weise ist das Gericht weitgehend frei. Soweit die Tatsachenfeststellungen Prognosen des Gesetzgebers betreffen, sind dem BVerfG enge Grenzen gesetzt. Es kann Prognosen nur auf ex ante erkennbare Fehler prüfen, nicht jedoch vertretbare Prognosen durch eigene ersetzen. Bei der Bewertung der Richtigkeit der festgestellten tatsächlichen Grundlagen ist das Gericht lediglich an die Natur- und Denkgesetze gebunden. Im Übrigen ist das Gericht in der Beweiswürdigung frei. Das BVerfG ist nicht an einen Katalog von Beweismitteln gebunden, auch nicht an Beweisanträge der Parteien. Das BVerfG muss alle Tatsachen, die bei der Entscheidungsfindung Berücksichtigung finden, den Parteien aktiv zur Stellungnahme zugänglich machen und im Tatbestand dokumentieren.

III. Tatsachenfeststellung in der Rundfunk-Rechtsprechung

1. Durchführung der Analyse

Der Analyse zugrunde gelegt wurden diejenigen 16 Urteile des BVerfG die üblicherweise in die Zählung der Rundfunk-Rechtsprechung aufge-

44 T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 30, Rn. 18.

45 BVerfGE 18, 85 (93).

nommen werden.⁴⁶ Diese Entscheidungen wurden analysiert, indem die Passagen markiert wurden, die tatsächliche Feststellungen enthalten, die für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit maßgeblich sind. Dabei musste zum einen zu rechtlichen Ausführungen und zum anderen zur Äußerung von Meinungen und Einschätzungen abgegrenzt werden. Für die Abgrenzung zwischen Tatsache und Meinung wurde auf die in Literatur und Rechtsprechung verwendete Methode zurückgegriffen.⁴⁷ Danach ist Tatsache das, was dem Beweis zugänglich ist. Als rechtliche Ausführung soll hier das verstanden werden, was als Ergebnis einer Anwendung von Rechtsvorschriften festgestellt wird, also einer Subsumption. Auf eine inhaltsanalytische Herangehensweise etwa nach *Mayring*⁴⁸ wurde verzichtet, da diese zu einer Auflösung geführt hätte, die für die Zwecke dieser Analyse als nicht notwendig erscheint.

Die Analyse ist auf generelle Tatsachen beschränkt und auf solche, die die Bedingungen unter denen Rundfunk produziert, distribuiert und rezipiert wird betreffen, sofern sie sich auf die (zum Zeitpunkt des Urteils) aktuelle Situation beziehen und geeignet sind, die rechtliche Argumentation zu beeinflussen. Dabei wurden die Aussagen thematisch zusammengefasst und paraphrasiert.

Soweit in einer Entscheidung des BVerfG auf tatsächliche Aussagen in vorhergehender Rechtsprechung Bezug genommen wurde, wurden diese nur erneut berücksichtigt, wenn neue Quellen genannt werden. Soweit lediglich der Inhalt bestehender gesetzlicher Regelungen mitgeteilt wird, blieben dies unberücksichtigt. Auch Quellen, die der juristischen Literatur zuzuordnen sind, blieben unberücksichtigt. Die Analyse erfolgte auf Basis der gesamten Entscheidung, also von Tatbestand und Gründen.

Soweit in abweichenden Meinungen tatsächliche Feststellungen enthalten waren, blieben diese unberücksichtigt, weil sie das Urteil gerade nicht tragen.

In einem weiteren Schritt wurden die als relevant erkannten Passagen zusammengetragen, in Kernaussagen zusammengefasst und in eine Übersicht gebracht (Anlage).

46 BVerfGE 12, 205; BVerfGE 31, 314; BVerfGE 57, 295; BVerfGE 73, 118; BVerfGE 74, 297; BVerfGE 83, 238; BVerfGE 87, 181; BVerfGE 90, 60; BVerfGE 92, 203; BVerfGE 97, 228; BVerfGE 97, 298; BVerfGE 119, 181; BVerfGE 121, 30; BVerfGE 136, 9; BVerfGE 149, 222; BVerfGE 158, 389.

