

# Die Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer staatlich veranlassten Finanzierung

## Eine Untersuchung möglicher Unterstützungsmaßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Rundfunkverfassungs- und EU-Beihilfenrecht

Prof. Dr. Mark D. Cole / Priv.-Doz. Dr. Jan Oster, LL.M. (Berkeley)\*

<b>I. Einführung: Die „Corona-Krise“ und die Frage der (Re-)Finanzierung von Medieninhalten</b> .....	496
1. Die ökonomische Krise des Mediensektors als Folge der Corona-Pandemie .....	496
2. Medienförderung aus Anlass der Corona-Krise: ein kurzer Überblick .....	498
3. Grundsätzliche rechtliche Rahmenbedingungen für die Frage staatlich veranlasster Finanzierung von Rundfunkinhalten privater Anbieter ...	501
<b>II. Die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers bei der möglichen Finanzierung von privaten Rundfunkinhalten</b> ....	504
<b>III. Funktionsgerechte Finanzausstattung zur Erfüllung eines öffentlichen Programmauftrags</b> .....	507
1. Die Maßgaben des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG .....	507
2. Die Entscheidung zum bayrischen Teilnehmerentgelt ...	509
<b>IV. Die Ausgestaltung eines solchen Finanzierungsmodells</b> .....	511
1. Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie .....	511
2. Unabhängigkeit und Vielfaltssicherung .....	512
3. Berechnung von Bedarf und der Höhe der Finanzierung .....	513
<b>V. Beihilferrechtliche Vereinbarkeit nach EU-Recht</b> .....	515
1. Tatbestandsmerkmale bei der Beihilfen-Prüfung im Mediensektor .....	515
2. Zur möglichen Rechtfertigung im beihilferrechtlichen Sinne .....	517
3. Kommissionsentscheidungen zu Covid19-bezogenen Medienförderprogrammen ..	518
a) Anwendung der Ausnahmen zum grundsätzlichen Beihilfenverbot .....	518
b) Das dänische Ausgleichsprogramm für den Mediensektor .....	518
<b>VI. Entwicklungsmöglichkeiten der lege ferenda</b> .....	520

\* *Mark D. Cole* ist Professor für Medien- und Telekommunikationsrecht an der Fakultät für Rechts-, Wirtschafts- und Finanzwissenschaften (FDEF) der Universität Luxemburg und dort auch Fakultätsmitglied am Interdisciplinary Centre Security, Reliability and Trust (SnT); er ist zudem Wissenschaftlicher Direktor am Institut für Europäisches Medienrecht (EMR). Kontakt: m.cole@emr-sb.de. *Jan Oster* ist Assistant Professor for EU Law and Institutions an der Universität Leiden, Kontakt: j.s.oster@hum.leidenuniv.nl.

1. Mögliche Finanzierungsmodelle .....	521	a) Vergabekriterien .....	523
2. Veranstalter- oder programmbezogene Ausschreibung .....	522	b) „Monitoring“ .....	524
3. Möglicher institutioneller Rahmen und Verfahrensaspekte bei der Vergabe .....	522	4. Institutionelle Pflichten der begünstigten Rundfunkanbieter .....	525
		<b>VII. Ergebnis .....</b>	<b>527</b>

## Abstract

*Die Corona-Pandemie hat wie in einem Brennglas zweierlei für den Mediensektor gezeigt: einerseits die Wichtigkeit der Medien für die Information der Bürger (was an deutlich gestiegenen Nutzungszahlen von Qualitätsmedien ablesbar ist) und andererseits, bedingt durch die erheblichen wirtschaftlichen Folgen etwa wegen ausbleibender Werbeeinnahmen, die Schwierigkeiten für bestimmte Inhalteanbieter eine nachhaltige finanzielle Stabilität aufzuweisen. Als Konsequenz wurden verschiedene Instrumentarien auf mitgliedstaatlicher und EU-Ebene eingeführt, um die negativen Folgen abzumildern. Solche Formen von Unterstützungsleistungen werden im Beitrag daraufhin untersucht, ob sie grundsätzlich mit rundfunkverfassungsrechtlichen Bedingungen in Deutschland sowie dem einschlägigen EU-Beihilfenrecht vereinbar sind. Der Beitrag basiert auf einem Gutachten, in dem die Autoren zu dem Ergebnis kommen, dass private Rundfunkveranstalter an einer staatlich veranlassenen Finanzierung teilhaben könnten. Dabei haben sie auch untersucht, wie bei der Einführung eines solchen Instrumentariums, das rundfunkverfassungsrechtlich möglich, aber de lege lata nach aktuellem Medienstaatsvertrag als Regelmaßnahme nicht durchführbar wäre, die Rahmenbedingungen auszugestalten wären. Neben der ausführlichen Anwendung der relevanten Urteile des Bundesverfassungsgerichts auf eine solche Konstellation enthält der Beitrag aus akutellem Anlass auch eine kurze Darstellung der ersten medienbezogenen Beihilfeentscheidung der Kommission für ein Förderprogramm, das von Dänemark ausdrücklich zur Abwendung von Nachteilen eingeführt wurde, die der dortige Mediensektor als Resultat staatlicher Vorsorgemaßnahme erlitten hat.*

## I. Einführung: Die „Corona-Krise“ und die Frage der (Re-)Finanzierung von Medieninhalten

### 1. Die ökonomische Krise des Mediensektors als Folge der Corona-Pandemie

Die Corona-/Covid19-Pandemie und die mit ihr ab dem Frühjahr 2020 einergehende wirtschaftliche Krisensituation aufgrund des „Herunterfahrens“ des normalen ökonomischen, beruflichen und privaten Lebens stellt auch den Mediensektor vor beispiellose Herausforderungen. Zugleich werden durch diese dramatische Krisenverschärfung ökonomischer Art bereits bestehende strukturelle Probleme im Mediensektor verstärkt. Unter anderem hat die von der Pandemie ausgelöste Krise, wie in einem Brennglas, Schwierigkeiten bei der Refi-

nanzierung bestimmter audiovisueller Inhalte – sowohl ihrer Produktion als auch Verbreitung – angesichts der vollkommen veränderten Wettbewerbslage in der „neuen Plattformökonomie“<sup>1</sup> zum Vorschein gebracht. In geradezu existenzbedrohender Weise kommen aktuell mehrere belastende Faktoren zusammen: ein Rückgang der Werbeeinnahmen von bis zu 80% in einigen Märkten schon in den ersten Wochen nachdem erste staatliche Beschränkungen in Europa getroffen worden waren,<sup>2</sup> größere Unterbrechungen von Programmangeboten durch Wegfall von Live- bzw. Sportveranstaltungen und erschwerte Bedingungen bzw. die vollständige Aussetzung von Dreharbeiten.<sup>3</sup> Dies sind nur einige Beispiele und wirken auch deshalb so stark, weil die Fixkosten – neben dem Personalaufwand vor allem Übertragungskosten – vom Refinanzierungsvolumen unabhängig bestehen bleiben. Paradox mag dabei erscheinen, dass in der Krise der Publikumszuspruch gerade auch für redaktionell verantwortete Inhalte und etablierte Medienanbieter zum Teil in lange nicht mehr gekannte Dimensionen stieg. Mit höheren Nutzer- und Zugriffszahlen geht – außer bei Bezahlmodellen, aber selbst bei diesen sind häufig (etwa bei Zeitungsabonnements) die Werbeeinnahmen im Gesamtbudget bedeutender – kein höherer wirtschaftlicher Erfolg einher, wenn die Werbebuchungen ausbleiben. Die Auswirkungen der Krise treffen alle unterschiedlichen Formen von Medienangeboten, auch auf lokale und regionale Medieninhalte ausgerichtete Angebote.

Gleichzeitig ist aber in der Corona-Krise auch deutlich geworden, welche Bedeutung Rundfunkinhalte, Hörfunk sowie Fernsehen, gerade in Krisenzeiten haben. Sie bieten nicht nur aktuelle Informationen, sondern stiften auch Zusammenhalt. Dies zeigt sich unter anderem bei einer Vielzahl von Aktionen zur Corona-Pandemie, von der „Verstärkungswirkung“ von Appellen für das Zuhausebleiben – bzw. in der weiteren Abfolge staatlich verordneter Vorsorgemaßnahmen auch in der Erläuterung und kritischen Diskussion dieser Schritte –

- 1 Zur veränderten Rolle von Plattformen bei der Inhalteverbreitung angesichts sich weiterentwickelnder Geschäftsmodelle in der Online-Welt ausf. *Cole/Etteldorf/Ullrich*, Cross-Border Dissemination of Online Content – Current and Possible Future Regulation of the Online Environment with a Focus on the EU E-Commerce Directive, Schriftenreihe Medienforschung der Landesanstalt für Medien NRW, Bd. 81, Baden-Baden 2020, abrufbar unter <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748906438/cross-border-dissemination-of-online-content?select-row=about> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).
- 2 Association of Commercial Television in Europe (ACT), Pressemitteilung vom 16.4.2020, abrufbar unter <https://www.acte.be/publication/covid-19-commercial-television-plays-its-role-in-bringing-people-together-during-the-covid-crisis-and-calls-for-strong-measures-to-secure-the-sustainability-of-the-sector/> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).
- 3 In einer gemeinsamen Erklärung von GWA, OWM, ZAW und Produzentenallianz (Sektion Werbung) vom 19.3.2020 wurde beispielsweise dazu aufgerufen, alle werbewirtschaftlichen Produktionen auszusetzen, abrufbar unter <https://www.produzentenallianz.de/beitraege/pressemitteilung/gemeinsame-erklaerung-von-gwa-owm-produzentenallianz-sektion-werbung-und-zaw-zur-corona-krise/> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

bis hin zu kostenlosen Zusatzangeboten.<sup>4</sup> Damit einhergehend ist eine „Rückkehr“ des Publikums zu als zuverlässig empfundenen Medien zu beobachten. Insbesondere konnte seit Beginn der Pandemie ein gesteigertes Interesse an qualitativ hochwertiger Berichterstattung und Unterhaltung festgestellt werden, mit den größten Zuwächsen im Bereich des linearen Fernsehens.<sup>5</sup> Am 22. März 2020, dem Tag der Erweiterung der Leitlinien zur Beschränkung sozialer Kontakte, sahen laut NDR-Medienforschung über 18 Mio. Menschen die 20-Uhr-Ausgabe der Tagesschau, das „RTL Aktuell Spezial“ zur Fernsehansprache von Kanzlerin Angela Merkel erreichte fast 5 Mio. Menschen. Die Fortsetzung vergleichbarer staatlicher Maßnahmen als Reaktion auf die „zweite Welle“ der Pandemie setzt diesen allgemein zu beobachtenden Trend fort.

## 2. Medienförderung aus Anlass der Corona-Krise: ein kurzer Überblick

Die bei gleichzeitig erschwerten Bedingungen wieder stärker in den Blick geratene gesellschaftliche Relevanz führte dazu, dass es nicht nur Appelle für Unterstützungsmaßnahmen zugunsten privater Rundfunkveranstalter gab, sondern dass diese in gewissem Umfang im Laufe des Jahres 2020 auch geschaffen wurden. Als eine der ersten solcher Maßnahmen hatte sich die nordrhein-westfälische Landesregierung gemeinsam mit Vertretern des Lokalfunks, Infrastrukturanbietern und der Landesanstalt für Medien NRW auf einen „Solidarpakt Lokalfunk NRW“ geeinigt, mit dem Distributionskosten für etwa drei Monate für die entsprechenden Anbieter bereit gestellt werden sollten.<sup>6</sup> Ähnliche Modelle folgten; so übernahm in Sachsen die Landesmedienanstalt zunächst befristet bis zum 30. Juni 2020 die Verbreitungskosten aller sächsischen Lokal-TV-Anbieter mit einem aktuellen Bewegtbildangebot zur Krise.<sup>7</sup> Das Land Brandenburg griff eine seit längerem laufende Planung zur Ein-

4 Beispielsweise warb das Video-on-Demand-Angebot der Mediengruppe RTL - TVNOW mit dem Motto „#WirBleibenZuHause – Unsere Livestreams ab sofort kostenlos für Alle.“. Gerade für Kinder und Jugendliche wurden, auch parallel zu Phasen der Aussetzung von Präsenzschulunterricht, erweiterte Bildungsangebote im linearen Programm und den Mediatheken verschiedener öffentlich-rechtlicher Sender bereitgestellt, vgl. dazu etwa Meldung vom 16.3.2020, <https://www.tagesschau.de/inland/corona-kinderprogramm-101.html> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

5 Deloitte, Media Consumer Survey 2020, Zusammenfassung abrufbar unter <https://www2.deloitte.com/de/de/pages/technology-media-and-telecommunications/articles/mediennutzung-covid-19.html> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

6 Siehe dazu beispielsweise „Gemeinsamer Appell der im Saarland zugelassenen privaten Rundfunkveranstalter und der Landesmedienanstalt Saarland (LMS) an Landtag und Regierung des Saarlandes – Fortdauernde Vielfalt braucht zusätzliche Förderung und Solidarität“, Saarbrücken, 2.4.2020, abrufbar unter [https://www.lmsaar.de/wp-content/uploads/2020/04/12-Appell-Anlage\\_neu.pdf](https://www.lmsaar.de/wp-content/uploads/2020/04/12-Appell-Anlage_neu.pdf); Pressemitteilung der Landesanstalt für Medien NRW „Solidarpakt Lokalfunk NRW“ vom 4.5.2020, abrufbar unter <https://www.medienanstalt-nrw.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilungen-2020/2020/mai/solidarpakt-lokalfunk-nrw.html> (beide zuletzt abgerufen 1.12.2020).

7 Mitteilung der Sächsischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien vom 3.4.2020, abrufbar unter [https://www.slm-online.de/2020\\_pressemitteilungen-a-5288.html](https://www.slm-online.de/2020_pressemitteilungen-a-5288.html) (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

führung einer direkten Unterstützung privater Medienangebote mit jährlich 1,5 Mio. Euro auf.<sup>8</sup> Auch in weiteren Ländern folgten ähnliche Maßnahmen.<sup>9</sup> Vor allem aber kam es auch zu einer zwischen Bund und Ländern abgestimmten Förderung aus Bundesmitteln und teilweise Landeshaushalten oder solchen der Landesmedienanstalten unter dem Titel „Neustart Kultur“, die dem privaten Hörfunk bis zu 20 Mio. Euro für die Verbreitungskosten zugänglich machen sollte.<sup>10</sup> Diese Förderung blieb aber beschränkt bis Ende des Jahres, es wurde nicht das volle Volumen abgerufen und das Programm wurde trotz weiterhin bestehender „Lockdown-Maßnahmen“ etwa zum Jahreswechsel 2020/21 nicht mehr fortgesetzt.

