

Paul Kirchhof

Transparenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks



Nomos



Paul Kirchhof

Transparenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4344-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8568-9 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Wenn unsere Gesellschaft das offene Gespräch sucht, der Staat für seine Bürger sichtbar, verständlich und verantwortlich sein will, ist Transparenz das Schlüsselwort, das Türen und Archive öffnet, die Allgemeinheit anspricht, Kritik und Mitentscheidung ermöglicht. Doch der Zauber des Lebens ist das Geheimnis, das Privat- und Intimsphären abschirmt, das geflüsterte Wort, den persönlichen Brief, den individuellen Rat dem Adressaten vorbehält, die Vertraulichkeit von Amt, Geschäft und Computer schützt. Der Mensch will nicht nur wissen, sondern auch staunen, überraschen, den Reiz des unverhofften Augenblicks genießen.

Das Grundrecht auf Informationsfreiheit sichert den Zugriff auf allgemein zugängliche Quellen, erschließt nicht neue Informationsquellen. Herkömmlich darf der Mensch vom Staat Auskunft und Akteneinsicht verlangen, wenn er in eigenen Rechten und Interessen betroffen ist. Der demokratische Bürger sucht durch Kenntnis staatlichen Handelns und Planens seine Urteilskraft zu stärken. Antragsteller und Bewerber fragen nach den Gründen für staatliches Entscheiden. Die Staatsgewalten arbeiten durch Information, Verfahrensbeteiligung und Mitentscheidung zusammen, legen einander Rechenschaft ab. Information ist Grundlage für Rechtlichkeit, Teilhabe, Vertrauen.

Die Medien sind Informationsmittler, weniger Informationsschuldner. Ihr Auftrag ist die öffentliche Information, ihr Instrument das veröffentlichte Wort und Bild, ihr Erfolg die allgemein zugängliche Informationsquelle. In dieser Medienwelt hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk den Auftrag, unabhängig von Staat und Wirtschaft für die Vielfalt und Offenheit der Informationen zu sorgen, in seinem Programm die Lebenssichten, Lebenserfahrungen und Wertungen der Gesellschaft widerzuspiegeln, den demokratischen Bürger in seiner Urteilskraft zu stärken, in Staat und Gesellschaft zu integrieren.

Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und private Medien haben in den vergangenen Jahrzehnten ein gutes Nebeneinander gefunden. Das jeweilige Medium unterrichtet, kommentiert und unterhält auf seine Art. Doch nunmehr verändert die Digitaltechnik die Medienlandschaft. Alle drängen in die neuen Formen der Publikation, der Gemeinschaftsbildung, der Werbung und Lenkung, des Wissens und Beobachtens. Medien fühlen sich in

einem Verdrängungswettbewerb, suchen in dieser Konkurrenz mit dem Instrument des Rechts Zugang und Ausschluss zu steuern, entdecken die Transparenz, um eigene Rechte zu definieren und den anderen in rechtliche Schranken zu weisen. Hinzu treten Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder, die – unabhängig von der Betroffenheit in eigenen Rechten – Informationsansprüche gegen staatliche Behörden begründen. Dabei scheinen diese Gesetze auch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wegen seines Status als öffentlich-rechtliche Anstalt zu Auskunft und Akteneinsicht zu verpflichten, nehmen dann allerdings den Informationsanspruch durch weitreichende Ausnahmen wieder zurück. Schließlich erwartet das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den Aufsichtsgremien des ZDF vom Gesetzgeber, dass er in den Gremien einen Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Rundfunkaufsicht und den Vertraulichkeitserfordernissen einer sachangemessenen Gremienarbeit herstellen wird.

In dieser Ausgangslage ist es geboten, die Tatbestände von Transparenz und Vertraulichkeit in ihrer Bedeutung für das Rundfunkwesen neu zu bedenken. Die vorliegende Schrift unternimmt den Versuch, in der öffentlichen Debatte über Auftrag, Maßstäbe und Qualität des öffentlich-rechtlichen Rundfunks die verfassungsrechtlichen Vorgaben bewusst zu machen und ihre Ausgestaltung in Gesetz und Vertrag zu Leitgedanken zu verdichten. Diese rechtswissenschaftliche Arbeit mag auch dazu beitragen, den Erneuerungswillen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Ziel und regelbildender Kraft zu stärken.

Die Studie ist aus einem Gutachten hervorgegangen, das ich im Auftrag des Mitteldeutschen Rundfunks erstattet habe.

Heidelberg, im Juni 2017

Paul Kirchhof

Inhaltsverzeichnis

Ergebnisse	11
I. Transparenz und Freiheit	20
1. Transparenz – Sammelbegriff für unterschiedliche Rechtsgedanken	20
a. Kein Begriff des Grundgesetzes	20
b. Verpflichteter, Berechtigter, Ziel der Transparenz	22
2. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Transparenzmittler	23
a. Grundsätzlich informationsberechtigt, nicht informationspflichtig	23
b. Rundfunk und Rundfunkmitarbeiter sind freiheitsberechtigt	24
c. Keine durch spezielle Transparenzpflichten geminderte Rundfunkfreiheit	25
d. BVerfG: Transparenz und Vertraulichkeit der Rundfunkaufsicht	26
3. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Distanz zu Staat und Markt	28
II. Transparenz der Rundfunkfinanzierung	32
1. Die Einnahmen	32
a. Das individuelle Leistungsentgelt	32
b. Die Werbefinanzierung	33
c. Der Rundfunkbeitrag	35
2. Die Ausgaben	36
a. Grundsatz: Parlamentstransparenz	36
b. Rundfunkeigene Transparenz	37
aa) Zweckgebundene, autonomiestärkende Beiträge	37
bb) Beitrag von großer Allgemeinheit, aber keine Steuer	38

III.	Die Transparenz des Rundfunks	41
1.	Das Programmangebot	41
2.	Rundfunkorganisation	41
3.	Die KEF	44
4.	Kontrolle durch die Rechnungshöfe	46
a.	Kontrollzuständigkeit der Rechnungshöfe	46
b.	Die Praxis der Rechnungsprüfung	48
5.	Ergebnis	50
IV.	Informationsfreiheit und rundfunkgerechte Transparenz	52
1.	Das Grundrecht auf Information (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)	52
a.	Recht auf Informationsbeschaffung, nicht auf besondere Informationsquellen	52
b.	Die Information als „Rohstoff“ der Informationsgesellschaft	53
c.	Die Medien sind informationsberechtigt, nicht informationsverpflichtet	54
2.	Die Informationsfreiheitsgesetze	55
a.	Voraussetzungsloser Anspruch auf Informationszugang	55
b.	Abwägung von Informationszugang und Vertraulichkeitsrechten	56
c.	Informationszugang „gegenüber den Behörden“	58
d.	Unterschiede in Geltung und Rundfunkvorbehalten	61
e.	Der öffentlich-rechtliche Rundfunk als informierender Grundrechtsträger	63
f.	Gemeinsame Länderregelung für länderübergreifende Anstalten	65
V.	Transparenz je nach Rundfunktätigkeit	68
1.	Transparenz als entwicklungsoffener Begriff	68
2.	Informationsauftrag und sonstige Tätigkeit des Rundfunks	69
a.	Die staatsrechtliche Aufgabe prägt die gesamte Tätigkeit des Rundfunks	70
b.	AEUV: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	75

c.	Rundfunkauftrag und Wettbewerbsrecht	77
aa)	Bundswettbewerbsrecht und Landesrundfunkrecht	77
bb)	Journalistisch-redaktionelle und kommerzielle Tätigkeit des Rundfunks	79
cc)	Konkurrenz von öffentlichem und privatem Rundfunk	82
VI.	Aktuelle Einzelforderungen	84
1.	Selbstvergewisserung und Selbstdarstellung des Rundfunks	84
2.	Gehälter und Honorare	85
3.	Verantwortlichkeit für Tochterunternehmen	87
4.	Rundfunknachfrage am allgemeinen Markt	90
a.	Nachfrage nach Gütern des Unternehmensbedarfs	90
b.	Vergabe von Rundfunkaufträgen	90
5.	Erwerb von Rundfunkrechten in Konkurrenz zu privaten Unternehmen	91
a.	Wettbewerbsverzerrung durch Transparenz	91
b.	Formen zusätzlicher Transparenz	92
c.	Monopolangebote von Senderechten	92
aa)	Großereignisse	92
bb)	Die Kurzberichterstattung	95
cc)	Rechtzeitiger Rechtsschutz	96
6.	Vertraulichkeit und Öffentlichkeit der Rundfunkorganisation	98
a.	Transparenz im Dienst der Rundfunkfreiheit	98
b.	Sitzungsöffentlichkeit, Tagesordnungen, Protokolle	100
c.	Besondere Informationsansprüche rechtlich Betroffener	101
d.	Überschreiten der rechtlichen Grenzen für Rundfunktätigkeit	103
e.	Schutz der Vertragspartner	103
7.	Transparenz als Differenzierungsauftrag	104

VII. Programmtransparenz	106
1. Leitlinien und programmatische Selbstvergewisserung	106
a. Transparenz nach außen	106
b. Innere Transparenz	107
2. Vertrauensbildung	109

Ergebnisse

I. Transparenz als rechtspolitischer Sammelbegriff

1. Transparenz ist *kein Tatbestand des Grundgesetzes*, sondern ein rechtspolitischer Sammelbegriff, der vom Staat mehr Öffentlichkeit, Rechenschaft, Mitwissen und Mitgestalten, auch Mitentscheiden fordert. Das Recht entspricht diesem Anliegen je nach Lebensbereich – „bereichsspezifisch“ – unterschiedlich durch Gewaltenteilung, Zusammenwirken bei der Kompetenzwahrnehmung, Unterrichtungspflichten, Mitentscheidungsvorbehalte, Rechenschafts- und Rechnungslegungspflichten, Öffentlichkeit, Verfahrensbeteiligungen, Informationsansprüche und individuelle Zustimmungsvorbehalte.

2. Das Gegenprinzip ist das *Geheimnis*. Der Staat beansprucht einen Eigenbereich internen Beratens und Entscheidens, kennt Regeln des Amtsgeheimnisses, des Beratungsgeheimnisses und der Vertraulichkeit, unterscheidet zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Verhandlungen, braucht einen Raum des unbeobachteten Begegnens und Austauschens. Der Staat ist zur Achtung der individuellen Persönlichkeit und Privatsphäre verpflichtet, achtet ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, neuerdings auch das Computergeheimnis, respektiert die Individualität des Einzelnen, der sich selbstbestimmt in der Öffentlichkeit zeigen oder verbergen will.

3. Das *BVerfG* fordert für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk – dort: die Aufsichtsgremien des ZDF – jedenfalls „ein Mindestmaß an Transparenz“. Der Gesetzgeber habe dafür Sorge zu tragen, dass in den Gremien der Rundfunkanstalten ein Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Rundfunkaufsicht und den Vertraulichkeitserfordernissen einer sachangemessenen Gremienarbeit hergestellt werde. Öffentlichkeit könne die Mitglieder der Aufsichtsgremien von intransparenter und unsachlicher Einflussnahme bewahren, das Handeln und den Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Rundfunkgremien für Öffentlichkeit und Gesetzgeber erkennbar machen, Tendenzen von Machtmissbrauch oder Vereinnahmung durch Partikularinteressen in den auf gesellschaftliche Vielfalt angelegten Aufsichtsgremien frühzeitig entgegenwirken. Al-

lerdings kann Transparenz auch Informationsgrundlage für sachfremde Einflussnahme sein.

II. Der Rundfunk als freiheitsberechtigter Transparenzmittler

4. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist in seinem Programm- und Sendeauftrag wie kaum ein anderes Unternehmen auf Transparenz angelegt. Er ist Transparenzmittler. *Gegenstand dieser Transparenz sind die Geschehnisse der Welt, nicht der Rundfunk selbst.* Sein Produkt ist die öffentliche Sendung, seine Handlungsform das Veröffentlichen, sein Auftrag das eigenverantwortliche Unterrichten, Kommentieren, Unterhalten.

5. Die Konkurrenz zwischen verschiedenen Rundfunkanbietern im dualen System und der *Wettbewerb zwischen Rundfunkanstalten und privaten Unternehmen* um Programme, Rechte, Mitwirkende darf nicht dadurch verfälscht werden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk für seine Konkurrenten in allen Phasen seines Wirkens – von der Programmentwicklung bis zum Senden – transparent sein müsste. Zur Rundfunkfreiheit gehört auch das Recht, autonom über das Ob und Wann einer Publikation zu entscheiden. Im Wettbewerb unter Medien hat das Recht auf gleiche Medienfreiheit für jeden Berechtigten auch einen den Medienmarkt bestimmenden Gleichheitsgehalt.

III. Transparenz der öffentlichen Rundfunkfinanzierung

6. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat eine inhaltliche Programmvielfalt anzubieten, wie sie allein über den freien Markt nicht erreichbar wäre. Deshalb wird er durch eine öffentliche Abgabe finanziert. Der Rundfunkbeitrag befähigt ihn, „*unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen*“ ein Programm anzubieten, „das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht“ (BVerfG). Die Beitragsfinanzierung ist also ein Instrument, um die Rundfunkfreiheit zu sichern, nicht um den Rundfunk einem besonderen Einfluss von Öffentlichkeit oder Konkurrenten zu unterwerfen.

7. Der Übergang von der geräteabhängigen Rundfunkabgabe zum wohnungs- und betriebsbezogenen *Rundfunkbeitrag* hat die Transparenz der Rundfunkfinanzierung wesentlich erhöht. Beitragstatbestand ist nicht mehr das einzelne Rundfunkgerät (das nicht selten vor dem Recht verbor-

gen worden ist,) sondern ein Rundfunkbeitrag, der nach den ersichtlichen Tatbeständen von Wohnung und Gewerbebetrieb erhoben wird. Die Beitragsforderung knüpft an den Ort der üblichen Nutzung an – unabhängig von der Vielfalt der heute üblichen Empfangsgeräte –, nicht an eine Werbefinanzierung, die organisierte Intransparenz, die Sendungen nicht von den Empfängern, sondern von den Käufern der beworbenen Produkte finanzieren lässt. Der Rundfunkbeitrag sichert im Vergleich zum Leistungsentgelt (Pay-TV) die für Jedermann erkennbare Unabhängigkeit von Einschaltquoten und Erwerbswirtschaft, erschließt auch den sozial Schwachen die Teilhabe an den Rundfunksendungen. Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung des Rundfunkbeitrags ist das in einem öffentlichen, parlamentarischen Verfahren zustande gekommene Gesetz.

8. Das von einer Allgemeinheit erbrachte *Abgabenaufkommen* drängt auf öffentliche Kontrolle. Dieses Anliegen begründet aber keine individuellen Jedermannsansprüche auf Information über die Finanzwirtschaft einer Rundfunkanstalt, die in millionenfachen Auskunftsforderungen den Rundfunk funktionsunfähig machen könnten. Sie würden auch, da sie allenfalls den öffentlich-rechtlichen Rundfunk verpflichteten, den konkurrierenden Medien Anspruchsansprüche geben und damit die Gleichheit unter den Medienunternehmen verzerren. Die Kontrolle wird deshalb dadurch organisiert, dass der Rundfunkbeitrag von den Landesparlamenten in öffentlicher Debatte beschlossen wird, die Verwendung des Beitragsaufkommens bei der Programmgestaltung und Rundfunkorganisation von den rundfunkinternen Aufsichtsorganen mitgestaltend überwacht, die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsgemäßheit der Haushaltsführung vom Rechnungshof geprüft wird. Die KEF ermittelt den zukünftigen Finanzbedarf der Rundfunkanstalten und unterbreitet dem Gesetzgeber einen dementsprechenden Vorschlag. Durch diese subtile Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wird Rundfunkfreiheit ermöglicht und die Balance zwischen Finanzbedarf und Finanzwirtschaftlichkeit institutionell gewahrt. Die Informationsfreiheit gewinnt im beitragsfinanzierten Rundfunkprogramm eine allgemein zugängliche Quelle von besonderer gesellschaftlicher Informationsvielfalt.

9. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist deswegen finanztransparenter als die privaten Wettbewerber. Die derzeit vermehrt erhobene Forderung nach Finanztransparenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dürfte eher auf die Reichweite des Rundfunkauftrags zielen, soll den Rundfunk insbesondere im *Markt der digitalen Medienwelt* in finanzielle Schranken wei-

sen. Es geht um Strukturfragen, vielleicht um die Existenz des klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

IV. Informationsfreiheit und rundfunkgerechte Transparenz

10. Das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) bezieht sich nur auf „allgemein zugängliche Quellen“, gibt *kein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle* (BVerfG). Die Medien sind informationsberechtigt, nicht informationsverpflichtet.

11. Die Informationsfreiheitsgesetze begründen einen Anspruch auf Informationszugang (auf Akteneinsicht und Auskunft) für Jedermann, schränken dieses – von Selbstbetroffenheit und berechtigtem Interesse unabhängig – Informationsrecht jedoch durch viele *Vertraulichkeits- und Heimsschutzvorbehalte* ein. Die Informationsfreiheitsgesetze haben deshalb praktisch nicht die Wirkungen, die ihr Name verheißt.

12. Die Informationsfreiheitsgesetze verpflichten den Staat, innerhalb des Staates Verwaltung und Regierung. Das Informationszugangsrecht besteht „*gegenüber den Behörden*“. Deshalb ist schon zweifelhaft, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk, der auf Staatsferne angelegt ist, der nach Öffentlichem Recht handelnden Staatsverwaltung zugerechnet werden, deshalb Adressat dieser Informationsansprüche sein darf. Soweit die Länder Informationsfreiheitsgesetze haben, setzen sie die Anwendung des Informationsfreiheitsgesetzes voraus, nehmen aber die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder die journalistisch-redaktionellen Informationen vom Anspruch des Informationszugangs aus, oder wenden das Informationsfreiheitsgesetz auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nur insoweit an, als dieser Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Damit ist im Ergebnis jedenfalls der öffentlich-rechtlich organisierte Kernbereich der Rundfunkaufgabe vom Informationsfreiheitsgesetz ausgenommen. Der Rundfunk bleibt informierender Grundrechtsträger. Wird er jenseits seines Rundfunkauftrags tätig, kann er bei der Verwaltungstätigkeit informationspflichtig sein. Bei der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit ist er nicht öffentlich-rechtlich tätig, nicht Adressat der Informationspflicht.

13. Die unterschiedlichen Landesgesetze bieten den *Mehrländeranstalten* keinen einheitlichen Handlungs- und Aufsichtsmaßstab. Zudem wirken die in der ARD versammelten Rundfunkanstalten, aber auch die ARD und das ZDF bei der Erfüllung ihres Programm- und Sendeauftrags zu-

sammen. Deshalb empfiehlt sich eine für alle Rundfunkanstalten in Deutschland geltende staatsvertragliche Regelung.

V. Informationsauftrag und sonstige Tätigkeit des Rundfunks

14. Das Staatsrecht, aber auch das Europarecht und das Wettbewerbsrecht fordern eine Unterscheidung zwischen der Erfüllung des *Rundfunkauftrags* und der *sonstigen Tätigkeit* des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der Programmauftrag ist nach dem Grundgesetz unabhängig von den Gesetzmäßigkeiten des Marktes zu erfüllen, prägt deshalb die Rundfunktätigkeit auch dann, wenn diese in Konkurrenz zu anderen Nachfragern Sportrechte erwirbt, sich um Moderatoren, Kommentatoren und Experten bemüht, Sendeausstattungen und Sendungen erwirbt. Auch hier handelt der nicht auf Erwerb und Gewinn angelegte, sondern aus Beitragsaufkommen finanzierte öffentlich-rechtliche Rundfunk nach seinem verfassungsrechtlich definierten Programmauftrag, nicht nach Wettbewerbsrecht. Gemeinsame Programme innerhalb der ARD oder von ARD und ZDF fordern ein abgestimmtes Verhalten auf staatsrechtlicher Grundlage. Eine gesetzlich erschlossene Abgabenquelle und eine marktoffene Entgeltwirtschaft bilden keinen Markt. Gemeinsame öffentlich-rechtliche Programmherstellung und Programmgestaltung bilden kein Kartell.

15. Das Recht der Europäischen Union errichtet einen Binnenmarkt, nimmt aber davon Unternehmen aus, „*die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*“ betraut sind. Auf dieser Grundlage hat das Unionsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten klargestellt, ihren Rundfunkanstalten Aufgaben im öffentlichen Interesse zu übertragen. Insbesondere für das Beihilferecht fordert es aber eine klare Trennung des „Bereichs des öffentlichen Auftrags“ und des „kommerziellen Bereichs“.

16. Das Rundfunkrecht ist Gegenstand der Landesgesetzgebung. Der Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs und das Kartellrecht sind Gegenstand der Bundesgesetzgebung. Die Landesgesetzgebung hat einen vom Wettbewerb unabhängigen Rundfunk geregelt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist von Anfang an nicht als privatwirtschaftlich, wettbewerbsfähig konzipiert. Insoweit findet das *Wettbewerbs- und Kartellrecht* keine Anwendung. Soweit der Rundfunk allerdings seinen Rundfunkauftrag verlässt und erwerbswirtschaftlich tätig wird – er Filmrechte verkauft, Sendekapazitäten vermietet oder Leistungen des allgemei-

nen Unternehmensbedarfs nachfragt –, gelten die für Markt und Wettbewerb verbindlichen allgemeinen Regeln.

17. Soweit im Rahmen des *dualen Systems* öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und private Rundfunkunternehmen in faktischer Konkurrenz stehen, hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu gewährleisten, dass eine Verengung oder Einseitigkeit des privaten Sektors nicht zu einer Unausgewogenheit des Gesamtangebotes führt, das die Ziele des Art. 5 Abs. 1 GG verfehlen würde (BVerfG). Deswegen gilt im Rahmen dieses Rundfunkauftrags das Rundfunkrecht, nicht das Wettbewerbsrecht.

VI. Aktuelle Einzelfragen

18. Im öffentlichen Dienst machen Besoldungsgesetze und Tarife *Gehälter und Honorare* allgemein transparent. Diese Ersichtlichkeit der Gehälter schützt vor Argwohn und Missdeutungen, vor Übertreibungsphantasien und vor realem Übermaß. Wenn Landesrundfunkanstalten die Vergütungen ihrer Intendanten und teilweise auch ihrer Direktoren veröffentlicht haben, sie im Übrigen dazu übergehen, das Entgeltgefüge für alle tariflichen und außertariflichen Mitarbeiter transparent zu machen, ist dieses ein naheliegender, vielleicht notwendiger Schritt kluger Öffentlichkeitspolitik. Weitere vertrauensbildende Schritte sollten klarstellen, dass die Rundfunkfreiheit tatsächlich der Meinungsvielfalt, der Offenheit für das Neue und Andere, nicht erwerbswirtschaftlichen Interessen dient. Deshalb muss jeder Rundfunkmitarbeiter seine Nebentätigkeit der Rundfunkanstalt offenbaren. Begründet die Nebentätigkeit Interessenkollisionen, muss die Rundfunkanstalt diese unterbinden.

19. Soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk *Programmleistungen in andere juristische Personen ausgliedert*, er aber an diesen Personen wesentlich beteiligt ist oder rechtlich gesicherten Einfluss gewinnt, bleibt er für die dortige Tätigkeit in gleicher Weise verantwortlich und rechenschaftspflichtig wie für eigenes Handeln. Gliedert er Service-Leistungen aus den Rundfunkanstalten aus (Einkauf, Datenbanken, Honorarabwicklung, IT-Systeme, Fuhrpark, Übertragungswagen, Reiseorganisation, Archive), so entsprechen diese kostenwirksamen Maßnahmen üblichem Marktverhalten. Die rechtlichen Besonderheiten des Rundfunkauftrags sind nicht berührt. Die Tochtergesellschaften sind aber auch nicht „Behörde“ i.S.d. Informationsfreiheitsgesetzes. Steuerrechtliche Folgen – insbesondere der Umsatzsteuer – sind zu bedenken.

20. Fragt der Rundfunk *Leistungen des allgemeinen Unternehmensbedarfs* nach – Reinigung, Fuhrpark, Kantine, Grundstückserwerb, Bau und Betreuung von Gebäuden, Raummiete, Versicherungen, Sicherheitsdienste – gibt der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks keinen Anlass, diese Nachfrage aus dem allgemeinen Wettbewerb auszunehmen.

21. Soweit Rundfunkanstalten in *Erfüllung ihres journalistisch-programmatischen Auftrags Aufträge vergeben* – sich Programm kaufen oder produzieren lassen, Vorarbeiten für eigene Rundfunkprogramme (Texte, Musik, Kulissen, Technik) vereinbaren, Programmmitwirkende gewinnen, oder sie die Begleitung, Auswertung und Kritik der Rundfunkprogramme zum Auftragsgegenstand machen –, prägt die Rundfunkfreiheit diese Wahrnehmung der Vertragsfreiheit. Soweit – wie in der Regel – Erträge aus dem Aufkommen des Rundfunkbeitrags eingesetzt werden, folgen die abgabenrechtlichen Transparenzvorschriften der Mittelverwendung.

22. Sollten Rundfunkmitarbeiter durch *Korruption, Befangenheit oder Parteilichkeit* den Rundfunkauftrag verlassen, verlieren sie den Schutz ihres rundfunkrechtlichen Status. Ein Informationsanspruch kann begründet sein, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die den Verdacht einer derartigen besonderen Gefährdungslage rechtfertigen.

23. *Erwirbt der öffentlich-rechtliche Rundfunk Rundfunkrechte* in Konkurrenz zu privaten Unternehmen, so setzt sowohl der Rundfunkauftrag als auch das Wettbewerbsrecht – seine Anwendung unterstellt – der Information über Kaufbudgets, Entgeltbereitschaft und konkrete Kaufabsichten klare Grenzen. Damit sind Formen zusätzlicher Transparenz – der Ausweis von Gesamtbudgets, Kostengesamtvergleiche für bestimmte Sendetypen, gruppenbezogene Quantifizierungen (z. B. Jugendsendungen, Gesundheitssendungen, Kultursendungen) nicht ausgeschlossen.

24. Die nationale Rundfunkgesetzgebung muss *Monopolangeboten von Senderechten* entgegenwirken. Deshalb ist die Liste der „Großereignisse“ regelmäßig zu überprüfen. Die freie – unverschlüsselte – und allgemeine Erreichbarkeit der Sendungen von Großereignissen für Jedermann muss der Rechteinhaber „ermöglichen“. Der Rundfunkstaatsvertrag sollte das Recht auf Berichterstattung auch für Veranstaltungen im Ausland begründen und über das bloße Zugangsrecht zum Veranstaltungsort zum Zwecke der Rundfunkberichterstattung erweitern. Es ist zu erwägen, in Anlehnung an Art. 15 AVMD-Richtlinie und § 5 Abs. 10 RStV einen Zugang zum Signal des übertragenden Fernsehveranstalters einzuführen. Das Recht auf Kurzberichterstattung muss gerichtlich häufig im Verfahren des Eilrechts-

schutzes durchgesetzt werden, in dem dann die Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend geprüft wird (vgl. BVerfG).

25. Soweit bei der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit des Rundfunks Wettbewerbsrecht greift, gilt die Regel: *Gleiche Transparenz für alle Wettbewerber*. Die Rundfunkfreiheit der Rundfunkanstalten darf nicht dadurch geschwächt werden, dass Mitwettbewerber die Entscheidung der Rundfunkanstalten über das Ob und Wann der Information mitbestimmen.

VII. Programmtransparenz

26. Die Forderung nach Rundfunktransparenz betrifft gegenwärtig weniger die Finanz- und Organisationstransparenz, sondern – neben der Ausdehnung des Rundfunks in die Neuen Medien – die Programmtransparenz. Über die „Transparenz“ sollen Qualitätsmaßstäbe sichtbar, die Qualität der Programme verbessert werden. Dies entspricht auch einem aktuellen Anliegen der Rundfunkanstalten.