47 BGH, NJW 1966, 1617.

48 *P. Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse: Grundlagen und Technik, Weinheim, 2022.

2. Ergebnisse der Analyse

Tatsächliche Feststellungen sind in den Rundfunkentscheidungen des BVerfG in acht von 16 Entscheidungen enthalten. In Summe stützt sich die gesamte Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG auf 35 zusammengefasste Aussagen, die den Charakter tatsächlicher Feststellungen haben, wovon lediglich neun mit einer Quelle belegt sind. Als Quellen werden vom BVerfG ausschließlich Publikationen von Experten- und Expertengremien (E) sowie sonstige Fachliteratur (L) herangezogen. Zumeist aber ist eine Quelle nicht erkennbar (-).

Die Aussagen lassen sich thematisch in sieben Gruppen einteilen: Die größte Gruppe bilden die zehn Aussagen zu den Distributionsbedingungen (DB), gefolgt von sechs Aussagen zur Programmgestaltung und -nutzung (PG) und fünf Aussagen zur Marktkonzentration (MK). Aussagen zur Medienwirkung und -rezeption (MW) und zu den wirtschaftlichen Bedingungen (WB) sind jeweils viermal vertreten. Die Programmvvielfalt (PV) und Aussagen zum Prozess der Meinungsbildung (MB) sind jeweils dreimal vertreten.

Am besten belegt sind die Aussagen zur Programmvvielfalt. Hier sind zwei von drei Aussagen belegt. Es folgen die Aussagen zur Medienwirkung, die zur Hälfte eine Quelle aufweisen, und die Aussagen zur Marktkonzentration mit zwei von fünf belegten Aussagen. Von den zehn Aussagen zu den Distributionsbedingungen sind nur zwei belegt und von den sechs Aussagen zur Programmgestaltung nur eine. Ohne Quelle sind die vier Aussagen zu den wirtschaftlichen Bedingungen und die drei Aussagen zum Prozess der Meinungsbildung.

Es lässt sich eine Tendenz feststellen, dass die späteren Entscheidungen mehr belegte tatsächliche Feststellungen enthalten als die früheren. Das gilt insbesondere für die Entscheidungen des vergangenen Jahrzehnts.

Die Einzelheiten können der Tabelle in der Anlage entnommen werden.

3. Bewertung

Die Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG kann weder in der Vergangenheit noch in ihrer aktuellen Gestalt für sich in Anspruch nehmen, auf breiter Tatsachengrundlage zu stehen. Die Analyse hat eine Reihe von Problemen ergeben:

Es fehlt den tatsächlichen Feststellungen, die das BVerfG ausdrücklich seiner Rechtsprechung zugrunde legt - soweit das jeweils aus dem Urteil er-

kennbar ist - in der Mehrzahl der Fälle an einer ausreichenden Fundierung. Vielfach stellen sich die tatsächlichen Behauptungen als bloße Spekulationen dar, da noch nicht einmal eine Quelle erkennbar ist.

Soweit Quellen verwendet werden, sind diese zumeist wissenschaftliche Literatur oder Veröffentlichungen von staatlichen oder öffentlich-rechtlichen Einrichtungen. Deren Verwendung ist nicht verfahrensrechtlich abgesichert.

Abschließend soll der Befund für den Themenbereich der Distributionsbedingungen beispielhaft noch einmal genauer betrachtet werden, um seine Tragweite zu veranschaulichen:

Die Distributionsbedingungen betreffen vor allem die Frage, wie viele Inhalte im Rundfunk gleichzeitig verfügbar gemacht werden können und zu welchen Kosten dies geschieht. Hier hat es durch die Möglichkeiten der IP-Distribution dramatische Veränderungen gegeben. Zunächst war der Markt von Frequenzknappheit dominiert. Dementsprechend war die Frequenzknappheit eine der wesentlichen Säulen mit dem das BVerfG die Sondersituation des Rundfunks begründet hat, die wiederum eine wesentliche Legitimationsgrundlage des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darstellte. Gemessen an dieser zentralen Bedeutung ist die fehlende tatsächliche Fundierung besonders unbefriedigend. Allerdings hat das Gericht 2007⁴⁹ die Annahme einer Frequenzknappheit ausdrücklich aufgegeben, weshalb das Problem nur noch unter zwei Gesichtspunkten Bedeutung hat. Zum einen hinsichtlich der Frage, wie wirkt sich der Wegfall einer wesentlichen Grundlage auf die Begründung der Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus. Und zum anderen hinsichtlich der Frage, ob die fehlende Fundierung in die aktuelle Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG fortwirkt.

