

RECHT

Der Aufgabenkatalog der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien

Rechtsgutachten



Prof. Dr. iur. Herbert Bethge
em. Inhaber des Lehrstuhls für
Staats- und Verwaltungsrecht
sowie Wirtschaftsverwaltungs- und
Medienrecht an der Juristischen
Fakultät der Universität Passau

Der Aufgabenkatalog der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien

Rechtsgutachten

über die normativen Grundlagen der Aufgaben der BLM
unter besonderer Berücksichtigung des öffentlich-rechtlichen
Trägerschaftsvorbehalts des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV

zugleich eine Stellungnahme zum Gutachten über
„Die gesetzlichen Aufgaben der BLM“
von Prof. Dr. iur. Gabriela von Wallenberg

Von Prof. Dr. iur. Herbert Bethge
em. Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht
sowie Wirtschaftsverwaltungs- und Medienrecht
an der Juristischen Fakultät der Universität Passau

August 2012

BLM e-Book Band 04

Herausgeber:

Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)

Heinrich-Lübke-Straße 27

81737 München

Telefon (089) 638080

E-Mail: blm@blm.de

Internet: www.blm.de

Visuelles Konzept: Mellon Design GmbH, Augsburg

Satz: Reinhard Fischer, München

Copyright BLM September 2012

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und Vervielfältigung nur mit
Genehmigung des Herausgebers

Inhalt

I. Einführung und Problemstellung	7
1. Die verfassungsspezifische Funktion der BLM	7
2. Die dem öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt entsprechenden Aufgaben der BLM	9
3. Zwischenergebnis	13
4. Neue Fragestellungen	15
II. Die Unzulässigkeit einer Minderung der Verfas- sungs- substanz des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV durch Rückführung der BLM auf die Wahrnehmung sog. Kernaufgaben oder durch inhaltliche Kupierung von sog. Begleitaufgaben	21
1. Die juristische Ausgangslage	21
2. Kein Rückgang der Verfassungssubstanz des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV durch einschränkende Vorgaben des Grundgesetzes und des Unionsrechts	22
3. Keine Minderung der Verfassungssubstanz des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV durch zwischenzeitlichen Aufgabens- schwund im Bereich sog. Kernaufgaben	28
III. Kriterien und Korrektive der Kompetenz- wahrnehmung	35
1. Die Unverfügbarkeit der Kompetenzen	35
2. Die Schranken der Kompetenzen	37

IV. Einzelfragen	45
1. Medienerziehung und Medienpädagogik	46
2. Öffentlichkeitsarbeit der BLM	49
3. Die Zulässigkeit einer Reduktion der Aufsicht über private Anbieter	51
4. Die Archivierung von Beiträgen privater Anbieter	54
5. Privatrechtliche Gestaltungsformen/Kooperationen	55
V. Zusammenfassung	58

I. Einführung und Problemstellung

1. Die verfassungsspezifische Funktion der BLM

Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (im Folgenden BLM) hat ihre Rechtsgrundlage im Bayerischen Mediengesetz (BayMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2003 (GVBl. S. 799), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Oktober 2011 (GVBl. S. 530). Nach Art. 2 Abs. 1 BayMG wird der Rundfunk im Rahmen dieses Gesetzes „in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft“ der BLM betrieben. Diese Formulierung ist keine bloß einfachrechtliche Funktionsbeschreibung. Sie setzt die Anordnung des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 der Bayerischen Verfassung (BV) um, der zufolge Rundfunk in Bayern in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben wird. Zu diesem Zweck ordnet Art. 111a Abs. 3 BV an, dass das Nähere durch Gesetz zu regeln ist. Der (im Folgenden so bezeichnete) öffentlich-rechtliche Trägerschaftsvorbehalt determiniert entscheidend die weitere normative Ausgestaltung des Status der BLM, d.h. ihrer Funktion und ihrer Aufgaben. Sie hat als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts das Recht der Selbstverwaltung (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 BayMG). Bei dieser monistischen Funktion bleibt es nicht. Ihr Status ist in gewisser Weise ambivalent. Nach Art. 10 Abs. 1 Satz 3 BayMG ist die BLM **auch** Landesmedienanstalt im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages (RfStV) und des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages (JMStV).

Durch die verfassungsrechtliche Anseilung des BayMG an den Trägerschaftsvorbehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV erfährt die BLM eine wichtige Aufwertung. Sie ist nicht nur einfachrechtlich legitimiert. Für sie ist nicht so sehr ihre Sekundär- oder besser Komple-

mentärfunktion als Landesmedienanstalt charakteristisch, die in den anderen Ländern der Bundesrepublik Deutschland gemäß der dort geltenden dualen Rundfunkordnung Aufsicht über die Veranstaltung privaten Rundfunks ausübt. Die BLM repräsentiert und realisiert den öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV, weil ihr selbst ein entscheidender Anteil an der aktiven Rundfunkgestaltung in Bayern zukommt. Sie ist darum gemäß ihrer Primärfunktion als verantwortliche Trägerin des Rundfunks Inhaberin des Individualgrundrechts der Rundfunkfreiheit nach Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV.