Es überrascht nicht, dass manche Vorschläge zur Förderung oder getroffene Maßnahmen kritisch kommentiert worden sind. Beispielsweise beschloss Österreich Anfang April 2020 im Rahmen der sog. Corona-Sammelgesetze eine Sonder-Medienförderung für Presse, Hörfunk und Fernsehen in Höhe von über 30 Mio. Euro.<sup>11</sup> Als eines der maßgeblichen Kriterien knüpfte diese an die Auflagenhöhe an, weshalb auch drei Mio. Euro an die auflagenstärkste Boulevardzeitung Österreichs („Krone“) fließen sollte und Kritiker von einem „Boulevard-Belohnungsgesetz“ sprachen.<sup>12</sup> Wenngleich es vielfach geäußerte Forderungen nach Förderleistungen gab,<sup>13</sup> sahen manche potentielle Empfänger Bedenken, dass Förderungen mit einer Einflussnahme verbunden sein könnten. So hatte sich etwa der Präsident des Bundesverbandes Digitalpublisher und Zeitungsverleger (BDZV) in einem Rundschreiben an seine Mitgliedsverlage gegen einen Einstieg in die staatliche Förderung gewandt.<sup>14</sup> Die Europäische Audiovisuelle Informationsstelle hat die Menge und Bandbreite von Hilfen und Förderungen auch für den Mediensektor in den Staaten des Europarates gesammelt

- 8 Tagesordnungspunkt „Nothilfen für den Lokaljournalismus vor dem Hintergrund der Corona-Krise sowie Hilfen für den Lokaljournalismus gemäß dem Beschluss des Landtages Drucksache 6/7732-B“, in der 7. Sitzung des Hauptausschusses des Landtags Brandenburg am 6.5.2020.
- 9 Vgl. z.B. Pressemitteilung der LMS Nr. PM 35/2020 v. 22.12.2020, Saarland stützt privaten Rundfunk mit Stabilisierungspaket, abrufbar unter <https://www.lmsaar.de/2020/12/saarland-stuetzt-privaten-rundfunk-mit-stabilisierungspaket/> (zuletzt abgerufen 23.12.2020).
- 10 Vgl. dazu Meldung in epd medien 51-52/20 v. 18.12.2020, abrufbar unter <https://www.epd.de/fachdienst/epd-medien/schwerpunkt/inland/neustart-kultur-zwoelf-millionen-euro-privatradios-gezahlt> (zuletzt abgerufen 20.12.2020).
- 11 4. COVID-19-Gesetz, BGBl. I Nr. 24/2020.
- 12 So *Martin Kotynek*, Chefredakteur der österreichischen Tageszeitung „Der Standard“, in einem Twitter-Beitrag vom 3.4.2020, abrufbar unter: [https://twitter.com/martin\\_k/status/1245934095881965573](https://twitter.com/martin_k/status/1245934095881965573) (zuletzt abgerufen 1.12.2020).
- 13 Vgl. z.B. Vaunet, Maßnahmenpaket zur wirtschaftlichen Stabilisierung des privaten Rundfunks in der Corona-Krise, 7.5.2020, abrufbar unter [https://www.vau.net/system/files/documents/vaunet-position\\_stabilisierung\\_privater\\_rundfunk\\_in\\_der\\_corona-krise\\_070520\\_final.pdf](https://www.vau.net/system/files/documents/vaunet-position_stabilisierung_privater_rundfunk_in_der_corona-krise_070520_final.pdf) (zuletzt abgerufen 1.12.2020).
- 14 Vgl. dazu Hartung, Pressemedien in der Subventionsfalle?, Meldung vom 12.10.2020, <https://www.medienpolitik.net/2020/10/pressemedien-in-der-subventionsfalle/> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

und jeweils aktualisiert als Übersicht bereit gestellt.<sup>15</sup> Solche Maßnahmen wurden teilweise auch in Staaten eingeführt, die ohnehin bereits Unterstützungsleistungen auch für private Medien bzw. Rundfunkanbieter kennen (dazu noch unten unter V. 3. b)).

Auch auf Ebene der Europäischen Union wurde sehr bald nach den ersten Beschränkungsbeschlüssen der Mitgliedstaaten darüber diskutiert, wie mögliche Unterstützungsleistungen aussehen könnten. Neben der beihilferechtlichen Dimension, auf die unter V. noch eingegangen wird, führten die Diskussionen letztlich in ein umfassendes Aktionsprogramm, das am Jahresende vorgestellt wurde und das nicht nur eine Reaktion auf die Pandemie-Folgen ist: „Europas Medien in der digitalen Dekade: Ein Aktionsplan zur Unterstützung der Erholung und des Wandels“.<sup>16</sup> Mit dem Aktionsprogramm soll die „Erholung der Medien und des audiovisuellen Sektors“, aber auch ihr „Wandel“ unterstützt werden. Dazu werden zehn unterschiedliche Maßnahmen angekündigt, die etwa den Zugang zu existierenden Finanzierungsinstrumenten erleichtern und neue Investitionsunterstützungsgelder bereitstellen sollen.

Solche Unterstützungsmaßnahmen sind im nationalen Kontext in einer Krisensituation wie der vorliegenden mit zum Teil für die privaten Unternehmen existenzbedrohenden Auswirkungen auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive relevant: Aus der Schutzpflichtdimension von Grundrechten, aber auch zugunsten eines objektiven Wertes wie eines freien und pluralen „Medien-Ökosystems“, können sich Handlungspflichten des Staates konkretisieren.<sup>17</sup> Dazu kann auch die – wiederum vor dem Hintergrund der Pandemie und der damit verbundenen Beschränkungen des gewohnten Lebenslaufs der Bürger – Einordnung der Medien als kritische Infrastruktur gelten, die bereits in manchen Landesgesetzen entsprechend adressiert werden.<sup>18</sup> Diese Systemrelevanz eines funktionierenden Mediensystems sowie eines Anbieter- und Angebotspluralismus wird aktuell besonders deutlich. Auch im Blick auf grassierende, insbesondere online massenhaft verbreitete Desinformation braucht es wohl mehr denn je – wie zuletzt auch in einem Statement des Europarat-Expertenausschusses „MSI-REF – Committee of Experts on Media Environment and Reform“ hervorgehoben – einen zuverlässigen Journalismus, um die Öffentlichkeit zu informieren und die

15 EAO, „Covid-Tracker“, abrufbar unter <https://www.obs.coe.int/en/web/observatoire/covid-19-audiovisual-sector-measures> (zuletzt abgerufen 1.12.2020); vgl. auch Cabrera Blázquez u.a., Die europäische audiovisuelle Industrie in den Zeiten von COVID-19, IRIS Plus, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, September 2020, abrufbar unter <https://rm.coe.int/iris-plus-2020-2-die-europaische-audiovisuelle-industrie-in-den-zeiten/16809f9a22> (beide zuletzt abgerufen 1.12.2020).

16 Mitteilung der Kommission, COM(2020) 784endg v. 3.12.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0784&from=EN> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

17 Zur europa- und verfassungsrechtlichen Betrachtung ausf. *Ukrow*, Schutz der Medienvielfalt und medienbezogene Solidaritätspflichten in Corona-Zeiten, abrufbar unter <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2020/03/EMR-Impulse-Vielfalt-Corona-200330.pdf> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

18 So sind beispielsweise „Presse und Rundfunk“ gemäß § 1b Abs. 8 Nr. 6 der Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung -CoronaVO) vom 9. Mai 2020 als „kritische Infrastruktur“ aufgeführt.

als Reaktion auf die globale Gesundheitsbedrohung ergriffenen Maßnahmen zu überprüfen.<sup>19</sup> Die Rahmenbedingungen für einen solchen Journalismus, wenn er von privaten Akteuren erbracht wird, kann neben finanziellen Unterstützungen auch regulatorische, zeitlich beschränkte Anpassungen umfassen.<sup>20</sup>

### 3. Grundsätzliche rechtliche Rahmenbedingungen für die Frage staatlich veranlasster Finanzierung von Rundfunkinhalten privater Anbieter

Zwar ist der Gedanke einer im freien Wettbewerb entstehenden Angebotsvielfalt im Bereich des privaten Rundfunks – in Ergänzung zu öffentlich-rechtlichen Angeboten als weiterer Säule – weiterhin gültig. Dennoch stellt sich die bereits vor der Krise diskutierte Frage mit stärkerem Gewicht, ob nicht private Rundfunkanbieter für die Herstellung und Verbreitung bestimmter Inhalte, die eine gesellschaftliche Relevanz aufweisen, die Möglichkeit einer Förderung aufgrund eines staatlich veranlassten Regulierungsrahmens haben sollten.

Dieser Fragestellung sind die Autoren in dem 2017 verfassten Rechtsgutachten „Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter in Deutschland an einer staatlich veranlassten Finanzierung“ nachgegangen.<sup>21</sup> Im Vergleich zu anderen Staaten wird sofort ersichtlich, dass solche Finanzierungsmodelle keine Neuigkeit wären, sondern im Gegenteil andernorts lange etabliert sind und einen wichtigen Beitrag zur Aufrechterhaltung eines vielfältigen Medienangebots leisten. Als Beispiele seien an dieser Stelle das Modell des „Gebührensplittung“ in der Schweiz oder des „Privatrundfunkfonds“ in Österreich genannt.<sup>22</sup> Medienförderung (zumindest die Förderung einzelner Bereiche der Medien-Ökosystems) ist in vielen europäischen Staaten eher Regel als Ausnahme. Es finden sich direkte

19 Abrufbar unter <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/statement-on-freedom-of-expression-and-information-in-times-of-crisis-by-the-council-of-europe-s-committee-of-experts-on-media-environment-and-reform-msi-ref-> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

20 Solche „light touch“-Ansätze wurden ebenfalls als mögliche Reaktion der für die Aufsicht zuständigen Landesmedienanstalten gefordert bzw. diskutiert, vgl. als eine solche Maßnahme etwa DLM, Pressemeldung 07/2020 vom 20.3.2020, Pragmatisches Vorgehen bei Live-Streamings, abrufbar unter [https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung?tx\\_news\\_pi1%5Bnews%5D=4804&cHash=821fb80afffce563aaa34538dfea8522](https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung?tx_news_pi1%5Bnews%5D=4804&cHash=821fb80afffce563aaa34538dfea8522); vgl. auch Vaunet, Maßnahmenpaket zur wirtschaftlichen Stabilisierung des privaten Rundfunks in der Corona-Krise, 7.5.2020, Punkt 6, abrufbar unter [https://www.vau.net/system/files/documents/vaunet-position\\_stabilisierung\\_privater\\_rundfunk\\_in\\_der\\_corona-krise\\_070520\\_final.pdf](https://www.vau.net/system/files/documents/vaunet-position_stabilisierung_privater_rundfunk_in_der_corona-krise_070520_final.pdf) (beide zuletzt abgerufen 1.12.2020).

21 Cole/Oster, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter in Deutschland an einer staatlich veranlassten Finanzierung, Rechtsgutachten im Auftrag der ProSiebenSat1 Media S.E. (nachfolgend zit. als „Cole/Oster, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung“). Der vorliegende Beitrag beruht auf dem Gutachten, das abrufbar ist unter <http://www.prosiebensat1.de/presse/prosiebensat-1-entwickelt-modell-einer-medienordnung-4-0-zur-foerderung-der-meinungsvielfalt-in-jungen-zielgruppen> (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

22 Dazu ausf. Cole/Oster, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 124 ff. sowie S. 146 ff.

und indirekte Förderungen ebenso wie allgemein oder selektiv eingesetzte Instrumente, wobei auch eine Anknüpfung an regionale und lokale Medieninhalte stark verbreitet ist.<sup>23</sup>

Die Frage einer Förderung privater Medienakteure muss immer auch im Kontext des EU-Rechts betrachtet werden, das eigene Rahmenbedingungen für Unterstützungs- und auch Stabilisierungsmaßnahmen setzt. In diesem Beitrag soll es allerdings vornehmlich um die Frage gehen, ob und inwieweit unter geltendem Rundfunkverfassungsrecht die Einführung eines Modells möglich ist, nach dem private Rundfunkveranstalter an einer staatlich veranlassten Finanzierung teilhaben können. Die europarechtliche Vereinbarkeit, namentlich mit dem Beihilfenrecht, soll hier nur kurz angesprochen werden.<sup>24</sup>

Rundfunkrecht in Deutschland ist trotz einfachgesetzlicher Grundlagen und der Entwicklung des bis 2020 geltenden Rundfunkstaatsvertrags über 22. Änderungsstaatsverträge hin – mittlerweile mit Inkrafttreten zum 7. November 2020 abgelöst vom Medienstaatsvertrag<sup>25</sup> – bis heute in wesentlichen Teilen, insbesondere hinsichtlich der Strukturvorgaben, konkretisiertes Rundfunkverfassungsrecht. Aus der Bestimmung „die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet“ in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wesentliche Rahmenbedingungen für die Rundfunkordnung abgeleitet. Die konkrete Ausgestaltung dieses Rahmens überlässt es aber der Gestaltungsfreiheit des dafür zuständigen Gesetzgebers, den Ländern. Dies gilt auch für die Rundfunkfinanzierung.

Die Länder haben ihren Spielraum bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Vorgaben des BVerfG bislang so genutzt, dass sie ein duales System im Rundfunk vorsehen, in dem sich beide Säulen nebeneinander stehend entwickeln können.<sup>26</sup> Dabei wurde zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks der Rundfunkbeitrag zuerkannt,<sup>27</sup> wohingegen die privaten Veranstalter – vorbehaltlich der Finanzierung besonderer Aufgaben gemäß § 112 MStV<sup>28</sup> – nach § 69 Satz 2 MStV nicht unmittelbar am Rundfunkbeitrag beteiligt werden dürfen. *De lege lata* ist eine Beteiligung privater Rundfunkveranstalter am Rundfunkbeitrag daher nicht zulässig. Dieser Befund hat sich, wie sich aus der Übereinstimmung der entsprechenden Vorschriften des MStV mit dem RStV in seiner letzten Fas-

23 Zur Förderung lokaler und regionaler Medieninhalte ausf. *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt, 2019.