Zunächst zur Frage der Fortwirkung in die aktuellere Rechtsprechung: Auch, wenn sich hinsichtlich der jüngeren Urteile des BVerfG tendenziell eine Verbesserung der Tatsachenfeststellung abzeichnet, bleiben die Probleme der älteren Rechtsprechung auch für die aktuellen Urteile akut, denn regelmäßig verweist das BVerfG hinsichtlich grundsätzlicher Fragen auf seine Rechtsprechung und dabei zurück bis zu den Entscheidungen aus den 60er und 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts. So findet sich zum Beispiel in der jüngsten Entscheidung aus dem Jahr 2021⁵⁰ die Aussage, dem

49 BVerfGE 119, 181 (214).

50 BVerfGE 158, 389 (261ff).

Rundfunk komme eine besondere Bedeutung zu, unter Verweis auf eine Entscheidung von 1971⁵¹, die keinerlei Fundierungen für die dort getroffenen Aussagen aufweist.

Hinsichtlich des Wegfalls der Begründung kann festgestellt werden, dass diese nicht ersatzlos erfolgt. Mit dem Urteil 2018⁵² entwickelt das BVerfG komplexere Überlegungen für eine neue Legitimationsgrundlage. Es ist allerdings zu konstatieren, dass auch die neuen Begründungsansätze an denselben Mängeln hinsichtlich ihrer tatsächlichen Fundierung leiden, wie die historischen. Diese stützen sich im Wesentlichen auf die tatsächlichen Annahmen, dass durch Digitalisierung und Plattformökonomie Konzentration und Monopolisierung begünstigt werden und, dass die Notwendigkeit der Massenattraktivität auch im Internet bestehe, was zu Angeboten führe, die auf hohe Verweildauer und Klickzahlen zielen. Ferner, dass Algorithmen vielfältige Nutzung behindern, dass verstärkt nicht-publizistische Anbieter auftreten, dass der Nutzer Aufgaben der Journalisten übernehmen muss und, dass die Trennung zwischen Meinung und Tatsache und zwischen Inhalt und Werbung schwieriger wird. Alle diese zentralen Annahmen bleiben spekulativ, denn sie werden nicht den Verfahrensregeln entsprechend erhoben, es erfolgt noch nicht einmal ein Verweis auf Quellen irgendeiner Art.

Das – nach aktuellem Stand – jüngste Urteil der Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG von 2021⁵³ stützt sich hinsichtlich der neuen Legitimationsgrundlagen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wesentlich auf das Urteil von 2018 und fügt lediglich die Aussage an, dass die Märkte von komplexem Informationsaufkommen, einseitigen Darstellungen, Filterblasen, Fake News und Deep Fakes geprägt sind. Zum Beleg verweist das Gericht auf den Bericht der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz des Deutschen Bundestages. Tatsächlich handelt es sich bei den in Bezug genommenen Phänomenen um Entwicklungen, die derzeit die (vor allem auch kommunikationswissenschaftliche) Forschung intensiv beschäftigen. So beispielsweise das Phänomen Filterblase. Gesicherte Befunde, die die weitreichenden Schlussfolgerungen des BVerfG hierzu stützen würden, gibt es jedoch – soweit ersichtlich – nicht. Das ergibt sich auch aus dem vom Gericht in Bezug genommenen Beleg selbst. Dort heißt es zum Themenkreis Filterblasen u.a.: „Vor allem die einseitige Wahrnehmung und

51 BVerfGE 31, 314.

52 BVerfGE 149, 222.

53 BVerfGE 158, 389.

Meinungsvermittlung bei politischen Themen werden in der Wissenschaft und in den Medien diskutiert.⁵⁴ So gibt es auch Untersuchungen, die die Theorie der Filterblasen nicht bestätigen konnten, generell⁵⁵ oder speziell am Beispiel von Suchmaschinen.⁵⁶ Es ist nicht Gegenstand dieser Analyse zu prüfen, ob die tatsächlichen Annahmen des BVerfG zutreffend sind. Das Beispiel zeigt jedoch anschaulich, dass zu erwarten ist, dass eine Tatsachenfeststellung, die den dargestellten Anforderungen genügt, helfen könnte, die Gefahren einer unvollständigen oder falschen Tatsachenfeststellung zu vermeiden.