27. Der Rundfunk muss seine Glaubwürdigkeit steigern, Vertrauen festigen, freiheitsgerechte Maßstabssicherheit entwickeln. Bei jedem Programm ist Wort und Bild Auswahl, bestimmt von der Lebenssicht und dem Selbstverständnis des Auswählenden. Jede Information teilt Wirklichkeit mit und bewältigt Wirklichkeit. Vertrauen in den Rundfunk hat die ernste und ersichtliche Unparteilichkeit jedes Journalisten zum Fundament. Ein Vertrauensverlust hat seinen Ursprung nicht in einer Subjektivität der Journalisten, sondern in einem Bezugshorizont journalistischen Wirkens, der die politische Welt wesentlich auf die politischen Parteien bezieht, Sendungen in den Dienst einer Partei zu stellen sucht.

28. Die Regeln eines offenen Dialogs und gute journalistische Praxis gebieten es, einen Gast ausreden zu lassen und seine Aussage nicht durch nachfolgenden Eigenkommentar zu überlagern. Der Kulturauftrag des Rundfunks und die Achtung vor dem Hörer und Zuschauer fordern vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk, die in den Medien wachsende Darstellung von Gewalt und Sexualität, von Hass und Håme mit einem Gegenentwurf zu beantworten. Dies gilt insbesondere für Programme, die von Jugendlichen gesehen werden.

29. Die Medien suchen das Ungewöhnliche und Dramatische, bevorzugen deshalb politische Demonstrationen und Aktionen, die einen geplanten kleinen Schritt in die Illegalität gehen, um so die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit und des Rundfunks zu gewinnen. Eine Begünstigung be-

dachter Illegalität gefährdet den Kultur- und Integrationsauftrag des Rundfunks.

30. Die Rundfunkteilnehmer erhoffen sich vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein Gegenprogramm gegen Grobheiten und Verrohungen einer digitalen Welt, ein strukturiertes Informationsprogramm gegen überfordernde Nachrichtenfluten, die Abwehr von Informationsinterventionen durch wirtschaftliche und staatliche Mächte. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk erfüllt diese Hoffnungen durch sachgerechte Informationen, kulturelle Prägungen, Beiträge zur Mündigkeit des Bürgers, seiner Integration in Staat und Gesellschaft.

I. Transparenz und Freiheit

1. Transparenz – Sammelbegriff für unterschiedliche Rechtsgedanken

Transparenz bezeichnet die Durchsichtigkeit, die Sichtbarkeit und Einsichtsfähigkeit¹. In der Politik fordert Transparenz Öffentlichkeit, Verständlichkeit, Teilhabe an öffentlichem Handeln. Transparenz organisiert ein System allgemein und frei zugänglicher Informationen, schafft Er-sichtlichkeit, aus der Verantwortung erwächst, fördert Bereitschaft zur Rechenschaft für allgemein erhebliche Entscheidungen und ihre Voraussetzungen.² Aktuell verlangt Transparenz vor allem Mitwissen und Mitgestalten, drängt auch auf Mitentscheiden.

a. Kein Begriff des Grundgesetzes

Das Grundgesetz kennt den Begriff der „Transparenz“ nicht. Transparenz ist ein Sammelbegriff, der staatsrechtlich den Staat verpflichtet, eine größere Offenheit staatlicher Entscheidungsprozesse fordert, dem Bürger Zugang zu Informationen in staatlicher Hand erschließt, die Nachvollziehbarkeit und Verstehbarkeit staatlichen Handelns verbessert und den Berechtigten Grundlagen für Steuerungs- und Kontrollprozesse bietet.³ Der Gegenbegriff ist das Geheimnis, das Höchstpersönliche von Individualität und Privatheit, Vertrautheit und Vertrauen im privaten und öffentlichen Begegnen und Entscheiden. Der Zauber des Lebens entfaltet sich oft unter dem Schleier des Geheimnisvollen. Diktatoren, Kriegsherren und Wirtschaftsmächte, heute auch die Herrscher der digitalen Welt, kämpfen aber immer wieder gegen die „Unzugänglichkeit von Herzen, Seelen oder Gehirnen“.⁴

1 Zur Entwicklung des Begriffs M. Schneider, Transparenztraum, 2013, 11 ff.

2 Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, 18 ff.

3 Bröhmer; aaO, 34 ff., 377 ff.

4 Schneider; aaO, 22.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁵ verpflichtet den Staat, die private Sphäre, die persönlichkeitsbezogenen Daten eines Menschen, Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, das Brief-, Post-, Fernmeldegeheimnis, neuerdings auch das Computergeheimnis⁶ zu achten. Innerhalb der Staatsorganisation entscheiden Staatsorgane grundsätzlich eigenverantwortlich, ob und wann sie eine Gesetzesinitiative einbringen, eine Regierungserklärung abgeben, Zukunftsgestaltungen planen und korrigieren. Das „öffentliche“ Amt ist auf Sichtbarkeit, Verantwortlichkeit und Rechenschaft angelegt, kennt aber ebenso Vertraulichkeit, Amtsgeheimnis und Amtsverschwiegenheit. Jeder Kompetenzträger braucht einen Raum des unbeobachteten und nicht öffentlichen Gedankenaustausches.⁷ Die Demokratie beruht auf der Wahl; diese ist geheim (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG), damit das Wahlergebnis in bestmöglicher Weise den wirklichen Willen des Volkes widerspiegelt.⁸ Der Bundestag verhandelt öffentlich (Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG), bereitet seine Entscheidungen aber in grundsätzlich nicht-öffentlichen Ausschusssitzungen vor (§ 69 Abs. 1 S. 1 GOBT). Der Bundestag und seine Ausschüsse können die Anwesenheit jedes Mitgliedes der Bundesregierung verlangen (Art. 43 Abs. 1 GG), stellen damit auch ein Stück Öffentlichkeit her. Selbst der auf Transparenz angelegte parlamentarische Untersuchungsausschuss ist in seinen Handlungsmöglichkeiten deutlich begrenzt.⁹ In Angelegenheiten der Europäischen Union trifft die Bundesregierung eine Unterrichtungspflicht gegenüber dem Bun-

5 Vgl. die Rspr. des BVerfG zum Datenschutz BVerfGE 27, 1 (6) – Mikrozensus; BVerfGE 27, 344 (350 f.) – Ehescheidungsakten; BVerfGE 32, 373 (379) – Ärztliche Schweigepflicht; BVerfGE 35, 202 (220) – Lebach-Urteil; BVerfGE 44, 353 (372 f.) – Beratungsstelle für Suchtkranke; BVerfGE 56, 37 (41 ff.) – Selbstbezichtigung des Gemeinschuldners; BVerfGE 63, 131 (142 f.) – Gegendarstellung; BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – Volkszählung; BVerfGE 100, 313 – Telekommunikationsüberwachung; BVerfGE 103, 21 – Genetischer Fingerabdruck (Straftaten in Altfällen); BVerfGE 109, 289 – Akustische Wohnraumüberwachung; BVerfGE 112, 304 – GPS-Observation; BVerfGE 115, 320 – Präventive Rasterfahndung; BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchungen; BVerfGE 120, 378 – Automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen.

6 BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung.

7 Zum nicht ausforschbaren Beratungs-, Initiativ- und Handlungsbereich der Bundesregierung vgl. BVerfGE 67, 100 (139) – Flick Untersuchungsausschuss.

8 Bröhmer, aaO, 52 mwN.

9 Durch den Kontrollauftrag BVerfGE 67, 100 (136) – Flick-Untersuchungsausschuss; zum Schutz anderer Funktionsbereiche BVerfGE 67, 100 (139) – Flick-Untersuchungsausschuss; BVerfGE 124, 78 (122) – Nachrichtendienstliche Informa-

destag¹⁰ und dem Bundesrat¹¹; diese Informationspflicht dient der Zusammenarbeit von Staatsorganen, berechtigt nicht Bürger und Öffentlichkeit. Die Gerichtsverhandlungen sind grundsätzlich öffentlich (§ 169 GVG), die Beratungen des Gerichts jedoch nicht öffentlich und unterliegen dem Beratungsgeheimnis¹². Die Frage, inwieweit staatliche Ämter zur Information verpflichtet und auf Öffentlichkeit angelegt sind, beantwortet sich deshalb nicht schon nach einem Transparenzprinzip, sondern nach der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung von Institutionen und Entscheidungsprozessen.

b. Verpflichteter, Berechtigter, Ziel der Transparenz

Wenn von Transparenz die Rede ist, muss also stets der Inhalt des Gemeinten verdeutlicht werden:

– Wer ist Verpflichteter des Transparenzgebotes? Verpflichtet ist grundsätzlich nur der Staat. Der freiheitsberechtigte Mensch zeigt sich der Öffentlichkeit mit dem Gesicht und in der Kleidung, die ihm beliebt, verbirgt vor der Öffentlichkeit, was ihm verbergenswert erscheint.

– Wer ist Berechtigter des Transparenzgebotes? Berechtigte von Informations-, Rechenschafts- und Mitwirkungspflichten sind zunächst die Staatsorgane, die gemeinsam Gesetze hervorbringen, sich wechselseitig kontrollieren und steuern, Rechenschaft und Entlastung gewähren und beanspruchen. Berechtigt sein kann aber auch der einzelne Mensch und die Öffentlichkeit, die den Staat kritisch beobachten, durch den informierten Bürger den Staat auch zu steuern suchen und im Staatsvolk durch Wahlen dem Staatshandeln personelle und programmatische Alternativen vorge-

tionen über Abgeordnete; BVerfGE 139, 194 (239) – Unterstützungseinsätze der Bundespolizei; durch Rechte Dritter BVerfGE 67, 100 (142) – Flick-Untersuchungsausschuss; BVerfGE 76, 33 (387) – Lappas; BVerfGE 77, 1 (46) – Neue Heimat.

10 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 4.7.2013, BGBl. I, 2170.

11 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12.3.1993, BGBl. I, 313, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.9.2009, BGBl. I, 3031.

12 Zur Öffentlichkeit des Staatshandelns grundsätzlich *Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: HStR III, ³2005, § 42 Rn. 53 ff.

ben. Doch die Kommunikationsfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 GG) setzen allgemein zugängliche Informationsquellen voraus.¹³

– Was soll Transparenz bewirken? Transparenz unter Staatsorganen dient der Mitentscheidung, der Steuerung, der Kontrolle, der Rechenschaft und der Entlastung. Transparenz gegenüber Bürgern und Öffentlichkeit macht staatliches Entscheiden sichtbar, nachvollziehbar, kritisierbar, verstehbar, informiert den Bürger ständig über das öffentliche Geschehen, gibt der Demokratie eine gediegene Entscheidungsgrundlage.

2. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Transparenzmittler

a. Grundsätzlich informationsberechtigt, nicht informationspflichtig

Nach diesen Maßstäben ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk in seiner verfassungsrechtlichen Distanz zum Staat grundsätzlich Informationsberechtigter, nicht Informationspflichtiger. Gegenüber Bürger und Öffentlichkeit ist er Informationsmittler, weniger Informationsgegenstand. Sein Produkt ist die öffentliche Sendung, seine Handlungsform das Veröffentlichen, seine Aufgabe das eigenverantwortlich-freie Unterrichten, Kommentieren und Unterhalten. In diesem Auftrag¹⁴ hat der Rundfunk organisatorisch für Vielfalt und Offenheit zu sorgen, personell Qualifikation und ein Stück Unbefangenheit zu gewährleisten, inhaltlich das Programm immer wieder selbstkritisch und fremdkritisiert zu überprüfen und zu verbessern. Einer Fremdsteuerung, einer Mitentscheidung, einer Rechenschaftspflicht unterliegt er bei dieser journalistischen Tätigkeit grundsätzlich nicht. Er ist freiheitsberechtigt, nicht – wie der Staat – freiheitsverpflichtet.

Diese Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist Grundlage der modernen Demokratie. Das Demokratieprinzip enthält kein grundsätzliches Publizitätsgebot¹⁵, sondern stützt sich auf eine Publizität, die näherer

13 Art. 5 Abs. 1 GG; BVerfGE 50, 234 (240) – Ausschluss eines Reporters.

14 § 11 Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien vom 31.8.1991, i. d. F v. 19. Rundfunkänderungsstaatsvertrag v. 3.-7.12.2015 (RStV); zur Schlüsselstellung des § 11 als Leitlinie des Rundfunks: *Eifert*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 32012, § 11 RStV, Rn. 11 f.

15 BVerfGE 70, 324 (358) – Budgetöffentlichkeit; BVerfGE 103, 44 (63) – Gerichtsöffentlichkeit.

Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf¹⁶. In einer Demokratie ist Transparenz die Grundlage für Willensbildung und Wahlentscheidung der Bürger, Voraussetzung des informierten Bürgers, Rahmen eines Meinungsaustausches zwischen Politik und Öffentlichkeit.

Das Transparenzprinzip wendet sich an staatliche Organe und Entscheidungsträger. Die freiheitsberechtigten Medien sind Transparenzmittler, dienen¹⁷ der Informationsfreiheit der Leser, Hörer, Zuschauer nach dem Prinzip der Freiheit, nicht der Pflicht. Sie organisieren einen „möglichst umfassenden und offenen Kommunikationsprozess, um eine freie und ungehinderte öffentliche Meinungsbildung zu gewährleisten“.¹⁸ Die Rundfunkanstalten geben den Menschen Informationen und erreichen umso mehr Transparenz, je unabhängiger und unbefangener sie ihre Nachrichten und Informationen auswählen und gestalten. Sie unterliegen nicht einer Informationspflicht, sondern beanspruchen Rundfunkfreiheit. Dazu gehört auch die Entscheidung über die Veröffentlichung eigenen Wissens, deren Zeitpunkt und Adressat. Folgerichtig verbürgt auch die Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) einen Anspruch auf Information nur „aus allgemein zugänglichen Quellen“, die „technisch geeignet und bestimmt sind, der Allgemeinheit, d.h. einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu verschaffen“.¹⁹

b. Rundfunk und Rundfunkmitarbeiter sind freiheitsberechtigt

Die Erfüllung dieses Rundfunkauftrags ist geprägt durch die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, die für den privaten wie den öffentlich-

16 BVerfGE 103, 44 (64) – Gerichtsöffentlichkeit.

17 Der „dienende“ Charakter der Rundfunkfreiheit wird vom BVerfG gelegentlich betont, BVerfGE 83, 238 (315) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 87, 181 (197 f.) – HR 3-Beschluss; BVerfGE 121, 30 (50) – Hessisches Privatrundfunkgesetz; BVerfGE 136, 9 (28, 34) – ZDF-Aufsichtsgremien; in der gegenwärtigen Rspr. aber so nicht mehr formuliert, *Paulus*, Rundfunkbegriff und Staatsferne im Konvergenzzeitalter, ZUM 2017, 177 (180); krit. auch *Bullinger*, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: HStR VII, ³2009, § 163 Rn. 105; *Degenhart*, in: Meriten/Papier (Hrsg.), HdGR IV, 2011, § 104 Rn. 17.

18 BVerfGE 20, 162 (174 f., 177) – Spiegel; BVerfGE 57, 295 (319) – Privatrundfunk Saarland; BVerfGE 85, 23 (31) – Grundrecht auf Meinungsfreiheit.

19 BVerfGE 27, 71 (83 f.) – Leipziger Volkszeitung; BVerfGE 103, 44 (60) – Gerichtsöffentlichkeit.

rechtlichen Rundfunk gleichermaßen gilt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist gerade durch seine öffentlich-rechtliche Organisationsform und die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung so ausgestattet, dass er seine Aufgabe im Prozess der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung frei und wirksam erfüllen kann.²⁰ Rundfunkfreiheit ist daher vor allem Programmfreiheit.²¹ Der Rundfunk kann seine „Vermittlungsfunktion“ bei der Verbreitung von Informationen und Meinungen nur erfüllen, wenn er seinerseits frei, umfassend und wahrheitsgemäß informiert.²² Deswegen sind der Rundfunk und seine Mitarbeiter gegen Einflüsse des Staates wie auch der gesellschaftlichen Mächte abzusichern. Das Grundgesetz verlangt eine Gesetzesordnung, welche sicherstellt, dass der Rundfunk die Vielfalt der Themen und Meinungen aufnimmt und wiedergibt, die in der Gesellschaft eine Rolle spielen. Das erfordert materielle, organisatorische und prozedurale Regelungen, die an dieser Aufgabe des Rundfunks orientiert sind. Der öffentlich-rechtliche Status dient der Medienfreiheit und der allgemeinen Informationsfreiheit der Bürger, die Art. 5 Abs. 1 GG in dieser Gesamtheit – der korrespondierenden Freiheit von Sendern und Teilnehmern – gewährleistet.²³

c. Keine durch spezielle Transparenzpflichten geminderte Rundfunkfreiheit

Die öffentlich-rechtliche Organisationsform und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks soll somit den Rundfunk im Rahmen des gesamten Mediensystems – Hörfunk, Fernsehen, Telemedien – als Informationsmittler festigen und abschirmen, „wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ besonders schützen.²⁴ Die Rundfunkfreiheit berechtigt zur selbstbestimmten Entscheidung über das Ob und Wie aller rundfunkerheblichen Informationen. Es wäre ein grundlegendes Missver-

20 BVerfGE 57, 295 (319) – 3. Rundfunkurteil (Privatfunk Saarland); BVerfGE 83, 238 (295 f.) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 87, 181 (197) – HR 3-Beschluss; BVerfGE 90, 60 (87 f.) – Rundfunkgebühr, std. Rspr.

21 BVerfGE 59, 231 (258) – Freier Rundfunkmitarbeiter; BVerfGE 87, 181 (201) – 7. Rundfunkentscheidung (Werbeverbot); BVerfGE 90, 60 (87) – Rundfunkgebühr.

22 BVerfGE 90, 60 (87) – Rundfunkgebühr.

23 BVerfGE 57, 295 (320) – 3. Rundfunkurteil (Privatfunk Saarland); BVerfGE 83, 238 (296) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 90, 60 (88) – Rundfunkgebühr.

24 BVerfGE 90, 60 (87) – Rundfunkgebühr.

ständnis dieser in gefestigter Rechtsprechung des BVerfG gesicherten Rundfunkfreiheit, wollte man die Rundfunkfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihrer Mitarbeiter durch spezielle Transparenzpflichten dieser Anstalten einengen und damit zu einer Freiheit zweiter Klasse herabstufen. Die journalistischen Handlungsfreiheiten und Unabhängigkeitsgarantien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entsprechen den Freiheitsgewährleistungen, die das Grundgesetz auch anderen Medien garantiert.

Soweit der Gesetzgeber die Rundfunkfreiheit inhaltlich ausgestaltet, insbesondere dem Rundfunk Transparenzpflichten auferlegt, können diese also nicht als mindere Rundfunkfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerechtfertigt werden, sondern folgen den allgemeinen, für alle Medien als Freiheitsberechtigte geltenden Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG.²⁵ Der Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG, insbesondere die Einschränkung durch die „Vorschriften der allgemeinen Gesetze“, enthält einen Verallgemeinerungsauftrag, gebietet, das spezielle Freiheitsrecht der Meinungsäußerungsfreiheit gesetzlich verallgemeinernd auszugestalten und nicht eine besondere Meinung oder einen besonderen Meinungsmittler zu benachteiligen.²⁶ Dieser spezielle Gleichheitsgehalt der Freiheitsgewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG enthält ein striktes Diskriminierungsverbot.²⁷ Diese Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG lassen keinen Raum für weitere Maßstäbe des Art. 3 Abs. 1 GG.²⁸ Medienfreiheit ist gleiche Freiheit aller – konkurrierenden – Medien.

d. BVerfG: Transparenz und Vertraulichkeit der Rundfunkaufsicht

Die Gleichheit in der Medienfreiheit hat zur Folge, dass die öffentlich-rechtliche Organisation und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rund-

25 Die Verallgemeinerung der Freiheit von Presse, Rundfunk und Film zu einem allgemeinen Recht der Kommunikationsfreiheit, vgl. *Bullinger*, in: HStR VII, ³2009, § 163 Rn. 118 f. (148 f.), darf allerdings nicht die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks übergehen.

26 BVerfGE 7, 198 (209 f.) – Lüth; *G. Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, 238 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 197.

27 BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel; *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 1 GG, Kommentar, 2015, Rn. 193.

28 BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel.

funks so auszugestalten ist, dass die Freiheit dieses Rundfunks zur Entfaltung gebracht und vor Verfremdungen geschützt wird. Diesem Ziel dienen auch die Transparenzpflichten der Rundfunkaufsicht. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk unterliegt in seinem besonderen Auftrag einer öffentlichen Rundfunkaufsicht. Das BVerfG²⁹ hat für das Maß einer funktionsgerechten Aufgabenwahrnehmung der Aufsichtsgremien des ZDF die Aufgabe des Gesetzgebers betont, dafür Sorge zu tragen, dass in den Gremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Rundfunkaufsicht und den Vertraulichkeitserfordernissen einer sachangemessenen Gremienarbeit hergestellt wird.

Diese Transparenzerfordernisse haben eine dreifache Funktion:

Die Gewährleistung einer freien Berichterstattung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG setzt eine hinreichende persönliche Freiheit und Unabhängigkeit der Verantwortlichen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben voraus. Der Gesetzgeber muss deshalb die persönliche Rechtstellung der Mitglieder der Aufsichtsgremien von Rundfunkanstalten mit Garantien ausstatten, die verhindern, dass sie in intransparenter Weise von außen unter Druck geraten und unsachlichen Einflussnahmen ausgesetzt sind. Deswegen müssen sie weisungsfrei gestellt werden, dürfen nur aus wichtigem Grund abberufen werden können. Die Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Gremienmitglieder müssen transparent gemacht werden. Diese Transparenz wird fragwürdige Beeinflussungen mäßigen und ausschließen.³⁰

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist auch in seinen Aufsichtsgremien praktisch wirksam staatsfern auszugestalten. Zwar werden in erheblichem Umfang auch unmittelbar staatliche Mitglieder und staatsnahe politische Akteure in die Aufsichtsgremien berufen. Doch muss dann durch hinreichende Transparenz Handeln und Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Rundfunkgremien sowohl für die Öffentlichkeit als auch für den Gesetzgeber erkennbar sein. Diese Transparenz steht unter dem Vorbehalt, dass sie funktional mit den Aufgaben der jeweiligen Gremien vereinbar ist.³¹ Sie wird insbesondere so auszugestalten sein, dass Transparenz nicht zur Wissensgrundlage für eine Fremdsteuerung der Aufsichtsgremien werden kann.

Die Aufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird durch plurale, die Vielfalt der Gesellschaft widerspiegelnde Aufsichtsgre-

29 BVerfGE 136, 9 (51) – ZDF-Aufsichtsgremien.

30 BVerfGE 136, 9, (76) – ZDF-Aufsichtsgremien.

31 BVerfGE 136, 9, (78 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

mien wahrgenommen, deren Mitglieder Sachwalter der Allgemeinheit sind. Die Aufsichtsgremien gewährleisten eine Rundfunkberichterstattung, die sich an die gesamte Bevölkerung wendet, deren Wahrnehmung jedenfalls in ihren Grundentscheidungen die Möglichkeit öffentlicher Anteilnahme erfordert. Transparenz kann hier „heilsame Vorwirkung gegen funktionswidrige Absprachen und Einflussnahmen entfalten und helfen, Tendenzen von Machtmissbrauch oder Vereinnahmung durch Partikularinteressen frühzeitig entgegenzuwirken“. Diese Öffentlichkeit ergänzt die interne institutionelle Kontrolle³².

Das gebotene Maß an Transparenz ist durch die Verfassung nicht im Einzelnen vorgezeichnet, muss vielmehr vom Gesetzgeber im Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Rundfunkaufsicht und den Vertraulichkeitserfordernissen einer sachangemessenen Gremienarbeit geregelt werden. Dabei muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Organisationsstrukturen, die Zusammensetzung der Gremien und Ausschüsse sowie die anstehenden Tagesordnungen ohne weiteres in Erfahrung gebracht werden können. Die Sitzungsprotokolle sind zeitnah zugänglich zu machen, soweit die Öffentlichkeit nicht über Gegenstand und Ergebnisse der Beratungen in substantieller Weise unterrichtet wird.³³ Insgesamt sichern gesetzliche Transparenzverfahren die Vielfalt der Programme und machen unsachliche Einflussnahmen sichtbar, wirken Machtmissbrauch und Partikularinteressen entgegen.³⁴ Transparenz begründet hier nicht einen Informationsanspruch Dritter, insbesondere nicht der Konkurrenten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sondern dient der Vielfalt und Unabhängigkeit des Informationsmittlers „öffentlich-rechtlicher Rundfunk“.

3. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Distanz zu Staat und Markt

Transparenz sucht das Verhalten des Transparenzpflichtigen zu steuern, mitzuentcheiden und zu kontrollieren. Diese Einflussnahme durch Transparenz schützt vor unzulässigen Einflüssen, kann aber auch sachfremde Einflussnahmen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk begründen. Damit wäre dessen Aufgabe gefährdet, unabhängig vom Staat und unabhän-

32 BVerfGE 136, 9, (79) – ZDF-Aufsichtsgremien.

33 BVerfGE 136, 9 (80) – ZDF-Aufsichtsgremien.

34 BVerfGE 136, 9 (82) – ZDF-Aufsichtsgremien.

gig von den Gesetzmäßigkeiten des Marktes zur Meinungsvielfalt im Denken und Handeln der Öffentlichkeit beizutragen.³⁵

Einflüsse, welche die Programmfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigen können, „drohen nicht nur von Seiten des Staates, sondern auch von gesellschaftlichen Mächten“³⁶. Deshalb ist Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht nur ein staatsgerichtetes Abwehrrecht, sondern eine objektive Gewährleistung, die den Rundfunk davor schützt, dass er den Einflüssen von Staat und von gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird.³⁷ Der Rundfunk gestaltet seine Angebote in Distanz zu Staat und Markt frei und beansprucht in dieser Unabhängigkeit, nach beiden Seiten öffentlich sichtbar zu sein, sich aber die freie Entscheidung über die Publikation seiner programmerheblichen Informationen und Daten vorzubehalten.

Die Möglichkeiten des einzelnen Menschen, sich individuell Informationen zu beschaffen, sind begrenzt. Die ständige Transparenz des Staates ist nicht einmal das Ideal. Deswegen kommt den Medien als Informations- und Meinungsmittlern in Rechtsstaat und Demokratie eine zentrale Aufgabe der Auswahl und Unterscheidung zu.³⁸ Hier bewährt sich die Freiheit in Vielfalt: Die einen werden mehr berichten, die anderen mehr kommentieren. Die einen wirken durch das Wort, die anderen durch das Bild. Die einen wollen bilden, die anderen unterhalten. Jedes Medium verfolgt bei seinem Informationsverhalten ein bestimmtes Ziel, wendet sich an einen bestimmten Adressatenkreis, wählt eigene Schwerpunkte, folgt seiner Lebenssicht, Berufserfahrung und Wirklichkeitsdeutung.