24 Ausf. zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen, Einflüssen aus dem internationalen Recht sowie rechtsvergleichenden Betrachtungen *Cole/Oster*, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 7 ff.

25 Artikel 1 des Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland vom 14.-28.4.2020, u.a. HmbGVBl. 2020, S. 434, in Kraft seit 7.11.2020, u.a. HmbGVBl. 2020, S. 572.

26 Zur eigenständigen rechtlichen Bedeutung der Präambel *Kreile* in: Hartstein/Ring u.a., HK-RStV, Präambel Rn. 2 f.

27 §§ 12 und 13 RStV; ausf. *Wagner*, Abkehr von der geräteabhängigen Rundfunkgebühr, Die Neuordnung der Rundfunkfinanzierung, 2011.

28 Zu den Einzelheiten vgl. zur weitgehend deckungsgleichen Vorläuferregelung *Hartstein/Ring* in: Hartstein/Ring u.a., HK-RStV, § 40 Rn. 35 ff.; *Cole/Oster*, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 114 ff.

sung ergibt, auch mit Inkrafttreten des Medienstaatsvertrags nicht geändert. Zwar ist in § 112 MStV die vormalis enthaltene Befristung für Fördermaßnahmen entfallen, was den beteiligten Akteuren ein höheres Maß an finanzieller Planungssicherheit geben soll; damit einher geht aber ausweislich der amtlichen Begründung keine weitergehende Änderung gegenüber der vormaligen Rechtslage.

Die Relevanz der Unterstützungsnotwendigkeit zumindest für einen Teilbereich des Rundfunks unterstreichen die Länder in einer von allen Ländern verfassten „Protokollerklärung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland“. Demnach besteht Einigkeit im Länderkreis, dass mit dem MStV die „Anpassung des Rechtsrahmens an die digitale Transformation“ nicht abgeschlossen ist und zu einigen Schwerpunkten weitergehende Reformvorschläge erarbeitet werden sollen. Dazu zählt unter 3. der Aspekt der regionalen Vielfalt, wonach sich die Länder einsetzen für eine „vielfältige, lokal und regional ausdifferenzierte Medienlandschaft in Deutschland“, weil deren „Gewährleistung [...] Voraussetzung für eine ausgewogene nationale, regionale und lokale Meinungsbildung und damit auch Fundament unserer pluralistischen Gesellschaft“ ist. Deshalb sollen verschiedene Maßnahmen zur Sicherung dieser Art der Medienvielfalt erwogen werden. Dazu können eben auch finanzielle Unterstützungsmaßnahmen zählen.<sup>29</sup>

Der vorliegende Beitrag legt dar, dass unabhängig von der aktuellen rechtlichen Situation eine Veränderung der Rahmenbedingungen der Finanzierung *de lege ferenda* möglich ist, so dass ein möglicherweise gestärkter politischer Wille hierzu entsprechend schnell umgesetzt werden könnte. Der einfachgesetzlich niedergelegte Ausschluss in § 112 Satz 2 MStV ist nicht Ergebnis verfassungsrechtlicher Vorgaben, sondern eine Entscheidung der Landesgesetzgeber, die bereits in der Vergangenheit in der politischen Diskussion hinterfragt worden ist.<sup>30</sup> Soweit aus der Vorschrift zudem strukturelle Ableitungen hinsichtlich des Verbots bestimmter Mischformen zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Veranstaltern gemacht werden, gelten auch diese nur einfachgesetzlich, nicht aber als verfassungsrechtlicher Grundsatz der Rundfunkordnung.<sup>31</sup> Stattdessen gilt folgendes:

1. Die Rechtsprechung des BVerfG fordert eine staatlich veranlasste Finanzierung des privaten Rundfunks zwar nicht ein, sie steht einer solchen Finanzierung aber auch nicht entgegen. Damit unterliegt eine solche Finanzierung grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit des (Landes-)Gesetzgebers (dazu II.).

29 Vgl. dazu wiederum *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt, S. 15 ff.

30 *Kreile* in: Hartstein/Ring u.a., HK-RStV, § 43 Rn. 9 m.w.N. Vgl. beispielhaft im Umfeld des 3. Rundfunkurteils FRAG *Hartstein*, epd Kirche und Rundfunk 1986, 3 ff.; dagegen besonders kritisch (aber auch insgesamt über den privaten Rundfunk und retrospektiv betrachtet deutlich überziehend) *Stock*, RuF 1987, 1, 14.

31 Vgl. *Ladeur* in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 43 RStV Rn. 3, wonach es Grenzen für Mischformen gibt und „aus dem Zusammenhang des Gesetzes hervor[geht], dass es nicht die Variante des Rundfunks mit öffentlichem Programmauftrag in privatrechtlicher Form gegen soll, der sich nur aus Werbung finanziert“; diese Erkenntnis ist *de lege lata* eindeutig, heißt aber nicht, dass eine solche Lösung *de lege ferenda* unzulässig wäre.

2. Sofern die Länder privaten Rundfunk aufgrund eines öffentlichen Programmauftrags dazu verpflichten, zur Meinungsvielfalt beizutragen, dann folgt unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eine Pflicht des Staates, eine funktionsgerechte Finanzausstattung zur Erfüllung dieses Programmauftrags sicherzustellen (dazu III.).
3. Die Länder müssten bei der Ausgestaltung eines solchen Programmauftrags- und Finanzierungsmodells die Vorgaben des BVerfG zu Staatsferne und Ausgewogenheit der „Gesamtveranstaltung Rundfunk“ beachten (dazu IV.).
4. Aufgrund der beihilferechtlichen Relevanz finanzieller Förderungsmaßnahmen ist ergänzend der europarechtliche Rahmen zu beachten, der aber ebenfalls eine solche Finanzierung grundsätzlich erlaubt (dazu V.), wobei Ausführungen der Kommission bei der Vereinbarkeitserklärung aktueller „Covid-19-Unterstützungsmaßnahmen“ eine klare Bestätigung darstellen.

Der Beitrag schließt mit Überlegungen dazu ab, wie ein solches Modell im Einzelnen ausgestaltet sein könnte (dazu VI.), bevor die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst werden.

## II. Die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers bei der möglichen Finanzierung von privaten Rundfunkinhalten

Aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG leitet das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die Verpflichtung des Landesgesetzgebers<sup>32</sup> ab, eine Rundfunkordnung zu schaffen, die die Unabhängigkeit des Rundfunks sowie die Themen- und Meinungsvielfalt im Rundfunk in seiner Gesamtheit sicherstellt.<sup>33</sup> Wie diese Rundfunkordnung im Einzelnen ausgestaltet ist, überlässt das Gericht grundsätzlich der Wahlfreiheit des Gesetzgebers. Die Landesgesetzgeber haben sich für eine duale Rundfunkordnung entschieden, in der allein der öffentlich-rechtliche Rundfunk beitragsfinanziert wird. Dieser Ordnung sind Anforderungen an die Ausgewogenheit privaten Rundfunks zwar nicht fremd;<sup>34</sup> es bestehen jedoch höhere Erwartungen an Breite und Vielfalt des Programms des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als an die des privaten Rundfunks.<sup>35</sup> „Während der Gesetzgeber für privatwirtschaftlichen Rundfunk bislang

32 Zur kompetenziellen Ausgestaltung des Rundfunkverfassungsrechts BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung (Deutschland-Fernsehen GmbH).

33 BVerfGE 73, 118, 157 – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen); BVerfGE 83, 238, 296 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

34 Siehe §§ 3, 51 MStV; zu den Vorläufervorschriften *Cole*, in: Hartstein/Ring u.a., HK-RStV, § 3 Rn. 3 f., 21 f.; *ders.*, § 41 Rn. 4 ff., 19 ff., 27 ff.; BVerfGE 74, 297, 332 f. – 5. Rundfunkentscheidung (Baden-Württemberg). Ergänzend könnte man auch noch auf die Quotenverpflichtungen aus § 15 MStV hinweisen, zur Vorläufervorschrift *Kreile*, in: Hartstein/Ring u.a., HK-RStV, § 6 Rn. 5 ff.

35 BVerfGE 73, 118, 159 – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen); BVerfGE 74, 297 – 5. Rundfunkentscheidung (Baden-Württemberg); BVerfGE 83, 238, 296, 297 f. – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

im Wesentlichen auf Marktprozesse vertraut, unterliegt der öffentlich-rechtliche Rundfunk besonderen normativen Erwartungen an sein Programmangebot“, die sich aus § 26 MStV ergeben.<sup>36</sup> Diese Erleichterung der Anforderungen an den privaten Rundfunk ist nach dem BVerfG jedoch „nur hinnehmbar, solange und soweit wirksam sichergestellt ist, dass die unerläßliche Grundversorgung der Bevölkerung vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk [...] erfüllt wird.“<sup>37</sup> Weil sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk um die „Grundversorgung“ kümmern müsse, wird er im Gegenzug durch Beiträge (ehemals Gebühren) ausgestattet, die ein Element der vom Gericht geforderten Regelung der „technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Vorbedingungen ihrer [d.h. der Grundversorgung] Erfüllung sicherzustellen“ sind.<sup>38</sup>

Das aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgende Gebot der Themen- und Meinungsvielfalt, der Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen-Rundfunks sowie seine Beitragsfinanzierung stehen somit in einem wechselbezüglichen Verhältnis: Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk steht eine staatlich veranlasste Finanzierung zu, weil er mit der Grundversorgung beauftragt ist und damit die Maßgaben des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfüllt. Allein das aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgende Gebot der Vielfaltssicherung ist indessen unmittelbar verfassungsrechtlich bedingt. Der Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seine daraus folgende Finanzierung – bei gleichzeitigem Ausschluss privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung aus dem Rundfunkbeitrag – sind demgegenüber das von den Landesgesetzgebern gewählte Modell zur Erreichung dieser Zielvorgabe.

Dieses Modell ist allerdings verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Bereits in der zweiten Rundfunkentscheidung betonte das BVerfG, dass die Länder die „Durchführung dieser Aufgabe [...] den zu diesem Zweck errichteten Anstalten des öffentlichen Rechts zugewiesen und *bisher* überlassen“ haben.<sup>39</sup> Dies bedeutet, dass auch andere Modelle denkbar wären, solange der Auftrag des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfüllt wird. Noch deutlicher kommt die Gestaltungsfreiheit der Landesgesetzgeber im sechsten Rundfunkurteil zum Ausdruck: „Wie diese Ordnung im einzelnen ausgestaltet wird, ist Sache der gesetzgeberischen Entscheidung. Das Grundgesetz schreibt weder ein bestimmtes Modell vor noch zwingt es zu konsistenter Verwirklichung des einmal gewählten Modells.“<sup>40</sup> Entscheidend ist allein, dass „die verfassungsrechtlichen Anforderungen gleichgewichtiger Vielfalt in der Berichterstattung *im Ergebnis* durch das Gesamtangebot aller Veranstalter erfüllt werden“.<sup>41</sup> Deshalb gilt auch, dass es zur Zusammenarbeit zwischen den Säulen kommen kann: „Der Gesetzge-

36 Zur Situation unter der gleichlautenden Vorläuferregelung BVerfGE 119, 181, Rn. 121 – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

37 BVerfGE 83, 238, 297 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR); dazu bereits BVerfGE 73, 118, 158 f. – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen).

38 BVerfGE 73, 118, 158 f. – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen).

39 BVerfGE 31, 314, 329 – 2. Rundfunkentscheidung (Umsatzsteuer) (Hervorhebung durch Verf.).

40 BVerfGE 83, 238, 296 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

41 BVerfGE 83, 238, 296 f. – 6. Rundfunkentscheidung (WDR) (Hervorhebung durch Verf.).

ber steht verfassungsrechtlich weder vor der Alternative, nur öffentlichrechtlichen oder nur privaten Rundfunk zuzulassen, noch muß er, wenn er sich für ein duales Rundfunksystem entscheidet, die beiden Sektoren strikt voneinander trennen. Aus dem Grundgesetz folgt keine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Modellkonsistenz<sup>42</sup>. In einer weiteren Passage wiederholt das Gericht, dass es „auch Mischformen von öffentlichrechtlichen und privaten Rundfunkveranstalter[n]“ geben könne, weil das Recht zur Ausgestaltung sich nicht nur darauf beschränkt, ein bestimmtes Modell zu implementieren, sondern auch „einzelne Elemente eines Modells in ein anderes“<sup>43</sup> übernommen werden können. Die im fünften Rundfunkurteil<sup>44</sup> festgestellte Befugnis, eine Kooperation zu untersagen, ohne verfassungswidrig zu handeln, erlaubt „nicht de[n] Umkehrschluß [...], daß die Kooperation zwischen beiden verfassungswidrig sei. Der Gesetzgeber genießt vielmehr auch in dieser Hinsicht Gestaltungsfreiheit“<sup>45</sup>.

Dieser Spielraum bezieht sich explizit auch auf die „ausreichende Finanzierung des verfassungsrechtlich geschützten Programmangebots“<sup>46</sup>. Im fünften Rundfunkurteil betonte das BVerfG ausdrücklich die Freiheit des Gesetzgebers, die zulässigen Finanzierungsformen festzulegen und auch bestimmte Refinanzierungsmöglichkeiten für den öffentlichrechtlichen Rundfunk auszuschließen.<sup>47</sup> Die Formulierung des sechsten Rundfunkurteils, dass die Ausführungen des Gerichts zur Rundfunkfinanzierung „auch dann“ gelten, „wenn sich der Gesetzgeber für eine duale Rundfunkordnung entscheidet“<sup>48</sup>, lässt den Umkehrschluss zu, dass auch eine Entscheidung für eine andere Rundfunkordnung möglich ist. Die Finanzierungsregulierung und sonstige Ausgestaltung der Rundfunkordnung erfolgt nicht nur im Blick auf die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sondern auch der privaten Anbieter: Der Gesetzgeber findet die „Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit bezüglich der Rundfunkfinanzierung erst dort, wo entweder der öffentlichrechtliche Rundfunk an der Erfüllung seiner Grundversorgungsaufgabe gehindert oder der private Rundfunk Bedingungen unterworfen wäre, die ihn erheblich erschweren oder gar unmöglich machen“<sup>49</sup>. Unterhalb dieser Grenze, so lässt sich im Umkehrschluss ableiten, ist jede Gestaltung verfassungskonform möglich.