– BayVerfGH 48, 6 (12); 52, 143 (147); siehe auch *Stettner*, in: Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 111a Rdn. 51 i.V. mit Rdn. 30 Fn. 97 m.w.N. –

Sachlich impliziert die Grundrechtsposition schon von Landesverfassungs wegen (und nicht erst wegen dessen Erwähnung im einfachrechtlichen Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BayMG) das Selbstverwaltungsrecht der Anstalt, das eine Reihe von Aufgaben einschließt.

2. Die dem öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt entsprechenden Aufgaben der BLM

Über die einzelnen Aufgaben der BLM enthält die Bayerische Verfassung selbst keine Regelung. Eine Regelung wie für das kommunale Selbstverwaltungsrecht, das in Art. 11 Abs. 2 BV garantiert und in Art. 83 BV durch einzelne Aufgabenzuweisungen konkretisiert wird, existiert in der Bayerischen Verfassung für die Funktionsträger des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts auf dem Gebiete des Rundfunks nicht. Die verschiedenen Aufgaben der BLM, die der Realisierung des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts dienen, sind vielmehr in Art. 11 BayMG katalogartig aufgelistet.

a) Das Enumerationsprinzip

Solche enumerativen Aufzählungen an Stelle oder in Ergänzung einer weitmaschigen Generalklausel – Selbstverwaltung – sind ein probates gesetzliches Regelungsinstrument. Sie haben Entlastungseffekt. Sie verschaffen Rechtsklarheit, weil Garantienormen oft eine „lapidare Sprachgewalt“ aufweisen, deren Sinngehalt und Tragweite schwer zu erfassen sind.

– BVerfGE 79, 127 (143 f.) –

Sie beugen Kontroversen über die Substanz von Selbstverwaltungsrechten vor, die anderenfalls langwierig erst durch die rechtsanwendende Praxis unter Einschluss der Landesverfassungsgerichtsbarkeit beigelegt werden können.

b) Die Gesetzesorientierung der Aufgabenzuordnung

Die Konkretisierung der Aufgaben durch den Gesetzgeber ist auch dann legitim, wenn – wie im Fall der BLM – ein Aufgabenträger in Rede steht, dessen Funktionen landesverfassungsrechtlich durch Grundrecht (Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV) abgesichert sind. Der formelle Gesetzgeber ist der berufene Erstinterpret der Verfassung.

– BVerfGE 101, 158 (218 f.). –

Er hat das Mandat zur Verfassungskonkretisierung; dies natürlich immer unter dem Vorbehalt einer möglichen nachträglichen Kontrolle durch die jeweils zuständige Verfassungsgerichtsbarkeit. Keinesfalls ist mit dem Mandat der Verfassungskonkretisierung eine Kompetenz zur authentischen oder gar autoritativen Definition der Bayerischen Verfassung verbunden. Sie steht allein dem Landesverfassungsgericht zu.

– BVerfGE 64, 301 (317); 69, 112 (117); 102, 245 (253); 120, 82 (101). –

Auf dieser Konzeption der gesetzlichen Konkretisierung baut auch und gerade das Medienrecht auf, das für die Rundfunkfreiheit eine „positive Ordnung“ des Landesgesetzgebers erfordert.

– BVerfGE 57, 295 (319); 114, 371 (387); 119, 181 (214). –

Die Rundfunkfreiheit ist keine natürliche Freiheit.

– BVerfGE 95, 220 (237). –

Sie ist kein urwüchsiges Grundrecht.

– BVerfGE 83, 238 (315). –

Demzufolge gibt es auch keine originäre Rundfunkveranstalterfreiheit.

c) Die positive Ordnung des Rundfunks

Die Rundfunkfreiheit ist vielmehr normgeprägt und gesetzesakzessorisch. Sie ist auf Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angewiesen.

– BVerfGE 73, 118 (166); 114, 371 (387); 119, 181 (214); 121, 30 (51); siehe auch *Cornils*, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, BLM-Schriftenreihe Bd. 100 (2011). –

Die Erfordernisse des (Landes-)Parlamentarvorbehalts

– BVerfGE 57, 295 (320 f.). –

und der positiven, d.h. einer gesetzlichen Ordnung, gelten auch für das bayerische Landesverfassungsrecht (siehe schon Art. 111a Abs. 3 BV). Für die bayerische Verfassungsrechtslage sind der Ausschluss einer originären, also einer gesetzesunabhängigen Rundfunkfreiheit und die legislatorische Ausgestaltungsbedürftigkeit der Sachmaterie geradezu existentiell.