Der publizistische und ökonomische Wettbewerb der privaten Rundfunkbetreiber hat strukturell nicht zur Folge, dass in deren Rundfunkprogrammen die Vielfalt der in einer Gesellschaft verfügbaren Informationen, Erfahrungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster abgebildet werden. Der privatwirtschaftliche Rundfunk folgt den Regeln des Marktes, der auf Gewinn und dessen Maximierung angelegt ist. In dieser Einseitigkeit dienen die Kapitalgesellschaften den Ertragsanliegen der Kapitalgeber, sind damit weniger von Informationspflicht und Vielfalt bestimmt. Ihre Programmauswahl richtet sich an der Werbefähigkeit der Sendungen und der Zah-

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

36 BVerfGE 90, 60 (88) – Rundfunkgebühr.

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

38 Vgl. BVerfGE 20, 162 (174 f.) – Spiegel-Urteil; BVerfGE 35, 202 (222) – Lebach; BVerfGE 97, 228 (255 ff.) – Kurzberichterstattung im Fernsehen.

lungsbereitschaft der Rundfunkteilnehmer aus. Auch der erhebliche Konzentrationsdruck im privatwirtschaftlichen Rundfunk begründet Risiken einer Verengung und Einseitigkeit.³⁹ Deswegen muss der Gesetzgeber dafür sorgen, dass in der dualen Rundfunkordnung die verfassungsrechtlichen Anforderungen gleichgewichtiger Vielfalt durch das Gesamtangebot aller Veranstalter erfüllt werden.⁴⁰ Diese Gleichgewichtigkeit dank Freiheit darf nicht durch Teilhabe der privaten Anstalten an den im öffentlich-rechtlichen Rundfunk verfügbaren Informationen und Daten oder dessen Informationsquellen und Datenwegen gestört werden.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist im Wesentlichen öffentlich finanziert (§ 13 RStV). Dadurch kann er „unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen ein Programm anbieten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht“.⁴¹ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk soll und kann wirtschaftlich unter anderen Entscheidungsbedingungen handeln als der private. Auf dieser Grundlage hat er nicht nur eine Mindestversorgung zu gewährleisten oder Lücken und Nischen auszufüllen, die von privaten Anbietern nicht abgedeckt werden, sondern den klassischen Rundfunkauftrag zu erfüllen, der neben der Meinungs- und Willensbildung, der Unterhaltung und Information auch eine kulturelle Verantwortung umfasst.⁴² Dabei richtet sich das Programm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks an das gesamte Publikum, bleibt bei neuen Publikumsinteressen für neue Inhalte und Formen offen, schreitet mit der technischen Entwicklung mit.⁴³

Der Staat selbst setzt in seiner Strukturverantwortung für den Rundfunk nicht nur einen ordnungspolitischen Rahmen zur Wahrnehmung privater Freiheit, sondern gestaltet und verantwortet Organisation und Finanzierung des Rundfunks selbst. Die Wahrnehmung dieser gesetzlichen Verant-

39 BVerfGE 83, 238 (297) – 6. Rundfunkurteil (WDR).

40 BVerfGE 83, 238 (297) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 136, 9 (29) – ZDF-Aufsichtsgremien.

41 BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 136, 9 (29 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

42 BVerfGE 73, 118 (158) – Grundversorgung; BVerfGE 119, 181 (218) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; BVerfGE 136, 9 (30) – ZDF-Aufsichtsgremien.

43 BVerfGE 74, 297 (324 f., 350 f.) – Landesmediengesetz Baden-Württemberg; BVerfGE 119, 181 (218) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; BVerfGE 136, 9 (30) – ZDF-Aufsichtsgremien.

wortung ist auf Staatsferne⁴⁴ und Marktferne⁴⁵ angelegt. Der Gesetzgeber hat einen Rundfunk zu schaffen, der dem Prinzip gesellschaftlicher Freiheit und Vielfalt verpflichtet ist, dessen Programmangebot nicht inhaltlich von den Repräsentanten und Amtsträgern des Staatsapparates geformt wird, der die Ermittlung, Darstellung, Verarbeitung und Interpretation der Wirklichkeit in ihren Sichtweisen und Bewertungen den Trägern der Rundfunkfreiheit überlässt.⁴⁶

Erneut erweist sich der Rundfunk als Transparenzmittler, weniger als Subjekt von Transparenzpflichten. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Wahrnehmung seiner Medienfreiheit in allen Phasen der Entscheidungsvorbereitung, des Entscheidens und des Entscheidungsvollzugs gegenüber Staat, Wirtschaft und privaten Rundfunkanbietern transparent machen müsste, hätte dieses ein Mitwissen und damit mittelbar ein zumindest kontrollierendes Mitbestimmen von Staat und Wirtschaft über das Rundfunkprogramm zur Folge. Just dieses ist nach Idee und Text des Art. 5 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nicht gewollt.

44 Zur Entwicklung der gefestigten Rspr. des BVerfG vgl. BVerfGE 12, 205 (262 f.) – Fernseh-GmbH; BVerfGE 31, 314 (329) – Umsatzsteuer-Urteil; BVerfGE 57, 295 (326) – „Freie Rundfunk-AG“, Privatfunk im Saarland; BVerfGE 73, 118 (182 ff.) – Niedersachsen-Urteil; BVerfGE 83, 238 (322 ff.) – WDR-Urteil; BVerfGE 121, 30, (50, 60 ff.) – Hessisches Privatrundfunkgesetz 2008; BVerfGE 136, 9 (30) – ZDF-Aufsichtsgremien; die Staatsferne, weniger die Staatsfreiheit betonend *Paulus*, ZUM 2017, 177 (181).

45 BVerfGE 12, 205 (262) – Fernseh-GmbH; BVerfGE 19, 60 (88) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 136, 9 (29 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

46 BVerfGE 136, 9 (35) – ZDF-Aufsichtsgremien.

II. Transparenz der Rundfunkfinanzierung

Die öffentlich-rechtliche Finanzierung des Rundfunks ist Teil des Abgabewesens, das auf Transparenz der Einnahmen und Ausgaben angelegt ist. Insofern gelten für die Rundfunkfinanzierung besondere gesetzliche Regeln der Einsichtlichkeit der Abgabenerhebung sowie der Rechnungslegung und Rechnungskontrolle bei Verwendung des Abgabeaufkommens. Diese Transparenz hat sich durch die Reform der Rundfunkfinanzierung grundlegend verbessert.

1. Die Einnahmen

Der Übergang von der geräteabhängigen Rundfunkabgabe zum wohnungs- und betriebsbezogenen Rundfunkbeitrag hat die Transparenz der Rundfunkfinanzierung wesentlich erhöht. Die herkömmliche Rundfunkabgabe beruht auf der Vorstellung, ein Radio und ein Fernsehgerät bildeten den Informationsmittelpunkt eines Haushalts und erschlossen allen Rundfunkteilnehmern die allgemein verfügbaren Rundfunk- und Fernsehprogramme. Doch die technische Entwicklung zu neuartigen Rundfunkempfangsgeräten ermöglicht jedermann, das vielfältige Rundfunkangebot durch vielfältige Empfangsgeräte zu nutzen. Deren Belastung mit je einer Geräteabgabe wäre nicht mehr gerechtfertigt. Ein Haushalt mit zehn bis zwanzig Empfangsgeräten – vom Radiowecker bis zum Autoradio, vom PC bis zum Smartphone – müsste die Rundfunkabgabe zehn- oder zwanzigmal entrichten. Deswegen war es notwendig, die Bemessungsgrundlage für die Rundfunkabgabe neu zu konzipieren.

a. Das individuelle Leistungsentgelt

Das transparenteste Instrument für einen Leistungsaustausch ist das individuell vereinbarte Entgelt, der vertragliche Preis und der Verwaltungspreis (Gebühr). Die Rechtsordnung anerkennt grundsätzlich den vereinbarten Preis als gerecht, weil Anbieter und Nachfrager übereinstimmen, dass die-

ser Preis angemessen ist.⁴⁷ Dieser Preis kann bei einem Massenleistungsangebot mit unterschiedlicher Intensität der Programmnutzung und einem geringen Entgelt aber nicht jeweils individuell vereinbart werden. Das Entgelt muss typisiert, also von der individuellen Programmnutzung unabhängig gemacht werden.

Ein Pauschalpreis – das Pay-TV – würde dem Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht gerecht, weil er den Rundfunk gänzlich vom Nachfrager abhängig machte, damit das binnenpluralistische Modell verfehlte, nach dem der öffentlich-rechtliche Rundfunk unabhängig von Einschaltquoten ein Programm meinungsmäßiger Vielfalt anzubieten hat.⁴⁸ Die Finanzierung soll den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gerade befähigen, wirtschaftlich unter anderen Entscheidungsbedingungen als der auf den Nachfrager und sein Entgelt ausgerichtete private Anbieter zu handeln.⁴⁹ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk soll den Bedarf der Allgemeinheit befriedigen, aber auch Nischensendungen anbieten, den traditionellen Rundfunkauftrag erfüllen, aber auch neue Inhalte und Formen entwickeln und neue Techniken nutzen.⁵⁰ Im Übrigen lassen die Erfahrungen mit dem Pay-TV vermuten, dass pauschalisierte Einzelentgelte die Abgabenlast des einzelnen erhöhen, insbesondere auch einkommensschwächeren Rundfunkteilnehmern den Zugang zu den von ihnen gewünschten Sendungen erheblich erschweren oder verschließen würden.

b. Die Werbefinanzierung

Die privaten Rundfunkunternehmen finanzieren sich weitgehend durch Werbung. Diese Art der Finanzierung ist die organisierte Intransparenz. Die Sendungen werden nicht von den Empfängern finanziert, sondern von den Käufern der beworbenen Produkte. Dem Financier des Senders wird beim Kauf nicht bewusst, dass er mit Zahlung des Kaufpreises mittelbar auch Sendungen bezahlt, im Zusammenwirken aller Nachfrager nach beworbenen Produkten auch das Programm beeinflusst.

47 Dazu *van Suntum*, Die unsichtbare Hand, ³2005, 69 f.; *Isensee*, Privatautonomie, in: HStR Bd. VII, ³2009, § 150 Rn. 74 f.

48 BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (219) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; BVerfGE 136, 9 (29 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

49 BVerfGE 136, 9 (29) – ZDF-Aufsichtsgremien.

50 BVerfGE 136, 9 (31 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sagt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass eine Teilfinanzierung durch Werbung nicht unzulässig ist, der Gesetzgeber aber fortwährend zu prüfen hat, ob die Unabhängigkeit des Programms „von Einschaltquoten und Werbeaufträgen“ weiterhin gesichert bleibt.⁵¹ Bei dieser Kontrolle wird der Gesetzgeber berücksichtigen müssen, dass sich das Nutzungsverhalten des Fernsehzuschauers wesentlich verändert. Er wird die Sendung nicht zu einer vom Rundfunk bestimmten Zeit sehen, sondern sein Programm zu dem nach seiner Tagesplanung geeigneten Zeitpunkt abfragen. Dabei kann er auch die Anfangswerbung übergehen und Zwischenwerbungen ausblenden. Dadurch wird dieses Finanzierungsmodell praktisch an Bedeutung verlieren. Der Gesetzgeber hat für die Telemedien bereits eine prinzipielle Konsequenz gezogen. Nach § 11 d Abs. 5 RStV sind Werbung und Sponsoring in Telemedien nicht zulässig.

Vor allem aber wird der überprüfungspflichtige Gesetzgeber beobachten, dass der Einfluss insbesondere von weltweit tätigen Großunternehmen teilweise zu staatsähnlicher Mächtigkeit anwachsen wird.⁵² Der öffentlich-rechtliche Rundfunk erlebt gegenwärtig Versuche finanzstarker außereuro-

51 BVerfGE 119, 181 (224) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

52 Vgl. dazu *Peters*, VVDStRL 69 (2010) 7 (11 f.); *Giegerich*, VVDStRL 69 (2010) 57 (61 f.); *P. Kirchhof*, ORDO 56 (2005), 39 f.; *ders.* in: HStR V, ³2007, § 119 Rn. 8; zur Anwendung europarechtlicher Grundfreiheiten auf private Organisationen mit staatsähnlicher Macht vgl. *EuGH* Urt. v. 6.6.2000 – Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-04 139, in: *EuZW* 2000, 459; *EuGH*, Urt. v. 17.7.2008 – Rs. C-94/07 – *Raccanelli*, Slg. 2008, I-05 939; für einen Überblick über die *EuGH*-Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung s: *Birkemeyer*, *EUR* 2010, 662; zur Frage, ob juristische Personen des Privatrechts passive Völkerrechtssubjekte sein können *Thomale*, *Internationale Menschenrechtsklagen gegen europäische Gesellschaften vor US-amerikanischen Gerichten*, *ZIP* 2014, 1158, 1159 f.; zum deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und dessen Geltung für internationale Konzerne *Mansel*, *FS Canaris*, 2007, 809 (826 ff., 834); die (empfehlende) Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, UN-Menschenrechtscharta (1948), bindet neben den Staaten auch „every individual and every organ of society“: General Assembly Resolution 217 A (III), International Bill of Human Rights, beschlossen am 10. Dezember 1948; im Schlussartikel (Art. 30) untersagt sie jede Auslegung dieser Erklärung, die „für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person“ ein Recht ergäbe, auf eine Vernichtung der in dieser Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten einzuwirken; die UN versucht durch einen „global compact“ die immer mächtiger werdenden Privatrechtssubjekte an grundrechtsähnlichen Prinzipien auszurichten: <https://www.unglobalcompact.org/languages/german> (zuletzt abgerufen am 13.4.2017).

päischer Bieterkonsortien auf dem Sportrechtmarkt, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten wegen ihrer unverschlüsselten und allgemeinen Sendeangebote vom Markt zu verdrängen oder Entgelte durchzusetzen, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk in seiner Finanzbindung nicht aufbringen kann.⁵³

c. Der Rundfunkbeitrag

Der Rundfunkbeitrag knüpft an Wohnung und gewerbliche Betriebsstätte an, typisiert also den Leistungsempfang in den Lebens- und Erwerbsorten, an denen in der Lebensrealität die Adressaten das Rundfunkangebot annehmen. Diese Ausrichtung des Beitrags auf den Regelfall entspricht dem Verallgemeinerungsauftrag des Gesetzgebers in Massenverfahren⁵⁴ und verteilt die Finanzlasten auf die Beitragszahler nach dem individualisierbaren Vorteil des Leistungsangebots. Der Rundfunkbeitrag bemisst die Finanzierungslasten nicht als Leistungsäquivalent für eine empfangene Leistung (Gebühr), sondern als gleichheitsgerechte und maßvolle Last für ein Leistungsangebot (Beitrag). Der Rundfunkbeitrag belastet alle, denen die allgemeinen Sendeleistungen des Rundfunks angeboten werden. Im Beitrag trägt der Empfänger eines Leistungsangebots zur Finanzierung dieser Angebote bei.

Diese Beitragsbemessung ist einfach, allgemein verständlich, in ihrem verallgemeinernden Maßstab einsichtig, deshalb transparent. Der Beitrag macht die Allgemeinheit der Finanzierungslasten auch dadurch sichtbar, dass er kaum noch Ausweichmöglichkeiten – wie das Verbergen eines Rundfunkgeräts – eröffnet, damit wesentlich zur Legalität des Finanzierungssystems beiträgt. Das überraschende Mehraufkommen aus dem Rundfunkbeitrag hat vor allem in dieser Unausweichlichkeit der Beitragslast seinen Ursprung. Der Übergang zum Beitragssystem schafft Transparenz, damit individuelle Verständlichkeit, öffentliche Sichtbarkeit, allgemeine Kontrollierbarkeit.

Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung des Rundfunkbeitrags ist das Gesetz, das in einem öffentlichen, parlamentarischen Verfahren zustande

⁵³ Vgl. unten VI 5 c aa).

⁵⁴ Zum Maßstab vgl. BVerfGE 84, 239 – Zinsurteil; BVerfGE 85, 264 (317) – Parteienfinanzierung (Sockelbetrag); BVerfGE 87, 153 (169 f.) – Grundfreibetrag; BVerfGE 96, 1 (2 f.) – Weihnachtsfreibetrag.

kommt und die Verkündung im Gesetzblatt zur Bedingung hat. Dabei ist die Abgabengesetzgebung von der Haushaltsgesetzgebung – der Verwendung des Abgabenaufkommens – strikt zu trennen, um den Haushaltsgesetzgeber bei seinen Ausgabeentscheidungen von seinem Financier unabhängig zu machen.⁵⁵ Das Rundfunkverfassungsrecht kennt darüber hinaus noch ein strengeres Trennungsprinzip. Die allgemeine Rundfunkgesetzgebung ist von der Festsetzung der Rundfunkabgabe zu trennen, um Risiken einer mittelbaren finanziellen Einflussnahme auf die Wahrnehmung des Programmauftrags auszuschließen und so die Programmfreiheit der Rundfunkanstalten zu sichern. Der Rundfunkgesetzgeber trifft die freiheitskonformen medienpolitischen und programmleitenden Entscheidungen in der Rundfunkgesetzgebung. Der Abgabengesetzgeber hat sich jeder Art der Programmsteuerung zu enthalten, darf insbesondere nicht durch eine Entscheidung über Zeitpunkt, Umfang, Intensität oder Geltungsdauer der Abgabe Programme oder deren Entwicklung lenken.⁵⁶ Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Erhebung des Rundfunkbeitrags genügt damit den Transparenzerfordernissen des allgemeinen Gesetzes und denen der besonderen Rundfunkgesetze.

2. Die Ausgaben

a. Grundsatz: Parlamentstransparenz

Der Ertrag öffentlicher Abgaben fließt grundsätzlich in den Staatshaushalt, unterliegt damit der parlamentarischen Verwendungsentscheidung, der öffentlichen Kontrolle, auch dem Verfahren der Rechnungsprüfung mit parlamentarischer Entlastung. Grundsätzlich sind alle Einnahmen und Ausgaben des Bundes in den Haushaltsplan einzustellen (Art. 110 Abs. 1 S. 1 GG). Das Erfordernis des Ausgleichs von Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan (Art. 110 Abs. 1 S. 2 GG) – ergänzt durch das Erfordernis eines Haushaltsausgleichs grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten (Art. 109 Abs. 3 S. 1, 115 Abs. 2 S. 1 GG) – schafft Transparenz für das

⁵⁵ Vgl. zur Entwicklung *P. Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR V, ³2007, § 118 Rn. 90 f.

⁵⁶ BVerfGE 90, 60 (93 f.) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (221) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

gesamte staatliche Finanzgebaren.⁵⁷ Gleiches gilt für die entsprechenden Vorschriften der Länder.

b. Rundfunkeigene Transparenz

aa) Zweckgebundene, autonomiestärkende Beiträge

Doch diese Grundsätze gelten für die Rundfunkbeiträge in dieser Form und mit dieser Begründung nicht. Zwar steigen mit der Erhebung öffentlicher Abgaben die Transparenzpflichten, auch die Rechte der Beitragschuldner auf Transparenz. Doch führen diese Rechte nicht notwendig in die parlamentarische Debatte und in die Öffentlichkeit. Die Erträge aus dem Rundfunkbeitrag werden den Sonderhaushalten der Rundfunkanstalten zugewiesen und dort autonom verwaltet. Insoweit sind sie den Sozialversicherungsbeiträgen vergleichbar, die zweckgebunden in die Sonderhaushalte der Sozialversicherungsträger fließen.⁵⁸ Die Staatsferne des öffentlichen Rundfunks, seine Distanz zum Staat, schafft einen Rundfunk, der dem Prinzip gesellschaftlicher Freiheit und Vielfalt verpflichtet ist, nicht aber inhaltlich von Repräsentanten und Amtsträgern des Staates geformt werden darf.⁵⁹ Der Rundfunkbeitrag befähigt die Rundfunkanstalten, wirtschaftlich unter anderen Entscheidungsbedingungen als ein privater Rundfunk zu handeln und auf dieser Basis durch eigene Impulse und Perspektiven zur Vielfalt des Rundfunkangebots beizutragen und unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen ein Programm anzubieten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und Meinungsmäßiger Vielfalt entspricht.⁶⁰ Würden die Erträge aus dem Rundfunkbeitrag wie Steuern in die staatlichen Länderhaushalte fließen, müssten die Rundfunkanstalten jeweils beim Gesetzgeber die Finanzzuweisung

57 Zur Problematik der nur als „seltene Ausnahme“ zulässigen haushaltsflüchtigen Einnahmen (Sonderabgaben) vgl. BVerfGE 108, 186 (219 f.) – Altenpflegeausbildungsumlage; BVerfGE 110, 370 (393) – Klärschlamm-Entscheidungsabgabe; auch schon BVerfGE 55, 274 (308) – Ausbildungsplatzförderungsabgabe; BVerfGE 57, 139 (162) – Schwerbehindertenabgabe; BVerfGE 82, 159 (181) – Absatzfonds.

58 F. Kirchhof, Finanzierung der Sozialversicherung, in: HStR V, 32007, § 125 Rn. 23.

59 BVerfGE 136, 9 (35) – ZDF-Aufsichtsgremien mwN.

60 BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (219) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; BVerfGE 136, 9 (29) – ZDF-Aufsichtsgremien.

gen erbitten, die sie für die Erfüllung ihres Auftrags benötigen. Der Staat würde mit der Macht des Geldes über den Rundfunk und seine Sendungen regieren. Die Autonomie der Rundfunkanstalten und die Rundfunkfreiheit der dort Tätigen wären in ihrem Kern verletzt.

bb) Beitrag von großer Allgemeinheit, aber keine Steuer

Eine Rundfunkfinanzierung aus parlamentarisch zu bestimmenden Haushaltsmitteln kommt somit nicht in Betracht. Damit scheidet eine Steuerfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von vornherein aus. Die Steuer ist in ihren Tatbestandsvoraussetzungen – die „Voraussetzungslosigkeit“, hier: die Unabhängigkeit von einem Leistungsangebot – und in ihren Rechtsfolgen – Bestimmungsmacht des Parlaments über den Steuerertrag – als Instrument zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ungeeignet. Dennoch wird erörtert, ob der vom Leistungsangebot abhängige, also nicht voraussetzungslos erhobene und nicht für den Staatshaushalt bestimmte Beitrag eine Steuer sei.⁶¹ Diese Diskussion einer nicht beabsichtigten und nicht verwirklichten Abgabenart ist für den Rundfunkbeitrag unerheblich. Wenn ein Studienbewerber einen Medizinstudienplatz begehrt, ist die Feststellung, er sei für ein Jurastudium nicht qualifiziert, unerheblich. Ebenso ist für die Rechtfertigung des Rundfunkbeitrags nichts gewonnen, wenn dessen Qualifikation als Steuer zu Recht verneint wird.

Das bedeutet aber umgekehrt nicht, dass der Rundfunkgesetzgeber sich den strengen finanzverfassungsrechtlichen Bindungen öffentlich-rechtlichen Einnahme- und Ausgabegebarens entziehen könnte. Der Rundfunkbeitrag ist für die einmalige Besonderheit der Rundfunkfinanzierung – Belastung der Begünstigten entsprechend dem allgemeinen Rundfunkangebot, autonome Verwendung der Beitragserträge durch die Rundfunkanstalten, freiheitsgerechte Aufsichts- und Rechenschaftsstrukturen für das Rundfunkwesen – die rundfunkangemessene Finanzierungsform. Die verfassungsrechtlich anerkannte Einmaligkeit und Besonderheit der Rundfunkfinanzierung⁶² hat zur Folge, dass der Beitrag von einem allgemeinen Rundfunkangebot abhängig ist und seine Erträge dem Rundfunk vorbehalten

61 *Waldhoff*, AfP 2011, 1 (8 f.); *Kämmerer*, DStR 2016, 2370 (2372 f.).

62 BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (219) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag; BVerfGE 136, 9 (29) – ZDF-Aufsichtsgremien.

ten und nicht in den Staatshaushalt eingestellt werden. Durch die Beitragsfinanzierung gewinnt der öffentlich-rechtliche Rundfunk an Transparenz: Die Beitragsvoraussetzungen, die Allgemeinheit des Rundfunkangebots, die jedermann zugängliche Informationsquelle ist für die Allgemeinheit ersichtlich. Die Transparenz der Verwendung des Beitragsaufkommens ergibt sich aus der Rundfunkorganisation, aus einer unabhängigen Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) und aus einer Rechnungsprüfung mit verallgemeinerndem Bericht an die Landtage.⁶³ Der Rundfunkbeitrag ist heute in seiner Voraussetzung des Jedermannsangebots und seiner Folge einer ausschließlichen Finanzierung dieser allgemein zugänglichen Informationsquelle das Finanzierungsinstrument, das unter den öffentlich-rechtlichen Abgaben am deutlichsten allgemein sichtbar ist und allgemein Wirkungen entfaltet. Bei den Steuern bleibt die Verwendung des Steueraufkommens offen. Der Beitrag wird individuell für ein individuelles Leistungsangebot spürbar erhoben. Bei den Steuern wird der Steuerertrag Teil eines allgemeinen, dem Parlament verfügbaren Ertragsaufkommens. Das Aufkommen des Rundfunkbeitrags ist für einen Zweck, das Rundfunkangebot, reserviert, steht in dieser Verwendung unter der täglichen Beobachtung der Nutzerallgemeinheit. Die Steuer könnte allenfalls eine parlamentsbestimmte Informationsquelle finanzieren. Der Beitrag bietet in seiner Allgemeinheit der Demokratie eine freiheitlich bestimmte allgemeine Informationsquelle.

Im Ergebnis begründet die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks keine besonderen Informations-, Rechenschafts- und Belegpflichten, wie sie sonst im Haushaltsrecht üblich sind. Die Beitragsfinanzierung ist ein Instrument, um die Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu sichern, sie insoweit gegen Mitbestimmungsansprüche, Fremdsteuerungen und Entscheidungsvorbehalte abzuschirmen. Die Finanzautonomie der Rundfunkanstalten bedeutet selbstbestimmte Finanzierung. Diese Art der Finanzierung dient jedem einzelnen Beitragszahler und muss für diesen in Belastungswirkung und Verwendung ersichtlich und nachvollziehbar sein. Die Organisationshilfe des Staates beschränkt sich auf die gesetzliche Regelung der – Unabhängigkeit sichernden – Beiträge, die Unabhängigkeit gewährleistende Entscheidung über den Finanzbedarf (KEF) und die – Rundfunkfreiheit und Informationsvielfalt garantierende – Organisation

63 Vgl. sogl. zu III.

II. Transparenz der Rundfunkfinanzierung

des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Diese gesetzlichen Entscheidungen für eine andersartige Finanztransparenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks stützen sich auf eine besondere Transparenz des Rundfunkangebots, auf seine öffentlich-rechtliche Organisation, die öffentliche Feststellung eines Finanzbedarfs und die Rechnungsprüfung. Die Macht des Geldes – des „goldenen Zügels“ – über den Rundfunk wird so in Schranken gewiesen. Der Rundfunkbeitrag wird parlamentarisch-öffentlich beschlossen, die Höhe des Beitrags durch eine regelmäßige, öffentliche Bedarfsprüfung bemessen, das Beitragsaufkommen allein dem Rundfunkangebot gewidmet, die Rundfunkleistung dem Beitrag zahlenden Rundfunkteilnehmer in aller Öffentlichkeit angeboten.

III. Die Transparenz des Rundfunks

1. Das Programmangebot

Es gibt kaum ein Dienstleistungsunternehmen, dessen Leistungen für jedermann so ersichtlich, individuell nutzbar und alltäglich verfügbar sind, wie die Rundfunkanstalten mit ihren Angeboten, die rund um die Uhr eine allgemein zugängliche Quelle ungehinderter Unterrichtung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) eröffnen. Grundsätzlich kann jeder alle Programme des öffentlichen Rundfunks empfangen, das Programmangebot in seine individuelle Lebensgestaltung nach Belieben einbeziehen, die Rundfunkberichte und Kommentare zu seiner Information und Meinungsbildung nutzen, sich von den Rundfunksendungen unterhalten lassen, rundfunkintensiv oder auch rundfunkfern leben. Sobald der Rundfunk Leistungen anbietet, werden diese ein Jedermannsgut, ein öffentliches Gut in Allgemeingebrauch, ein technisches Angebot, das jedermann empfangen, speichern, verändern, weitergeben könnte.⁶⁴

Ein solches Programmangebot zur öffentlichen Nutzung, zur öffentlichen Beobachtung, Kritik, Rechenschaft, zur ständigen Korrektur in Auseinandersetzung mit der Allgemeinheit der Adressaten ist einmalig. Der Rundfunk ist bei der Erfüllung seiner Aufgabe, seinem Handeln und seinem Produkt in herausragender Weise transparent.