Noch deutlicher wird dies in einem weiteren Abschnitt des Urteils. Demnach ist zwar nicht automatisch eine Finanzierungspflicht dadurch bedingt, dass bestimmte Programmwartungen gesetzlich festgelegt werden. Aber die Möglichkeit des Gesetzgebers, „privat

42 BVerfGE 83, 238, 305 f. – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

43 BVerfGE 83, 238, 308 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

44 BVerfGE 74, 297 – 5. Rundfunkentscheidung (Baden-Württemberg).

45 BVerfGE 83, 238, 307 f. – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

46 Vgl. BVerfGE 83, 238, 310 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

47 BVerfGE 74, 297, 341 ff. – 5. Rundfunkentscheidung (Baden-Württemberg).

48 BVerfGE 83, 238, 311 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR) (Hervorhebung durch Verf.).

49 BVerfGE 83, 238, 311 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

veranstalteten Rundfunk am Gebührenaufkommen [zu] beteiligen“,<sup>50</sup> ist auch nicht systemwidrig. Zum damaligen Zeitpunkt war diese Frage jedoch nicht entscheidungserheblich und ist daher auch nicht näher ausgeführt worden. Eine Lösung, wonach der Gesetzgeber zwar Programmanforderungen stellt, deren Erfüllbarkeit aber durch den Regelungsrahmen zu einer „Funktionsunfähigkeit des Modells“<sup>51</sup> führen würde, wäre allerdings potentiell verfassungswidrig: „Ebenso könnte es gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen, wenn der Betrieb von privatem Rundfunk allein aufgrund der rechtlichen Konstruktion zur Unwirtschaftlichkeit verurteilt wäre, so daß die Berechtigten nur bei Hinnahme von Verlusten ihr Recht ausüben könnten“.<sup>52</sup> Dies bezieht sich zwar im Wesentlichen auf die Schaffung der Rahmenbedingungen durch Gesetz, wie etwa Werbefinanzierung und Regelungen zum Werbeumfang. Aber es ist nicht ausgeschlossen, dass die Einhaltung der Ablieferung eines bestimmten Standards und Inhalts aufgrund der Marktsituation überhaupt nur noch möglich ist, wenn eine externe, d.h. staatlich veranlasste, Finanzierung vorliegt.

Daraus folgt, dass eine staatlich veranlasste Finanzierung privater Anbieter grundsätzlich in der politischen Einschätzungsprärogative der Landesgesetzgeber liegt. Mit anderen Worten: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht einer staatlich veranlassten Finanzierung privater Rundfunkveranstalter *nicht entgegen*. Betrauen die Bundesländer private Rundfunkveranstalter allerdings mit einem öffentlichen Programmauftrag, so folgt aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG *zwingend*, dass sie hierfür funktionsgerecht auszustatten sind. Hierauf wird im folgenden Abschnitt eingegangen.

### III. Funktionsgerechte Finanzausstattung zur Erfüllung eines öffentlichen Programmauftrags

Zwar traf das BVerfG seine maßgeblichen Aussagen zur Rundfunkfinanzierung überwiegend im Kontext um Auslegungsfragen bezüglich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks; allerdings ist eine durchgängige Linie erkennbar, wonach Aspekte der Finanzierung auf beide Säulen bezogen werden können.

#### 1. Die Maßgaben des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Der Gesetzgeber ist aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dazu verpflichtet, für eine ausreichende Finanzierung des verfassungsrechtlich geschützten Programmangebots zu sorgen.<sup>53</sup> Mit der Pflicht des Gesetzgebers zur Ausgestaltung einer funktionsgerechten Finanzierung korrespondiert ein verfassungsunmittelbarer Anspruch bzw. „Recht der Anstalten, die zur Erfül-

50 Vgl. BVerfGE 83, 238, 329 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

51 BVerfGE 83, 238, 329 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

52 BVerfGE 83, 238, 329 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

53 BVerfGE 83, 238, 310 – 6. Rundfunkentscheidung (WDR).

lung ihres Auftrags erforderlichen Mittel zu erhalten“.<sup>54</sup> Da die Grundversorgung nach dem von den Ländern gewählten Rundfunkmodell durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk erbracht wird, stehen die Mittel folgerichtig diesen Rundfunkanstalten zu. Hinsichtlich des privaten Rundfunks führte das BVerfG demgegenüber aus, dass dieser „schon aufgrund seiner Finanzierungsweise“ die Anforderungen gesellschaftlicher Meinungsvielfalt nicht zu erfüllen gewährleiste.<sup>55</sup> Die finanziellen Notwendigkeiten führten die privaten Veranstalter zu mehr „Kommerzialisierung“.<sup>56</sup>

Aus dieser Beschreibung des Ist-Zustands der Finanzierung des privaten Rundfunks lässt sich indessen nicht auf einen Soll-Zustand einer staatlich veranlassten Finanzierung schließen. Es kann also nicht verfassungsrechtlich abgeleitet werden, dass die Finanzierungsweise des privaten Rundfunks dazu führt, dass ein umfassender Vielfaltsbeitrag nicht gewährleistet werden kann und deshalb eine staatlich veranlasste Finanzierung unzulässig wäre. Das Gegenteil ist der Fall: Wenn der private Rundfunk aufgrund eines öffentlichen Programmauftrags zur Meinungsvielfalt beiträgt, dann folgt unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eine Pflicht des Staates, eine funktionsgerechte Finanzausstattung zur Erfüllung dieses Programmauftrags sicherzustellen. Eine „Finanzierungsweise, die ihn [für dieses Element] vornehmlich auf Werbeeinnahmen verweise“, würde einem öffentlichen Programmauftrag des privaten Rundfunks ebenso wenig gerecht wie im Falle des Grundversorgungsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.<sup>57</sup> In seinem jüngsten Rundfunkurteil zur Rechtmäßigkeit des Rundfunkbeitrags 2018 weist das BVerfG zudem explizit darauf hin, dass das „Rundfunksystem in seiner Gesamtheit dem verfassungsrechtlichen Geboten im Rahmen des Möglichen entsprechen“ müsse. Auch der private Rundfunk sei zu „gleichgewichtiger Vielfalt verpflichtet“. Der Gesetzgeber müsse demnach „Maßnahmen treffen, die dazu bestimmt und geeignet sind, ein möglichst hohes Maß gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk zu erreichen und zu sichern“.<sup>58</sup>

Diese verfassungsrechtlichen Erkenntnisse erlauben und gebieten eine staatlich veranlasste Finanzierung für die Erbringung bestimmter Rundfunkleistungen durch private Anbieter, wobei die Art der Bestimmung dieser Leistung sowie die adäquate Finanzierungslösung im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers steht. An dieser Stelle sei erwähnt, dass sich das BVerfG bereits zu positiven Effekten eines Nebeneinanders von staatlich veranlasster Finanzierung und privatwirtschaftlich finanzierten Rundfunkanbietern geäußert hat.

54 BVerfGE 87, 181, 198 – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3).

55 BVerfGE 87, 181, 198 – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3).

56 BVerfGE 73, 118, 198 – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen).

57 Vgl. BVerfGE 87, 181, 199 – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3).

58 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16 –, Rn. 83. Vgl. dazu auch Aktuelles Stichwort des EMR von *Ukrow*, Rundfunkbeitrag, Rechtsprechungsstabilität und neue Herausforderungen für die Vielfaltssicherung – Erste Anmerkungen zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2018 aus medienrechtlicher Sicht, <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2018/07/EMR-Aktuelles-Stichwort-BVerfG-RF-Beitrag-180718.pdf>.

So könnten hierdurch „verschiedene Entscheidungsrationaltäten aufeinander einwirken“,<sup>59</sup> auch würden die verschiedenartigen Strukturen der Veranstalter zur Breite und Vielfalt des Programmangebots insgesamt beitragen.<sup>60</sup> Allerdings konstituieren solche Effekte kein verfassungsrechtliches Gebot zu einer Aufrechterhaltung der bisherigen Ausgestaltung des dualen Rundfunksystems.

## 2. Die Entscheidung zum bayerischen Teilnehmerentgelt

Das einzige Urteil, in dem sich das BVerfG mit der finanziellen Förderung privater Veranstalter beschäftigte, war die Entscheidung zum Bayerischen Mediengesetz und dem darin geregelten sog. Teilnehmerentgelt.<sup>61</sup> Der Beschwerdeführer der Verfassungsbeschwerde wandte sich gegen eine Pflicht, mit der er sich über die von ihm aufgebrauchten Mittel an der Finanzierung des (in Bayern gesondert geregelten) privaten Rundfunks beteiligen sollte. Für den speziellen Bereich des lokalen und regionalen Rundfunks hielt das BVerfG fest, dass das Vertrauen auf Marktprozesse zur Erreichung einer relevanten Vielfalt anders als im Bereich des bundesweit verbreiteten Rundfunks nicht ausreicht.<sup>62</sup> Das Gericht hielt es daher für naheliegend, in einer solchen Situation eine Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in dieser Hinsicht vorzunehmen. Wenn der Gesetzgeber aber wie in Bayern stattdessen auf private Veranstalter setze, müsse der Gesetzgeber „ohne Gefährdung der Rundfunkfreiheit der Veranstalter Vorsorge treffen, dass die von den Rundfunkanbietern als ‚Gegenleistung‘ für die Zahlung des Entgelts bereitgestellten Programme grundsätzlich den Kommunikationsinteressen aller Zahlungspflichtigen dienen. Zur Sicherung der Vielfalt gehört auch die Vermeidung einseitigen Einflusses auf die öffentliche Meinungsbildung infolge der Zusammenballung publizistischer Macht“.<sup>63</sup>

Hier wird mehrlei deutlich: Auch der private Rundfunk kann für bestimmte inhaltliche Anforderungen in Dienst genommen werden. In einer solchen Situation kann es auch zu einer staatlich veranlassten Finanzierung zugunsten privater Anbieter kommen. Wenn eine solche Finanzierung vorgesehen wird, muss der Gesetzgeber – wie bei der Festlegung der Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Wege finden, wie der Ausgleich in einer Art und Weise erfolgt, dass alle dazu Beitragenden vom zusätzlichen Angebot etwas haben. Schließlich muss verfahrenstechnisch abgesichert sein, dass es nicht zu einseitiger Einflußnahme auf den Inhalt kommt bzw. kommen kann.

Dass die Verteilung des Finanzaufkommens durch eine Landesmedienanstalt erfolgt, hat das BVerfG ebenfalls im Blick auf die Rundfunkfreiheit für unproblematisch gehalten. Die konkrete Ausgestaltung der Vergabeentscheidung für die Ausgleichszahlungen war in

59 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16 –, Rn. 78.

60 BVerfGE 114, 371, 387 f. – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

61 BVerfGE 114, 371 – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

62 BVerfGE 114, 371, 387 ff. – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

63 BVerfGE 114, 371, 389 – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

der dazu erlassenen Satzung so geregelt, dass eine „Einwirkung auf das Programmverhalten der Anbieter [...] dadurch nicht ermöglicht“ wurde. Eine Regelung, die „nicht an die konkreten Inhalte der Sendungen, die in ihnen verbreiteten Informationen und Meinungen oder gar die politische oder sonstige Ausrichtung der Anbieter oder einzelner Beiträge an[knüpft], sondern [...] die Förderung im Wesentlichen an bestimmten Typen von Programmen und Sendungen“ orientiert und dabei den Umfang der Sendedauer zum Maßstab der Höhe der Zuschüsse macht, steht im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben.<sup>64</sup> Dass im konkreten Fall die Teilnehmerentgeltsatzung als verfassungswidrig eingestuft wurde, lag daran, dass die Voraussetzungen, unter denen „Anbieter Nutznießer der Erlöse aus dem Teilnehmerentgelt sein können und zugleich gesichert wird, dass in deren Programmen die bestehende Vielfalt der Meinungen in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck kommt“, nicht ausreichend geregelt wurden.<sup>65</sup> Stattdessen wurden – ohne besondere Vielfaltsanforderungen zu stellen – alle Anbieter, die bereits für einen bestimmten Zeitraum im Kabel verteilte Programme angeboten hatten, einbezogen. Dies genügte der im Gesetz bzw. der Satzung selbst vorzunehmenden Festlegung der Einzelheiten der Entgeltzahlung nicht. Insbesondere verwies die geänderte Satzung auch darauf, dass der Anteil vor allem Angeboten zukommen soll, die auf das jeweilige Verbreitungsgebiet bezogene Inhalte und insbesondere solche aus den Bereichen Information und Kultur aufwiesen, wobei weitere Kriterien nicht näher ausgeführt wurden. Eine Absicherung der Vielfalt in diesen Angeboten werde dadurch nicht erreicht. Dies sei aber nötig, wenn der Gesetzgeber die Nutzer zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet und zugleich eine Vielfalt durch mehrere Angebote nicht entsteht, sondern nur innerhalb eines geförderten Programms abgebildet werden kann.

Ebenso gab es „keine Sonderregelungen für die Programme der durch das Teilnehmerentgelt geförderten Anbieter, etwa Vorkehrungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht“.<sup>66</sup> Ferner wurde „für die geförderten Anbieter nicht von der im geltenden Mediengesetz eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, bestimmte Anforderungen etwa an die plurale gesellschaftsrechtliche Zusammensetzung des Anbieters zu stellen oder die Einrichtung eines Programmbeirats vorzusehen“.<sup>67</sup> Dieses Defizit wurde in einer Neuregelung des BayMG zu Fördermöglichkeiten durch die BLM beseitigt, indem dort die (neu aus dem Landeshausalt stammende) Förderung abhängig gemacht wird von der Erfüllung weitreichender programminhaltlicher und vielfaltssichernder (also auch veranstalterstrukturbezogener) Vorgaben.

64 BVerfGE 114, 371, 390 – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

65 BVerfGE 114, 371, 390 f. – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

66 BVerfGE 114, 371, 393 – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

67 BVerfGE 114, 371, 393 – Bayerisches Teilnehmerentgelt.

## IV. Die Ausgestaltung eines solchen Finanzierungsmodells

Zwar befasste sich das BVerfG in keiner Entscheidung ausdrücklich mit der Frage, welche alternativen Modelle, die dem Gesetzgeber im Rahmen seines Ausgestaltungsspielraums möglich sind, den Vorgaben der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG noch genügen würden, wenn eine staatlich veranlasste Finanzierung privater Veranstalter eingeführt würde. Auch hier lassen sich aber Erkenntnisse aus den Entscheidungen über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gewinnen.