– Siehe *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 111a Rdn. 1 ff. –

d) Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Der ausgestaltenden Präzisierung durch den Gesetzgeber unterliegen auch die Aufgaben der BLM. Die Notwendigkeit der Ausgestaltung der Materie durch den Gesetzgeber wirft die Frage nach dem Umfang des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums auf.

aa) Bei der Ausgestaltung der positiven Ordnung der Rundfunkfreiheit konzidiert das Bundesverfassungsgericht in der Tat seit langem dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum.

– BVerfGE 12, 205 (262 f.); 57, 295 (321 f., 325 f.); 83, 238 (296, 315 f.); 114, 371 (387); 119, 181 (214); 121, 30 (59). –

Doch gilt das nur für den großen Rahmen. Bei einzelnen Sachgebieten verengt sich der legislatorische Gestaltungsspielraum. So liegt es auch hier.

Das Grundgesetz schreibt zwar – so das Bundesverfassungsgericht – keine bestimmten Modelle vor; Modellkonsistenz ist nicht geboten. Das mag schon stimmen. Etwas anderes muss indes gelten, wenn der Gesetzgeber schon ein bestimmtes Modell vorgeschrieben hat. Erst recht verengt sich der Spielraum des einfachen Gesetzgebers, wenn sich der Landesverfassungsgeber – von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt – auf ein bestimmtes Modell festgelegt hat: Ein solches Modell liegt in der landesverfassungsrechtlich vorgegebenen Konzeption eines in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks. An dieser in Art. 111a Abs. 2 BV postulierten und in Art. 2 Abs. 1 und 2 BayMG noch einmal normierten Konzeption hat sich die an die Adresse der BLM gerichtete Aufgabenzuordnung zu orientieren. Von einem weiten Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers kann da nicht die Rede sein. Eher das Gegenteil ist der Fall: Der bayerische Rundfunkartikel mit seinem öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt erfordert die

Ausstaffierung des Funktionsträgers mit einem **effizienten** Aufgabeninstrumentarium. Ein Aufgabenkatalog mittlerer oder minderer Art und Güte würde diesem Erfordernis nicht gerecht.

bb) Es bewegt sich innerhalb des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers, dass er alle Aufgaben, die der BLM zugeordnet werden, als zur Erfüllung der umfassenden Programmfunktion gehörig regelt und bestimmt, ohne aber eine qualitative Graduierung vorzugeben. Wie es *Karl Larenz* einmal formuliert hat: Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, Rechtsfolgen anzuordnen, aber nicht rechtsdogmatische Einsichten zu verordnen.

3. Zwischenergebnis

In einem Zwischenfazit lässt sich eine Reihe von juristische Aussagen festhalten:

- Bei den Aufgaben, die der Gesetzgeber an die Adresse der BLM richtet, handelt es sich um keine beliebig regulierbare oder sonst wie bindungsfrei disponible Materie. Noch weniger kann von einer konstitutiven Delegation von staatlichen Aufgaben, die jederzeit revozierbar wären, die Rede sein. In der Regel geht es um die deklaratorische Anerkennung oder Präzisierung von Aufgaben, die der Realisierung des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV dienen, auf dessen Bedingtheiten ihrerseits das Selbstverwaltungsrecht und die Grundrechtsposition der BLM zugeschnitten sind.
- Der Gesetzgeber darf zwar die Vorgaben der Bayerischen Verfassung konkretisieren. Doch ist damit keine Befugnis des Parlaments zur authentischen Definition der Landesverfassung verbunden. Die autoritative Interpretation der Landesverfassung obliegt allein dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof.