2. Rundfunkorganisation

Gleiches gilt für die Rundfunkorganisation. Das verfassungsrechtliche Gebot der Staatsferne und der Wirtschaftsferne gewährleistet vor aller Öffentlichkeit die Freiheit des Rundfunks von staatlicher und wirtschaftlicher Einflussnahme. Das BVerfG⁶⁵ hat jüngst erneut betont, das Gebot der Staatsferne zielt auf die Modalitäten der Leistungsorganisation und Leistungserbringung. Der Rundfunk müsse gesetzlich so organisiert werden,

64 Zum geistigen Eigentum allerdings vgl. *Paulus*, Schutz des geistigen Eigentums, in: HStR XI, 32013, § 247 Rn. 8 ff.

65 BVerfGE 136, 9 (35 ff.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

dass die Gestaltung seines Programms und dessen konkrete Inhalte nicht in die allgemeine staatliche Aufgabenwahrnehmung eingebunden und als deren Teil ausgestaltet werden. Das Gericht zieht aus diesen Maßstäben sehr konkrete Folgerungen für die Zusammensetzung der Aufsichtsgremien des ZDF.

Die Wirtschaftsferne ist vom BVerfG nicht so häufig, aber mit ähnlicher Deutlichkeit gefordert worden. Erforderlich ist insbesondere eine Unabhängigkeit vom Verhalten der Programmnachfrager und Werbeanbieter. Deswegen muss die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks weitgehend vom ökonomischen Markt abgekoppelt und dadurch gesichert werden, „dass sich das Programm an publizistischen Zielen, insbesondere an dem der Vielfalt orientiert, und zwar unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen“. ⁶⁶ Damit sind andere Finanzierungsquellen, insbesondere Einnahmen aus Werbung⁶⁷ oder Sponsoring⁶⁸, von Verfassungen wegen nicht schlechthin ausgeschlossen. Doch dürfen sie wegen der von ihnen ausgehenden programm- und vielfaltverengenden Zwänge die innere und äußere Unabhängigkeit des Rundfunks nicht gefährden.⁶⁹ Es bedarf der fortwährenden Überprüfung, inwieweit die Erwartung, die Finanzierung über Werbung und Sponsoring stärke die Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gegenüber dem Staat, noch gerechtfertigt ist. Auch ist regelmäßig zu prüfen, inwieweit die Nutzung dieser Finanzierungsarten angesichts ihrer Risiken einer Rücksichtnahme auf die Interessen der Werbewirtschaft, einer zunehmenden Ausrichtung des Programms auf Massenattraktivität sowie einer Erosion der Identifizierbarkeit öffentlich-rechtlicher Programme weiterhin zulässig ist.⁷⁰ Der Gesetzgeber hat Vorsorge zu treffen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei Erfüllung seines Auftrags nicht auf die Interessen der Werbewirtschaft Rücksicht nimmt, sein Programm nicht ausschließlich auf Massenattraktivität ausgerichtet, er vielmehr seine Funktion „unbeeinflusst von jeglicher Indienst-

66 BVerfGE 119,181 (219) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, unter Hinweis auf BVerfGE 90, 60 (90) – Rundfunkgebühr; vgl. auch BVerfGE 136, 9 (29) – ZDF-Aufsichtsgremien.

67 Vgl. §§ 7, 15, 16 RStV, dazu *Ladeur*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 7 RStV, Rn. 4.

68 Vgl. § 8 RStV, dazu *Brinkmann*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 8 RStV, Rn. 8 ff.

69 Vgl. BVerfGE 83, 238 (311) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 87, 181 (199) – Werbeverbot.

70 BVerfGE 119,181 (224) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag mwN.

nahme für außerpublizistische Zwecke, seien sie politischer oder ökonomischer Natur, erfüllen kann“.⁷¹

In dieser Distanz zu Staat und Wirtschaft wird zugleich eine Transparenz gewährleistet, die verborgene oder nicht offensichtliche Einflussnahmen von Staat und Wirtschaft auszuschließen sucht, die Rundfunkanstalten im Selbstbewusstsein ihrer Autonomie und Freiheit dazu anhält, jeden derartigen Einflussversuch abzuwehren, den Sinn der Öffentlichkeit für die Frage schärft, ob derartige Abhängigkeiten und Interventionen drohen. Eines der Kernanliegen des Transparenzprinzips, eine ökonomische Fremdsteuerung sichtbar und kontrollierbar zu machen, ist damit in besonderer Weise erfüllt.

Die staatliche Existenzgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk begründet auch eine staatliche Verantwortung für dessen Finanzierung. Dabei hat der Gesetzgeber durch materielle, prozedurale und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass die Beitragserhebung die Rundfunkfreiheit nicht gefährdet, und eine bedarfsgerechte Finanzierung dazu beiträgt, dass die Rundfunkanstalten ihren Funktionsauftrag erfüllen können. Die Trennung von allgemeiner Rundfunkgesetzgebung und gesetzlicher Festsetzung der Rundfunkbeiträge,⁷² die KEF⁷³ und die besonderen Aufsichtsgremien⁷⁴ sind der markante Kern dieser freiheitsdienlichen Organisationshilfen. Der Gesetzgeber darf die Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in abstrakter Weise festlegen, damit auch den Finanzbedarf umgrenzen, die staatlichen Vorgaben für die Beitragsgestaltung aber nicht so detailgenau bestimmen, dass sich daraus die Höhe des Rundfunkbeitrags berechnen ließe. Eine gewisse Tatbestandsoffenheit muss gewährleisten, dass sich Programme, Programmmüfänge, Funktionsverschiebungen und Funktionserneuerungen in der Rundfunkautonomie weiterentwickeln lassen.⁷⁵ Der Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag bestimmt sodann die individuelle Beitragslast, aus der sich das Gesamtbudget der Rundfunkanstalten ergibt.

71 BVerfGE 119,181 (224) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

72 BVerfGE 90, 60 (93 ff.) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (137) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag und soeben zu II 2 b.

73 Sogleich zu 3.

74 BVerfGE 13,9 (35 ff.) – ZDF-Aufsichtsgremien und oben zu I 2 d.

75 BVerfGE 90, 60 (93 ff.) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (137) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

Eine Trennung der medienpolitischen Konkretisierung des Rundfunkauftrags und der Beitragsfestsetzung gewährleistet allerdings aus sich heraus nicht schon eine hinreichende Programmneutralität und Programmakzessorietät. Es bedarf weiterer prozeduraler Absicherungen, die an den Gefahrenquellen – der finanziellen Steuerung – ansetzen und bereits im Vorfeld die Möglichkeit rechtswidriger Kompetenzwahrnehmung so weit wie möglich ausschließen sollen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber ein gestuftes und kooperatives Verfahren der Bedarfsfeststellung sowie der Fehlerfeststellung und Fehlerkorrektur entwickelt,⁷⁶ wie sie das BVerfG⁷⁷ für die ZDF-Aufsichtsgremien dargestellt hat.

3. Die KEF

Autonomie mit einem offenen Gestaltungsauftrag drängt strukturell auf wachsende Einnahmen, neigt gelegentlich zu finanzieller Maßstabslosigkeit und damit zur Maßlosigkeit. Deshalb sieht das Recht der Rundfunkfinanzierung eine eigene Institution vor, die den Finanzbedarf des öffentlichen Rundfunks prüft, den Bedarf realitäts- und gegenwartsgerecht feststellt und damit der staatlichen Entscheidung über die Beitragshöhe eine fachliche Grundlage gibt, von der der Staat nur bei sachlichen, einleuchtenden Gründen abweichen darf.⁷⁸ Dieses gestufte und kooperative Verfahren der Bedarfsfeststellung regelt eine besondere Form der Transparenz, die den Eigenheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerecht wird und insoweit allgemeinen Transparenzregeln vorgeht.

Nach dem Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag⁷⁹ beginnt die Beitragsfestsetzung mit den Bedarfsanmeldungen der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (ARD), des ZDF und der Körperschaft des öffentlichen Rechts „Deutschlandradio“ bei einer unabhängigen Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs – KEF – (§§ 1 und 2). Die KEF überprüft und ermittelt den

76 BVerfGE 90, 60 (96 ff.) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (237) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

77 BVerfGE 136, 9 (Rn. 84, 96 ff.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

78 BVerfGE 90, 60 (98, 100) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181 (263) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

79 V. 31.8.1991, zuletzt geändert durch 17. Rundfunkänderungsstaatsvertrag v. 4.-17.7.2014; *Goerlich/Zimmermann*, in: Hahn/Vesting, aaO, Vor RFinStV, Rn. 1 ff.

Finanzbedarf auf der Grundlage der Anmeldungen allein nach fachlichen Kriterien (Rundfunkauftrag, daraus zutreffend abgeleiteter Finanzbedarf, Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, § 3 Abs. 1). Die KEF erstattet den Landesregierungen mindestens alle zwei Jahre einen Bericht, leitet den Bericht den Rundfunkanstalten zu und veröffentlicht diesen (§ 3 Abs. 5). Das Verfahren der KEF sieht also eine spezielle Ergebnistransparenz für die Bedarfsermittlung vor. Die Rundfunkanstalten werden an dem Verfahren der KEF beteiligt; sie haben vor der abschließenden Meinungsbildung in der KEF Gelegenheit zu einer Stellungnahme und Erörterung (Verfahrenstransparenz; § 5 Abs. 1 und 2). Der Beitragsvorschlag der KEF ist Grundlage für die Entscheidung der Landesregierungen und Landesparlamente. Will die Rundfunkkommission der Länder von dem Vorschlag abweichen, soll sie diese Abweichung mit den Rundfunkanstalten unter Einbeziehung der KEF erörtern. Die Abweichungen sind zu begründen (§ 7 Abs. 2). Das Erfordernis des sachlichen, einleuchtenden Grundes für die Abweichung fordert auch und insbesondere, die Interessen der Beitragszahler an möglichst maßvollen Beiträgen in die Erwägungen einzubeziehen.⁸⁰

Ob die Entscheidung über die Beitragshöhe in einem – öffentlichen – Gesetzgebungsverfahren oder einem – weniger transparenten – Verfahren der Rechtsverordnung getroffen wird, lässt die Verfassung offen⁸¹. Die rundfunkspezifische Feststellung des Finanzbedarfs muss also nicht – wie es für die Steuererträge haushaltsrechtlich eine Selbstverständlichkeit ist (Art. 110 Abs. 1 und 2 GG) – in der Öffentlichkeit einer Parlamentsdebatte münden, sondern kann auch in der Sachlichkeit und Fachlichkeit einer Rechtsverordnung auf der Grundlage des KEF-Verfahrens bestimmt werden.

Im Ergebnis regelt der Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag ein spezielles Bedarfsfeststellungsverfahren mit abgestuften Transparenzformen, das sich vom allgemeinen staatlichen Haushaltswesen abhebt, den Besonderheiten des Rundfunks gerecht wird, die Transparenz des Finanzbedarfs als Bemessungsgrundlage für die Beitragshöhe speziell sichert.

80 BVerfGE 119, 181 (254) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

81 BVerfGE 90, 60 (104) – Rundfunkgebühr; BVerfGE 119, 181, (164) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

4. Kontrolle durch die Rechnungshöfe

Die KEF prüft und beurteilt den Finanzbedarf der Rundfunkanstalten, kontrolliert aber nicht entwicklungsbegleitend die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der alltäglichen Geschäftsvorfälle in den Rundfunkanstalten. Damit stellt sich die Frage, ob auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Kontrolle der staatlichen Rechnungshöfe unterliegen.

a. Kontrollzuständigkeit der Rechnungshöfe

Die Finanzkontrolle durch die Rechnungshöfe ist eine der Errungenschaften des modernen Finanzstaates. Erster Finanzkontrolleur ist das Parlament.⁸² Der Rechnungshof ist sein Informationshelfer.⁸³ Er prüft die „Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung“, also die formale Korrektheit, rechnerische Richtigkeit und Vollständigkeit der Rechnungen (Ordnungsmäßigkeit) und das Verhältnis von – möglichst hohem – Nutzen und eines – möglichst geringen – Ressourcenverbrauches.⁸⁴ Diese Rechnungsprüfung kontrolliert die finanzwirtschaftliche Durchführung eines bestimmten Auftrags, vermeidet aber Aussagen über die dahinter stehenden Beweggründe und Ziele.⁸⁵ Die Entscheidung über die Ziele staatlichen Handelns und die Prinzipien der Zielerreichung trifft das Parlament finanzwirtschaftlich bei der Budgetbewilligung und Entlastung. Die ordnungsgemäße und wirtschaftliche Ausführung dieser Vorgaben ist dann eine Frage des Gesetzesvollzugs, damit der Verwaltung.⁸⁶

Die Verpflichtung auf die Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit gilt für das gesamte Finanzgebaren des Staates, ist insbesondere auch Maßstab der internen Finanzkontrolle, der Selbstkontrolle der mittelbewirtschaftenden Behörde und Kasse, der Kontrolle vorgesetzter Fach- und Aufsichtsbehörden und vor allem des jeweiligen Finanzministeriums. Die

82 *Hufeld*, Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages, in: HStR III, ³2005, § 56 Rn. 10.

83 *Isensee*, Budgetrecht des Parlaments zwischen Schein und Sein, in: JZ 2005, 971 (980 f.).

84 Vgl. Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG; *Hufeld*, aaO, § 56 Rn. 8; *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: HStR V, ³2007, § 121 Rn. 9 ff.

85 *Gröpl*, aaO, § 121 Rn. 33 f.

86 *Gröpl*, aaO, § 121 Rn. 15.

Kontrollmaßstäbe sind keine Schutznormen für den Einzelnen, begründen deshalb keine Individualansprüche. Sie bestimmen die interne und externe Finanzkontrolle des Staates. Der Rechnungshof veröffentlicht seine Prüfungsergebnisse (Ergebnistransparenz), so dass die Öffentlichkeit das staatliche Finanzgebahren vorbereitend, begleitend und rückblickend kommentieren und kritisieren kann.⁸⁷

Diese Prinzipien staatlicher Finanzkontrolle dürfen nicht unbesehen auf die freiheitsberechtigten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten übertragen werden:

- Die Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dient der Rundfunkfreiheit und der freiheitlichen Informationsvielfalt, nicht der Erfüllung eines staatlichen Gemeinwohlauftrags. Die Maßstäbe der Finanztransparenz müssen deshalb durch eine freiheitsgerechte Transparenz ersetzt werden.
- Beim Rundfunk sind die verfügbaren Ressourcen durch die Höhe des Rundfunkbeitrags von vornherein begrenzt, von der erbrachten Leistung unabhängig und allein nach dem speziellen Rundfunkauftrag zu nutzen. Eine Prüfung von Wirtschaftlichkeit und Effektivität zielt deshalb weniger auf Ausgleich und Effizienz von Einnahmen und Ausgaben, sondern auf die aufgabengerechte Nutzung der Finanzmittel, auch auf eine dementsprechende Schonung der Beitragszahler.
- Die Finanzkontrolle des Rundfunks dient nicht der parlamentarischen Budgetbewilligung und Entlastung, sondern der formalen Kontrolle des Rundfunks bei Erfüllung seines grundrechtsgeprägten Auftrags. Der Rundfunk wahrt gerade Distanz zum Staat und damit auch zum staatlichen Parlament, soll nicht durch die Macht der Finanzen in der Wahrnehmung seines freiheitlichen Auftrags fremdbestimmt werden.
- Die Transparenz dieser Finanzkontrolle ist deswegen weniger die einer parlamentarischen Öffentlichkeit, sondern unterstützt die interne Selbstvergewisserung der Intendanz und der programmverantwortlichen Journalisten, unterrichtet die Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalten (§ 14 a RStV), erlaubt bei Beteiligung der staatlichen Rechnungshöfe eine Publikation von deren Prüfungsergebnissen.

87 Gröpl, aaO, § 121 Rn. 15, 23.

b. Die Praxis der Rechnungsprüfung

Die Rechnungshöfe der Länder prüfen die Wirtschaftsführung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einschließlich deren Beteiligungsunternehmen, teilen das Prüfergebnis dem zuständigen Intendanten, den jeweils zuständigen Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalt und der Geschäftsführung des geprüften Beteiligungsunternehmens sowie der KEF mit (§ 14 a Satz 1 RStV). Der Rechnungshof gibt dem Intendanten der jeweiligen Rundfunkanstalt und der Geschäftsführung des Beteiligungsunternehmens Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Prüfergebnis und berücksichtigt die Stellungnahmen bei dem abschließenden Bericht über das Prüfungsergebnis (§ 14 a Satz 2 RStV). Dieses Ergebnis teilt der Rechnungshof den Landtagen und den Landesregierungen der die Rundfunkanstalt tragenden Länder sowie der KEF mit. Der Abschlussbericht wird anschließend veröffentlicht (§ 14 a Satz 3 RStV). Dabei hat der Rechnungshof darauf zu achten, dass die Wettbewerbsfähigkeit der geprüften Beteiligungsunternehmen nicht beeinträchtigt wird und insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gewahrt werden⁸⁸.

Soweit diese Rechnungsprüfung die Rundfunkanstalten und Beteiligungsunternehmen, auch die KEF, unterrichtet, stärkt sie die Finanzautonomie des Rundfunks, bekräftigt die Maßstäbe der Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit von dessen Finanzgebaren, mag auch einer Selbstverpflichtung der Rundfunkanstalten⁸⁹ Entscheidungsgrundlagen bieten und dazu beitragen, die funktionsgemäße Finanzausstattung unter Wahrung der Programmautonomie sachgerecht fortzuentwickeln.

Wenn die Rechnungsprüfung ihre Prüfungsergebnisse den Landtagen und den Landesregierungen der die Rundfunkanstalt tragenden Länder mitteilt, spricht sie die staatlichen Körperschaften und deren Organe an, die Finanzierungsverantwortung für den Rundfunk tragen und über die Höhe des Rundfunkbeitrags bestimmen. Der Bericht und die Erörterung

88 Vergl. exemplarisch § 35 MDR-Staatsvertrag für die Länder Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen; §§ 14 a, 16 d RStV. Soweit Gesetze beim Prüfungsmaßstab nicht nur von "Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit", sondern von "Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit" sprechen, macht das inhaltlich keinen Unterschied, weil die "Sparsamkeit" ein Unterfall der "Wirtschaftlichkeit" ist, *Gröpl*, aaO, § 121, Rn. 9 ff; *Hufeld*, aaO, § 56 Rn. 8 f.

89 Zu deren Zulässigkeit vgl. BVerfGE 119, 181 (181) – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

des Berichtes veranlassen diese staatlichen Verantwortungsträger, ihre Finanzmaßstäbe rundfunkgerecht fortentwickeln. Sie erfahren ihr Wissen über die Realität des finanzwirtschaftlichen Rundfunkalltags nicht nur von den Rundfunkanstalten, sondern auch von einem mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten, in der Rationalität der Fachprüfung erprobten Prüfer. Die wertungs- und ergebnisoffenen Tatbestände der „Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit“ werden durch die Prüfberichte in der Konkretheit von Erfahrungsdaten, quantifizierten Bewertungen, strukturellen Beanstandungen und Handlungsempfehlungen verdeutlicht. Die Gefahr einer Fremdsteuerung durch Prüfung scheint gebannt, wenn die Rechnungsprüfung in gefestigter Praxis den Grundsatz der „Wirtschaftlichkeit“ als ein rein formales, die rundfunkpolitischen und journalistischen Wertungen ausblendendes Prinzip handhabt, sie ihren Bericht auf Strukturfragen beschränkt und Einzelfragen nicht behandelt.

Mit dem Bericht an die Landesparlamente wird auch die Öffentlichkeit erreicht. Außerdem veröffentlichen die Rechnungshöfe ihren abschließenden Bericht über das Prüfergebnis (§ 14 a S. 3 RStV). Auch diese Allgemeintransparenz ist vertretbar und hilfreich, wenn und soweit sie sich auf die finanzielle Ausstattung der Rundfunkanstalten beschränkt, ihre wirtschaftliche Lage, ihre Ertragserwartungen nach geltendem Gebührenrecht, ihre Defizitbereitschaft im Vergleich zu Rücklagen und zusätzlichen Erträgen würdigt, ihre Eigenkapitalbildung, ihre Verlustplanung und ihre Sparstrategien beurteilt, die Entwicklung von – formalen – Leistungsparametern und die Verwendung der Erträge möglichst vollständig und unmittelbar zur Finanzierung des Rundfunkauftrags fordert. Diese Prüfung der Rahmenbedingungen und Planungsgrundlagen rundfunkgerechter Finanzwirtschaft verzichtet auf Aussagen zu Notwendigkeit und Qualität der Einzelprojekte der Programmplanung, kommentiert auch die festgestellte Art der Produktion – Eigenproduktion, Koproduktion, Auftragsproduktion, Kaufproduktion, Originalproduktion und Wiederholung – nicht oder nur strukturell. Allerdings beurteilt der Rechnungshof die Finanzplanungen einschließlich der strukturellen und dauerhaften Reduzierung der Aufwendungen, betont die Erforderlichkeit nachhaltiger Planung, fordert für Planungsänderungen nachhaltige Gründe, die dargestellt und offen gelegt werden müssen, verweist in diesem Zusammenhang auch auf eine von der

ARD selbst angekündigte „Transparenzoffensive“⁹⁰. Die Information der Rechnungshöfe erreicht zunächst Rundfunk, Parlament und Regierung, sodann im abschließenden Bericht auch die Öffentlichkeit.⁹¹ Hier zeigt sich eine inzwischen strukturell gefestigte und gediegene Prüfungspraxis auf dem Weg zwischen dem beherzten Eintreten für Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und dem subtilen Respekt vor der freiheitlichen Selbstbestimmung von Rundfunkprogrammen und Rundfunkkonzeption. Die Prüfung selbst ist immer wieder aktuell und strukturell in ihren Maßstäben und Verfahren prüfungsbedürftig.

5. Ergebnis

Im Ergebnis wirkt und handelt der öffentlich-rechtliche Rundfunk nach den Prinzipien einer rundfunkeigenen, einzigartigen Transparenz. Sein Programmangebot ist allgemein zugänglich und für jedermann verfügbar. Seine Organisation ist auf Distanz zu Staat und Wirtschaft angelegt, in dieser Unabhängigkeit für die Öffentlichkeit ersichtlich. Die Struktur der Aufsichtsgremien schafft Transparenz bei deren Zusammensetzung, deren Themen und bei Vorkehrungen gegen äußere Einflüsse. Die Trennung zwischen allgemeiner Rundfunkgesetzgebung und Festsetzung der Rundfunkbeiträge schirmt die Rundfunkfreiheit gegen die Macht des „goldenen Zügels“ ab. Die Finanzierung durch den Rundfunkbeitrag sichert in der Öffentlichkeit einer separaten Gesetzgebung und des Gesetzesvollzugs die innere und äußere Unabhängigkeit des Rundfunks; sie bedarf stetiger Überprüfung. Das Recht der Rundfunkfinanzierung sieht in der KEF eine eigene Institution vor, die den Finanzbedarf des öffentlich-rechtlichen Rundfunks prüft, realitäts- und gegenwartsgerecht feststellt und der staatlichen Entscheidung über die Gebührenhöhe damit eine fachliche Grundlage gibt. Diese – einzigartige – Bedarfsfeststellung folgt abgestuften Transparenzerfordernissen, die sich von allgemeinen Maßstäben des Haushaltswesens abheben und den Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerecht werden. Die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Ver-

90 Vgl. exemplarisch Landesrechnungshof Sachsen-Anhalt, Wesentliche Ergebnisse der Prüfung der wirtschaftlichen Lage des MDR, 24.9.2014.

91 Zur allgemeinen mitschreitenden Prüfung und Beratung durch die Rechnungshöfe vgl. *Gröpl*, aaO, § 121 Rn. 53 f. Im Rundfunkrecht dürfte die Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 14 a S. 2 RStV stets einer Veröffentlichung vorausgehen.

wendung der Rundfunkmittel wird sodann von den Rechnungshöfen überprüft, die der Öffentlichkeit die Ergebnisse ihrer gegenwartsnahen Prüfungen berichten, ihren Abschlussbericht veröffentlichen und in ihren Berichten an die Landesparlamente ebenfalls die Öffentlichkeit erreichen.

IV. Informationsfreiheit und rundfunkgerechte Transparenz

Mit den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder seit 2005⁹² sucht der Gesetzgeber den freien Fluss von Informationen vom Staat zum Bürger zum Grundsatz zu erheben, Informationseinschränkungen zum Schutz öffentlicher Belange und privater Interessen hingegen als Ausnahmen zu qualifizieren.⁹³ Während bisher der verfassungsrechtliche Grundkonflikt der Informationsfreiheit mehr in der Verteidigung der Sphäre des Bürgers gegenüber dem Zugriff des Staates gesehen worden ist, betrifft nunmehr nach einem „Paradigmenwechsel“⁹⁴ der Grundkonflikt die Offenheit des Staates für einen Informationszugriff seiner Bürger. Es geht um Wissensgenerierung⁹⁵ für die Bürger. Deren Informationsfreiheitsrecht soll ein Instrument zur Kontrolle der Verwaltung durch die Bürger, mittelbar aber auch zur Meinungs- und Willensbildung in der Demokratie werden⁹⁶.

1. Das Grundrecht auf Information (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

a. Recht auf Informationsbeschaffung, nicht auf besondere Informationsquellen

Das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) begründet keine allgemeine Publizitätspflicht des Staates, sondern bezieht sich auf „allgemein zugängliche Quellen“. Der Schutzbereich des Art. 5 GG um-

92 Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes vom 5. September 2005, BGBl I, 2722, geändert durch Art. 2 Abs. 6 Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes vom 7.8.2013, BGBl I, 3154; zu den europarechtlichen Grundlagen vgl. *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2016, Einl. Rn. 88 ff., 91 ff. (Eigenverwaltungsrecht der EU: Transparenzgebot), 155 ff. (Unionsverwaltungsrecht: sektorspezifisches Richtlinienrecht).

93 *Schoch*, aaO, Einl. Rn. 5.

94 *Bröhmer*, aaO, 4.

95 *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, 8 f.

96 *Fehling*, Freier Informationszugang zwischen öffentlichen und privaten Interessen, DVBl 2017, 79 (80)

fasst kein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle.⁹⁷ Die Informationsfreiheit kann deshalb nicht als Quasi-Leistungsrecht auf Informationslieferung verstanden werden.⁹⁸ Geschützt ist das Recht auf Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen, nicht auf eine besondere Informationsquelle oder auf eine individuelle Antwort.⁹⁹

Ein Jedermannsrecht auf behördliche Auskunft und Akteneinsicht würde auch die Balance zwischen Transparenz und Vertraulichkeit¹⁰⁰ stören, den Staat in seinen Funktionsbedingungen treffen, praktisch unerfüllbar sein und gut organisierten Verbänden und Gruppen ein Instrument der Funktionsstörung in die Hand geben. Deswegen müsste ein Jedermannsrecht auf behördliche Information in die Grenzen eines berechtigten Interesses, einer persönlichen Betroffenheit gewiesen werden. Modellnorm ist die Justizgewähr des Art. 19 Abs. 4 GG. Dieses Jedermannsrecht erschließt den Rechtsweg nur demjenigen, der die Verletzung eigener Rechte durch die öffentliche Gewalt geltend macht.¹⁰¹ Popularklagen oder Verbandsklagen werden von der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfasst. Selbst wenn es ein Individualrecht auf Transparenz von staatlichen Behörden gäbe, würde dieses herkömmlich den Betroffenen vorbehalten.

b. Die Information als „Rohstoff“ der Informationsgesellschaft

Die Information gilt als „Rohstoff“ der Informationsgesellschaft, beschreibt unter diesem Stichwort die vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten von Informationen, die eine Kontrolle staatlichen Handelns erlaubt, die Teilhabe des Bürgers am Staatsgeschehen verbessert, die Wahrnehmung von Rechten ermöglicht, die Entwicklung des Menschen zum wissens- und willensbestimmten Entscheider und zum mündigen Bürger befördert.¹⁰²

97 BVerfGE 103, 44 (59 f.)- Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal.

98 BVerfGE 103, 44 (59) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal.

99 *Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: HStR III, ³2005, § 42 Rn. 56; *Kube*, Neue Medien – Internet, in: HStR IV, ³2006, § 91 Rn. 69 f.; *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, in: HStR VII, ³2007, § 162 Rn. 36 f.