### 1. Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie

Allgemein gilt, dass der Staat in der Verantwortung steht, den Rahmen für den Rundfunk zu organisieren. Die Rundfunkfreiheit hat nicht nur eine abwehrende Bedeutung, sondern sie bedarf zur Ermöglichung und Sicherstellung einer freien und umfassenden Meinungsbildung einer „positiven Ordnung, welche sicherstellt, daß die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet“.<sup>68</sup> Dazu zählen „materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen“,<sup>69</sup> die am Ziel der Rundfunkfreiheit ausgerichtet sein müssen. Dabei hat das BVerfG den Wesentlichkeitsvorbehalt als Auftrag an den Gesetzgeber doppelt fixiert, und zwar einerseits wegen der „sachlichen Bedeutung des Rundfunks für das individuelle und öffentliche Leben der Gegenwart“ und andererseits, weil die Regelungen „im grundrechtsrelevanten Bereich ergehen und wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind“.<sup>70</sup> Die Landesparlamente müssen daher die relevanten Normen erlassen und dürfen die Ausgestaltung nicht der Exekutive überlassen. Jedenfalls sind vom Gesetzesvorbehalt „die Entscheidung über die Grundlinien der Rundfunkordnung“ und die Frage der Zulässigkeit privaten Rundfunks erfasst.<sup>71</sup> Man wird ergänzen können, dass auch wesentliche Strukturentscheidungen wie z.B. unterschiedliche Finanzierungsquellen für die unterschiedlichen Säulen des dualen Systems dazu gehörten. Diese Annahme schließt indessen nicht aus, dass es dem Parlamentsvorbehalt genügt, wenn die Rahmenbedingungen gesetzlich geregelt sind und der Gesetzgeber die Festlegung weiterer Details delegiert oder z.B. im Rahmen der „Vergabe“ von Aufträgen in die Form des Vertrages überführt.

Ohne also die Form oder den Inhalt der gesetzlichen Vorgaben zu definieren, hält das BVerfG daran fest, dass der Rundfunk in seiner Gesamtheit einer (speziell auf ihn zugeschnittenen) gesetzlichen Einhegung bedarf. Dies begründet es damit, dass es keine „hinreichende Sicherheit“ gebe, dass „das Programmangebot in seiner Gesamtheit kraft der Eingesetzlichkeit des Wettbewerbs den Anforderungen der Rundfunkfreiheit entsprechen

68 BVerfGE 57, 295, 320 f. – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz).

69 BVerfGE 73, 118, 153 – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen).

70 BVerfGE 57, 295, 320 – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz).

71 BVerfGE 57, 295, 324 f. – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz).

werde“. Aus dieser Feststellung ist ableitbar, dass der Gesetzgeber eng beobachten muss, ob sich in dem von ihm gewählten Organisationsmodell eine solche Vielfalt einstellt und er bei Ausbleiben gegebenenfalls nachjustieren muss.<sup>72</sup>

## 2. Unabhängigkeit und Vielfaltssicherung

Hinsichtlich der Ausgestaltung eines Programmauftrags mit entsprechender Finanzierung gilt weiterhin das Diktum des ersten Rundfunkurteils, wonach im Zuge der Regelung des Rundfunks und insbesondere bei einer finanziellen Unterstützung sichergestellt sein muss, dass der Rundfunk nicht dem Staat oder gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird. Die Sichtweisen der Bevölkerung müssen in dem „von einem Mindestmaß von inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung“ bestimmten Gesamtprogramm zu Wort kommen können.<sup>73</sup> Die Notwendigkeit einer solchen Regulierung, die verhindert, dass Rundfunk dem „freien Spiel der Kräfte überlassen“ wird, unterstrich das BVerfG im zweiten Rundfunkurteil. Grund hierfür ist, dass es sich beim Rundfunk um ein Massenmedium mit „weitreichenden Wirkungen und Möglichkeiten sowie der Gefahr des Mißbrauchs zum Zweck einseitiger Einflußnahme auf die öffentliche Meinung“ handelt.<sup>74</sup>

Dabei ist trotz der Formulierung in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – „Berichterstattung“ – keine einschränkende Bedeutung dahingehend zu sehen, dass die mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben verbundenen Elemente nur auf „echte“ Berichterstattung etwa in Nachrichten und Informationssendungen beschränkt sind.<sup>75</sup> Vielmehr geschehe Meinungsbildung „ebenso in Hörspielen und musikalischen Darbietungen“<sup>76</sup> und „die Art der Auswahl und der Gestaltung dessen, was gesendet werden soll, ist geeignet, den Teilnehmer in eine bestimmte Richtung zu lenken“.<sup>77</sup> Eine Folgerung des Bundesverfassungsgerichts war, dass das „Sendeprogramm [...] nicht in einzelne Teile zerlegt, sondern [...] als einheitliche Veranstaltung gesehen werden“ muss.<sup>78</sup> Dies schließt nicht aus, den Wert einzelner Sendungen bzw. Elemente des Programms zu bestimmen, weil bestimmte Inhalte als wünschenswerte Erweiterung eines „sonstigen“ Programmumfelds einen wichtigen Beitrag zur Meinungsbildung ebenso wie anderen Zielen, wie etwa gesellschaftlicher Integration oder kulturellen Erwägungen, leisten können.

72 Dazu BVerfGE 57, 295, 322 f. – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz).

73 BVerfGE 12, 205, 261 ff. – 1. Rundfunkentscheidung (Deutschland-Fernsehen GmbH); s.a. BVerfGE 31, 314, 329 – 2. Rundfunkentscheidung (Umsatzsteuer).

74 BVerfGE 31, 314, 325 – 2. Rundfunkentscheidung (Umsatzsteuer).

75 BVerfGE 31, 314, 325 f. – 2. Rundfunkentscheidung (Umsatzsteuer).

76 BVerfGE 12, 205, 260 – 1. Rundfunkentscheidung (Deutschland-Fernsehen GmbH).

77 BVerfGE 31, 314, 326 – 2. Rundfunkentscheidung (Umsatzsteuer).

78 BVerfGE 31, 314, 326 – 2. Rundfunkentscheidung (Umsatzsteuer).

### 3. Berechnung von Bedarf und der Höhe der Finanzierung

Im siebten Rundfunkurteil stellte das BVerfG klar, dass einerseits die Entscheidung über die Finanzausstattung nicht genutzt werden darf, um die verfassungsrechtlich gebotene Programmautonomie zu unterlaufen. Andererseits darf die Entscheidung aber nicht allein den davon profitierenden – in diesem Fall öffentlich-rechtlichen – Rundfunkanstalten überlassen werden. Diese hätten „ein Selbstbehauptungs- und Ausweitunginteresse, das sich gegenüber der ihnen auferlegten Funktion verselbständigen kann“.<sup>79</sup> Zur Festlegung herangezogen werden könne das Kriterium der Erforderlichkeit. Dabei lege das BVerfG als „Bezugsgröße für die Bestimmung des Erforderlichen [...] das gesamte Programm einer Rundfunkanstalt“ zugrunde, weil der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht etwa in jedem Programm der Anstalten oder gar in jeder Sendung, sondern nur insgesamt zu erfüllen ist. Andererseits erkennt das Gericht an, dass „einzelne Programme durchaus gegenständliche Schwerpunkte setzen oder bestimmte Zielgruppen ins Auge fassen“ können und dies dann legitimerweise einen bestimmten Finanzbedarf begründen kann, dessen Zuteilung aber den Rundfunkanstalten im Zuge der internen Verteilung obliegt.<sup>80</sup>

Diese Präzisierung ist im vorliegenden Kontext relevant, weil sie einerseits anerkennt, dass die Erfüllung eines Auftrages in seiner Gesamtheit als Grundlage für eine Finanzierungsentscheidung genommen werden kann, andererseits der Wert einzelner Programmelemente eine spezielle Finanzierung rechtfertigen kann. Besonders wichtig ist aber, wenn bestimmte Inhaltsleistungen privater Anbieter mit einem Finanzierungsausgleich verbunden würden, dass hinsichtlich der inhaltlichen Bewertung wegen der „Unbestimmtheit der materiellrechtlichen Kriterien“ das „Verfahren der Entscheidungsfindung in einer Weise eingerichtet wird, die ein möglichst grundrechtskonformes Ergebnis gewährleistet“.<sup>81</sup>

Dies bildete die Grundlage für die folgenden Urteile über das (damalige) Gebührenfestsetzungsverfahren. Im achten Rundfunkurteil – dem ersten zur Ausgestaltung des Gebührenfestsetzungsverfahrens – unterstrich das BVerfG, dass die Rundfunkfreiheit dem Staat gegenüber nicht nur ein Beherrschungsverbot auferlegt, sondern insgesamt „jede politische Instrumentalisierung des Rundfunks ausgeschlossen werden“ muss.<sup>82</sup> Weil der Staat „im Interesse des Normziels von Art. 5 Abs. 1 GG den Rundfunk organisiert, konzessioniert, mit Übertragungskapazitäten versieht, beaufsichtigt und zum Teil auch finanziert“, hat er ein erhebliches Einflusspotential, das sich aus Sicht des Gerichts „[m]ehr noch als für die einmaligen Ausgestaltungs- und Einrichtungsakte [...] für die wiederkehrenden Maßnahmen der Ausstattung und Beaufsichtigung“ auswirkt. Die Finanzausstattung – im Urteil also die der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – „gehört ähnlich wie die Erteilung der Zulassung und die Zuteilung von Übertragungskapazitäten [...] zu den Grundvoraussetzungen des Ge-

79 BVerfGE 87, 181, 202 – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3).

80 BVerfGE 87, 181, 202 f. – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3).

81 BVerfGE 87, 181, 204 f. – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3).

82 BVerfGE 90, 60, 88 f. – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

brauchs der Rundfunkfreiheit“ und ist damit Einfallstor für indirekte Einflußnahme.<sup>83</sup> Finanzierungsentscheidungen dürfen nicht inhaltsbezogene Entscheidungen determinieren, auch wenn es den Ländern nicht verwehrt ist, gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk „medienpolitische oder programmleitende Entscheidungen“ zu treffen.<sup>84</sup> Dies muss aber in der allgemeinen Rundfunkgesetzgebung geschehen. Für die Finanzausstattung dagegen „gelten vielmehr die Grundsätze der Programmneutralität und der Programmakzessorität“, wonach die Festsetzung aufgrund der und bezogen auf die von den Rundfunkanstalten festgelegten Programme erfolgen muss und bei dem der Gesetzgeber bei Erfüllung bestimmter Kriterien vom entsprechenden Bedarf nicht abweichen darf.<sup>85</sup> Interessant für den vorliegenden Kontext ist, dass das BVerfG unterstrich, dass diese Trennung der medienpolitischen von den Finanzierungsentscheidungen nicht genügt, um dem Grundrechtsschutz (in diesem Fall der Anstalten) zu entsprechen. Vielmehr bedarf es eines prozeduralen Grundrechtsschutzes, bei dem die Ausgestaltung der Entscheidungsfindung hin zur Finanzausstattung die größtmögliche Gewähr für ein unbeeinflusstes Entscheidungsergebnis bietet.<sup>86</sup> Diese Anforderung, die nach dem Urteil „am ehesten [durch] ein gestuftes und kooperatives Verfahren“ zu erreichen ist, ist auch dann fruchtbar zu machen, wenn es nicht um ein Gebühren- oder Beitragsfestsetzungsverfahren geht.<sup>87</sup>

Im zweiten Urteil zur Gebührenfestsetzung wiederholte und aktualisierte das BVerfG wesentliche Grundpfeiler seiner Rundfunkrechtsprechung.<sup>88</sup> Soweit es um den Anspruch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf eine funktionsgerechte Finanzausstattung geht, stellt das BVerfG darauf ab, dass die Kontrolle der Bedarfsanmeldungen zwar einerseits nur prüfen darf, ob sie sich im Rahmen des Auftrags halten und im Einklang mit Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden sind, nicht hingegen, ob die Programmentscheidungen vernünftig oder zweckmäßig sind.<sup>89</sup> Andererseits bedarf diese Kontrolle fachlich einschlägigen Sachverständs, so dass „die Übertragung an ein sachverständig zusammengesetztes Gremium“<sup>90</sup> die zutreffende Lösung sei. Diese Erkenntnis gilt dem Grundsatz nach auch, wenn es um das Monitoring des Finanzbedarfs bei geförderten privaten Rundfunkveranstaltern ginge.

83 BVerfGE 90, 60, 93 ff. – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

84 BVerfGE 90, 60, 161 – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren). Insoweit wird auch das aktuell anhängige Verfassungsbeschwerdeverfahren wegen des Unterlassens der Zustimmung des Landtags Sachsen-Anhalt zum Entwurf eines Gesetzes zum Ersten Medienänderungsstaatsvertrag, mit dem eine Beitragserhöhung beschlossen werden sollte, möglicherweise relevante weitere Ausführungen des BVerfG zu diesem Aspekt bringen; zur Ablehnung einer einstweiligen Anordnung in dem Verfahren vgl. BVerfG, 1 BvR 2756/20 u.a., Beschluss vom 22.12.2020.

85 BVerfGE 90, 60, 162 – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

86 BVerfGE 90, 60, 96 – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

87 BVerfGE 90, 60, 102 – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

88 BVerfGE 119, 181 – 12. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren II).

89 BVerfGE 119, 181, 223 – 12. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren II).

90 BVerfGE 90, 60, 103 – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

## V. Beihilferechtliche Vereinbarkeit nach EU-Recht

Auch wenn im Rahmen dieses Beitrags die rundfunkverfassungsrechtliche Betrachtung im Vordergrund steht, soll kurz auch auf die Rahmenbedingungen für eine mit EU-Beihilfenrecht vereinbare Lösung bei der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer staatlich veranlassten Finanzierung eingegangen werden. Da solche Unterstützungsleistungen auch im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie in verschiedenen Mitgliedstaaten eingeführt wurden, lohnt auch ein kurzer Blick in entsprechende Entscheidungen der Kommission.