- Die der BLM gesetzlich zugeordneten Aufgaben haben sich inhaltlich an den Erfordernissen des öffentlich-rechtlichen Trägerchaftsvorbehalts des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV und an der damit verbundenen Grundrechtsposition der BLM aus Art. 111a Abs. 1 BV auszurichten. Wählt der Gesetzgeber an Stelle einer Generalklausel das Instrument eines Aufgabenkatalogs bleibt Richtschnur das Grundrecht der BLM auf funktionsgerechte Aufgabenerfüllung im Rahmen der Erfordernisse des öffentlich-rechtlichen Trägerchaftsvorbehalts.
- Dem Aufgabenkatalog lässt sich über die rein numerische und exemplarische Aufzählung hinaus keine materielle Aufgabenhierarchie entnehmen. Insbesondere wäre es spekulativ, zwischen Kernaufgaben einerseits und „bloßen“ Gestaltungsaufgaben andererseits zu unterscheiden. Einzelfallorientierte Präferenzentscheidungen trifft unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben die BLM im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts. Entsprechend willkürlich und schon von der systematischen Anlage des Art. 11 BayMG nicht gedeckt ist eine qualitative Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenaufgaben; dies jedenfalls dann nicht, wenn damit die Aufforderung nach der reduzierten Erfüllung der sog. Nebenaufgaben verbunden wird.
- Bei den vom Landesgesetzgeber nach Maßgabe der Postulate des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV formulierten Aufgaben handelt es sich regelmäßig um Pflichtaufgaben der BLM. Die Erfüllung der Aufgaben steht dem Grunde nach nicht zur Disposition der BLM. Das schließt nicht aus, dass einzelne Aufgabenzuweisungen, zum Beispiel Regelungen mit inhaltlichen Programmbezügen, unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die Einschätzungsprärogativen der BLM eröffnen. Sie dürfen eigenverantwortlich von den zuständigen Organen der BLM ausgefüllt werden und sind rechtsaufsichtlich und fachgerichtlich nur begrenzt nachprüfbar.

- Der zur Erfüllung der Funktionen der BLM konzipierte Aufgabenkatalog des Art. 11 BV kann nicht abschließend sein. Der Gesetzgeber geht selbst davon aus, wenn er in Art. 11 Satz 2 BayMG „vor allem“ die nachfolgenden Aufgaben benennt. Ungeschriebene Aufgaben können nicht von vornherein exkludiert werden. Neue Aufgaben können relevant werden. Nicht ausgeschlossen ist es, dass die BLM deren Bewältigung unter Berufung auf ihr grundrechtlich umhegtes Selbstverwaltungsrecht in Angriff nimmt. Die BLM verfügt insoweit über ein Aufgaben**findungs**recht (nicht Aufgabener**fin-****dungs**recht). Eine nachträgliche Ergänzung des Katalogs um diese Aufgabe ist dem Gesetzgeber nicht verwehrt. Die Initiative zu einer neuen Aufgabeneröffnung kann auch vom Gesetzgeber selbst ausgehen; wie denn überhaupt die dem verfassungsrechtlichen Trägerschaftsvorbehalt entsprechenden Aufgaben „zukunfts offen“ sind und sein müssen.

4. Neue Fragestellungen

a) Die Problematik von Aufgabenreduzierungen

aa) Die Zukunftsoffenheit des Aufgabenkatalogs nach Art. 11 BayMG bedeutet nicht zwingend, dass nur ein Ausbau oder Umbau von Aufgaben in Frage käme. Art. 11 BayMG ist keine nach oben offene status-quo-Garantie. Theoretisch nicht ausgeschlossen ist auch eine Reduzierung von Aufgaben. Allerdings wäre eine Kompetenzreduktion nicht voraussetzungslos zulässig. Die Dispositionsmacht des Landesgesetzgebers ist nicht unbegrenzt. Sein Gestaltungsspielraum wird von den Erfordernissen des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV determiniert.

Solche Überlegungen sind nicht nur von akademischem Interesse. Die Frage stellt sich vor allem im Gefolge einer möglichen Erosion der Geschäftsgrundlage des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV. Derartige Erosionstendenzen sehen seit langem der Sache nach die Kritiker des bayerischen Modells, wobei meist zwischenzeitliche technische Entwicklungen oder Rechtsprechungsänderungen ins Feld geführt werden.

– Typisch die Argumentation bei *Degenhart*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, 2011, § 105 Rdn. 18 m.w.N. pro et contra. –

Hierauf wird zurückzukommen sein.

bb) Die Vorstellung einer partiellen Erodierung des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts verbunden mit einem möglichen Entzug von Aufgaben der BLM liegt auch einer aktuellen Untersuchung zu Grunde. Es handelt sich um ein von Professorin Dr. iur. Gabriela von Wallenberg im Auftrag des Verbandes des Bayerischen Lokalrundfunk (VBL) e.V. erstelltes Gutachten über „Die gesetzlichen Aufgaben der BLM - Vorgaben, praktische Umsetzung und Perspektiven“ (im Folgenden auch zitiert als Gutachten v. Wallenberg). Diesem Gutachten liegt eine befürwortende Erklärung von *Rupert Stettner* bei. Für die BLM könne – so *Stettner* – das Gutachten ein Anlass sein zu prüfen, ob alle ihre Geschäftsfelder noch die Berechtigung besitzen, die notwendig ist, um sie mit öffentlichen Mitteln weiterzuführen. Er empfiehlt der BLM das Gutachten zur „Selbstreflexion“.