100 Vgl. oben zu I 1.

101 Zu den Voraussetzungen *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, Kommentar, ⁷2014, Art. 19 Rn. 126 f. mN.

102 *Masing*, VVDStRL 63 (2004), 377 (393 ff.); *Schoch*, aaO, Einleitung Rn. 3, 15, 48 f.

Das Jedermannsrecht, „sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten“, begründet grundsätzlich einen Anspruch nur auf Teilhabe an einer bereits für die Allgemeinheit erschlossenen Quelle. Lediglich soweit es für den Zugang zu den tatsächlichen Grundlagen der Freiheitsausübung erforderlich ist, kann das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auch einen Anspruch auf Informationsbeschaffung, also einen Leistungsanspruch begründen.¹⁰³ Das Bundesverfassungsgericht betont in gefestigter Rechtsprechung, dass das Informationsgrundrecht wie die Mediengrundrechte keinen Anspruch auf die Eröffnung nicht allgemein zugänglicher Quellen begründen,¹⁰⁴ das aber eine vorhandene Öffentlichkeit – dort: der Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit – einen Anspruch auf Urteilsabdruck und Entscheidungszusendung begründen kann.¹⁰⁵ Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt – ebenfalls unmittelbar unter Rückgriff auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 und nicht auf ein Pressegesetz oder ein Informationsfreiheitsgesetz¹⁰⁶ –, dass ein Auskunftsanspruch der Medien allenfalls dann besteht, wenn andernfalls die Wahrnehmung ihrer grundrechtlichen Freiheit gefährdet wäre.¹⁰⁷

c. Die Medien sind informationsberechtigt, nicht informationsverpflichtet

Soweit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG den Medien einen Anspruch nicht nur auf Nutzung allgemein zugänglicher Informationsquellen gewährt, sondern darüber hinaus Leistungsansprüche zur Erleichterung und Förderung dieses Nutzungsanspruchs begründet, sind die Medien stets Freiheitsberech-

103 Vgl. grundsätzlich *Starck*, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfe zur Grundrechtsverwirklichung?, in: *Starck* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, Bd. I, 480 f.; *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, 14; *Winkler*, Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Medien im Kontext, *VerwArch* 2016, 536 (537)

104 BVerfGE 103, 44 (59 f.) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; BVerfGE 119, 309 (319) – Gerichtsfernsehen.

105 BVerfG, NJW 2015, 3708 (3710) – Zusendung eines strafgerichtlichen Urteils; vgl. auch BVerfGE 103, 44 (59 f.) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; BVerfGE 119, 309 (319) – Gerichtsfernsehen.

106 Vgl. dazu *Winkler*, aaO, *VerwArch* 2016, 536 (538 f.).

107 BVerwG, NVwZ 2016, 1020 (1022) – freies Abgeordnetenmandat, nicht mandatsbezogene Inanspruchnahme der Abgeordnetenpauschale; BVerwGE 152, 241 (246) – Gutachten durch den Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages; BVerwGE 151, 348 (350 ff.) – Bundesanstalt für Immobilienaufgaben.

tigte, nicht Freiheitsverpflichtete. Art. 5 Abs. 1 S. 1 begründet ein Jedermannsrecht, berechtigt insoweit auch die Medien, mag bei der Medienfreiheit wegen deren Informations- und Kontrollaufgabe gegenüber den Staatsorganen in der repräsentativen Demokratie¹⁰⁸ besondere Ansprüche auf Informationserleichterung begründen. Grundsätzlich aber sind die Medien informationsberechtigt wie Jedermann.¹⁰⁹

Diese für die freiheitliche Verfassungsstruktur des Grundgesetzes maßstabgebende Unterscheidung zwischen freiheitsverpflichtetem Staat und freiheitsberechtigten Grundrechtsträgern scheint durch die Informationsfreiheitsgesetze infrage gestellt zu werden, soweit diese die öffentlich-rechtliche Organisation des Rundfunks zum Anlass nehmen, um diesen Rundfunk zu einer informationspflichtigen Behörde zu machen, obwohl der öffentlich-rechtliche Rundfunk – wie alle Medien – Freiheitsberechtigter ist und deswegen an den grundrechtlich und gesetzlich gewährleisteten Informationsfreiheiten teilhat.

2. Die Informationsfreiheitsgesetze

a. Voraussetzungsloser Anspruch auf Informationszugang

Die Informationsfreiheitsgesetze¹¹⁰ begründen einen Anspruch auf Informationszugang für jedermann, gewähren im Wesentlichen einen Anspruch auf Akteneinsicht und auf Auskunft.¹¹¹ Bis zum Inkrafttreten des IFG (Bund)¹¹² sah das Bundesrecht einen voraussetzungslosen – von Selbstbetroffenheit und berechtigtem Interesse unabhängigen – Informationszugang nur für Einzelbereiche des Verwaltungsrechts vor. Insbesondere das Umweltinformationsrecht, das Registerrecht, das Archivrecht, das Stasi-Unterlagenrecht und das Verbraucherinformationsrecht begründen ein Jedermannsrecht auf besondere, tatbestandlich umgrenzte Informationen.¹¹³

108 BVerfGE 20, 162 (175 f.) – Spiegel; BVerfGE 25, 256 (268) – Blinkfuer; BVerfGE 50, 234 (239 f.) – Ausschluss eines Reporters.

109 Winkler, VerwArch 2016, 536 (539).

110 Für eine Übersicht über die geltenden Gesetze Schoch, aaO, Einl. Rn. 202 f.

111 Vgl. exemplarisch Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (IFG) v. 5.9.2005, BGBl. I, 2722, geändert durch Gesetz v. 7.8.2013, BGBl. I, 3154, dort § 1.

112 Vgl. Fn. 111.

113 Schoch, aaO, Einl. Rn. 27 ff; Fehling, DVBl. 2017, 79 (81).

Das allgemeine Datenschutzrecht kennt Informationsansprüche meist nur für Daten über die eigene Person. Sie gelten grundsätzlich auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.¹¹⁴ Das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen personenbezogener Daten zu journalistisch-redaktionellen Zwecken modifiziert diesen Anspruch jedoch erheblich. Zudem tritt an die Stelle des Bundes- oder Landesbeauftragten für Datenschutz ein besonderer Datenschutzbeauftragter der jeweiligen Rundfunkanstalt.¹¹⁵

Besondere Informationsrechte der Medien kennen die Landespressegesetze, die dem presserechtlichen Auskunftsanspruch nachgebildeten rundfunkrechtlichen Informationsansprüche nach dem Rundfunkstaatsvertrag, auch das Stasi-Unterlagengesetz und die Grundbuchordnung. Im Übrigen entwickelt die Rechtsprechung einen – ungeschriebenen – Anspruch auf ermessensfehlerfreie behördliche Entscheidung über den Antrag auf Informationszugang.¹¹⁶ Das BVerwG leitet einen Auskunftsanspruch der Presse direkt aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ab.¹¹⁷

b. Abwägung von Informationszugang und Vertraulichkeitsrechten

Diese Neuregelung begründet aber nicht einen strukturellen Wechsel von einer „Arkantradition“ hin zu einer offenen Exekutive mit umfassender öffentlicher Überwachungsmöglichkeit der Verwaltungs- und Regierungstätigkeit durch die interessierte Öffentlichkeit.¹¹⁸ Vielmehr begegnet der Anspruch auf Informationszugang entgegenstehenden Vertraulichkeits- und Geheimhaltungsrechten und muss auf diese abgestimmt werden.

114 Das BayDSG gewährt in § 36 einen Anspruch, der dem Informationsfreiheitsrecht zumindest ähnlich ist, dazu sogleich Fn. 151.

115 Art. 20 f. BayRG; §§ 16-18 Deutschlandradio-Staatsvertrag; § 3 Abs. 5, 37 HDStG; §§ 39-42 des Staatsvertrages des Mitteldeutschen Rundfunks; § 41 und 42 des Staatsvertrages über den Norddeutschen Rundfunk; §§ 1 und 36 BremDSG; §§ 36 f. des Staatsvertrages über den Rundfunk Berlin-Brandenburg; § 11 SMG; § 39 SWR-Staatsvertrag; § 37 BW LDStG; §§ 48 f. des Gesetzes über den Westdeutschen Rundfunk; §§ 16 f. des Staatsvertrages über das Zweite Deutsche Fernsehen.

116 BGH, NJW 2015, 3648; VGH BW, VBLBW 2014, 355 (356); vgl. auch § 29 VBvFG, § 25 SGB X, *Schoch*, aaO, Einl. Rn. 38.

117 BVerwG DVBl. 2013, 1118.

118 *Fehling*, DVBl 2017, 79 (87).

Die Informationsfreiheitsgesetze regeln keinen allgemeinen Individualanspruch auf Behördentransparenz, sondern Ansprüche auf Auskunft und Akteneinsicht, die inhaltlich in den Funktionsbedingungen des Staates, in Vertraulichkeit und Datenschutz, auch in Sicherheits-, Fiskal- und Wirtschaftsinteressen des Staates ihre Grenzen finden.¹¹⁹

Das IFG des Bundes – ähnlich die Gesetze der Länder – anerkennen staatliche Sicherheitsbelange als Gründe für die Versagung des Informationszugangs (§ 3 Nr. 1 c, Nr. 2)¹²⁰, schützen die Vertraulichkeit behördlicher Beratungen,¹²¹ anerkennen besondere, durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift geregelte Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitspflichten sowie das Berufs- und Amtsgeheimnis (§ 3 Nr. 4).¹²² Der Informationsanspruch besteht auch nicht bei vertraulich erhobener oder übermittelter Information, soweit das Interesse des Dritten an einer vertraulichen Behandlung im Zeitpunkt des Antrags auf Informationszugang fortbesteht (§ 3 Nr. 7)¹²³. Schranken setzt auch der Schutz personenbezogener Daten,¹²⁴ der Schutz des geistigen Eigentums und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 6), ebenso der Urheberrechtsschutz.¹²⁵ Diese Einschränkungen der Informationszugangsfreiheit¹²⁶ enthalten objektiv-rechtliche Gewährleistungen und subjektive Rechtsansprüche, die aus der Informationszugangs-,freiheit“ einen Abwägungsanspruch machen.

119 §§ 3, 4, 5, 6 IFG.

120 § 3 Nr. 1 c, Nr. 2 IFG.

121 Insbes. § 3 Nr. 3 b, aber auch a IFG.

122 § 3 Nr. 4 IFG.

123 § 3 Nr. 7 IFG.

124 § 5 IFG; vgl. die Rspr. des BVerfG zum Datenschutz BVerfGE 27, 1 (6) – Mikrozensus; BVerfGE 27, 344 (350 f.) – Ehescheidungsakten; BVerfGE 32, 373 (379) – Ärztliche Schweigepflicht; BVerfGE 35, 202 (220) – Lebach-Urteil; BVerfGE 44, 353 (372 f.) – Beratungsstelle für Suchtkranke; BVerfGE 56, 37 (41 ff.) – Selbstbezeichnung des Gemeinschuldners; BVerfGE 63, 131 (142 f.) – Gegendarstellung; BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – Volkszählung; BVerfGE 100, 313 – Telekommunikationsüberwachung; BVerfGE 103, 21 – Genetischer Fingerabdruck (Straftaten in Altfällen); BVerfGE 109, 289 – Akustische Wohnraumüberwachung; BVerfGE 112, 304 – GPS-Observation; BVerfGE 115, 320 – Präventive Rasterfahndung; BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchungen; BVerfGE 120, 378 – Automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen.

125 BVerwG DVBl. 2015, 1462.

126 In den Einzelausprägungen insges. umstritten vgl. *Fehling*, DVBl 2017, 79 (81 f., 83 f.); *Schoch*, aaO, Einl. Rn. 85 ff.

Dieser schonende Ausgleich zwischen Informationszugangsanspruch und Vertraulichkeitsrechten gewinnt praktische Bedeutung auch für die Rundfunkanstalten, wenn und soweit die Informationsfreiheitsgesetze auf diese anwendbar sind.¹²⁷ Die Rundfunkfreiheit garantiert insbesondere die zunächst interne und vertrauliche Recherche. Der Freiheitsberechtigte entscheidet, ob, wann und wie seine Informationen veröffentlicht werden.¹²⁸ Die Rundfunkfreiheit als Informationsfreiheit umschließt auch das Recht, vertraulich erhobene oder übermittelte Informationen zum Schutz der Informanten gegenüber Informationsinteressen Dritter – hier insbesondere Privater – zu wahren.¹²⁹ Dabei darf der Rundfunk auch nicht über persönlichkeitsbezogene Daten, Urheberrechte, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Dienste des Informationsinteresses Dritter disponieren. Schließlich berechtigt die Rundfunkfreiheit auch zur selbstbestimmten Gestaltung der Information: Der Redakteur rückt einiges in das Licht der Öffentlichkeit, belässt anderes im Dunkel des Nichtveröffentlichen, wählt Informationen aus, akzentuiert, kommentiert und karikiert sie, wirkt im Wechsel zwischen Bild und Ton mit den unterschiedlichen Informationsmitteln, wirbt in der Wahl seiner Worte und der Darstellung im Bild für eine Aussage oder vermittelt dem Hörer und Zuschauer eine geistige Distanz. Rundfunkfreiheit ist Informationsfreiheit des Rundfunks und der Rundfunkbediensteten, die nicht durch ein Jedermannsrecht auf Informationszugang in Frage gestellt werden darf.

c. Informationszugang „gegenüber den Behörden“

Wenn die Informationsfreiheitsgesetze einen Jedermannsanspruch auf Informationszugang begründen, zielt dieser Anspruch nicht auf allgemeine Transparenz staatlichen Handelns, sondern auf eine besondere Form der Verwaltungskontrolle, die andere staatliche Kontrollmechanismen – insbesondere Aufsicht, Rechnungshofkontrolle, gerichtliche Kontrolle – ergänzt.¹³⁰ Darüber hinaus verbessert der Anspruch auf Informationszugang

127 Vgl. dazu sogl. unter c.

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

129 BVerfGE 100, 313 (365) – Telekommunikationsüberwachung.

130 Schoch, aaO, Einl. Rn. 49, § 1 Rn. 120.

die Teilhabe des Bürgers am Staatsgeschehen,¹³¹ stützt und stärkt den informierten, dank seines Wissens demokratiefähigen Bürger. Information ist Voraussetzung der grundrechtlichen Meinungs- und Willensbildung, auf dieser Grundlage auch der lebendigen Demokratie. Der einzelne Freiheitsberechtigte braucht die Information, um seine Rechte wirksam wahren zu können,¹³² um ökonomisch informiert als wissender Marktteilnehmer seine Erwerbs- und Konsumfreiheiten wahrzunehmen,¹³³ seine Persönlichkeitsrechte zu entfalten.¹³⁴ Information und Wissen ist Grundlage selbstbestimmter Freiheit. Schließlich wird die Allgemeinheit der Information durch die Staatszielbestimmungen des Rechtsstaatsprinzips¹³⁵ und insbesondere das Demokratieprinzip gestützt¹³⁶ und gefestigt.¹³⁷

Nach den Informationsfreiheitsgesetzen¹³⁸ besteht der Informationsanspruch „gegenüber den Behörden“. Für sonstige Organe und Einrichtungen gilt das Informationsfreiheitsgesetz, „soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen“. ¹³⁹ Der Begriff der „Behörde“ wird in der Rechtsordnung nicht einheitlich verwendet. ¹⁴⁰ Behörde meint zumindest im Schwerpunkt eine in die Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und rechtlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbständigkeit und öffentlicher Autorität im Dienst staatlicher und von ihm geförderter Zwecke tätig ist.¹⁴¹ Die Auslegung des Tatbestandes „Behörde“ ist je nach betroffenem Sachbereich unterschiedlich.¹⁴² Für den

131 Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, 99 ff.

132 Kloepfer, in: ders., Die transparente Verwaltung – Zugangsfreiheit zu öffentlichen Informationen, 2003, 9 (18).

133 Vgl. BFHE 215, 32 – Auskunftsanspruch zur Vorbereitung einer Konkurrentenklage gegen einen kommunalen Betrieb.

134 Vgl. exemplarisch BVerfGE 79, 256 (269) – Kenntnis der eigenen Abstammung, BVerfGE 117, 202 (226) – Vaterschaftsfeststellung; BVerfGE 120, 351 (360) – Datensammlung über steuerliche Auslandsbeziehungen.

135 Zurückhaltend Schoch, aaO, Einl. Rn. 32.

136 Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 291 ff.; Schoch, aaO, Einl. Rn. 83.

137 Fehling, DVBl. 2017, 79 (80).

138 Exemplarisch § 1 Abs. 1 S. 1 IFG.

139 § 1 Abs. 1 S. 2 IFG.

140 Gross in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVWR), Band I, 2012, § 13 Rn. 85; Jestaedt, das., § 14 Rn. 37; Schoch, aaO, § 1 Rn. 10.

141 BVerfGE 10, 20 (48) – Stiftung „Preußischer Kulturbesitz“.

142 Zur Entwicklung und bereichsspezifischen Bedeutung des Begriffs vgl. eingehend Schoch, aaO, § 1 Rn. 110 f.

Informationszugang setzt der Tatbestand „Behörde“ voraus, dass eine Stelle dem Staat zugeordnet ist und Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt.¹⁴³ Zugangsverpflichtet ist die Exekutive – nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung. Der Begriff Verwaltung umfasst Regierung und vollziehende Gewalt.¹⁴⁴ Voraussetzung der Wahrnehmung „öffentlich-rechtlicher Verwaltungsaufgaben“ ist die Erfüllung staatlicher oder staatlich geförderter Zwecke auf der Grundlage des Öffentlichen Rechts.¹⁴⁵ § 1 Abs. 1 S. 2 IFG hat insoweit nur klarstellende Bedeutung.¹⁴⁶

Nach diesem Maßstab ist schon fraglich, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine organisatorisch dem Staat zugeordnete Stelle ist. Seine Organisation als öffentlich-rechtliche Anstalt hat gerade die Aufgabe, die freiheitsnotwendige Staatsferne dieses Rundfunks sicherzustellen. Jedenfalls aber erfüllen die Rundfunkanstalten bei ihrer Programm- und Sendetätigkeit keine öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgabe, sondern nehmen Freiheitsrechte wahr, und geben der Informationsfreiheit von jedermann aus allgemein zugänglichen Informationsquellen eine freiheitliche Grundlage. Deswegen spricht vieles dafür, die Rundfunkanstalten nicht als Adressaten der Informationspflicht nach den Informationsfreiheitsgesetzen zu verstehen.

Allerdings bestimmen Landesrundfunkgesetze teilweise ausdrücklich, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten informationspflichtig seien.¹⁴⁷ Mehrere Gesetze anerkennen eine Informationspflicht nur, soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Einige Länder nehmen journalistisch-redaktionelle Informationen vom Anspruch auf Informationszugang aus, setzen also eine grundsätzliche Informationspflicht voraus.

Für eine praktische Handhabung der Rechtsfragen zur Transparenz empfiehlt es sich deshalb, eine Informationspflicht der Landesrundfunkan-

143 Vgl. *Schoch*, aaO, § 1 Rn. 116 ff.

144 BVerwGE 141, 122 (Rn. 13 f.), NVwZ 2012, 251 – Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen; vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 2 sowie § 3 Nr. 1 Lit. a, c IFG, die jeweils eine Informationspflicht der Bundesregierung voraussetzen.

145 *Schoch*, aaO, § 1 Rn. 178; *Rossi*, aaO, Rn. 57.

146 BVerwGE 141, 122 (Rn. 118) – Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen; BVerwG, NVwZ 2015, 1603 – Informationszugang zu mandatsbezogenen Zuarbeiten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages.

147 Vgl. sogleich zu d.

stalten nicht generell zu verneinen.¹⁴⁸ Dank der Ausnahmen gilt diese Informationspflicht¹⁴⁹ allerdings nur dann, wenn die Rundfunkanstalt außerhalb des Kerns der von ihr gewährleisteten Rundfunkfreiheit tätig wird.

d. Unterschiede in Geltung und Rundfunkvorbehalten

Dieser Rundfunkfreiheit als Informationsfreiheit des Rundfunks tragen die Landesinformationsfreiheits- und -transparenzgesetze Rechnung. Nach diesen – unterschiedlich ausgestalteten – Gesetzen sind die Rundfunkanstalten grundsätzlich informationsfreiheitsberechtigt, nicht informationsverpflichtet. Die Länder Bayern, Hessen, Niedersachsen¹⁵⁰ und Sachsen kennen keine Informations- und Transparenzgesetze. Deswegen gelten für den Hessischen Rundfunk keine gesetzlichen Transparenzpflichten. Der Bayerische Rundfunk begegnet einem datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch gegenüber öffentlichen Stellen.¹⁵¹ Thüringen hat ein Informationsfreiheitsgesetz, nimmt aber die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausdrücklich von der Geltung dieses Gesetzes aus.¹⁵² In anderen Ländern gilt das IFG für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nur, soweit sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen und dies staatsvertraglich geregelt ist.¹⁵³ Diese Regel ist Maßstab für Radio Bremen. Einige

148 OVG NW, NVwZ 2012, 902 – Auskunftsanspruch eines Journalisten gegenüber dem WDR; bestätigt durch BVerwG, ZD 2014, 98; *Schoch*, aaO, § 1 Rn. 94.

149 Zum Informationsrecht der Rundfunkveranstalter gegenüber Behörden vgl. § 9a RStV; zur Frage eines Vorrangs dieses medienpezifischen Informationsrechts bejahend *Flechsigt*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 9a RStV, Rn. 12; verneinend *Schoch*, aaO, § 1 Rn. 94; zum Auskunftsanspruch von Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten Bay VGH, DVBl. 2017, 574.

150 § 16 NDSG gewährt grundsätzlich einen Anspruch auf Auskunft oder Akteneinsicht bei einer datenverarbeitenden Stelle über Daten der eigenen Person.

151 Bayern gewährt in Art. 36 BayDSG einen Auskunftsanspruch (nicht Akteneinsicht); „es spricht einiges dafür“, dass diese Kodifikation eines allgemeinen Informationszugangsanspruchs gegenüber öffentlichen Stellen den Informationsfreiheitsanspruch in Bayern abschließend regelt, Bay VGH, DöV 2017, 459; die Frage des Gesetzesvorrangs gegenüber Kommunal Satzungen wurde im Ergebnis wegen Verstoßes gegen das Erfordernis des Gesetzesvorbehalts offengelassen, aaO, 460.

152 § 2 Abs. 6 ThürIFG.

153 § 2 Abs. 2 Nr. 4 LIFG BW, § 3 Abs. 7 LTranspG RLP, § 1 S. 3 SIFG (ohne Erfordernis staatsvertraglicher Regelung).

Länder nehmen journalistisch-redaktionelle Informationen vom Anspruch auf Informationszugang aus.¹⁵⁴ Für diese Länder stellt sich damit die Frage, wie weit diese Ausnahme programmerheblicher Tätigkeit reicht,¹⁵⁵ ob im Übrigen der Informationsanspruch von anderen Informationsbeschränkungen (Wettbewerbs- und Kartellrecht) modifiziert wird.¹⁵⁶ Der Vorbehalt für journalistisch-redaktionelle Informationen gilt unmittelbar für den Saarländischen Rundfunk. Der Bund und die übrigen Länder¹⁵⁷ haben Informationsfreiheitsgesetze, ohne deren Anwendung auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausdrücklich zu regeln. Für den Westdeutschen Rundfunk und Rundfunk Berlin-Brandenburg lassen die dort geltenden Gesetze also offen, inwieweit der Rundfunk durch das IFG verpflichtet ist. Entsprechende Fragen stellen sich für das Deutschlandradio¹⁵⁸ und die Deutsche Welle¹⁵⁹, die nach dem Maßstab des IFG des Bundes zu beurteilen sein dürften.

Bei Mehrländeranstalten, die im Geltungsbereich verschiedener Länder wirken, kann ein Landesgesetzgeber allein keine verbindliche Regelung für diese Anstalten treffen. Die – eingeschränkte – Rechtsaufsicht über den Rundfunk wird durch alle Staatsvertragsländer ausgeübt, dürfte deshalb in den Landesgesetzen nur bei einem übereinstimmenden Inhalt, im Übrigen im Staatsvertrag eine Rechtsgrundlage finden. Der Mitteldeutsche Rundfunk wirkt in Sachsen, Thüringen und Sachsen-Anhalt. In Sachsen gilt kein IFG. § 2 Abs. 6 des Thüringer IFG schließt eine Geltung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus. Sachsen-Anhalt kennt ein IFG mit Vorbehalt für journalistisch-redaktionelle Informationen. Hier beansprucht kein Landesgesetz Geltung für den gesamten Wirkungsbereich des MDR, der seinen Rundfunkauftrag grundsätzlich einheitlich für sein gesamtes Sendegebiet erfüllt. Eine Rechtsgrundlage für einen Transparenzanspruch dürfte deshalb allenfalls entstehen, wenn die beteiligten Landesparlamente sich auf eine gleiche Regelung verständigen oder die beteiligten Länder in einem Staatsvertrag eine gemeinsame Regel vereinbaren.¹⁶⁰

154 § 3 Nr. 9 BremIFG, § 5 Nr. 6 HmbTG, § 3 Nr. 10 IZG LSA.

155 Vgl. unten zu V 2 a.

156 Vgl. unten zu V 2 c.

157 Vgl. BlnIFG, BbgAIG, IFGMV, IFG NRW, IZG-SH.

158 Von den Ländern errichtet, dazu *Schoch*, aaO, § 1 Rn. 100.

159 Vgl. dazu *Schoch*, aaO, § 1 Rn. 169.

160 Vgl. sogleich zu e.

Entsprechendes gilt für den Norddeutschen Rundfunk, dessen Rundfunkgebiet die Länder Hamburg, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein umfasst. Niedersachsen kennt kein IFG. In Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein gelten jeweils Gesetze ohne Rundfunkvorbehalt. In Hamburg gilt das IFG nicht für journalistisch-redaktionelle Informationen. Auch hier dürfte eine verbindliche Rechtsgrundlage für das einheitliche Sendegebiet erst durch vereinheitlichte Landesgesetze oder durch einen Staatsvertrag entstehen.

Das Sendegebiet des Südwestrundfunks umfasst Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz. In beiden Ländern gilt ein IFG, das aber auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nur anwendbar ist, soweit sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen und dies staatsvertraglich geregelt ist. Im Bereich von Rundfunk Berlin-Brandenburg stimmen das BlnIFG und das BbgAIG darin überein, dass sie keine besonderen Regeln für den Rundfunk enthalten. Damit haben die meisten Landesgesetze den Rundfunk zumindest in seiner Kernaufgabe von den Informationspflichten der LIFG ausgenommen. Lediglich für den WDR und den rbb stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Informationsfreiheit des Rundfunks und Informationsanspruch des Jedermann verfassungsunmittelbar.