### 1. Tatbestandsmerkmale bei der Beihilfen-Prüfung im Mediensektor

Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Die Kommission entscheidet danach, ob eine Beihilfe mit EU-Recht vereinbar ist, wobei der Begriff der „Beihilfe“ weit auszulegen ist. Er umfasst „nicht nur positive Leistungen, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen“.<sup>91</sup> Hierzu ist nicht erforderlich, dass die Beihilfe unmittelbar aus dem Staatshaushalt finanziert wird. Es genügt, dass die Beihilfe durch eine Einrichtung erfolgt, „die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt“.<sup>92</sup> Landesmedienanstalten fallen hierunter, zudem haben der EuGH und die Kommission inzwischen mehrfach bestätigt, dass die staatliche Finanzierung von *public service broadcasters* über Beitragsmodelle eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln darstellt.<sup>93</sup> Dies ist auch in

91 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-143/99 [2001] *Adria-Wien Pipeline* und *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Rn. 38; Rs. C-501/00 [2004] *Spanien gegen Kommission*, Rn. 90; Rs. C-222/04 [2006] *Ministero dell'Economia e delle Finanze gegen Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, Rn. 131.

92 EuGH, Rs. C-188/89 [1990] *Foster u.a. gegen British Gas*, Rn. 20.

93 Vgl. beispielhaft u.a. EuG, verb. Rs. T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 [2008] *TV 2/Danmark A/S gegen Kommission*, Rn. 159 (zur weiteren Entwicklung dieses Verfahrens vgl. auch die abschließenden Entscheidungen des EuGH zur Frage der Rechtmäßigkeit EuGH, Rs. C-649/15 P [2017] *TV2/Danmark gegen Kommission* sowie C-656/15 P [2017] *Kommission gegen TV2/Danmark* und C-657/15 P [2017] *Viasat Broadcasting UK v TV2/Danmark*); verb. Rs. T-231/06 und T-237/06 [2010] *Niederlande und Niederlandse Omroep Stichting (NOS) gegen Kommission*, Rn. 105; KOM, Entscheidung K(2007)1761 vom 24. April 2007, Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex-CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Rn. 143 ff.; KOM, Entscheidung SG(99)

einem Vorlageverfahren, in dem es um die Vereinbarkeit des deutschen Rundfunkbeitrags mit dem Unionsrecht ging, bestätigt worden.<sup>94</sup>

Zur Unterscheidung einer Beihilfe von Maßnahmen, die für alle Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen gelten, wird zudem das Kriterium der Selektivität herangezogen, wonach die Maßnahme „bestimmte Unternehmen“ begünstigen muss. Auch diese Voraussetzung ist bei der Finanzierung von *public service broadcasters* erfüllt. Zudem muss nach Art. 107 Abs. 1 AEUV die Beihilfe „den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“. Bezüglich der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in Deutschland hat die Kommission angenommen, dass die Rundfunkgebühr den Wettbewerb in mehrfacher Weise verfälscht. Nach Ansicht der Kommission verfälsche sie den Wettbewerb um Zuschauer, da die Zahl der Zuschauer entscheidenden Einfluss auf die Erträge aus Werbung habe. Zudem verfälsche die Rundfunkgebühr den Wettbewerb auf dem Markt für Senderechte. Sofern öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten selbst Filme produzieren, verfälscht die Rundfunkgebühr auch den Wettbewerb auf dem Filmproduktionsmarkt. Darüber hinaus stehen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, die eigene Übertragungstechnologien besitzen, im Wettbewerb mit privaten Netzbetreibern und Diensteanbietern. Schließlich stehen die Online-Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Wettbewerb mit Online-Inhalten privater Anbieter.<sup>95</sup>

Schließlich ist eine Beihilfe nur dann mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, wobei es ausreicht, wenn das begünstigte Unternehmen mit anderen Unternehmen im Wettbewerb steht, die ihrerseits grenzüberschreitend tätig werden.<sup>96</sup>

Im Hinblick auf die vielfältigen Möglichkeiten der direkten oder indirekten Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer staatlich veranlassten Finanzierung kann eine Einordnung nicht grundsätzlich angenommen werden, sondern ist im Einzelfall zu prüfen. Allerdings sei an dieser Stelle an die vielfach erfolgte weite Auslegung des Beihilfebegriffs erinnert. Die Förderung privatwirtschaftlicher Medienakteure stellt daher tendenziell eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV dar und ist dementsprechend der Europäischen Kommission mitzuteilen und grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar, es sei denn, die Prüfung durch die Kommission ergibt eine ausnahmsweise Zulässigkeit aufgrund einer Rechtfertigungsmöglichkeit.

D/ 10201 vom 14. Dezember 1999, Staatliche Beihilfe Nr. NN 88/98 – Vereinigtes Königreich, Finanzierung eines 24-stündigen werbungsfreien Nachrichtenkanals unter Lizenz der BBC, Rn. 24.

94 EuGH, Rs. C-492/17 [2018] Südwestrundfunk gegen Tilo Rittinger u. a.

95 KOM, Entscheidung K(2007)1761 vom 24. April 2007, Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex-CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland.

96 Siehe KOM, Entscheidung K(2003)3371endg vom 1. Oktober 2003, Staatliche Beihilfe Nr. N 37/2003 – Vereinigtes Königreich, BBC Digital Curriculum, Rn. 25; Entscheidung K(2002)1886endg. vom 22. Mai 2002, Staatliche Beihilfe Nr. N 631/2001 – Vereinigtes Königreich, BBC licence fee, Rn. 22.

## 2. Zur möglichen Rechtfertigung im beihilferechtlichen Sinne

Eine solche Rechtfertigung kommt im vorliegenden Kontext über den Ausgleich für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV in Betracht. Dies knüpft zumindest in Teilen an die Kriterien der *Altmark Trans*-Entscheidung des EuGH an, wonach unter anderem das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein muss und diese Verpflichtungen klar definiert sein müssen.<sup>97</sup> Bezüglich der Auftragsbestimmung ist allerdings im Rundfunkkontext anerkannt, dass die Definition nicht zu eng vorgegeben sein darf und die Überprüfung auf Seiten der Kommission nur auf offensichtliche Fehler beschränkt ist.

So muss die Auftragsdefinition in Gestalt eines konkreten und verbindlichen Betrauungsaktes erfolgen, dessen Form aber von den Mitgliedstaaten frei gewählt werden darf. Dabei sind Lösungen zu wählen, die die redaktionelle Unabhängigkeit und Staatsferne der Anbieter respektieren. Zudem legt die Kommission einen Verhältnismäßigkeitsmaßstab an, wonach die Finanzierung nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken. Hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland akzeptierte die Kommission die Zusage der Bundesrepublik zur Einführung des „3-Stufen-Tests“, um die Finanzierung mit EU-Recht in Einklang zu bringen.<sup>98</sup>

Daneben kommt eine beihilferechtliche Rechtfertigung auch über die „kulturelle Ausnahme“ nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. d) AEUV in Betracht. Danach kann die Europäische Kommission „Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären. Kriterien für die Beurteilung der Förderung audiovisueller Werke sind allerdings in der Kommissionsmitteilung über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke aus dem Jahr 2013 festgehalten.<sup>99</sup> Allerdings greift die eng auszulegende Regelung nur für Maßnahmen der Kulturförderung. Da Rundfunkanbieter zur Erfüllung eines public service-Auftrags gewöhnlich sowohl kulturelle als auch bildungsbezogene und demokratische Bedürfnisse bedienen, ist diese Ausnahme für diesen Bereich kaum nutzbar.<sup>100</sup>

97 EuGH, Rs. C-280/00 [2003] – *Altmark Trans*, Rn. 89-93.

98 KOM, Entscheidung K(2007)1761 vom 24. April 2007, Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex-CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Rn. 328.

99 KOM, Mitteilung 2013/C 332/01 über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke, Rn. 21, 23. Dazu auch *Cole*, Filmförderung und Europarecht – ein Überblick, UFITA 2019, 520, 530 ff.

100 Vgl. dazu auch *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt, S. 75 ff.

### 3. Kommissionsentscheidungen zu Covid19-bezogenen Medienförderprogrammen

#### a) Anwendung der Ausnahmen zum grundsätzlichen Beihilfenverbot

Das Beihilfenrecht kennt als Gründe für die Zulässigkeit von Unterstützungsmaßnahmen wichtige außergewöhnliche Situationen, die eine ausnahmsweise abweichende Herangehensweise erlauben. Neben Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV, der Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von (einzelnen) Unternehmen in Schwierigkeiten regelt, ist die Ausnahme des Art. 107 Abs. 2 Buchst. b) AEUV im Zusammenhang mit Pandemie-bezogenen Maßnahmen relevant. Demnach sind „Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind“, mit EU-Recht vereinbar. Auf die Kategorie „außergewöhnliche Ereignisse“, die von ihrem Ergebnis mit einer Naturkatastrophe vergleichbar sind, hat die Kommission bezüglich der Auswirkungen der Pandemie z.B. auf den Tourismus- oder eben Kultursektor hingewiesen. Damit gibt sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auf Basis dieser Vorschrift Unternehmen Verluste auszugleichen, die unmittelbar mit den getroffenen Maßnahmen wie den lockdown-Anordnungen zusammenhängen.<sup>101</sup> Im Folgenden wird eine Kommissionsentscheidung vorgestellt, die eine Unterstützungsmaßnahme Dänemarks zugunsten des Mediensektors nach dieser Vorschrift prüft.

Desweiteren sind staatliche Maßnahmenpakete als Reaktion auf eine „beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats“ nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. b), die dann aber einer Vereinbarkeitsprüfung durch die Kommission unterliegen, aus Sicht der Kommission für die Beseitigung der Pandemiefolgen naheliegend. Daher hat sie eine mehrfach angepasste Mitteilung zur Anwendung dieser Vorschrift vor dem aktuellen Hintergrund erlassen, die den Mitgliedstaaten gegenüber erläutert, welche Rahmenbedingungen zu erfüllen sind, damit sie einer Prüfung standhalten.<sup>102</sup>

#### b) Das dänische Ausgleichsprogramm für den Mediensektor

Die Kommission hat eine Übersicht veröffentlicht, aus der sich bislang entschiedene Fälle mit Bezug zum Mediensektor ergeben.<sup>103</sup> Aus dieser und der allgemeinen Beihilfefälle-

101 Mitteilung der Kommission „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, inoffizielle konsolidierte Fassung abrufbar unter [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/what\\_is\\_new/TF\\_consolidated\\_version\\_amended\\_3\\_april\\_8\\_may\\_29\\_june\\_and\\_13\\_oct\\_2020\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_de.pdf) (zuletzt abgerufen am 1.12.2020), Rn. 15.

102 Mitteilung der Kommission „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, o. Fn. 101.

103 Dem Titel nach bezieht sich die Übersicht nur auf die „Presse“, tatsächlich umfasst sie aber auch Entscheidungen für den Mediensektor allgemein: Commission decisions on State aid to the Press, [https://ec.europa.eu/competition/sectors/media/sa\\_decisions\\_to\\_media.pdf](https://ec.europa.eu/competition/sectors/media/sa_decisions_to_media.pdf) (zuletzt abgerufen am 1.12.2020).

Datenbank<sup>104</sup> ergibt sich, dass bislang nur wenige solche sektorspezifischen Maßnahmen näher untersucht worden sind, da überwiegend Maßnahmen, die sektorübergreifend wirken, von den Mitgliedstaaten getroffen worden sind. Beispielhaft kann aber auf die sehr schnell nach Anmeldung geprüfte Beihilfe für dänische Medien verwiesen werden, die die Kommission bereits am 27. Mai 2020 als unbedenklich eingeordnet hat.<sup>105</sup> Auch wenn es sich um einen auf Basis der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften gefassten Beschluss handelt, ist er auch wegen einiger Ausführungen zur „Systemrelevanz“ von Medien interessant.

Aufbauend auf bereits existierenden und für zulässig befundenen Medienfördermaßnahmen hat Dänemark für Medienunternehmen – die weite Definition umfasst dabei alle gedruckten und online vertriebenen Medien, Rundfunk und damit verbunden Plattformen, außerdem zählen auch mit dem Medienangebot zusammenhängende Unternehmensaktivitäten wie etwa die Werbevermarktung dazu – die Möglichkeit geschaffen, Ausgleich zu beantragen für Schäden durch die beschränkenden Auflagen der Behörden. Dazu müssen diese eine Gewinn-/Verlustrechnung vorlegen, die einen Vergleich für den Zeitraum vor und nach den Maßnahmen herstellt. Die Ausgleichszahlung richtet sich dann vornehmlich nach dem Verlust der Werbeeinnahmen.<sup>106</sup> Zur Begründung der Maßnahme verweist Dänemark auf die Bedeutung des Mediepluralismus für die Demokratie und als von Art. 11 EU-Grundrechtecharta anerkannten Wert, wonach neben öffentlich finanzierten Anbietern auch private Anbieter, die am Markt überlebensfähig sind, existieren sollten.<sup>107</sup> Auch wird auf das oben angesprochene Paradoxon verwiesen, dass zwar die Bedeutung der Medien zugenommen hat, was sich auch in erhöhten Auflagen oder Nutzerreichweiten zeigt, aber auch dadurch erzielte höhere Einnahmen die Verluste nicht ausgleichen können.<sup>108</sup>

Anspruchsberechtigt sind auch Medien im deutschen Grenzgebiet zu Dänemark, die auch schon bislang von Medienförderung durch Dänemark profitieren konnten und von besonderer Wichtigkeit für die dänische Minderheit im Norden Schleswig-Holsteins sind.<sup>109</sup> Voraussetzung ist dass es sich um Anbieter redaktionell verantworteter Medieninhalte handelt, was ausdrücklich zum Beispiel „unabhängige Blogs“ oder „nicht redaktionell bearbeitete Online-Foren“ ausschließt.<sup>110</sup>

Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 Buchst. b) AEUV unterliegen keiner Ermessenentscheidung der Kommission. Vielmehr muss diese nur prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen,

104 Medienbezogene Maßnahmen, soweit notifiziert, zu finden mit Sektor („NACE“-)Code J.60 unter [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy\\_area\\_id=3](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=3).

105 Kommission, SA.59106 (2020/N) Ausgleichsregelung für den dänischen Mediensektor im Zusammenhang mit COVID-19 – Dänemark; vgl. ferner z.B. SA.57530 (2020/N) – COVID-19-Beihilferegulung für audiovisuelle Produktionsunternehmen – Luxemburg.