Das Gutachten v. Wallenberg wurde dem Leiter der Bayerischen Staatskanzlei, Staatsminister Thomas Kreuzer, überreicht.

b) Kritische Einschätzung

aa) Die Gutachterin konstatiert einen Abbau von ihr so gesehenen Kernaufgaben der BLM (Zulassung und Beaufsichtigung von bundesweiten privaten Veranstaltern, Konzentrationskontrolle, Jugendschutz) durch die Verlagerung dieser Aufgaben auf zentrale Kommissionen der Landesmedienanstalten. Zugleich wird eine Hinwendung der BLM zu – angeblich – weniger wichtigen Gestaltungsaufgaben moniert, die nicht zu den zentralen Anliegen des Gesetzes rechnet. Im Mittelpunkt der Kritik steht ein als besonders überzogen beanstandetes Engagement der BLM auf dem Feld der Medienerziehung und Medienpädagogik. Bei anderen Gebieten wird festgestellt, dass die BLM „übers Ziel hinausschießt“ oder dass ihre Aktivität vom Tätigkeitszweck „weit entfernt“ sei. Die Gutachterin macht Vorschläge, die teils den Gesetzgeber, teils die rechtsanwendende Praxis der BLM angehen. Nicht nur deshalb hat die Untersuchung rechtliche Relevanz. Damit fangen aber die Schwierigkeiten an.

bb) Die mit immensem Daten- und Faktenmaterial ausgestattete Untersuchung ist nämlich kein Rechtsgutachten. Die Expertise firmiert als Gutachten. Gleichwohl erhebt sie – dem Anliegen des Auftraggebers entsprechend – den Anspruch, den Untersuchungsgegenstand auch aus juristischer Sicht zu beurteilen (S. 10). Auch die den Ausführungen vorangestellten Ergebnisse, in denen der BLM eine Entfernung von ihren Kernaufgaben angelastet und eine Reduzierung von sog. Gestaltungsaufgaben nahegelegt wird, sind keine bloß medienpolitisch oder betriebswirtschaftlich motivierten Darlegungen. Sie enthalten auch dort, wo konjunktivische Verharmlosungen den Modus bestimmen (es „sollte“ dies und das erfolgen), letzten Endes den Vorwurf von Rechtsverstößen. Das gilt noch mehr, wenn stattdessen – im Grunde willkürlich – der Imperativ verwendet wird. Überhaupt stört der unbefangene Gebrauch der modalen Hilfsverben „sollen“, „können“, „dürfen“. Juristen verbinden damit bestimmte Vorstellungen.

Wie auch immer: Den damit zumindest incidenter verbundenen rechtlichen Beanstandungen muss nachgegangen werden. Vor allen Dingen müssen die konkreten Änderungsvorschläge selbst auf ihre juristische Haltbarkeit überprüft werden. Das ist angesichts der defizitären juristischen Orientierung des Gutachtens v. Wallenberg schwierig.

cc) Der Arbeit fehlen die notwendige juristische Substanz und Struktur. Sie zeigt keinerlei Kenntnis von den Grundlagen und Grundfragen des deutschen Medienrechts, geschweige denn vom zwischenzeitlich erreichten Differenzierungsniveau der Kultur des Medienrechts. Der hinter den medienrechtlichen Problemen stehende allgemeine staats- und verwaltungsrechtliche Hintergrund bleibt unberücksichtigt.

An klaren operationablen rechtlichen Prämissen fehlt es weitgehend. Eine saubere Subsumtion unterbleibt durchgehend. Schlussfolgerungen erschöpfen sich nicht selten in großspurigen Übertreibungen in juristisch unprofessioneller Ausdrucksweise (z.B. Rdn. 156). Der Hauptfehler der Arbeit besteht in der völligen Verkennung des ambivalenten Rechtsstatus der BLM. Die Position der Landeszentrale wird auf die Funktion einer Landesmedienanstalt nach einfachrechtlichem rundfunkstaatsvertraglichem Muster reduziert. Die davon strikt zu unterscheidende landesverfassungsrechtlich relevante Position der BLM, die vom öffentlich-rechtlichen Verantwortungs- und Trägerschaftsvorbehalt determiniert ist, wird nicht gewürdigt, im Grunde überhaupt nicht juristisch erkannt. Kein Wunder, dass die Aufgabenqualität der BLM insgesamt falsch bemessen wird und die Ergebnisse zum großen Teil unrichtig ausfallen.

dd) Rechtswissenschaftliche Auseinandersetzungen mit der juristischen Kontroversliteratur finden nicht statt. Die verfassungsgerichtliche Judikatur bleibt unterbelichtet. Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zur juristischen Tragweite des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV und zum rechtlichen Status der BLM auf der

Grundlage des BayMG bleibt völlig ausgespart. Rudimentäre Erwähnung findet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; bezeichnenderweise ist es der das bayerische Modell in Teilen auf der Rechtsanwendungsebene korrigierende extra-radio-Beschluss (BVerfGE 97, 298 ff.). Die von der Verfasserin am meisten (S. 11, 41, 63, 71) bemühte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist das von ihr als „Gebührenurteil“ bezeichnete Judikat vom 6. Oktober 1992.