Für alle Rundfunkanstalten bleibt zu prüfen, ob das jeweilige IFG auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk angewandt werden darf. Der Rundfunk gewährleistet in seiner Struktur als öffentlich-rechtliche Anstalt das Grundrecht der Rundfunkfreiheit. Es ist um seiner Freiheit, seiner Distanz zum Staat willen Anstalt des öffentlichen Rechts, ist insoweit nicht Behörde, nicht Verwaltungsstelle.

e. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk als informierender Grundrechtsträger

Der öffentliche rechtliche Rundfunk ist öffentlich-rechtlich organisiert und wird durch Beiträge finanziert, damit er – unabhängig von Staat und Wirtschaft und unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen – ein Programm anbieten kann, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht. Er soll das den Regeln des Marktes folgende Programm des privatwirtschaftlichen Rundfunks ausgleichen und ergänzen, soll abgeschirmt gegen eine ökonomische Fremdsteuerung durch die Macht des Geldes, die Medienkonzentration und deren Kapitalverflechtung seinen Programmauftrag „unbeeinflusst

von jeglicher Indienstnahme für außerpublizistische Zwecke, seien sie politischer oder ökonomischer Art, erfüllen.“¹⁶¹ Er entscheidet freiheitlich (Art. 5 Abs. 1 GG) über das Beschaffen, Bewerten und Verbreiten von Informationen,¹⁶² ist dabei organisatorisch nach dem Modell der Gruppenpluralität¹⁶³ gegen spezielle Informationsansprüche gesellschaftlicher Gruppen oder Einzelpersonen abgeschildert. Das Recht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks organisiert ein der Allgemeinheit dienendes Freiheitsrecht: Die Rundfunkfreiheit ereignet sich in einem Umfeld, in dem sich Meinungsvielfalt, Programmeigenständigkeit, Offenheit der Themenwahl, verlässliche Unterrichtung und wohlbedachte Kommentierung nicht selbstverständlich entfalten. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk soll hier seine grundrechtlich geschützte Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) im Dienst allgemein zugänglicher, vielfältiger Information aller Rundfunkteilnehmer wahrnehmen. Er handelt nicht als staatliche Behörde, sondern als informierender, freiheitsberechtigter Grundrechtsträger.

Damit ist auch die Gleichheit der Transparenz zwischen öffentlichem und privatem Rundfunk sowie zwischen Rundfunk und anderen Medien gewährleistet. Einige der rechtspolitischen Transparenzinitiativen wollen gerade in diesem Vergleich eine Verschiedenheit begründen, weil der öffentlich-rechtliche Rundfunk beitragsfinanziert sei. Diese Beitragsfinanzierung will aber den Rundfunk gerade freiheitlicher und unabhängiger gestalten, ihn nicht zusätzlichen Bindungen unterwerfen, die eine Erfüllung seines Auftrags in Konkurrenz mit den privaten Anbietern erschweren würde. Außerdem könnten Wettbewerbsangleichungen allenfalls überzeugen, wenn für den privaten Rundfunk gleiche Bedingungen gelten, er insbesondere seinen Ertrag – ähnlich dem Verfahren der KEF – auch einer Bedarfskontrolle unterwerfen würde. Das aber widerspräche den Prinzipien von Markt und Wettbewerb.

Im Ergebnis ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk somit nach den Informationsfreiheitsgesetzen der Länder informationsberechtigt, jedenfalls im Kern der programmerheblichen Informationen aber nicht informationsverpflichtet. Im Übrigen ergibt sich aus der Stellung des öffentlich-rechtli-

161 BVerfGE 83, 238 (311) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 87, 181 (199) – Werbeverbot; BVerfGE 119, 181 (218) – Rundfunkfinanzierungsvertrag; BVerfGE 136, 9 (30 ff.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

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

163 BVerfGE 136, 9 (Rn. 65 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

chen Rundfunks und seiner Mitarbeiter als Freiheitsberechtigten nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, dass sie nicht gleichzeitig freiheitsberechtigt und freiheitsverpflichtet sein können. Der Freiheitsberechtigte aber entscheidet autonom über Ausmaß, Art und Zeitpunkt seines Informierens. Wären die Rundfunkanstalten informationspflichtig, also in ihrer Informationsfreiheit fremdbestimmt, hätte das für das Grundrechtsverständnis aller nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berechtigten Medien grundsätzliche Bedeutung: Der gleichheitsrechtliche Gehalt der Medienfreiheit¹⁶⁴ hat zur Folge, dass um der gleichen Freiheit aller Medien willen nicht für einzelne Freiheitsberechtigte Sonderpflichten begründet werden dürfen. Eine offene und freie Information und Kommunikation setzt insbesondere in ihrer Bedeutung für die Demokratie¹⁶⁵ voraus, dass alle Medien ungehindert und unter gleichen Bedingungen an dem ständigen Prozess der Information, Meinungsäußerung und öffentlichen Kritik teilnehmen.¹⁶⁶ Diese Gleichheit und Freiheit im publizistischen Wettbewerb ist für die Medien und die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG konstitutiv. Transparenzpflichten gelten für alle Medien oder sie gelten nicht.

f. Gemeinsame Länderregelung für länderübergreifende Anstalten

Dieser im Recht der Medienfreiheit angelegte Gleichheitssatz für Medien¹⁶⁷ hat auch Folgen für die Landesgesetzgebungskompetenz, die grundsätzlich je nach Gesetzgebungshoheit des Landes verschiedene Regelungen erlaubt. Der je eigenständige Kompetenzbereich des Landesgesetzgebers rechtfertigt gesetzliche Differenzierungen der jeweiligen Landesgesetze. Der Hebesatz für die Gewerbesteuer¹⁶⁸, die Maßstäbe des Hochschulrechts,¹⁶⁹ die Eingriffsvoraussetzungen für die Polizei sind je nach

164 BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel; vgl. auch o. I, 2 c.

165 Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, ³2004, § 24 Rn 3 f., 68; Eichenberger, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie, in: FS für Leo Schürmann, 1987, 405 f.; Schoch, VVDStRL 57 (1998), 169 (187 ff.).

166 Seit BVerfGE 7, 198 (205 ff.) – Lüth; BVerfGE 20, 162 (174 ff.) – Spiegel stRspr.

167 BVerfGE 124, 300 (338) – Wunsiedel; P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 2015, Art. 3 Abs. 1, Rn. 193.

168 Vgl. § 16 Abs. 1 Gewerbesteuergesetz; zur rechtfertigenden Kraft dieser Kommunalaufonomie gegenüber der Gleichmäßigkeit wettbewerbswirksamer Gewerbesteuer vgl. BVerfGE 21, 54 (68 f.) – Lohnsummensteuer.

169 BVerfGE 33, 302 (352) – Numerus clausus.

Bundesland verschieden, weil der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gesetzgebungsautonomie diese Verschiedenheiten geregelt hat. Wenn der Landesgesetzgeber jedoch bei Erlass von Transparenzpflichten regionale Unterschiede für bundesweit tätige Rundfunkanstalten begründet, können diese Differenzierungen nicht mehr mit dem Bundesstaatsprinzip gerechtfertigt werden. Wenn ein in allen Ländern direkt empfangbares Rundfunkprogramm nach Maßgabe von Bundesrecht (Art. 5 Abs. 1 GG) gemeinsam produziert und ausgestrahlt wird,¹⁷⁰ diese Gemeinsamkeit technisch notwendig oder im Rahmen des Rundfunkauftrags geboten ist, müssen die Länder zusammenwirken und zur Selbstkoordination Vereinbarungen treffen, um den Veranstaltern einheitliche – vom Grundgesetz geprägte – Maßstäbe zu bieten. Dies gilt umso mehr, wenn die Länder durch Vertrag und Gesetzgebung Gemeinschaftseinrichtungen – wie die ARD und das ZDF – geschaffen haben und Gemeinschaftsprogramme¹⁷¹ senden. Diese Organisationen folgen in ihrem Handeln und ihrer Finanzierung einem einheitlichen Maßstab. Dieser wird dann „bereichsspezifisch“ rundfunkgerecht bemessen.¹⁷² Handlungsmittel ist der Staatvertrag.

Im Ergebnis ist das Recht auf Rundfunktransparenz ein objektives Recht, das nicht die Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation durch millionenfache Berechtigungen auf Auskunft und Akteneinsicht ad absurdum führen darf, das aber den Rundfunk, seine Organe, die KEF, die Rechts- und die Dienstaufsicht bindet, wenn sie die Rahmenbedingungen für Rundfunk- und Informationsfreiheit bestimmen. Bei berechtigtem Interesse und individueller Verletzung eigener Rechte mag es auch subjektive Berechtigungen auf Transparenz von Medien geben. Allerdings ist Information der Kernauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der in der Vielfalt der Rundfunkfreiheit, geprägt von binnenpluraler Offenheit und Unparteilichkeit, in Distanz zu Staat und Wirtschaft erfüllt werden muss. Diese Informationsfreiheit der Rundfunkanstalten und die Informa-

170 BVerfGE 73, 118 (196 f.) – Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz; vgl. auch schon BVerfGE 12, 205 (254 ff.) – Fernseh GmbH.

171 § 11 b Abs. 4 RStV.

172 Zur Parallele der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 S. 1 GG) vgl. BVerfGE 6, 32 (34) – Elfes-Urteil; BVerfGE 110, 177 (191) – Freizügigkeit der Spätaussiedler; zur freien Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG), BVerfGE 33, 303 (352) – Numerus clausus; zur Anwendung von Bundesstrafrecht durch Landesgerichte BVerfGE 90, 145 (190 ff.) – Cannabis; insgesamt: P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 3 Abs. 1, 2015, Rn. 163 ff.

tionsvielfalt der Rundfunkangebote dürfen nicht durch Informationsberechtigungen von einzelnen und Gruppen strukturell verzerrt werden.

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 *Cor-nils*, 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 gedeutet 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 binenplurale 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 Verfassungen 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 § 16a 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) – Rundfunkgebühren.

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 Indienstnahme 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 will“.¹⁹⁴

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 Programmmitwirkenden, 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 Beihilfevorschriften 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 Verfassungs 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 wettbewerbsfähig, 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, dass 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 Finanzierungsgarantie ist, die ihm aufgegebenen Programmbreite, Programmvietfalt 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 (1989) – Entscheidung der Rundfunkanstalt, ein Musikstück nicht mehr zu senden, als Programmgestaltung.

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

VI. Aktuelle Einzelfolgerungen

1. Selbstvergewisserung und Selbstdarstellung des Rundfunks

Die aktuelle Diskussion um die Transparenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betrifft weniger die Ersichtlichkeit und öffentliche Kontrollierbarkeit der Rundfunkorganisation, sondern mehr die Sachlichkeit, Unparteilichkeit und Glaubwürdigkeit der Programme.²⁴³ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk müsse neue „Leuchttürme von Qualität und Verlässlichkeit“ errichten, die Person des Berichterstatters und Moderators gegenüber den Sachverhalten zurücknehmen, eine Selbstdistanzierung der Rundfunkbeteiligten von den etablierten Rollen und Routinen – hin zu mehr Nachdenklichkeit, Beurteilungsimpulsen, Integrationsbereitschaft – entwickeln. Eine „neue Ehrlichkeit“ gegenüber den Erwartungen der Rundfunknutzer ist geboten, die insbesondere eine nüchterne Information, eine sachliche Moderation, eine Befähigung zur demokratischen Eigenbeurteilung der Nutzer fordert. Angesichts der neuen Kommunikationsräume, die einzelne Nutzergruppen mit den Informationen und Wertungen ansprechen, die dort schon vorgefunden und dann in „Echokammern“ verstärkt werden, muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine Gesamtöffentlichkeit herstellen, in einem Vollprogramm Interessen und Sichtweisen weiten, Fehlinformationen durch Tatsachenberichte widerlegen, Hass und Håme mit dem Stil eigener Gelassenheit und Nüchternheit beantworten.

Vor allem wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk der Anonymität von Meinungszirkeln in den neuen Medien entgegenwirken müssen. Organisierte Aufgeregtheit wird durch einen Journalismus der Fakten, der nachhaltigen Informationslinien, des in der Stetigkeit erprobten und bewährten Kommentars aufgefangen werden können. Das breite Angebot von Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung muss grundsätzlich in allen technisch möglichen Verbreitungswegen – insbesondere auch durch eigene Plattformen – möglich sein. Wichtige Adressaten des Sendeangebots sind Kinder und Jugendliche, Heranwachsende und Studierende in ihrem Infor-

243 Vgl. insbesondere jüngst: Tagung „Auftrag der Zukunft: Agenda und Struktur des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von morgen“, am 12. 3. 2017 in Berlin, Bericht ARD, Generalsekretariat, v. 14. 3. 2017.

mations- und Unterhaltungsbedürfnis, Wissen und Wissenschaft, Familien und Erwerbstätige insbesondere in ihren Alltagsbedürfnissen (und ihrer täglichen Zufriedenheit). Der Fernsehzuschauer, der zwei Stunden „auf dem Sofa sitze und zuschaue“, sei Vergangenheit. Die Zukunft gehöre dem Nutzer, der den Zeitpunkt seiner Programnteilnahme selbst bestimme, im Programm aktiv beteiligt werden wolle, auch die Möglichkeit zum Dialog mit den Rundfunkanstalten stetig vorfinde.

Das Programm wird nicht durch immer mehr Fakten, nicht durch Diskussionen in abrupten Gegenläufigkeiten, nicht durch Andeutung, Vermutung und Argwohn transparent. Eine Sendung wird nicht schon dadurch verständlicher und durchsichtiger, dass die dem Betrachter und Betroffenen verfügbare Informationsmenge vermehrt wird. Überinformation ist Nichtinformation. Transparenz fordert deshalb auch Reduktion von Komplexität. Gerade dem Rundfunkwesen ist eigen, unübersichtliche Sachverhalte inhaltlich zu strukturieren, in ihrem Kern zu typisieren, das Wesentliche hervorzuheben, die Wirklichkeit in einfacher, verständlicher Sprache zu vermitteln. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben deshalb begonnen, durch Veröffentlichung von Mediendaten, von Geschäfts- und Gremienberichten, durch Informationen zu Auftragsvergabe und Gehaltsstrukturen, durch Hörer- und Zuschauerforen und in Verfahren der Programmbeschwerden mehr Sichtbarkeit, Dialogbereitschaft und Selbstkritik zu gewährleisten. Diese Informationspolitik steht dem Rundfunk in Ergänzung seines Informationsauftrags als Informationsmittler gut an.

2. Gehälter und Honorare

Die Landesrundfunkanstalten haben in den vergangenen Jahren die Vergütungen ihrer Intendanten und teilweise auch ihrer Direktoren veröffentlicht. Diese Ersichtlichkeit der Gehälter schützt vor Argwohn und Missdeutungen, vor Übertreibungsfantasie und vor realem Übermaß. Im öffentlichen Dienst ist die Transparenz der Gehälter geläufig. Die Besoldungsgesetze nennen die Besoldungsgruppen. Der Haushaltsplan weist die Eingruppierung der jeweiligen Stelle aus. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 SGG) sichern in aller Öffentlichkeit, dass der Gesetzgeber die Bezüge des Beamten so bemisst, dass sie ihm und seiner Familie einen nach Aufgabe und Entwicklung der allgemeinen Verhältnisse angemessenen Lebensunterhalt gewähren. Auf der Grundlage

dieses Alimentationsprinzips²⁴⁴ soll sich der Beamte in maßvoller wirtschaftlicher Unabhängigkeit ganz seinen Dienstaufgaben widmen.

In dieser Transparenz könnten auch die Bezüge der leitenden Mitarbeiter, letztlich aller tarifvertraglich und außertariflich bezahlten Mitarbeiter bemessen und ersichtlich gemacht werden. Die Ausforschung wiche einem gelassenen Wissen. Erwägenswert wäre auch, Gehaltstabellen, Tarifverträge oder typisierte Gehaltskorridore – vergleichbar der Information der Bundestagsabgeordneten über die Höhe ihrer Nebentätigkeit – von den Rundfunkanstalten zu veröffentlichen.

Der Leitgedanke der Rundfunkfreiheit ist nicht die Erwerbstätigkeit, sondern die Verbreitung von Informationen, Meinungen, Kommentaren. Jedenfalls die Programmmitarbeiter üben ideelle Freiheiten – die Rundfunkfreiheit, die Kunstfreiheit, die Wissenschaftsfreiheit, auch die Religionsfreiheit – und weniger die Erwerbsfreiheiten – die Berufsfreiheit, die Eigentumsfreiheit, die Vereinigungsfreiheit – aus. Diese ideellen Freiheiten der Programmmitarbeiter dienen dem Rundfunkteilnehmer und dem Beitragszahler. Sie sind vertrauensbildend wahrzunehmen, um den Rundfunkteilnehmern die Sicherheit zu geben, dass die Rundfunkfreiheit tatsächlich der Meinungsvielfalt, der Offenheit für das Neue und Andere, der demokratieerheblichen Information, auch der rechtsstaatlichen, demokratischen und europarechtlichen Integration dient. Dieser Rundfunkauftrag darf – und das muss ersichtlich sein – nicht durch Erwerbs- und Gewinnmaximierungsanliegen verfälscht werden. Deshalb muss jeder Rundfunkmitarbeiter seine Nebentätigkeit der Rundfunkanstalt offenbaren. Begründet die Nebentätigkeit Interessenkollisionen, muss die Rundfunkanstalt diese unterbinden. Bei einer Befangenheit oder auch der Besorgnis der Befangenheit – die Rundfunk Tätigkeit berührt Anliegen des Ehepartners, eines nahen Verwandten, eines nahe Verschwägerten, einer Kapitalbeteiligung oder sonstigen Ertragsquelle des Rundfunkmitarbeiters – besteht analog den allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts ein Handlungsverbot. Gleiches gilt, wenn ein Mitarbeiter ein persönliches wirtschaftliches Interesse an einer Sendung oder deren Teile hat. § 7 Abs. 8 RStV bestimmt darüber hinaus zutreffend, dass in der Fernsehwerbung und beim Teleshopping im Fernsehen keine Personen auftreten dürfen, die regelmäßig

244 BVerfGE 107, 208 – Beamtenbesoldung Ost; BVerfGE 16, 94 (115) – Versorgungsanspruch eines Berufssoldaten; zur Einbeziehung der Versorgung in die Alimentationsverpflichtung schon BVerfGE 11, 203 (217) – Beförderungsschnitt Beamtenversorgung.

Nachrichtensendungen oder Sendungen zum politischen Zeitgeschehen vorstellen.

3. Verantwortlichkeit für Tochterunternehmen

Der Rundfunk erfüllt seinen Auftrag vielfach durch Zusammenarbeit mit rechtlich verselbstständigten Tochterunternehmen oder Unternehmensbeteiligungen. Diese selbstständigen Rechtssubjekte sind dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk jedoch meist rechtlich so zugeordnet, dass dieser für deren Tätigkeit in ähnlicher Weise verantwortlich ist wie für eigenes Handeln. Die Verselbstständigung kommerzieller Aufgaben in Tochtergesellschaften ist rundfunkrechtlich veranlasst (§ 16 a Abs. 1 S. 4 RStV).²⁴⁵

Das BVerfG hat im Fraport- Urteil²⁴⁶ entschieden, die Fraport AG, ein von der öffentlichen Hand beherrschtes, gemischtwirtschaftliches Unternehmen, das den Flughafen Frankfurt betreibt, unterläge – ebenso wie ein im Alleineigentum des Staates stehendes öffentliches Unternehmen, das in den Formen des Privatrechts organisiert ist, – einer unmittelbaren Grundrechtsbindung. Deshalb verletze ein von dieser AG ausgesprochenes generelles Flughafenverbot, das Demonstranten auf Dauer untersagt, den Flughafen ohne Erlaubnis der AG für Meinungskundgabe und Demonstration zu nutzen, deren Grundrecht auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG). Auch ein Flughafen bilde ein öffentliches Forum, das zumindest auf den Einkaufsflächen für eine Demonstration („Initiative gegen Abschiebungen“) zugänglich sein müsse.

Diese Entscheidung stellt nochmals klar, dass allein die privatrechtliche Organisation, die juristische Verselbstständigung zu einem eigenen Rechtssubjekt, den Staat nicht aus seiner Verantwortung für die dort unter seiner Herrschaft entfaltete Tätigkeit entlässt. Eine Tochtergesellschaft, deren Anteile zu mehr als der Hälfte im Eigentum der öffentlichen Hand steht und deshalb in der Regel von dieser beherrscht wird,²⁴⁷ ist bei ihrer Tätigkeit grundsätzlich in gleicher Weise an die Grundrechte gebunden, als wäre die beherrschende öffentliche Hand eigenhändig tätig.

245 Zu den Folgen (keine Quersubventionierung, Marktkonformität, getrennte Buchführung) vgl. *Eifert*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 16 a RStV, Rn. 45 ff.

246 BVerfGE 128, 226, (45 ff.) – Fraport.

247 BVerfGE, 128, 226 (49) – Fraport.

Voraussetzung einer Zurechnung zum Staat ist, dass der Staat „eine Aufgabe an sich zieht“. ²⁴⁸ Die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist aber gerade nicht staatlich, sondern wird in öffentlich-rechtlicher Form erfüllt, um der Rundfunkfreiheit unter den Gegenwartsbedingungen des dualen Systems reale Wahrnehmungschancen zu geben. Die Rundfunkanstalten verantworten deshalb zwar jedenfalls bei Mehrheitsbeteiligung die Tätigkeiten ihrer Tochtergesellschaften im Rahmen ihrer Rundfunkaufgaben. Doch gelten damit bei den Tochtergesellschaften Maßstäbe nicht der Staatlichkeit, sondern der Rundfunkfreiheit. Die für die Rundfunkanstalten verbindlichen Rechtsmaßstäbe binden insoweit auch die Tochtergesellschaften. Die freiheitliche Entscheidung über die Entwicklung, Gestaltung und Publikation von Programmen darf grundsätzlich nicht durch Informationsansprüche Dritter verkürzt werden. Etwas anderes gilt für die Kontrolle, ob die Verselbständigung journalistisch-redaktioneller Tätigkeiten in verselbständigten Erwerbsbetrieben die ideellen Freiheiten ²⁴⁹ verfremdet.

Der BGH ²⁵⁰ hat jüngst einen presserechtlichen Auskunftsanspruch auch gegenüber einer AG der Daseinsvorsorge bejaht, die mehrheitlich in öffentlicher Hand steht. Ein Journalist hatte recherchiert, dass Internetblogs, in denen Beiträge und Dokumente veröffentlicht worden sind, die eine bestimmte Partei unterstützten, mit öffentlichen Mitteln finanziert worden seien. Seiner Klage auf Auskunft über die den Unternehmen erteilten Aufträge, die erbrachten Leistungen und die in Rechnung gestellten Vergütungen hat der BGH stattgegeben. Die AG sei eine Behörde im presserechtlichen Sinne, weil sie von kommunalen Aktionären beherrscht und von ihnen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge eingesetzt werde. Dem vom Kläger verfolgten Informationsinteresse komme ein größeres Gewicht als dem Interesse der Beklagten und der betroffenen Dienstleistungsunternehmen an der Geheimhaltung ihrer Vertragskonditionen zu. Die sachgerechte Verwendung öffentlicher Mittel und die Kontrolle der politischen Aktivitäten eines kommunal beherrschten Unternehmens begründe ein gewichtiges öffentliches Interesse. Der Auskunftsanspruch sei deshalb – zeitnah zum Wahlkampf – begründet.

248 BVerfGE, 128, 226 (47) – Fraport.

249 Vgl. soeben zu 2.

250 BGH Urteil v. 16.3.2017 – I ZR 13/16 -, vorerst: Pressemitteilung des BGH Nr. 38/2017 v. 16.3.2017.

Diese Entscheidung betont zu Recht die öffentlich-rechtliche Gebundenheit einer mehrheitlich in öffentlicher Hand stehenden AG. Sie betrifft allerdings den Auftrag der Daseinsvorsorge, die von der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer Grundrechtsbindung erfüllt wird, unterscheidet sich insofern von den Tochtergesellschaften einer Rundfunkanstalt. Deren „kommerzielle Tätigkeiten“ (vgl. § 16 a Abs. 1 S. 2 RStV) kann bei der Programm Vorbereitung oder der Sendetechnik den Rundfunkauftrag betreffen und insoweit von der Rundfunkfreiheit geprägt sein. Wenn die Tochtergesellschaften aber Sendungen und Rechte erwerbswirtschaftlich verwerten, auch für Dritte produzieren, Senderstandorte an Dritte vermieten, Werbepartner gewinnen, so erfüllen sie nicht journalistische Folgeaufgaben, nehmen insoweit grundrechtliche Erwerbsfreiheiten – die Unternehmensfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die Eigentümerfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) – wahr. Beide Tätigkeitsbereiche der Tochterunternehmen sind unterschiedlich – einerseits rundfunkrechtlich, andererseits erwerbsrechtlich – geprägt. Für den landesrechtlichen Informationsfreiheitsanspruch gilt für die Tochtergesellschaften bei Wahrnehmung der Rundfunkfreiheit der Ausnahmetatbestand. Bei der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit dürften sie keine Verwaltungstätigkeit nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben erfüllen, schon deshalb nur den Informationspflichten der Erwerbswirtschaft unterliegen.

Soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk an Tochtergesellschaften nicht beherrschend beteiligt ist, stellt sich die Frage der Drittwirkung von Grundrechten als Ausgleich bürgerlicher Freiheitsphären untereinander,²⁵¹ die insbesondere zum Schutz der Kommunikation einer Grundrechtsbindung des Staates nahekommen oder auch gleichkommen kann.²⁵² Soweit Gelder aus dem Aufkommen des Rundfunkbeitrags an diese Tochtergesellschaften fließen, folgen die öffentlich-rechtlichen Kontrollen und Transparenzpflichten der Verwendung des Abgabeaufkommens diesen Geldern. Insbesondere die rundfunkinterne Aufsicht²⁵³ und die Rechnungsprüfung²⁵⁴ prüfen auch die dortige Verwendung des Beitragsaufkommens und veröffentlichen Ergebnisse in Sitzungsprotokollen und Ergebnisberichten.²⁵⁵ Deswegen ist es geboten, die Beteiligung des öffent-

251 Vgl. BVerfGE 128, 226 (58 f.) – Fraport.

252 BVerfGE 128, 226 (59) – Fraport.

253 Vgl. o. zu III 2.

254 Vgl. o. zu III 4.

255 Dazu unten zu 6.

lich-rechtlichen Rundfunks mit jeder Tochtergesellschaft, an der er beteiligt ist, transparent zu machen.²⁵⁶

4. Rundfunknachfrage am allgemeinen Markt

a. Nachfrage nach Gütern des Unternehmensbedarfs

Soweit die Rundfunkanstalten wie jeder Betrieb Lieferungen und Leistungen des Unternehmensbedarfs nachfragen – Reinigung, Fuhrpark, Kantine, Grundstückserwerb, Bau und Betreuung von Gebäuden, Raummiete, Versicherungen, Sicherheitsdienste –, gibt der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks keinen Anlass, diese Nachfrage aus dem allgemeinen Wettbewerb auszunehmen. Der Rundfunk ist in seiner Freiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und in seinem Auftrag nicht betroffen. Es gelten die Regeln des Wettbewerbs- und Kartellrechts, des Verbraucherschutzes, der öffentlichen Ausschreibung, des BGB.

b. Vergabe von Rundfunkaufträgen

Soweit Rundfunkanstalten in Erfüllung ihres journalistisch-programmatischen Auftrags Aufträge vergeben – sie Programme kaufen oder produzieren lassen, Vorarbeiten für eigene Rundfunkprogramme (Texte, Musik, Kulissen, Technik) vereinbaren, Programmmitwirkende gewinnen oder sie die Begleitung, Auswertung und Kritik der Rundfunkprogramme zum Auftragsgegenstand machen, – prägt die Rundfunkfreiheit der Anstalten die Vertragsfreiheit, soweit die Vereinbarung auf die Programmfreiheit einwirkt. Das wird in der Regel der Fall sein, wenn Mitwirkende verpflichtet oder Gestaltungsmittel des Programms beschafft werden und insoweit die Publikations- und Informationsfreiheit der Rundfunkanstalten betroffen ist. Soweit – wie in der Regel – Erträge aus dem Aufkommen des Rundfunkbeitrags eingesetzt werden, folgen die abgaben- und haushaltsrechtlichen Transparenzvorschriften²⁵⁷ der Mittelverwendung und gehen insbesondere wettbewerbsrechtlichen Informationsverboten vor. Im Übri-

256 Die BVerfGE 128, 226 (59) – Fraport lässt die Frage für materiell-private Unternehmen offen.

257 Vgl. oben zu II 1 und 2.

gen gelten die Regeln der Vereinbarung unter Gleichgeordneten, der *iustitia commutativa*.²⁵⁸ Der vertragliche Konsens ist grundsätzlich allein Sache der Vertragspartner. Diese kennen allerdings die Transparenzbindung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und müssen diese als Geschäftsgrundlage oder als ausdrücklichen Vertragsinhalt akzeptieren. Ausdrückliche Absprachen über Geheimhaltung und Vertraulichkeit stoßen an die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags sowie der Kontrolle des Beitragsaufkommens durch rundfunkinterne Aufsicht und Rechnungsprüfung.