106 Vgl. zur Beschreibung der Maßnahme Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 13 ff. sowie zum Ausgleich Rn. 43.

107 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 16.

108 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 19.

109 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 22 und 31.

110 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 30.

wobei die „Außergewöhnlichkeit“ des Ereignisses nur am konkreten Fall und anhand der Kriterien „nicht oder nur schwer vorhersehbar“, „signifikante wirtschaftliche Auswirkung“ und eben „außergewöhnlich“ bestimmt werden kann.<sup>111</sup> Die Kommission lässt dann aber in deutlichen Worten keinen Zweifel daran, dass der Ausbruch der Covid-19-Pandemie keine gewöhnliche Situation ist, sondern eindeutig unvorhersehbar, gravierend und außerhalb normaler Ereignisse liegend ist.<sup>112</sup> Das dänische Förderprogramm stellt auch eine Verbindung her zwischen dem Ereignis und den daher erlittenen Verlusten, insbesondere weil der Rückgang oder sogar das vollständige Ausbleiben von Werbebuchungen als Folge eingeschränkter Wirtschaftstätigkeit eine unmittelbare Auswirkung auf die so finanzierten Medien hat.<sup>113</sup> Schließlich prüft die Kommission ebenfalls befürwortend, dass durch die Maßnahme keine Überkompensation erfolgen kann, die andere wirtschaftliche Schwierigkeiten „mit abdeckt“, und die Maßnahme insgesamt verhältnismäßig ist.<sup>114</sup>

Damit zeigt sich, dass auch im Zusammenhang mit der Reaktion auf die außergewöhnliche Maßnahme eine genaue Betrachtung der mitgliedstaatlichen Maßnahme erfolgt ist, aber das Prüfungsergebnis zugleich verdeutlicht, dass solche Fördermaßnahmen zugunsten von Medien auch außerhalb der Notfallreaktion möglich wären, wenngleich es dann eine weitergehende Überprüfungsbefugnis der Kommission gibt.

## VI. Entwicklungsmöglichkeiten de lege ferenda

Für die Einführung einer staatlich veranlassten Finanzierung privater Rundfunkanbieter unter Berücksichtigung der oben genannten verfassungsrechtlichen – sowie der hier nicht behandelten völkerrechtlichen und oben nur im Überblick dargestellten EU-wettbewerbsrechtlichen<sup>115</sup> – Vorgaben sind verschiedene Modelle denkbar. Bei der Ausgestaltung einer solchen Lösung müssten die Vorschriften zur Finanzierung im Rundfunkstaatsvertrag angepasst werden. Entweder würde § 69 MStV klarstellen, dass private Veranstalter als weitere Einnahmequelle auch die staatlich veranlasste Förderung in finanzieller Hinsicht möglich ist, oder es würden gesonderte Vorschriften eingeführt werden müssen, die konkret festlegen, wie die Finanzierung erfolgt und woraus sie gespeist wird. Sinnvollerweise würde auch klargestellt, dass die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks davon getrennt zu sehen ist. Es ließe sich auch § 112 MStV weiter anpassen, wenn die Finanzierung etwa nur auf Länderebene erfolgen soll, unabhängig von der Natur der Veranstalter. Schließlich wäre auch eine Satzungsdelegation an die Landesmedienanstalten möglich, wenn z.B. diese im Verfahren beteiligt werden. Aber auch dann sind wegen der Auswir-

111 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 53.

112 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 54 ff.

113 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 61 f.

114 Kommission, SA.59106 (2020/N), Rn. 66 sowie 70 ff.

115 Dazu *Cole/Oster*; Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 7 ff.

kung auf den Gesamtmedienmarkt und der Gefahr einer mit der Finanzierung verbundenen Einflussnahme auf das Programm die wesentlichen Elemente im Rundfunkstaatsvertrag bzw. gegebenenfalls einem Ländergesetz selbst zu regeln.

Im Folgenden sollen unterschiedliche Möglichkeiten und relevante Probleme, die durch die Regelungen zu erfassen sind, aufgezeigt werden.<sup>116</sup>

## 1. Mögliche Finanzierungsmodelle

Ausgehend von der rechtlichen Möglichkeit eine finanzielle Unterstützung auch privater Veranstalter vorzusehen, wenn diese bestimmte Leistungen erbringen, stellt sich zunächst die Frage, woraus diese Finanzierung erfolgen soll. Eine unmittelbare Finanzierung aus dem Staatshaushalt ist wegen des Gebots der staatsfernen Ausgestaltung der Finanzierungsentscheidung, die aus Sicht des Verfassungsrechts auch bei der finanziellen Unterstützung an Private zu beachten ist, nicht möglich. In Betracht kommt aber eine Beteiligung auch privater Rundfunkveranstalter am Rundfunkbeitrag. In diesem Falle müsste die Höhe des Rundfunkbeitrags so bemessen werden, dass neben dem Bestand und der Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine Summe in die Rechnung einbezogen wird, die eine Unterstützungsleistung privater Anbieter für die Erfüllung eines öffentlichen Programmauftrags erlaubt.<sup>117</sup> Eine Kopplung etwa der Finanzierung zwischen privaten Rundfunkanbietern und den Anstalten ist demgegenüber nicht zulässig. Es widerspräche dem System, wonach sich der Finanzbedarf der Rundfunkanstalten aus ihrem Bedarf und nicht einer bestimmten verfügbaren Gesamtsumme ergibt. Zudem wäre eine Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an der aktuell festgelegten Höhe des Beitragsaufkommens, also noch während einer „Beitragsperiode“, für die im Vorfeld die individuelle Beitragspflicht der Höhe nach bestimmt worden ist, auch bei einer sofortigen Anpassung der Gesetzeslage nicht möglich.<sup>118</sup> Nicht erkennbar ist aus der bisherigen Rechtsprechung hingegen, dass das System der eindeutigen Trennung zwischen beiden Säulen des Rundfunksystems aufrechterhalten werden muss, solange die Anforderungen an beide Säulen nicht gleichwertig werden und vor allem die Rahmenbedingungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht aus den Vorgaben des privaten Rundfunks abgeleitet werden.

Schließlich wäre denkbar, staatlicherseits ein bestimmtes Finanzvolumen zur Förderung privater Rundfunkveranstalter zum Beispiel in Form eines Fonds aufzulegen.<sup>119</sup> Für den Gesetzgeber bietet es sich dabei an, auch andere auf Medien bezogene Fördermaßnahmen

116 Vgl. ergänzend ferner *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt, S. 213 ff.

117 Zur Berechnung *Cole/Oster*, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 166 f.

118 Dazu *Cole/Oster*, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 165.

119 Dazu *Cole/Oster*, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 167.

und Aussagen zu deren Verfassungskonformität mit einzubeziehen, etwa im Bereich der Filmförderung und zum Pressevertrieb.<sup>120</sup>

## 2. Veranstalter- oder programmbezogene Ausschreibung

Dem Gesetzgeber steht es grundsätzlich frei, darüber zu entscheiden, *wie* er den Programmauftrag vergeben will, solange das Rundfunksystem in seiner Gesamtheit dem Auftrag des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nachkommt. Rechtlich zulässig sind daher die Förderung bestimmter Programme (spezifisches Programm einer Senderkette) oder einzelner Programmelemente (Sendungen) ebenso wie die Förderung bestimmter Veranstalter, etwa Anbieter ausgewogener Vollprogramme mit bestimmten Inhaltselementen. Schon für die Frage der Antragstellung spielt diese Entscheidung eine wichtige Rolle. Wenn zum Beispiel die Erwartungshaltung ist, dass die Förderung eine bestimmte Veranstalterkategorie bedingt, etwa Anbieter ausgewogener Vollprogramme mit bestimmten Inhaltselementen wie „Information, Bildung und Unterhaltung“, dann engt dies den Kreis ein gegenüber möglichen Antragstellern, die einen *public value* in einem Teil ihres Programms transportieren wollen. Aber selbst bei einer veranstalterbezogenen Ausschreibung dürften in der Logik des dualen Systems die Anforderungen an solche Anbieter im Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten sehr viel geringer sein, weil es nicht um die Garantie des Angebots durch die institutionelle Struktur und Organisation des Veranstalters geht, sondern um die Verfügbarmachung eines bestimmten inhaltlichen Angebots entweder in der Breite oder bezogen auf bestimmte Programmelemente.

Bei beiden Lösungen müssen aber die Antragsteller im Rahmen des Vergabeverfahrens bestimmte Anforderungen erfüllen und belegen können, ähnlich wie dies etwa in einem Lizenzierungsverfahren der Fall ist, damit eine Positiventscheidung erfolgen kann.

## 3. Möglicher institutioneller Rahmen und Verfahrensaspekte bei der Vergabe

Sowohl für die rechtliche Möglichkeit der Einführung einer Privatrundfunkfinanzierung als auch für deren praktische Effizienz und Nutzbarmachung aus Sicht möglicher Antragsteller ist der institutionelle Rahmen eines solchen Finanzierungsmodells von ganz entscheidender Bedeutung. Dies betrifft zum einen die Frage, durch wen und in welchem Verfahren eine Entscheidung über die Vergabe des Programmauftrags und damit der Finanzmittel an den Kreis möglicher Empfänger erfolgt, und zum anderen die anschließende Kontrolle der Einhaltung der Vergabebedingungen.

120 Zur Filmförderung etwa BVerfGE 135, 155, Rn. 106 ff.; *Becker*, ZUM 2010, 752, *Dörr*; ZUM 2010, 746; *Gundel* in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 107 AEUV Rn. 45 ff., *Werner*; MMR 2014, 439; *Eifert*, AfP 2016, 216; zum Pressevertrieb BVerfGE 80, 124 – Postzeitungsdienst; BVerfGE 77, 346, 354 f. – Presse-Grosso. Ausf. *Cole/Oster*; Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 93 ff.

## a) Vergabekriterien

Neben den Vorgaben des Europarechts,<sup>121</sup> auf die bezüglich des Beihilfenrechts oben in einem Überblick eingegangen worden ist, müssen die Vergabekriterien den Maßgaben des Rundfunkverfassungsrechts entsprechen. Dabei kann es wegen der verfassungsrechtlichen Garantie der Programmfreiheit des Rundfunks<sup>122</sup> allerdings weder um genaue Vorgaben noch um eine permanente Inhaltskontrolle gehen.

Anleihen für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Vergabekriterien lassen sich der Rechtsprechung des BVerfG zur Zulassung als Rundfunkveranstalter und zur Zuteilung von Übertragungskapazitäten entnehmen. Danach hat der Gesetzgeber Zugangsregelungen zu schaffen, die die Zulassung und gegebenenfalls die Versagung der Zulassung sicherstellen und die für die Prüfung und Entscheidung ein rechtsstaatliches Verfahren vorsehen.<sup>123</sup> Ein solches Erlaubnisverfahren darf neben der Überprüfung allgemeiner Voraussetzungen wie etwa Geschäftsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des Antragstellers nur der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit selbst dienen.<sup>124</sup> Die für die Durchführung des Verfahrens zuständige Behörde darf nicht durch sachfremde, insbesondere die Meinungsvielfalt beeinträchtigende Erwägungen Einfluss auf die Entscheidung über den Zugang privater Interessenten zum Rundfunk gewinnen können, denn derartige Einflüsse können sich als „Selbstzensur“ auf Bewerber auswirken.<sup>125</sup> Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes müssen die Parlamente selbst die Voraussetzungen der Erteilung oder Versagung der Erlaubnis bestimmen.<sup>126</sup> Solche Kriterien sind aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes besonders dann erforderlich, wenn es um die Zuteilung von Übertragungskapazitäten geht und diese nicht in ausreichender Zahl für alle Bewerber zur Verfügung stehen. Das BVerfG verlangt dann, dass der Gesetzgeber Auswahlgrundsätze festlegt, welche eine gleiche Chance der Bewerber gewährleisten. Der Realisierungsgrad der Chancen muss durch objektiv sachgerechte und individuell zumutbare Kriterien bestimmt werden.<sup>127</sup>

121 Dazu *Cole/Oster*; Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 26 ff., 171 f., 177 ff.

122 Vgl. BVerfGE 87, 181, 201 – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3); BVerfGE 73, 118, 183 – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen); BVerfGE 90, 60, 91 – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren); BVerfGE 119, 181, Rn. 132 – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.

123 BVerfGE 57, 295, 321 f., 326 – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz).

124 BVerfGE 57, 295, 321 f., 326 – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz).

125 BVerfGE 73, 118, 183 – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen).

126 Vgl. BVerfGE 57, 295, 320 f. – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz).

127 BVerfGE 57, 295, 321 f., 327 – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz); BVerfGE 73, 118, 154 f. – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen) m.w.N. Siehe z.B. § 30 Abs. 5 LMG Rheinland-Pfalz.

Für die Ausgestaltung des Verfahrens können Überlegungen aus dem Vergaberecht nutzbar gemacht werden. In Betracht kommt insoweit die Übertragung von Kriterien wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit.<sup>128</sup>

b) „Monitoring“

Aus dem Europarecht folgt das Gebot, dass aus dem Akt der Betrauung mit dem öffentlichen Programmauftrag auch hervorgehen muss, dass und wie die Erfüllung dieses Auftrags eingehalten und die Finanzausstattung kontrolliert wird.<sup>129</sup> Dieses „Monitoring“ muss wiederum im Einklang mit der Medien- und Rundfunkfreiheit stehen.<sup>130</sup> Insbesondere müssen Staatsferne und redaktionelle Unabhängigkeit der Rundfunkveranstalter respektiert werden. Daraus folgt, dass eine solche Behörde im Wesentlichen auf die Kontrolle der Stichhaltigkeit des Finanzierungsvolumens beschränkt ist, die Kontrolle von Inhalten hingegen durch die Medienfreiheit (Art. 11 Abs. 2 EUGRCh) erheblich eingeschränkt ist.<sup>131</sup>

Für die Durchführung einer solchen – beschränkten – Inhaltskontrolle lassen sich auch dem Rundfunkrecht Anleihen entnehmen, z.B. dem „Drei-Stufen-Test“ des § 32 Abs. 4 MStV, der seinerseits europarechtlich („*public value test*“) determiniert ist.<sup>132</sup> Die Einrichtung einer zuständigen „Monitoring-Behörde“ unterliegt der Einschätzungsprärogative der Landesgesetzgeber. Vieles spricht dafür, das Monitoring bei den Landesmedienanstalten zu verorten, sind diese doch ihrerseits staatsfern organisiert<sup>133</sup> und bereits mit der Zulassung von privaten Rundfunkveranstaltern sowie der Programmkontrolle betraut. Sie können daher auch fachliche Beurteilungen bezüglich des Programms bzw. einer Übereinstimmung mit einem Auftrag vornehmen.<sup>134</sup> Für die nähere Ausgestaltung des Finanzierungsvolumens und seiner Kontrolle lassen sich Vergleiche mit der derzeitigen finanziellen und institutionellen Ausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland sowie Entschei-

128 Dazu *Cole/Oster*; Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 169 ff.

129 KOM, Mitteilung 2009/C 257/01 über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Rn. 53; *Oster*, *European and International Media Law*, 2017, S. 536 ff.