– BVerfGE 87, 181 (202). – Bei der Entscheidung handelt es sich richtigerweise um den HR 3-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts. Die eigentlichen Gebührenurteile des Bundesverfassungsgerichts sehen die Rundfunkrechtler in BVerfGE 90, 60 ff. und 119, 181 ff. –

Die Verfasserin interessiert an der Entscheidung freilich lediglich die folgende, ständig neu beschworene Passage:

„Rundfunkanstalten haben wie jede Institution ein Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse, das sich gegenüber der ihnen auferlegten Funktion verselbständigen kann.“

Nun kann man gegen solche organisationssoziologischen Einsichten, die auch von *Rupert Stettner* an den Anfang seiner kollegialen Empfehlungen gestellt werden, wenig einwenden. Gemeinplätze gehören bekanntlich zu den einzigen ewigen Wahrheiten (Gustave Flaubert). Für eine juristische Begründung reichen sie aber nicht aus. Den „Schleier des Nichtwissens“, der das Gutachten v. Wallenberg umhüllt, können sie nicht lüften. Im seinerzeitigen HR 3-Beschluss (BVerfGE 87, 181 ff.), in dem der Verfasser dieser Stellungnahme selbst Prozessbevollmächtigter des beschwerdeführenden Hessischen Rundfunks war, stellte denn auch die fragliche Passage viel-

leicht ein hübsches obiter dictum dar. Ein tragender Entscheidungsgrund, der irgendeine Bindungswirkung für die juristische Nachwelt zeitigt, war sie nicht. Da muss schon mehr juristische Professionalität und Seriosität geleistet werden, die das Gutachten v. Wallenberg durchweg vermissen lässt.

ee) Der akribische Daten- und Faktenaufwand macht die gravierenden juristischen Defizite des Gutachtens v. Wallenberg nicht wett. Von juristischer Warte aus handelt es sich um eine umfangreiche, interessante und respektable Materialsammlung. Der Umschlag von der faktischen Quantität in die juristische Qualität findet aber nicht statt.

c) Klarstellung zum Gang der folgenden Untersuchung

Die nachstehenden Darlegungen beschränken sich auf Rechtsausführungen. Grundlage ist neben der Verfassung des Freistaates Bayern das BayMG in der derzeit geltenden Fassung. Der Anfang August vom Kabinett verabschiedete und dem Landtag zugeleitete Entwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zur Änderung unter anderem des BayMG führt zu keiner anderen Bewertung der hier relevanten Fragen. Empirische Daten und Fakten des Gutachtens v. Wallenberg sind nicht überprüft.

II. Die Unzulässigkeit einer Minderung der Verfassungssubstanz des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV durch Rückführung der BLM auf die Wahrnehmung sog. Kernaufgaben oder durch inhaltliche Kupierung von sog. Begleitaufgaben

1. Die juristische Ausgangslage

a) Der ungeschmälerete Verfassungsrang des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV

Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV ist aktuelles Verfassungsrecht mit normativem Geltungsanspruch. Die Bestimmung bindet den Landesgesetzgeber und die rechtsanwendenden Staatsfunktionen des Freistaates Bayern. Bei der Anordnung des öffentlich-rechtlichen Verantwortungs- und Trägerschaftsvorbehalts für den Rundfunk handelt es sich also nicht um bloße weißblaue Folklore mit Verfassungsanstrich; auch nicht um eine Art. „soft constitutional law“ in Gestalt von Programmen und Erwartungen. Der zur Umsetzung des Verfassungsauftrags gehaltene Gesetzgeber ist gemäß dem für die Rundfunkfreiheit typischen Parlaments- und Organisationsvorbehalts zur Schaffung und Erhaltung effektiver Organisationsstrukturen verpflichtet. Dazu rechnet neben dem notwendigen Instrumentarium ein funktionsadaequater Fundus von Aufgaben. Die funktionsgerechte Aufgabenausstattung hat Teil am Grundrechtsschutz des Aufgabenträgers, hier der BLM. Vom **objektiven** öffentlich-rechtlichen Organisationsvorbehalt nicht gedeckt wäre eine Rückführung der BLM auf die Erfüllung von „Kernaufgaben“ und/oder eine willkürliche Reduzierung von sog. Begleitaufgaben. Zugleich läge in Regulierungen dieses Zuschnitts ein

Verstoß gegen das der BLM zustehende **subjektive** Individualgrundrecht der Rundfunkfreiheit (Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV).

b) Die Gefahr von Relativierungstendenz

Die Direktionskraft des Art. 111a BV gegenüber Regulierungen im Aufgabenbereich der BLM wäre allerdings dann geschwächt, wenn die Vorschrift selbst mittlerweile an Substanz eingebüßt hätte. Versuche, den Bedeutungsgehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV vom Grunde auf zu schmälern oder die Vorschrift anderswie ins Unverbindliche abzudrängen, gab und gibt es immer wieder. Sie haben auch heute im Ergebnis keinen Erfolg (im Anschluss sub 2.).