5. Erwerb von Rundfunkrechten in Konkurrenz zu privaten Unternehmen

a. Wettbewerbsverzerrung durch Transparenz

Das Wettbewerbsrecht setzt der Transparenz deutliche Grenzen. Bereits die Information über Kaufbudgets und Entgeltbereitschaft in zukünftigen Fällen verbreitet Informationen unter Konkurrenten, die eine wettbewerbswidrige Preisabsprache vorbereiten oder wie eine solche Absprache wirken können. Der BGH hat bereits auf das Problem der Wettbewerbsverzerrung durch Transparenz aufmerksam gemacht.²⁵⁹

Würden die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beim Werben um Vertragspartner im Vorhinein Budgets, bisher vereinbarte Entgelte und selbst gesetzte oder geplante Obergrenzen nennen, würde der Konkurrent sich in seinem Anbieterverhalten darauf einstellen und den öffentlich-rechtlichen Wettbewerber dank seines Wissens überbieten und so wettbewerbswidrig aus dem Wettbewerb verdrängen oder ihm Preise aufdrängen können, die er im freien Wettbewerb nicht hätte bezahlen müssen. Vor allem aber wüsste der Anbieter, welchen Preis er auf jeden Fall erzielen kann. Das würde die Kosten steigern. Dieses ist nach den Prinzipien sparsamen und wirtschaftlichen Umgangs mit Beitragsaufkommen und ebenso auch nach Wettbewerbsrecht – seine Anwendung unterstellt – unzulässig.

258 Dazu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 6. Aufl. 2011, Rn. 361; *van Suntum*, Die unsichtbare Hand, 3. Aufl. 2005, 69 f.; *Isensee*, Privatautonomie, HStR Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 14 f.

259 BGH v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 45 ff., 51 – Gemeinschaftsprogramme.

b. Formen zusätzlicher Transparenz

Damit sind Formen zusätzlicher Transparenz auch im Anwendungsbereich rundfunkgeprägter Transparenz²⁶⁰ nicht ausgeschlossen. Denkbar wären Publikationen, die beim Wettbewerb um Sportrechte neben dem Ausweis des Gesamtetats für Sportrechte pauschalisierte Daten für Sportereignisse nennen und diese im Vergleich zu den Zuschauerzahlen, auch in der journalistisch-autonomen Bewertung des Sportgeschehens in seiner Bedeutung für Jugendliche, Gesundheit, Kultur erläutern. Dabei ist auch beim Sport der Rundfunkauftrag – die Qualität unabhängig von der Quote – bewusst zu machen. Eine Information über die Kriterien, nach denen die Rundfunkanstalten über den Erwerb von Sportrechten entscheiden, Aufsichtsgremien bestimmte Entscheidungsmaßstäbe gewährleisten und der Ablauf des Bieter- und Verhandlungswettbewerbs auf Fairness verpflichtet wird, könnte ein öffentliches Informationsbedürfnis befriedigen und Vermutungen, Unterstellungen, einem prinzipiellen Argwohn entgegenwirken.

Beim Erwerb von extern produzierten Talksendungen, Unterhaltungsprogrammen und Filmen könnten auch die aktuellen Kosten von Sendeminuten veröffentlicht werden, wie sie im KEF-Bericht und den Rechnungsprüfungsberichten üblich zu werden scheinen. Das Zustimmungserfordernis bestimmter Gremien für die Vereinbarung bestimmter Entgeltsummen²⁶¹ ist Grundlage zumindest für eine interne Transparenz.

c. Monopolangebote von Senderechten

aa) Großereignisse

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 RStV ist die Fernsehausstrahlung von Ereignissen mit erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung (Großereignisse) in Deutschland verschlüsselt oder gegen besonderes Entgelt nur zulässig, wenn die Fernsehveranstaltung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht, dass das Ereignis zumindest in einem frei empfangbaren und allgemein zugänglichen Fernsehprogramm in Deutschland ausgestrahlt werden kann. Nach § 4 RStV sind „Großereignisse“ neben bedeutenden Fußballspielen vor al-

260 Vgl. auch sogleich zu c.

261 Vgl. z. B. § 28 ZDF-Staatsvertrag v. 21. August 1991, in der Fassung des Siebzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrages, in Kraft seit 1.1.2016.

lem Olympische Sommer- und Winterspiele (Nr. 1). Der Rundfunkstaatsvertrag sichert damit einer verschlüsselten oder entgeltlichen Ausstrahlung von Großereignissen die Konkurrenz eines frei empfangbaren und allgemein zugänglichen Fernsehprogramms, in dem dasselbe Großereignis gesendet wird. Pay-TV-Unternehmen können diese Rechte von vornherein nur mit dem Inhalt erwerben, dass der gesellschaftlichen Öffentlichkeit zugleich der frei empfangbare, allgemeine Zugang zur Übertragung von Großereignissen ermöglicht wird.²⁶² Die Rundfunkfreiheit verpflichtet den Staat, durch materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen das Jedermannsrecht auf Informationsfreiheit aus allgemein zugänglichen Quellen zu sichern.²⁶³ Der Rechteinhaber muss nach § 4 Abs. 1 S. 1 RStV den frei empfangbaren (unverschlüsselten) und allgemein zugänglichen (für mehr als zwei Drittel der Haushalte tatsächlich empfangbaren, § 4 Abs. 1 S. 3 RStV) Empfang des Großereignisses „zu angemessenen Bedingungen“ ermöglichen. Eine die funktionsgerechte Ausgestaltung des dualen Systems sichernde Vorschrift des § 4 Abs. 1 RStV verhindert, dass der Pay-TV-Unternehmer seine Monopolstellung ausnutzt, marktwidrig zum Einstieg in das Pay-TV zu zwingen.²⁶⁴

Können sich Anbieter und Nachfrager von Rechten an Großereignissen über die Angemessenheit der Bedingungen nicht einigen, so soll ein Schiedsverfahren nach den §§ 1025 ff. ZPO durchgeführt werden. Kommt dort die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens aus Gründen, die der Rechteinhaber zu vertreten hat, nicht zustande, gilt die Übertragung als nicht zu angemessenen Bedingungen ermöglicht. Die verschlüsselte und entgeltliche Ausstrahlung des Großereignisses im Fernsehen ist dann in Deutschland unzulässig. Die Lizenzvergabe folgt damit nicht den Gesetzmäßigkeiten des Marktes, sondern einem dem dualen Rundfunksystem eigenen Prinzip von Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit.

Gegenwärtig versuchen finanzstarke außereuropäische Bieterkonsortien auf dem Sportrechtemarkt Rechte für sportliche Großereignisse zu erwerben, um bei der Sublizenzierung von Rechten die unverschlüsselte Satellitenausstrahlung in Deutschland zu unterbinden. Zudem besteht die Gefahr, dass diese Monopolanbieter ihre Rechtsstellung nutzen, um bei der Sublizenzierung Entgelte zu vereinbaren, die der öffentlich-rechtliche Rund-

262 Vgl. *Hossen-Stadtfeld*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 4 RStV, Rn. 26 ff.

263 Vgl. BVerfGE 12, 205 (260) – Fernseh-GmbH; BVerfGE 73, 118 (158) – Grundversorgung; BVerfGE 136, 9 (34 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

264 *Hossen-Stadtfeld*, in: Hahn/Vesting, aaO, § 4 RStV, Rn. 26 ff. mwN.

funk in seiner Finanzbindung nicht aufbringen kann. Damit würden wesentliche Teile der sportinteressierten Öffentlichkeit von der Fernsehteilhabe an Großereignissen ausgeschlossen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk könnte seinen Rundfunkauftrag nicht mehr erfüllen. Der im Sportereignis angelegte Integrationsauftrag, der die Zuschauer in gemeinsamer Begeisterung und Parteinahme eint, die Bedeutung von Fairness und Fitness vermittelt, die friedliche Auseinandersetzung unter Nationalmannschaften lehrt, würde verfehlt.

Das Internationale Olympische Komitee (IOC) hat am 29. Juni 2015 alle TV- und Multi-Plattform-Übertragungsrechte in Europa für die vier Olympischen Spiele in der Zeit von 2018 bis 2024 Discovery Communications, der Muttergesellschaft von Eurosport, zuerkannt. Discovery Communications erwarb für 1,3 Milliarden Euro die Exklusivrechte auf allen Plattformen in allen Sprachen in 50 Ländern und Territorien auf dem europäischen Kontinent. Dabei verpflichtete sich das Unternehmen nur, mindestens 200 Stunden der Olympischen Sommerspiele und 100 Stunden der Olympischen Winterspiele im frei empfangbaren Fernsehen während des Spielzeitraumes zu verbreiten. Damit können zukünftig nicht mehr alle Sportereignisse bei den Olympischen Spielen im Fernsehen frei empfangen werden.

Die Rechte an der Handball-WM in Katar (2015) und der Handball-WM in Frankreich (2017) hat die BeIn Sports erworben und bietet sie in Deutschland nur für die verschlüsselte und besonders entgeltete Ausstrahlung im Fernsehen an. Damit sind ARD und ZDF nach § 4 Abs. 1 S. 1 RStV schon rechtlich vom Erwerb ausgeschlossen. Das könnte zur Folge haben, dass die Spiele der Handball-WM 2019, die in Deutschland und Dänemark stattfinden, wiederum nicht im freien Fernsehen zu sehen sein werden. Damit stellt sich für den Landesgesetzgeber als Garanten eines allgemein und frei zugänglichen Rundfunks, der insbesondere Großereignisse überträgt, die Frage, wie er diesem Auftrag in der Aktualität der Sportrechte genügen kann.

Soweit Sportereignisse wie die Olympischen Spiele und bedeutende Fußballmeisterschaften in der Liste der Großereignisse (§ 4 Abs. 2 RStV) enthalten sind, bietet die Regelung des § 4 RStV als Konkurrenzschutz und Monopoldurchbrechung eine rechtliche Möglichkeit, um der verengten Ausstrahlung von Großereignissen im Fernsehen entgegenzuwirken. Dabei sollte diese Liste insbesondere für den Handball in Deutschland überprüft werden. Zudem müsste sichergestellt werden, dass für die Monopolanbieter der deutsche – und möglichst auch der europäische – Markt

gänzlich verschlossen ist, wenn er nicht eine angemessene Konkurrenz des Sendeangebots für Großereignisse im verschlüsselten und freien Fernsehen ermöglicht. Dabei sollte angesichts der heute tatsächlich fast flächendeckend möglichen Empfangbarkeit von Fernsehprogrammen das „allgemein zugängliche“ Fernsehprogramm – vergleichbar den Regelungen in anderen europäischen Staaten – auf 85 bis 95 Prozent erhöht werden. Außerdem könnten die durch die Digitalisierung entstehenden Nutzungsgewohnheiten in der Gemeinsamkeit vertrauter Meinungsräume (Echokammern) und in der Einladung zu anonymen, strukturell nicht verantworteten Äußerungen Anlass geben, eine freie Übertragung in einem Fernsehvollprogramm zu fordern.

Entscheidend ist, dass die freie – unverschlüsselte – und die allgemeine – unentgeltliche – Erreichbarkeit der Sendungen von Großereignissen für Jedermann in einer allgemein zugänglichen Quelle möglich ist. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform eines Rundfunks und seine Beitragsfinanzierung schaffen eine soziale Erreichbarkeit eines Vollprogramms für Jedermann dank einer geringen Beitragsbelastung mit sozialstaatlichem Dispensvorbehalt. Diese sozialstaatliche Errungenschaft darf durch Monopolstrukturen des Sportrechtmarktes nicht gefährdet werden.

bb) Die Kurzberichterstattung

Nach § 5 Abs. 1 RStV steht jedem in Europa zugelassenen Fernsehveranstalter das Recht auf unentgeltliche Kurzberichterstattungen über Veranstaltungen und Ereignissen zu, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Informationsinteresse sind. Dieses Recht der Kurzberichterstattung erschließt dem Fernsehveranstalter die Befugnis zum Zugang zu den Veranstaltungen und den Ereignissen, zur kurzzeitigen Direktübertragung, zu Aufzeichnungen, zu deren Auswertung zu einem einzigen Beitrag und zur begrenzten Weitergabe (§ 5 Abs. 1 S. 2 RStV). Im Gegensatz zu der für Großveranstaltungen geltenden Listenregelung (§ 4 Abs. 2 RStV) begründet das Kurzberichterstattungsrecht des § 5 RStV ein Zugangsrecht für alle Veranstaltungen und Ereignisse, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Interesse sind, unabhängig davon, ob die Exklusivverwertung im Pay-TV oder im Free-TV stattfindet.²⁶⁵

265 Michel/Brinkmann in: Hahn/Vesting, aaO, § 5 RStV, Rn. 72.

Dieses Recht auf Kurzberichterstattung gewährt § 5 RStV nur für Veranstaltungen, die in Deutschland stattfinden und nur mit der Rechtsfolge des Zugangs zum Veranstaltungsort für eine Rundfunkberichterstattung. Dieses Recht sichert keine Kurzberichterstattung für Veranstaltungen im Ausland, selbst wenn es Großereignisse sind. Für Veranstaltungen in Europa mag Art. 15 AVMD-Richtlinie²⁶⁶ eine ausreichende Rechtsgrundlage bieten, wenn sie von den Mitgliedstaaten entsprechend umgesetzt wird. Auch dann aber wird das Recht auf Zugang zum Veranstaltungsort der alltäglichen Berichterstattung in den täglichen Nachrichtensendungen nicht genügen, weil ein Fernsehsender nicht stets nur für einen Kurzbericht ein Aufnahmeteam an Veranstaltungsorte auf allen Kontinenten entsenden kann. Deshalb ist zu erwägen, die in Art. 15 der AVMD-Richtlinie vorgesehene und in § 5 Abs. 10 RStV angesprochene Regelung eines Zugangs zum Signal des übertragenden Fernsehveranstalters einzuführen.²⁶⁷ Damit gewinnt jeder Fernsehveranstalter bei Ausstrahlung von Sendungen über die in § 5 Abs. 1 S. 1 RStV genannten Veranstaltungen und Ereignisse im Inland ein Recht auf Zugang zum Signal.

cc) Rechtzeitiger Rechtsschutz

Soweit das Recht auf Kurzberichterstattung gerichtlich durchgesetzt werden muss,²⁶⁸ greift dieser effektive Rechtsschutz auch in bürgerlich-recht-

266 Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. L 95 v. 15.4.2010, S. 17; Art. 15: Verantwortlichkeit jedes Mitgliedstaates, „dass jeder Fernsehveranstalter, der in der Union niedergelassen ist, zum Zwecke der Kurzberichterstattung einen fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Zugang zu Ereignissen hat, die von großem öffentlichen Interesse sind und die von einem der Rechtshoheit der Mitgliedstaaten unterworfenen Fernsehveranstalter exklusiv übertragen werden.“; vgl. auch Art. 14: Gegenwehr gegen Übertragung auf Ausschließlichkeitsbasis; die Art. 14, 15 AVMD-Richtlinie werden durch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU, COM 2016/0151 (COD) nicht verändert.

267 vgl. auch den Erwägungsgrund der Art. 49 AVMD-Richtlinie.

268 Art. 19 Abs. 4 GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt, BVerfGE 113, 273 – Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbe-

lichen Streitigkeiten, die der Staat – wegen seiner auf dem Gewaltmonopol fußenden Befriedungsfunktion – zu verantworten hat. Der zur Verwirklichung materieller Rechtspositionen notwendige Rechtsschutz ist staatliche Leistung.²⁶⁹ Die Rechtspraxis wird bei der gegenwartsnahen Kurzberichterstattung häufig Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen. Der Eilrechtsschutz hat die Aufgabe, dem Berechtigten einen möglichst wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren,²⁷⁰ ihn davor zu bewahren, dass heute irreparable Schäden aus einer Rechtsverletzung entstehen, die morgen in einem nachfolgenden Hauptverfahren nicht mehr ausgeräumt werden können.²⁷¹

Das Gericht gewährt vorläufigen Rechtsschutz in der Regel nach einer summarischen Prüfung durch bloße Folgenabwägung widerstreitender Interessen. Die von Verfassungen wegen gebotene Prüfungsintensität steigt jedoch mit der drohenden Rechtsverletzung. Sie kann die Gerichte verpflichten, die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen.²⁷² Droht dem Betroffenen bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung seiner Grundrechte, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist – erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs – einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen.²⁷³

Das Recht der Kurzberichterstattung dient der aktuellen Information der Öffentlichkeit, muss deshalb zeitlich unmittelbar durch Direktübertragung oder in engem Aktualitätszusammenhang mit der Veranstaltung oder dem Ereignis wahrgenommen werden. Das Verfassungsrecht auf effektiven Rechtsschutz fordert deshalb eine verbindliche Gerichtsentscheidung in der Regel vor der Veranstaltung und dem Ereignis. Hier kann nur recht-

fehl, mwN; Art. 19 Abs. 4 GG ist Ausschnitt eines weitergehenden allgemeinen, auch für Zivilrechtsstreitigkeiten geltenden Justizgewähranspruchs, BVerfGE 88, 118 (123 ff.) – Einspruchsfrist bei Versäumnisurteil.

269 BVerfGE 101, 106 (123) – Aktenvorlage.

270 Vgl. BVerfGE 129, 1 (20) – Investitionszulage.

271 BVerfGE 134, 242 (299 f.) – Garzweiler, Braunkohletagebau.

272 Vgl. BVerfGE 79, 69 (74 f.) – Eidespflicht.

273 Vgl. BVerfGE 79, 69 (75) – Eidespflicht; BVerfGE 94, 166 (216) – Flughafenverfahren; zusammenfassend BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss v. 14.9.2016 – 1 BvR 1335/13 – Garzweiler, DVBl. 2017, 244.

zeitig gewährtes Recht sachgerechtes Recht bieten. Deshalb werden hier in der Regel die Grundsätze des BVerfG gelten, in denen das Gericht das einstweilige Rechtsschutzverfahren praktisch zum Hauptsacheverfahren aufgewertet hat, wenn ansonsten eine dauerhafte, irreparable Rechtsverletzung droht.

6. Vertraulichkeit und Öffentlichkeit der Rundfunkorganisation

a. Transparenz im Dienst der Rundfunkfreiheit

Soweit Individualansprüche auf Transparenz den journalistisch-redaktionellen Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betreffen, gehört zum Inhalt der Rundfunkfreiheit die Entscheidung über Art, Ort und Zeitpunkt der Information. Sendungen im Werden bleiben solange unter der Glocke redaktioneller Vertraulichkeit, bis das verantwortliche Organ des Rundfunks die Information beschließt. Das schließt nicht aus, dass die Rundfunkanstalt in autonomer Entscheidung über die Ausbildung, die frühere Tätigkeit, auch über Mitgliedschaften ihrer Mitarbeiter berichtet, die eine Besorgnis parteipolitischer oder wirtschaftlicher Befangenheit begründen könnte. Erwägenswert erscheint auch, über journalistische Arbeitsprozesse und Arbeitsabläufe zu informieren, Leitlinien und Verhaltenskodizes für guten Journalismus und für die Qualität der Sendungen zu veröffentlichen. Soweit diese Maßstäbe rundfunkintern entwickelt und als Maßstäbe eigenen Tuns anerkannt werden, bekundet die Veröffentlichung, dass der Rundfunk an diesen Maßstäben gemessen werden will. Dies ist ein Maß für die öffentliche Diskussion, dient nicht einer Verrechtlichung der Rundfunkfreiheit.

Weitere Veröffentlichungen über die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch die Rundfunkanstalten sind erwägenswert, soweit dadurch nicht die journalistisch-redaktionelle Freiheit der Rundfunkanstalten berührt oder die Gleichheit der Konkurrenten im Rechtsverhältnis zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk, privatem Rundfunk und anderen Unternehmen berührt wird. Der „Bericht der ARD an die Konferenz der Gremiovorsitzenden zu den Gemeinschaftssendungen, -einrichtungen und -aufgaben (GSEA)“ könnte veröffentlicht und in einem Einleitungstext auch kommentiert werden. Dabei ist für die Veröffentlichung, aber auch für die zumindest teilöffentlichkeitswirksame Berichterstattung an die Konferenz der Gremiovorsitzenden zu bedenken, dass keine Zahlen

zu einzelnen Erwerbsvorhaben oder Ereignissen detailliert publiziert werden, dass die Rechte Dritter, insbesondere die Vertraulichkeit von Informanten, beachtet werden, dass die Rückwirkung einer Veröffentlichung auf die Gremienarbeit den Maximen des Bundesverfassungsgerichts zu den ZDF-Aufsichtsgremien²⁷⁴ entspricht. Das Bundesverfassungsgericht fordert dort²⁷⁵ insbesondere die Gewährleistung einer freien Berichterstattung dadurch, dass die Mitglieder der Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalten nicht „in intransparenter Weise von außen unter Druck geraten und unsachlichen Einflussnahmen ausgesetzt sind“. Diese Transparenz kann Einfluss vermeiden, aber auch Wissensgrundlagen für Interventionen vermitteln. Die Arbeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks muss praktisch wirksam staatsfern so ausgestaltet werden, dass die Willensbildung der Aufsichtsgremien nicht maßgeblich in das Kräftefeld staatlich-politischer Entscheidungszusammenhänge und den Wettbewerb um Amt und Mandat geraten. „Soweit funktional mit den Aufgaben der jeweiligen Gremien vereinbar, müssen Handeln und Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Rundfunkanstalten sowohl für die Öffentlichkeit als auch für den“ – strukturverantwortlichen – „Gesetzgeber erkennbar sein“.²⁷⁶ Schließlich spiegeln die Mitglieder der Aufsichtsgremien die Vielfalt der Gesellschaft wieder; sie kontrollieren „als Sachwalter der Allgemeinheit“ die Gewährleistung einer dem Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG entsprechenden Rundfunkberichterstattung. Diese wendet sich an die gesamte Bevölkerung, erfordert deswegen jedenfalls in ihren Grundentscheidungen die Möglichkeit öffentlicher Anteilnahme. Hier kommt einer Transparenz im Sinne der Öffentlichkeit eine wesentliche, die interne institutionelle Kontrolle ergänzende Kontrollfunktion zu, die eine heilsame Vorwirkung gegen funktionswidrige Absprachen und Einflussnahmen entfalten und helfen kann, Tendenzen von Machtmissbrauch oder Vereinnahmung durch Partikularinteressen frühzeitig entgegenzuwirken.²⁷⁷

Diese begrenzte, dem Rundfunkauftrag und der Rundfunkfreiheit dienende Transparenz macht deutlich, dass die Aufsichtsgremien den speziellen journalistisch-redaktionellen Rundfunkauftrag verstärken, nicht publizistisch öffnen sollen. Die Veröffentlichung von Geschäftsberichten ist deshalb in Inhalt und Wirkungsweise sorgfältig zu bedenken. Dies gilt

274 BVerfGE 136, 9 f. – ZDF-Aufsichtsgremien.

275 BVerfGE 136, 9 (Rn. 76) – ZDF-Aufsichtsgremien.

276 BVerfGE 136, 9 (Rn. 78) – ZDF-Aufsichtsgremien.

277 BVerfGE 136, 9 (Rn. 79) – ZDF-Aufsichtsgremien.

auch für eine Publikation der Geschäftsberichte der Landesrundfunkanstalten, die – mit Ausnahme des rbb – in Form von Geschäfts-, Lage- und Entwicklungsberichten bereits weitgehend verfügbar sind.

b. Sitzungsöffentlichkeit, Tagesordnungen, Protokolle

Der Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Rundfunkaufsicht und den Vertraulichkeitserfordernissen einer sachangemessenen Gremienarbeit ist Sache des Gesetzgebers. Für die Arbeit der Gremien muss nicht der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit gelten. Geboten ist allein ein Mindestmaß an Transparenz. Deshalb müssen die Organisationsstrukturen, die Zusammensetzung der Gremien und Ausschüsse, die anstehenden Tagesordnungen ohne weiteres zugänglich sein. Sitzungsprotokolle müssen zumindest dem Grundsatz nach zeitnah verfügbar sein; andernfalls ist die Öffentlichkeit über Gegenstand und Ergebnisse der Beratungen in substantieller Weise zu unterrichten.²⁷⁸ Diese Öffentlichkeit der Ergebnisberichte oder der Sitzungsprotokolle wirkt allerdings auf den Inhalt der Gremienarbeit zurück: Wenn die Gremien in öffentlicher Sitzung tagen,²⁷⁹ schließt diese Öffentlichkeit die Behandlung geheimhaltungsbedürftiger Gegenstände aus. Praktisch hat das Gremium die gebotene Distanz dadurch zu wahren, dass es insoweit in nichtöffentlicher Sitzung oder unter Ausschluss der Öffentlichkeit tagt.

Die Transparenz gegenüber den Gremien ist offener als gegenüber der Öffentlichkeit. Dies gilt insbesondere gegenüber der KEF,²⁸⁰ gegenüber

278 BVerfGE 136, 9 (Rn. 80) – ZDF-Aufsichtsgremien.

279 Nach § 13 Abs. 7 RBG, § 29 Abs. 5 SMG, § 17 Abs. 4 SWR-StV, § 18 Abs. 2 WDR-G, § 22 Abs. 5 ZDF-StV sind die Sitzungen des Rundfunkrates oder Fernsehates öffentlich; nach § 10 HRG kann der Rundfunkrat in öffentlicher Sitzung tagen. Nach § 4 Abs. 2 HR-G, § 13 Abs. 9 RB-G, § 29 Abs. 6 SMG, § 13 Abs. 1 S. 3 SWR-StV; § 14a WDR-Gesetz sowie § 22 Abs. 6 ZDF-StV, § 10 HRG sind Zusammensetzung und Tagesordnung der Gremien, auch Beschlüsse und Protokolle, Anwesenheitslisten und Zusammenfassungen der wesentlichen Ergebnisse zu veröffentlichen. Die Sitzungen der Ausschüsse sind in der Regel nicht öffentlich. Die Öffentlichkeit der Sitzungen des Rundfunkrates erlaubt bei bestimmten Geheimhaltungsthemen meist den Ausschluss der Öffentlichkeit oder eine nicht-öffentliche Sitzung. Die Sitzungen des Verwaltungsrats sind in der Regel nicht öffentlich (§ 14 HRG; § 16 Abs. 2 RBG, § 31 Abs. 4 S. 4 u. 5 SMG, § 23 Abs. 5 SWR-StV, § 23 Abs. 1 WDR-Gesetz, § 25 Abs. 5 ZDF-StV.