Anlage

Nr.	Jahr	Paraphrasierte Aussage	Entscheidung	Kat.	Quelle
1	1961	Funkwellen halten sich nicht an Ländergrenzen	BVerfGE 12, 205 (251)	DB	–
2	1961	Rundfunk trägt mit allen Programmbestandteilen maßgeblich zur öffentlichen Meinungsbildung bei	BVerfGE 12, 205 (260)	MB	-
3	1961	Rundfunkdistribution ist an Frequenzen gebunden, die knapp sind	BVerfGE 12, 205 (227)	DB	-
4	1961	Rundfunk ist besonders kostenaufwändig, jedenfalls im Vergleich zur Presse	BVerfGE 12, 205 (251 und 261)	WB	-
5	1961	Es wird nur wenige Rundfunkveranstalter geben können	BVerfGE 12, 205 (261)	WB	-
6	1971	Der Rundfunk ist besonders wirkmächtig	BVerfGE 31, 314 (325)	MW	-
7	1971	Der Rundfunk unterliegt einer Gefahr des Missbrauches durch einseitige Einflussnahme	BVerfGE 31, 314 (325)	MK	-

54 Bericht der *Enquete-Kommission* Künstliche Intelligenz des Deutschen Bundestages vom 28.10.2020, BTDrucks 19/23700, S.

55 P. Törnberg, How digital media drive affective polarization through partisan sorting, PNAS, 2022, verfügbar unter <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2207159119>, zuletzt geprüft am 28.1.24.

56 R. Robertson u.a., Users choose to engage with more partisan news than they are exposed to on Google Search, Nature, 2023, verfügbar unter https://www.nature.com/articles/s41586-023-06078-5.epdf?sharing_token=nukpNdCjI1Zaq6ezCO4Ttj9RgN0jAjWel9jnR3ZoTv0MPFY_1GFjOSBxhgGUEsMAhINRYE0f3NvoXTYw3j4pxT5n02mcenDj6NaECIMi6N6TiqlkgM-9kyIV72eUBUksFIUPLMW9QbRjYIQ4ocY2ayMJh2YZ0XfafupiPN49ZTYPGJCPzbi_3ShNYQZwrl6JiOnjVLLx97jkPqwcLXo2ENA%3D%3D&tracking_referrer=www.mdr.de, zuletzt geprüft am 28.1.24.