2. Kein Rückgang der Verfassungssubstanz des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV durch einschränkende Vorgaben des Grundgesetzes und des Unionsrechts

In der Tat hat eine Relativierung der Verfassungssubstanz des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV nicht stattgefunden. Das muss betont werden, weil die Bestimmung spätestens seit Erlass des BayMG Angriffen im wissenschaftlichen Schrifttum ausgesetzt war und noch ist. Auch das Auftragsgutachten v. Wallenberg ist ersichtlich vom Bestreben nach Etablierung eines echten Privatfunks nach dem Muster der dualen Rundfunkordnung auch im Freistaat Bayern bestimmt. Diesem Ziel kommt sie nicht näher: Die verfassungsrechtliche Direktionskraft des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV gilt ungeschmälert.

Im Folgenden wird dazu eine Reihe von Orientierungsdaten und Merkposten wiedergegeben, die der Verfasser in der 2. Auflage sei-

nes Rechtsgutachtens über den Status der BLM näher behandelt und begründet hat.

– *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Status der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM), 2. Aufl., 2011, BLM-Schriftenreihe, Bd. 98, S. 19 ff. –

Auf diese Darlegungen wird verwiesen. Hier die Ergebnisse:

a) Kein Widerspruch zum Grundgesetz

Widersprüche des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV zum Bundesverfassungsrecht bestehen nicht. Friktionen mit dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) auf der subjektiven Seite sind ausgeräumt.

aa) Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV ist von der Verfassungsautonomie der Länder (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) im allgemeinen und deren Grundrechtsautonomie (Art. 142 GG) im besonderen gedeckt. Dass Art. 111a BV im Vergleich zu anderen Ländern der Bundesrepublik Deutschland eine originelle Lösung trifft,

– So anerkennend und juristisch feinfühlig *Jestaedt*, in: *Meriten/Papier* (Hrsg.), HGR IV, 2011, § 102 Fn. 106 mit Fn. 489, auch zum Folgenden. –

ist Beleg dafür, dass Bundesstaatlichkeit Rechtsverschiedenheit garantiert und die Länder von ihrer Verfassungsautonomie unterschiedlichen Gebrauch machen dürfen. Unitarisierende Einheitslösungen etwa unter dem Einfluss der dominierenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind eher problematisch. Ab und zu sollte

man schon daran erinnern, dass der Bund über keine Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiete des Rundfunkrechts verfügt.

– BVerfGE 114, 371 (384 f.). –

Das Grundgesetz toleriert Eigenart und Eigensinn der Landesverfassungsrechtsordnung.

– *Häberle*, JöR n.F. Bd. 43 (1995), S. 394; *ders.*, JöR n.F. Bd. 45 (1997), S. 106. –

bb) Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV ist mit dem Grundanliegen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar. Beide Grundrechtsgewährleistungen gehen in den wesentlichen Anforderungen parallel, wobei die Aussagen der bayerischen Regelung wesentlich präziser sind als die – von der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts profitierende – Generalklausel der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

– So zutreffend die auch ansonsten sachverständige Würdigung des Konkurrenzverhältnisses bei *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 111a Rdn. 6 f. –

Der Ausschluss privater Rundfunkveranstaltung, der das zentrale Anliegen des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV ist, verstößt nicht gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, der bei richtiger Handhabung Privatfunk zwar zulässt, aber dessen gesetzliche Einführung nicht gebietet. Eine gesetzesunabhängige, originäre private Rundfunkfreiheit als Veranstalterfreiheit gewährleisten beide Gewährleistungen nicht. Die technische Entwicklung hat an diesem Befund beider Senate des Bundesverfassungsgerichts nichts geändert.

– BVerfGE 114, 371 (388); 119, 181 (214); 121, 30 (51). –

Daran scheitern auch die im Schrifttum gemachten Vorschläge in Richtung einer „Resubjektivierung“ oder „Reindividualisierung“ der „Rundfunkfreiheit“. Der Rundfunk als „Leitmedium“ unterliegt anderen Bedingungen als die Presse, die von vornherein immer schon im Privatrecht und in der Privatwirtschaft angesiedelt ist. Diese Sondersituation des Rundfunks rechtfertigt auch den öffentlich-rechtlichen Vorbehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV, schwächt ihn nicht.

cc) Zu einer Schwächung der normativen Substanz des bayerischen Trägerschaftsvorbehalts aus der Sicht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG führt auch nicht der extra-radio-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Februar 1998.