130 Die Medienfreiheit ist im EU-Recht in Art. 11 Abs. 2 EUGRCh als eigenständiges Grundrecht geschützt; ausf. dazu *Oster*, *Media Freedom as a Fundamental Right*, 2015.

131 Vgl. EuG, Rs. T-442/03 [2008] SIC gegen Kommission, Rn. 227 ff.; KOM, Entscheidung 2012/365/EU vom 20. Dezember 2011, Staatliche Beihilfe C 85/01 – Ad-hoc-Maßnahmen zugunsten von RTP, Rn. 175 ff.; *mutatis mutandis*, KOM, Entscheidung K(207)1761 vom 24. April 2007, Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex-CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Rn. 251; *Oster*, *European and International Media Law*, 2017, S. 517 f.

132 *Oster*, *European and International Media Law*, 2017, S. 544.

133 *Schuler-Harms* in: *Binder/Vesting*, *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, § 35 RStV Rn. 34.

134 Ausf. *Cole/Oster*; Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 180 f.

dungen der Kommission zur Finanzierung von *public service broadcasters* fruchtbar machen.<sup>135</sup> Zur Durchführung des Monitoring wird es schließlich bestimmter Berichterstattungspflichten der Förderungsempfänger vergleichbar § 31 Abs. 2 MStV bedürfen.<sup>136</sup>

#### 4. Institutionelle Pflichten der begünstigten Rundfunkanbieter

Eine staatlich veranlasste Finanzierung eines öffentlichen Programmauftrags könnte zudem von institutionellen Pflichten flankiert werden. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird, so das BVerfG, „besonderen organisatorischen Anforderungen zur Sicherung der Vielfalt und Unabhängigkeit unterworfen“.<sup>137</sup> Dazu zählen interne Kontrollorgane wie die Rundfunkräte der Landesrundfunkanstalten bzw. der Fernsehrat des ZDF. Gleichsam als Kompensation für die verfassungsrechtlich begrenzte inhaltliche Überprüfbarkeit des Programms (dazu oben unter 3.) des öffentlich-rechtlichen Rundfunks spielt die Struktur der Rundfunkanstalten selbst daher eine maßgebliche Rolle für die Sicherstellung der Programmqualität und ihrer Kontrolle.

Hieran fehlt es typischerweise beim privaten Rundfunk, der sich im Regelfall unternehmerisch aufstellt. Das BVerfG hat dementsprechend eingeräumt, dass von privatem Rundfunk kein in seinem Inhalt breit angelegtes Angebot erwartet werden kann, weil die Anbieter zur Finanzierung ihrer Tätigkeit nahezu ausschließlich auf Einnahmen aus Wirtschaftswerbung angewiesen sind. Die Anbieter stünden deshalb vor der wirtschaftlichen Notwendigkeit, möglichst massenattraktive, unter dem Gesichtspunkt der Maximierung der Zuschauer- und Hörerzahlen erfolgreiche Programme zu möglichst niedrigen Kosten zu verbreiten.<sup>138</sup> Sendungen, die nur für eine geringere Zahl von Teilnehmern von Interesse sind und die oft einen hohen Kostenaufwand erfordern, treten in der Regel zurück.<sup>139</sup> Diese programmatische Ausrichtung privater Rundfunkanbieter ändert sich allerdings, wenn ein Rundfunkanbieter mit der Erfüllung eines öffentlichen Programmauftrags betraut wird, um zu den Zielen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG mit konkreten Leistungen beizutragen. Das BVerfG führt im Rundfunkbeitragsurteil aus, dass die Anforderungen an die Zulassung pri-

135 Vgl. § 34 Abs. 1 Halbs. 1 MStV; BVerfGE 74, 297, 342 – 5. Rundfunkentscheidung (Baden-Württemberg); BVerfGE 83, 238, 310 – 6. Rundfunkentscheidung (Nordrhein-Westfalen); BVerfGE 87, 181, 198 – 7. Rundfunkentscheidung (Hessen 3); KOM, Entscheidung K(2007)1761 vom 24. April 2007, Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex-CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, Rn. 263; Entscheidung 2005/406/EG vom 15. Oktober 2003 über punktuelle Maßnahmen, die Portugal zugunsten von RTP durchgeführt hat, Rn. 183; ausf. Oster, *European and International Media Law*, 2017, S. 502 ff., insb. S. 536 ff.

136 Cole/Oster, Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 182 f.

137 BVerfGE 119, 181, Rn. 121 – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag m.w.N.; siehe dazu BVerfGE 136, 9 ff. – ZDF-Staatsvertrag.

138 BVerfGE 73, 118, 155 f. – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen).

139 BVerfGE 73, 118, 155 f. – 4. Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen).

vater Rundfunkanbieter im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in seiner öffentlich-rechtlichen Komponente bislang geringer sind, da der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Grundversorgung gewährleiste. Der private Rundfunk sei daher auch „anders und weniger“ als der öffentlich-rechtliche zu gleichgewichtiger Vielfalt verpflichtet.<sup>140</sup> Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass ein stärkerer Funktionsauftrag im Rahmen einer staatlich veranlassten Finanzierung auch erweiterte Anforderungen an die gebotene gegenständliche Breite und Meinungsvielfalt des Angebots privater Rundfunkveranstalter bedeutet.

Damit einhergehend müssen dann auch die Anforderungen an die institutionelle Seite angepasst werden. Da auch beim privaten Rundfunk eine inhaltlich-qualitative Kontrolle des Rundfunkangebots wegen der Programmautonomie weitgehend ausfällt, müssen institutionelle Vorkehrungen auf Seiten der Veranstalter die Erfüllung des Auftrags sicherstellen.

Solche institutionellen Anpassungen, die eine gewisse Unabhängigkeit der Entscheidungen über die Ausgestaltung des geförderten Programms von der ansonsten möglichen rein kommerziellen Ausrichtung im Unternehmen gewährleisten können, sind in verschiedener Weise denkbar. Einerseits könnte angeknüpft werden an bereits im Rundfunkstaatsvertrag angelegte Beiratslösungen.<sup>141</sup> Andererseits könnte eine ähnliche Funktion die „Auslagerung“ dieser inhaltsbezogenen Aufgaben an eine Unternehmensstiftung darstellen. Eine Trennung der unternehmerischen Prozesse von einer bestimmte Aufgabenbereiche des Unternehmens tragenden Stiftung bietet sich an, um eine Unabhängigkeit der beiden Bereiche zu etablieren.<sup>142</sup> Bei den Überlegungen, wie eine staatlich veranlasste Finanzierung für private Rundfunkveranstalter am besten umzusetzen ist, können weitere Erfahrungswerte aus dem Rundfunkrecht herangezogen werden. Als ein Beispiel für eine in der Praxis problematische Lösung kann § 59 MStV genannt werden, der ebenfalls zu einem Meinungsvielfältigen Angebot auch in den Programmen der privaten Rundfunkveranstalter beitragen soll.<sup>143</sup> Als positives Beispiel der Einbeziehung der Veranstalter auch in den Regulierungskontext kann das Modell der regulierten Selbstregulierung im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag angeführt werden.<sup>144</sup> Das Beispiel belegt, dass es der Rundfunkordnung nicht fremd ist, selbst bei der Aufsicht auf eigeninitiatives Handeln und Verantwortung der Anbieter zu setzen, die nur im Problemfall durch staatliche – d.h. durch die Landesmedienanstalten bzw.

140 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16 –, Rn. 83.

141 § 66 MStV; vgl. im Einzelnen zur gleichlautenden Vorläufervorschrift *Hartstein/Ring u.a.*, HK-RStV, § 32 Rn. 3 ff. Ergänzend zur Programmbeiratsrichtlinie der Landesmedienanstalten, § 67 MStV *Hartstein*, in: *Hartstein/Ring u.a.*, HK-RStV, § 33 Rn. 6 ff.

142 Vgl. *Cole/Oster*; Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter an einer Finanzierung, S. 185 f.

143 Zur gleichlautenden Vorläufervorschrift *Hartstein/Ring u.a.*, HK-RStV, § 25 Rn. 12 ff.; *Kreile*, in: *Hartstein/Ring u.a.*, HK-RStV, § 31 Rn. 4 ff.; zu den Richtlinien der Landesmedienanstalten *Hartstein*, in: *Hartstein/Ring u.a.*, HK-RStV, § 33 Rn. 11 ff., 16.

144 Vgl. dazu *Cole*, Kontrolle und Aufsicht im Jugendmedienschutz, 2015, S. 14 ff. m.w.N., KJM-online, abrufbar unter [https://www.kjm-online.de/fileadmin/user\\_upload/KJM/Publikationen/Gutachten/Kontrolle\\_und\\_Aufsicht\\_Jugendmedienschutz.pdf](https://www.kjm-online.de/fileadmin/user_upload/KJM/Publikationen/Gutachten/Kontrolle_und_Aufsicht_Jugendmedienschutz.pdf) (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

deren Organ KJM veranlasste – Intervention überlagert wird. Ein weiterer Ansatz, der mit der Einbeziehung privater Rundfunkveranstalter in eine finanzielle Förderung vergleichbar ist, bezieht sich auf die Frage einer Regulierungsprivilegierung („anreizbasierte Regulierung“).<sup>145</sup>

## VII. Ergebnis

Der Beitrag hat gezeigt, dass weder die einfachgesetzlich festgelegte Rundfunkordnung im allgemeinen noch die Finanzierung des Rundfunks im besonderen „in Stein gemeißelt“ – sprich: verfassungsrechtlich vorgegeben – sind. Vielmehr deduzierte das BVerfG aus der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Rundfunkfreiheit, dass die Landesgesetzgeber die „Gesamtveranstaltung Rundfunk“ *im Ergebnis* gewährleisten müssen. Wie sie dies erreichen, unterliegt grundsätzlich ihrer Gestaltungsfreiheit. Insbesondere schreibt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eine bestimmte Finanzierungsregelung für den Rundfunk nicht vor. Entscheidend ist allein, dass der Rundfunk auch finanziell in die Lage versetzt wird, seinen verfassungsrechtlichen Auftrag zu erfüllen und zugleich wirksam davor geschützt wird, dass die Entscheidung über die Finanzausstattung zu politischen Einflussnahmen auf das Programm benutzt wird.<sup>146</sup> Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers endet erst dort, wo die Funktion des Rundfunks, der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung zu dienen, gefährdet wird.<sup>147</sup> Wenn also private Veranstalter über die Grunderwartung an alle Rundfunkveranstalter hinaus einen öffentlichen Programmauftrag übernehmen und damit eine Funktion im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfüllen, dann sind sie insoweit funktionsgerecht zu finanzieren.

Der so gefundenen Ansatz, in rundfunkverfassungsrechtlich zulässiger Weise auch Finanzierungsmodelle zugunsten privater Anbieter vorzusehen, ist nicht nur grundsätzlich auch mit EU-Recht vereinbar, sondern deckt sich mit Empfehlungen, die vom Europarat an seine Mitgliedstaaten gerichtet werden. In mehreren Dokumenten der vergangenen Jahre, die sich mit Medienpluralismus beschäftigen, geht es auch um finanzielle Rahmenbedingungen zur Sicherstellung eines pluralen Medienangebots, das nicht nur durch unterschiedliche Arten von Inhalten, sondern auch unterschiedliche Anbieter dieser Inhalte erreicht werden sollte. So richtet sich etwa die zentrale Empfehlung (2018) <sup>148</sup> nicht nur bezüglich *public service media* an die Mitgliedstaaten, sondern umfasst bei der Frage von Unterstützungsmaßnahmen auch andere Anbieter. Auch das Minister-Komitee hat jüngst deutlich ge-

145 Vgl. dazu *Schulz/Held*, Regulierung durch Anreize, 2011, v.a. ab S. 69 ff.

146 Vgl. BVerfGE 90, 60, 90, 93 f. – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

147 BVerfGE 74, 297, 342 – 5. Rundfunkentscheidung (Baden-Württemberg); BVerfGE 83, 238, 310 – 6. Rundfunkentscheidung (Nordrhein-Westfalen).

148 Europarat, Recommendation CM/Rec(2018)1 of the Committee of Ministers to member states on media pluralism and transparency of media ownership, insbes. Abschnitte 2.13 ff., abrufbar unter [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680790e13](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680790e13) (zuletzt abgerufen 1.12.2020).

macht, dass Qualitätsjournalismus ein öffentliches Gut und für die Demokratie erhebliche Bedeutung hat und einen Rahmen benötigt, der politisch, rechtlich, sozial und ökonomisch vorteilhafte Bedingungen schafft.<sup>149</sup> Zu den vorgeschlagenen, möglichen Maßnahmen zählen dabei neben steuerlicher Bevorzugung finanzielle Unterstützungsinstrumente für den Mediensektor, der nicht als öffentlich-rechtlicher bzw. public service-Anbieter operiert.

Vor diesem Hintergrund, mit Blick auf existierende Fördermodelle im Ausland und nicht zuletzt durch die wirtschaftliche Entwicklung in der Pandemiezeit kommt es möglicherweise auch in Deutschland zu einer ergebnisoffeneren Diskussion über die Einführung von staatlich veranlassten Finanzierungsmodellen zugunsten privater Medienanbieter, insbesondere Rundfunkveranstaltern.

149 Europarat, Declaration by the Committee of Ministers on the financial sustainability of quality journalism in the digital age, abrufbar unter [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=090000168092dd4d](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=090000168092dd4d) (zuletzt abgerufen 1.12.2020).