Nr.	Jahr	Paraphrasierte Aussage	Entscheidung	Kat.	Quelle
8	1981	Auch beim Wegfall der Frequenzknappheit ist keine der Presse vergleichbare Vielfalt beim Rundfunk zu erwarten	BVerfGE 57, 295 (322)	DB	-
9	1981	Es bestehen Gefahren für den Rundfunk durch die Konzentration von Meinungsmacht	BVerfGE 57, 295 (323)	MK	-
10	1986	Die neuen Übertragungswege Kabel und Satellit werden auch langfristig nur geringe Bedeutung haben	BVerfGE 73, 118 (123 und 154)	DB	-
11	1986	Die hohen Kosten beim Fernsehen sind durch Anfangsinvestitionen, Betrieb und Verbreitung verursacht	BVerfGE 73, 118 (154)	WB	-
12	1986	Auch für privaten Hörfunk sind die wirtschaftlichen Bedingungen schwierig	BVerfGE 73, 118 (154)	WB	-
13	1986	Der Markt erlaubt nur eine eng begrenzte Zahl werbefinanzierter Rundfunkprogramme (im Fernsbereich maximal drei Vollprogramme)	BVerfGE 73, 118 (123)	DB	-
14	1986	Neue Empfangswege verursachen beim Nutzer Kosten	BVerfGE 73, 118 (123)	DB	-
15	1986	Private Rundfunkanbieter tragen wenig zur Meinungsbildung bei, weil sie a) weniger gesehen werden, b) es weniger Anbieter gibt, c) sie aus wirtschaftlichen Gründen massenattraktive Programme zeigen müssen	BVerfGE 73, 118 (155f)	MB	-
16	1986	Nur der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist in der Lage durch umfassende Information Meinungsbildung zu ermöglichen	BVerfGE 73, 118 (157)	MB	-
17	1998	Die Reichweite der öffentlich-rechtlichen und der privaten Fernsehanbieter ist gleich	BVerfGE 97, 228 (256)	DB	-
18	1998	Zuschauer erwarten vom Fernsehen über wichtige Ereignisse unterrichtet zu werden	BVerfGE 97, 228 (256)	PG	-
19	2007	Es gibt keine Frequenzknappheit mehr	BVerfGE 119, 181 (214)	DB	-
20	2007	Rundfunk ist gegenüber anderen Medien besonders wirkungsmächtig wegen seiner a) Breitenwirkung, b) Aktualität, c) Suggestivkraft und d) Möglichkeiten neuer Technologien	BVerfGE 119, 181 (215)	MW	L
21	2007	Die Programmprofile von öffentlich-rechtlichen und privaten Veranstaltern unterscheiden sich erheblich	BVerfGE 119, 181 (217)	PG	L, E

Nr.	Jahr	Paraphrasierte Aussage	Entscheidung	Kat.	Quelle
22	2007	Es besteht erheblicher Konzentrationsdruck mit anderen Medienunternehmen im privaten Rundfunk	BVerfGE 119, 181 (216)	MK	L
23	2007	Der Prozess horizontaler und vertikaler Verflechtung auf den Medienmärkten schreitet voran	BVerfGE 119, 181 (216)	MK	E, E
24	2007	Private Anbieter bilden die Vielfalt wegen der Tendenz zu Massenattraktivität nicht ab	BVerfGE 119, 181 (215)	PV	L, L, L
25	2018	Die Digitalisierung der Medien und die Plattformökonomie begünstigen Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen	BVerfGE 149, 222 (261)	MK	-
26	2018	Auch im Internet müssen werbefinanzierte Programme massenattraktiv sein	BVerfGE 149, 222 (261)	PG	-
27	2018	Es besteht die Gefahr, dass - auch mittels Algorithmen, Inhalte auf die Interessen der Nutzer zugeschnitten werden. Das verstärkt gleichgerichtete Meinungen	BVerfGE 149, 222 (261)	PV	-
28	2018	Privat finanzierte Angebote im Internet zielen auf Maximierung der Verweildauer und Klickzahlen	BVerfGE 149, 222 (261f)	PG	-
29	2018	Es treten verstärkt nicht-publizistische Anbieter ohne journalistische Zwischenaufbereitung auf	BVerfGE 149, 222 (262)	PG	-
30	2018	Die digitalen Medienmärkte führen zu schwierig werdender Trennung von Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung und zu Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit	BVerfGE 149, 222 (262)	MW	-
31	2018	Der einzelne Nutzer muss Bewertungen übernehmen, die bisher durch Journalisten erfolgten	BVerfGE 149, 222 (262)	PG	-
32	2018	Rundfunkempfangsgeräte und Internetzugang sind sehr weit verbreitet	BVerfGE 149, 222 (262f)	DB	E
33	2018	Der ÖRR bietet zehn bundesweite Fernsehprogramme, neun „Dritte“ und 67 Radioprogramme	BVerfGE 149, 222 (269)	PV	E
34	2018	Die Ausstattung von Arbeitsplätzen und KFZ mit Rundfunkempfangsgeräten ist hoch.	BVerfGE 149, 222 (277)	DB	L, E
35	2021	Die Märkte sind von komplexen Informationsaufkommen, einseitigen Darstellungen, Filterblasen, Fake News und Deep Fakes geprägt	BVerfGE 158, 389 (420)	MW	E