280 Vgl. o. III 3.

den Rechnungshöfen²⁸¹ und gegenüber den Aufsichtsgremien.²⁸² Dabei sind der Rundfunk- und Fernsehrat eher Sachwalter der Allgemeinheit, also auf Öffentlichkeit angelegt, als der Verwaltungsrat.

Im Ergebnis ist das verallgemeinernde Stichwort der „Transparenz“ nicht geeignet, subjektive Jedermannsansprüche auf Information gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei Erfüllung seines Rundfunkauftrags zu begründen. Das gilt insbesondere für Medienkonkurrenten wie die Presse und den privaten Rundfunk, aber auch für Verbände, politische Parteien und Wirtschaftsunternehmen. Der Rundfunkauftrag wird von den Rundfunkanstalten und seinen Mitarbeitern in Freiheit erfüllt. Die Rundfunkorganisation ist gruppenplural angelegt, darf deshalb in ihrem Informationsauftrag nicht verfremdet werden. Die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sichert deren Unabhängigkeit von Staat und Wirtschaft, ist kein Rechtfertigungsgrund für individualbestimmte Informationspflichten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk sich jenseits seines Rundfunkauftrags am allgemeinen Marktgeschehen beteiligt, muss Transparenz durch Öffentlichkeit dem Wettbewerbs- und Kartellrecht genügen. Deswegen sind Informationen in einer Allgemeinheit und Abstraktion zu halten, wonach jeder Wettbewerber selbständig über sein Marktverhalten zu bestimmen hat, eine Ungewissheit über das zukünftige Marktverhalten des Konkurrenten Grundlage jeden fairen Wettbewerbs ist.²⁸³ Im Übrigen ist in dem Rundfunkauftrag²⁸⁴ und im Wettbewerbsrecht die Regel angelegt: Gleiche Transparenz für alle Wettbewerbsteilnehmer. In diesem Prinzip wurzelt eine Chancengleichheit, aber auch ein Maß der Transparenz.

c. Besondere Informationsansprüche rechtlich Betroffener

Der einzelne Bürger gewinnt allerdings subjektive Rechte gegenüber dem Rundfunk, wenn dieser seine individuellen Rechte verletzt oder zu verletzen droht. Das gilt für das Recht der Gegendarstellung (§ 56 RStV), für den Auskunftsanspruch über die vom Rundfunk zu seiner Person gespeicherten Daten, auch wenn sie dort ausschließlich zu journalistisch-redak-

281 Vgl. o. III 4.

282 BVerfGE 136, 9 (Rn. 78 f.) – ZDF-Aufsichtsgremien.

283 BGH Urteil v. 12.4.2016 – KZR 31/14, Rn. 44 – Gemeinschaftsprogramme.

284 Vgl. BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel.

tionellen Zwecken gesammelt und verarbeitet worden sind (§ 57 Abs. 2 RStV), mag auch bei der Veröffentlichungspflicht des § 19 a RStV Bedeutung gewinnen, nachdem der Intendant bei Rechtsverstößen Beanstandungen der Aufsichtsgremien auf deren Verlangen im Programm veröffentlicht. Wenn andere Medien vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk Auskunft verlangen, gelten für die Informationsfreiheitsgesetze in der Regel die in diesen benannten Bereichsausnahmen für den Rundfunk.²⁸⁵ Im Übrigen gilt verfassungsunmittelbar, dass die Rundfunkfreiheit im redaktionell-journalistischen Bereich den Grundrechtsträger auch zur Entscheidung über den Zeitpunkt der Veröffentlichung seines Wissens berechtigt.²⁸⁶ Die vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung²⁸⁷ hervorgehobene Rundfunkfreiheit ist im Kern Programmfreiheit. Diese Programmautonomie umfasst Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung des Programms, die vom freiheitsberechtigten Rundfunk entschieden wird und jede fremde Einflussnahme abwehrt. Gleiches gilt für Organisation und Finanzierung des Rundfunkbetriebs, soweit sie Rückwirkungen auf die Programmtätigkeit haben können.²⁸⁸ Wenn also ein Journalist von der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt Auskunft über die Auftragsvergabe des Rundfunks „im nicht journalistisch-redaktionellen Bereich“ an bestimmte Unternehmen und Personen verlangt, so ist dieser Anspruch begründet, wenn die Auskunft den Schutzbereich der Programmautonomie des Rundfunks im jeweiligen Tätigkeitsbereich nicht betrifft.²⁸⁹

285 Vgl. oben IV 2 d.

286 Vgl. oben IV 2.

287 BVerfGE 59, 231 (258) – Freier Rundfunkmitarbeiter; BVerfGE 91, 125 (134 f.) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal; BVerfGE 119, 309 (318) – Gerichtsfernsehen.

288 BVerfGE 59, 231 (259 f.) – Freier Rundfunkmitarbeiter; BVerfGE 83, 238 (310 f.) – 6. Rundfunkurteil (WDR); BVerfGE 89, 144 (153) – Konkurs von Rundfunkanstalten; BVerfGE 90, 60 (88) – 8. Rundfunkentscheidung (Kabelgroschen); zum „abgestuften Schutzkonzept“ bei Abbildung von Prominenten im öffentlichen und privaten Raum vgl. BVerfGE 3. Kammer des 1. Senats DVBl. 2017, 568.

289 Zu den Erfordernissen einer verfassungsbewussten Qualifikation der Tätigkeitsbereiche vgl. OVG Münster, DVBl. 2012, 568 – Oppong; Nichtannahme der Revision durch BVerwG, Beschl. v. 27. 5. 2013 – 7 B 30.12.

d. Überschreiten der rechtlichen Grenzen für Rundfunktätigkeit

Schließlich können innerhalb der Rundfunkorganisation Tatsachen geschaffen werden, die zwar den redaktionell-journalistischen Autonomiebereich des Rundfunks berühren, aber rechtlich als grober Verstoß gegen Regeln des Strafrechts oder elementare Prinzipien der Verwaltung öffentlicher Gelder oder des Unbefangenheitsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beurteilt werden müssen. Sollten Tatsachen bekannt werden, die den Verdacht rechtfertigen, dass Mitarbeiter des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gegen das Korruptionsverbot verstoßen, Haushaltsmittel unterschlagen, Befangenheitsregeln analog §§ 20, 21 VwVfG grob verletzen oder beharrlich eine politische Partei institutionell bevorzugen oder benachteiligen, so greift nicht mehr das Rundfunkfreiheitsrecht; vielmehr ist ein Vorgang jenseits der rechtlichen Grenzen dieser Freiheit aufzuklären. Die betroffenen Mitarbeiter haben den Schutzbereich des Rundfunkauftrags verlassen, damit den Schutz des rundfunkrechtlichen Status verloren. Die öffentliche Aufklärung dient dann insbesondere der Wiederherstellung der Rundfunkfreiheit in ihren Rechtsmaßstäben der Unbefangenheit, der Unparteilichkeit, der fachlichen und finanziellen Redlichkeit. Ein individueller Informationsanspruch entsteht nach den allgemeinen Regeln des Informationsrechts.²⁹⁰

e. Schutz der Vertragspartner

Die Vertragspartner des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beanspruchen Rechte des Datenschutzes, der Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, des Computergeheimnisses und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf Privatheit und Intimsphäre.²⁹¹ Das Datenschutzrecht (§ 57 RStV), das Recht der Gegendarstellung (§ 56 RStV), das Informationsfreiheitsgesetz (§ 3 BIFG)²⁹², sowie der geschwächte Persönlichkeitsschutz von „Persönlichkeiten der Zeitgeschich-

290 Vgl. oben IV 2.

291 Vgl. im Einzelnen zu I 1.

292 Und der landesgesetzlichen Modifikationen der Informationsansprüche, dazu oben IV 2 d.

te“²⁹³ regeln hier tatbestandliche Grenzen. Beansprucht ein Vertragspartner des öffentlichen Rundfunks Vertraulichkeitsschutz für die ihm gewährten Entgelte, ist allerdings zu berücksichtigen, dass gerade in der Welt der Musik, des Sports und der sonstigen Unterhaltung vielfach Spitzenhonore allgemein bekannt und zu einer Grundlage des Ansehens und der Wertschätzung des Honorarempfängers geworden sind. Die öffentlichen Vorstellungen über die Publizität von Einkommen und Vermögen entwickeln sehr unterschiedliche Vertraulichkeitskulturen. In vielen Staaten unterliegen die Erklärungen des Steuerpflichtigen über sein Einkommen und sein Vermögen dem Steuergeheimnis. In anderen Staaten werden die 10.000 „Reichsten“ publiziert. Diese Veröffentlichung ist stets ein Bestseller.²⁹⁴

Sollte die Betroffenheit eines Prominenten der Publikation der von ihm empfangenen Honorare entgegenstehen, sollte ausgleichend die Kontrolle dieser Geschäftsvorfälle durch Aufsichtsgremien, auch durch Dienst- und Rechtsaufsicht, verstärkt werden. Die Rechte der Betroffenen werden selbstverständlich nur gewahrt, wenn dieses Wissen unter der Glocke der Verschwiegenheit vermittelt und allenfalls in nicht-öffentlicher Sitzung beraten wird. Auch hier erweist sich erneut, dass Forderungen nach Transparenz insbesondere auch den Informationsberechtigten definieren müssen. Transparenz kann innerhalb der Rundfunkanstalten gewährt, durch externe Kontrolle – insbesondere der KEF und des Rechnungshofs – hergestellt, dort zunächst zu vertraulichen Erörterungen, dann aber auch zur Veröffentlichung führen, schließlich von vornherein auf Öffentlichkeit angelegt sein.

7. Transparenz als Differenzierungsauftrag

Transparenz ist im Ergebnis weder Begriff noch Leitgedanke der Verfassung. Das Grundgesetz differenziert das Recht auf Wissen, Mitentscheiden und Kritik bereichsspezifisch je nach Aufgabe, Verantwortlichkeiten und Betroffenen. Die Verfassung verwirklicht Freiheit, Gemeinwohl und Integration durch Differenzierung – zwischen den Staatsgewalten, zwischen Staat und Gesellschaft, nach den Gesetzmäßigkeiten des jeweiligen Lebensbereichs und nach der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit der Be-

293 § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG, zul. geändert durch Art. 3 § 31 des Gesetzes v. 16.2.2001, BGBl. I, 266.

294 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. I, ²2000, 230 f.

troffenen. Gleichheit vor dem Gesetz meint Gleichheit vor der allgemeinen Regel, die jeweils unterscheidet. Transparenzgleichheit im dualen Rundfunksystem bedeutet deshalb Gleichheit je nach den Verfassungsmaßstäben und Gesetzmäßigkeiten dieses Rundfunkrechts.

Die Kerntatbestände, die zwischen Transparenz und rundfunkautonomer Veröffentlichungsentscheidung differenzieren, lassen sich anhand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum journalistisch-redaktionellen Eigenbereich und zu den Einwirkungen von Organisation und Finanzierung auf diese Rundfunkautonomie rechtlich definieren. Es bleibt aber der Beurteilungsauftrag des Wägens und Gewichtens, wie er vom Bild der Justitia mit der Waage vertraut ist.²⁹⁵ Die Waage des öffentlich kritischen Beobachtens und der freiheitlichen Rundfunkentscheidung über Art und Zeitpunkt der Information müssen wägend und gewichtend zu einem Ausgleich gebracht werden. Die Schwere der Gewichte wird durch die Anziehungskraft der Erde, die Realität des Rundfunkwesens, bestimmt. Die Waage, die die Waagschalen verbindet, wird durch den verfassungsgeprägten Rundfunkauftrag austariert. Der Vorgang dieses Wägens und Gewichtens ereignet sich in der Öffentlichkeit der Berichte von KEF und Rechnungshöfen, der Sitzungen der Aufsichtsgremien, ihrer Tagesordnungen und ihrer Protokolle, der Intendanteninformationen und der Dialogbereitschaft des Rundfunks.

295 P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 2015. Art. 3 Abs. 1. Rn. 42 ff.; vgl. auch *Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, ²1947, 88: Waage als Symbol des Rechts.

VII. Programmtransparenz

1. Leitlinien und programmatische Selbstvergewisserung

Im Ergebnis erstaunt, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk besonderen Transparenzforderungen gegenübersteht. Er ist Transparenzmittler und unterliegt als beitragsfinanzierter Rundfunk institutionellen Kontrollen von besonderer Intensität. Jenseits des journalistisch-redaktionellen Bereichs folgt er als Marktteilnehmer den allgemeinen Regeln des Wettbewerbs.

a. Transparenz nach außen

Die Gründe der Transparenzforderungen sind wirtschaftlicher Art, soweit sie von Konkurrenten oder von Programmanbietern, insbesondere des Sports, erhoben werden, die sich den Gedanken der Grundversorgung für Jedermann zu maßvollen Entgelten nicht zu Eigen machen. Doch der Kern des Transparenzanliegens dürfte in dem Ziel liegen, das die EBU²⁹⁶ mit dem Stichwort „Auftragstransparenz“ umschrieben hat. Sie fordert Leitlinien und programmatische Selbstvergewisserungen des Rundfunks über die Qualität des Programms und insbesondere die Glaubwürdigkeit der Informationen, die veröffentlicht werden.

Die ARD hat bereits Programmleitlinien und Programmgrundsätze für das Erste Programm sowie die ARD-Telemedien publiziert. Die ARD erneuert gegenwärtig eine einsichtige und verallgemeinerungsfähige Definition dessen, was sie unter Qualität von Programminhalten versteht. Sie prüft neue Verfahren, wie sie diese Qualität hervorbringen und langfristig sichern will. Erhoben werden auch Informationen über redaktionelle Standards, journalistische Guidelines oder Verhaltenskodizes. Auch eine Plattform für den Publikumsdialog der ARD mit ihren Nutzern wird erwogen. Bessere Informationen über Möglichkeiten der Programmbeschwerden werden vorbereitet.

296 European Broadcasting Union (EBU), Assessing transparency – A guide to disclosing information online, 2015.

b. Innere Transparenz

Neben dieser Dialogoffenheit nach außen und der institutionalisierten Kritikoffenheit gegenüber den Nutzern treten rundfunkinterne Gremien und Beiräte, in denen Redakteure und Programmverantwortliche in ihrem journalistisch-redaktionellen Eigenbereich die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Offenheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erörtern. Diese interne Selbstvergewisserung und Selbststeuerung gewinnt zunehmend Bedeutung, weil sie in der Autonomie der Freiheitsberechtigten Maßstäbe bildet, diese Maßstabsbildung durch die Betroffenen Unabhängigkeit stärkt und ständige Selbstvergewisserung und Selbstkritik fördert, in einer „Selbstgesetzgebung“ die Durchsetzungskraft der so gebildeten Maßstäbe wesentlich verbessert. In einem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der plural angelegt ist, die Vielfalt der Gesellschaft widerspiegeln und den demokratischen Bürger in seiner Urteilkraft stärken soll,²⁹⁷ ist dieser Prozess der selbstkritischen und stets verbesserungswilligen Gespräche unerlässlich. Das Programm bestimmt nicht der einzelne Redakteur oder Sprecher, der in seiner individuellen Freiheit subjektiv handelt und deshalb allein den Gemeinwohl- und Integrationsauftrag des Rundfunks verfehlen würde. Bestimmend ist auch nicht ein Weisungsprinzip, nach dem allein der in der Organisationshierarchie Vorgesetzte das Sagen hat. Pluralität und gesellschaftliche Offenheit des Programms ist nur erreichbar, wenn die verantwortlichen Programmacher diese Vielfalt persönlich gewährleisten, von unterschiedlichen Sichtweisen, Lebenserfahrungen und Grundsatzwertungen geprägt sind, bei diesem Aufeinandertreffen verschiedener Freiheitswahrnehmung die Prinzipien guter journalistischer Praxis das Bindeglied bilden, sich vielleicht das Ethos einer besseren Praxis im Vergleich zu anderen Medien entwickeln kann.

Die Rundfunkanstalten haben autonom interne maßstäbliche und institutionelle Vorkehrungen getroffen, um beim Entstehen der Programme dem Rundfunkauftrag nach Verfassungsrecht, Landesgesetz und Staatsvertrag zu genügen. Sie regeln insbesondere ein arbeitsteiliges Zusammenwirken von Dienstvorgesetzten und Programmmitarbeitern, begründen in dieser Zusammenarbeit eine publizistische Mitverantwortung für die innere Rundfunkfreiheit, die Programmkonflikte nach bestimmten Maßstäben und in bestimmten Institutionen lösen. Kein Mitarbeiter darf veranlasst

297 Vgl. BVerfGE 136, 9 (79) – ZDF-Aufsichtsgremien.

werden, in Beiträgen eine seiner Überzeugung widersprechende Meinung oder künstlerische Auffassung als eigene zu vertreten, eine seiner Information widersprechende Sachangabe als richtig zu bezeichnen, Sachangaben oder Meinungen zu unterdrücken, die nach dem Rundfunkauftrag zu einer umfassenden oder wahrheitsgemäßen Information der Öffentlichkeit gehören, eine von ihm nicht getragene Publikation mit eigenem Namen zu verbinden. Autorenbeiträge dürfen von den Sendungsverantwortlichen nur aus professionell sachlichen Gründen unter Berücksichtigung der journalistischen Sorgfaltspflichten abgelehnt oder verändert werden. Vorgesetzte und Programmverantwortliche dürfen Beiträge nicht deshalb abweisen, weil darin ihrer persönlichen Meinung widersprechende Auffassungen enthalten sind.²⁹⁸ Das Konzept der inneren Rundfunkfreiheit zielt auf die eigenverantwortliche Wahrnehmung ihrer Rundfunkfreiheit durch die Mitarbeiter, die ihnen jedoch „nicht im Interesse ihrer Selbstverwirklichung und zur Durchsetzung subjektiver Auffassungen“ eingeräumt sind, sondern ihnen zur Erfüllung ihres „journalistischen Auftrags und ihrer Vermittlungsfunktion zur Gewährleistung der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung“ zusteht.²⁹⁹ Der einzelne Mitarbeiter ist Träger der Rundfunkfreiheit, wirkt jedoch bei der Programmgestaltung im Zusammenklang der verschiedenen Informationen und Meinungen an einem ausgewogen vielfältigen Gesamtprogramm mit.

Entsteht bei der Handhabung des gesetzlichen Programmauftrags und der rundfunkautonomen Leitlinien ein Programmkonflikt – insbesondere zwischen Mitarbeiter und Vorgesetztem –, so bilden die Rundfunkanstalten Schlichtungsverfahren, insbesondere Programmbeiräte, Redakteursversammlungen und Redakteursausschüsse, die maßstabsbildend und konfliktlichend wirken sollen.³⁰⁰ Im Ergebnis sollen diese maßstabsbildenden und maßstabserprobenden Schlichtungsverfahren unter der Letzt-

298 Vgl. exemplarisch Dienstanweisung zur Lösung von Programmkonflikten und zur Bewahrung der inneren Rundfunkfreiheit im MDR i.d.F. v. 15.11.2016.

299 Dienstanweisung MDR, aaO, zu 3.1. (4).

300 Vgl. Art. 3 u. 4 Redakteursstatut Deutschlandradio; § 4 Redakteursstatut der Deutschen Welle; Art. 3 u. 4 Redakteursstatut für den NDR aufgrund von § 40 NDR-Staatsvertrag; Art. 4 u. 5 Redakteursstatut WDR nach § 31 WDR-Gesetz; §§ 4 u. 5 f. Redakteursstatut des Rundfunk Berlin-Brandenburg (rbb) i.d.F. v. 12.2.2009 aufgrund § 33 RBB-Staatsvertrag; Art. 1 Redakteursstatut Hessischer Rundfunk aufgrund Art. 4 Abs. 1 u. 2 der Dienstvereinbarung über eine Beteiligungsregelung des Hessischen Rundfunks; § 4 der Dienstvereinbarung über ein Redaktionsstatut des Saarländischen Rundfunks vom 5.4.1989 aufgrund § 12

verantwortung des Intendanten die individuelle Rundfunkfreiheit des einzelnen Mitarbeiters in institutionellem Rahmen und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Wirkung bringen. Die Qualifikation, Sachlichkeit, Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Mitarbeiters ist Ausgangspunkt der Programmmentstehung. Das Zusammenwirken von Mitarbeitern, Programmverantwortlichen und Intendant sichert die Offenheit, Vielfalt, Gediegenheit und Unparteilichkeit des Programms. Der Intendant verantwortet als Gesamtverantwortlicher das Gesamtprogramm in seiner Stetigkeit von Qualität, Gediegenheit und Vielfalt.

2. Vertrauensbildung

Die gegenwärtige Medienwelt begegnet – von der Presse bis zu den digitalen Medien – zunehmend kritischen Fragen nach der Glaubwürdigkeit ihrer Informationen, der Maßstabssicherheit in Nachricht und Kommentar. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird diese Entwicklung sorgfältig beobachten und mit einem Gegenkonzept beantworten müssen. Die Macht der täglichen Ansprache, die suggestive Kraft von Bildern, die Vertrautheit des Hörers und Zuschauers in der täglichen Begegnung mit einem Sprecher gibt dem Rundfunk einen Einfluss, der nicht zur Beliebigkeit berechtigt, sondern als wesentlicher Beitrag für das Gelingen des Gemeinwesens verstanden werden muss. Dabei kann der Journalist in der Kombination von Wort und Bild Wirklichkeit und Meinungen besonders einprägsam vermitteln, nicht aber allein durch rationale Sprache und empirische Belege das tatsächliche Leben spiegeln und anschaulich machen. Jedes Bild ist Auswahl, bestimmt von der Lebenssicht und dem Weltverständnis des Auswählenden. Jede Aussage teilt nicht nur Wirklichkeit mit, sondern bewältigt Wirklichkeit. Jede Nachricht schildert Fakten, gibt ihnen aber auch Bedeutung, Sinn und Wert. Jede Sendung spricht nicht nur die Vernunft des Adressaten an, sondern auch seine Hoffnungen, seine Erwartungen, seine Empörungsbereitschaft, seine Sinnlichkeit. Und jeder Kommentar ist subjektive Beobachtung und Einschätzung, appellative Tatsachenfeststellung, Empfehlung und Warnung. Er ängstigt oder gibt Hoffnung, lähmt oder ermuntert, macht unzufrieden oder zufrieden, vereinfacht und kom-

Landesrundfunkgesetz i.V.m. § 112 SPersVG; §§ 5 u. 6 Redaktionsstatut Radio Bremen nach § 18 Abs. 4 Radio Bremen-Gesetz i.d.F. v. 23.1.2008; Dienstanweisung zur Lösung von Programmkonflikten MDR, aaO, zu 3.3.

pliziert, schließt Geschehen ab oder auf. Jedes Erzählen vergegenwärtigt Herkömmliches und Gewachsenes, macht Entwicklungen vertraut oder weist sie in Ferne und Fremdheit, stellt Gemeinsamkeiten und Werte in Frage oder fundiert sie in Zugehörigkeit und Konsensbereitschaft. Ein Journalist mag den „Zeitgeist“ verschweigen, sich gegen ihn stemmen oder ihn befördern, steht aber nicht jenseits der geistigen Kultur seiner Gegenwart.

Ein Vertrauensverlust der Medien beruht deshalb nicht darauf, dass die Journalisten engagiert berichten, selbstbewusst kommentieren, die komplizierte, widersprüchliche, oft unharmonische Welt darstellen, sich auch irren und berichtigen, in ihrer Subjektivität Fehldeutungen empfinden und ausräumen. Das Fundament politischen Vertrauens in das Fernsehen ist die ernste und ersichtliche Unparteilichkeit jedes Journalisten. Ein Vertrauensverlust hat seinen Ursprung in dem Bezugshorizont journalistischen Wirkens, der unsere politische Welt wesentlich auf die politischen Parteien bezieht, Publikationen in den Dienst einer Partei stellt, den Journalisten dank persönlicher Vorlieben zum Agent einer Partei macht.

Eine Parteilichkeit wird für den Zuschauer und Zuhörer schmerzlich spürbar, wenn ein Journalist bei Interview und Talkshows die Regeln eines offenen Dialogs missachtet, dem Gast das Wort abschneidet oder seine Aussage durch einen nachfolgenden Eigenkommentar nicht nachklingen lässt. Wenn die politischen Parteien sich im Wahlkampf programmatisch und personell gegenseitig herabwürdigen, der Journalist sich an diesen Schmähungen beteiligt, hat er auch am Schwinden der Wertschätzung teil.

Das Fernsehen büßt auch an Vertrauen ein, nimmt dem Zuschauer seine vertraute Umwelt, in der er in zufriedener Privatheit, in Teilhabe an Wohlstand und Wachstum lebt, wenn das allabendliche „kleine Welttheater“ nur von Krieg, Hunger, Naturkatastrophen, politischen Intrigen und Korruption berichtet, den Lösungen dieser Probleme aber deutlich weniger Aufmerksamkeit und Sendezeit widmet. Die Idee von Unrecht, Wiedergutmachung und Tatverantwortung gehört zu den Grundanliegen des Menschen, zur Humanität. Und er hat die Hoffnung, dass Fehlentwicklungen begradigt, Unrecht beseitigt, Lebensverhältnisse verbessert werden.

Eltern hoffen für ihre Kinder, zumindest im Vorabendprogramm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein Gegenprogramm gegen die Verrohung, gegen Hass und Häme, gegen Frühsexualisierung zu finden. Wenn auch der Rundfunk zur „Quote statt Qualität“ neigt, er durch immer häufigere und aggressivere Darstellungen von Gewalt und Sexualität die Reizschwelle senkt, geht der Zuschauer in geistige Distanz, lässt sich vielleicht

unterhalten, missbilligt aber die Art dieser Unterhaltung und das Handeln des Unterhalters.

Die Medien bevorzugen politische Demonstrationen und Aktionen, die einen geplanten kleinen Schritt in die Illegalität gehen, dadurch die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit gewinnen. Transparente und Kritiksymbole werden erst gezeigt, wenn die Akteure Schornsteine besteigen, die sie nicht besteigen dürfen, Fahrzeuge rechtswidrig an der Fahrt hindern, Farbbeutel und Steine werfen. Das Prinzip, bestimmten Akteuren einen Öffentlichkeitsvorsprung durch bedachte Illegalität einzuräumen, wird von Hörern und Zuschauern als Regelverletzung verstanden und zurückgewiesen.

Diese Kritikpunkte sind Ausdruck der Hoffnung der Rundfunkteilnehmer. Sie erwarten angesichts der Grobheiten und Verrohungen in der digitalen Welt, der Bedrängnis des individuellen Alltags durch überfordernde Nachrichtenfluten und Informationsvielfalten, der befürchteten Informationsintervention durch wirtschaftliche und wohl auch staatliche Mächte von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sachgerechte Informationen, kulturelle Prägungen, Beiträge zur Mündigkeit des Bürgers, seiner Integration in Staat und Gesellschaft. Wenn die Rundfunkanstalten kontinuierlich die Definition dessen überarbeiten, was für sie die Qualität des Rundfunks ausmacht, sie neue Verfahren entwickeln, um diese Qualität zu erzeugen und zu sichern, sie erneut Verhaltenskodizes für die Rundfunkmitarbeiter bedenken – insbesondere Handlungsverbote bei Befangenheit und wirtschaftlichem Eigeninteresse –, sie einen offeneren Dialog mit dem Publikum suchen, wird dadurch eine neue Zukunft eines freiheitlichen und Freiheit ermöglichenden Rundfunks erschlossen.