– BVerfGE 97, 298 ff.; siehe auch BVerfGE 121, 30 (60). –

Allenfalls von einer behutsamen Begradigung der den Trägerschaftsvorbehalt anwendenden Praxis kann die Rede sein. Die Entscheidung zieht eine richtige Konsequenz: Wenn in Bayern unter dem öffentlich-rechtlichen Verantwortungs- und Trägersdach der BLM auf gesetzlicher Grundlage privates Rundfunkengagement zulässig, ja beabsichtigt ist, dann sind auch die privaten Anbieter als potentielle künftige Rundfunkveranstalter Inhaber des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; und zwar schon vor Erteilung der Lizenz in der Bewerbungsphase.

– BVerfGE 97, 298 (312 ff.). So auch schon zuvor neben anderen Autoren die Auffassung von *Bethge*, NVwZ 1997, 5 ff. –

Mehr besagt die Entscheidung nicht. An der Legitimität des Trägerschaftsmodells des BayMG oder gar des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV selbst hat sich dadurch nichts geändert. An der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für private Rundfunkveranstaltung wurde nicht gerüt-

telt. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat denn auch zwischenzeitlich mit der Karlsruher Rechtsprechung gleichgezogen und den Anbietern den bis dato verweigerten subjektiven Schutz des Art. 111a Abs. 1 zugestanden, ohne das Gesamtkonstrukt als solches aber in Zweifel zu ziehen.

– BayVerfGHE 56, 1 (5). –

Fazit: Bundesverfassungsrechtlich bestehen keine Bedenken gegen Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV. Es bedarf auch keiner verfassungskonformen Auslegung. Die Anerkennung der Grundrechtssubjektivität der Anbieter nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV durch die Rechtsprechung wird vom unveränderten Text des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV getragen. Die **rechtsanwendende** Praxis war es, die sich in Teilen umstellen musste.

– *Stettner*, Die Stellung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Rundfunksystem nach dem Bayerischen Mediengesetz, BLM-Schriftenreihe, Bd. 53, 1999, S. 46 ff. –

b) Die unionsrechtliche Kompatibilität

Europäisches Gemeinschaftsrecht oder Unionsrecht steht dem öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt der Bayerischen Verfassung und dessen einfachrechtlichen Konsequenzen im BayMG ebenfalls nicht entgegen. Es gehört zwar zu den Gepflogenheiten von Teilen der deutschen Staatsrechtslehre, unter Berufung auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und dessen mediengrundrechtliche Garantien die gewachsene Mediengrundrechtskultur in Deutschland in Frage zu stellen.

– Siehe z.B. *Gersdorf*, Legitimation und Legitimierung von Onlineangeboten des öffentliche-rechtlichen Rundfunks, 2008, S. 59 ff. –

Die wie ein Mantra vorgetragene Kritik bezieht sich namentlich auf öffentlich-rechtliche Funktionsvorbehalte auf dem Gebiet des Rundfunks, die der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft des audiovisuellen Mediums Rechnung zu tragen suchen.

– Zu diesen Merkmalen die st. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; zuletzt etwa BVerfGE 119, 181 (214 f.). –

Ganz so stringent sind aber bei näherem Zusehen die zulässigen Einwirkungen des Unionsrechts auf das nationale Medienrecht und damit auch auf das Verfassungsrecht der Länder nicht. Brüssel ist seit langem nicht mehr landesblind (*Hans Peter Ipsen*). Schon 2004 befand *Helmuth Schulze-Fielitz* zu Recht: „Letztlich verlangen auch schon das Prinzip der Gemeinschaftstreue und das Subsidiaritätsprinzip, dass wegen der demokratischen Funktion des Rundfunks die EU Regelungen zu unterlassen hat, die den demokratischen Willensbildungsprozess in ihren einzelnen Mitgliedstaaten gefährden; zu diesem gehört auch die gewachsene föderalistische Struktur der Bundesrepublik mit ihrer öffentlich-rechtlichen Rundfunk-Grundversorgung als Garantie eines demokratischen Pluralismus.“

– *Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GGK I, 2. Aufl., 2004, Art. 9 I, II Rdn. 33. –

An dieser Einschätzung hat sich durch die zwischenzeitliche Verdichtung der europäischen Integration, namentlich durch den Vertrag von Lissabon, nichts geändert. Auf die integrationsresistenten Verfassungsidentitätsvorbehalte des Bundesverfassungsgerichts

– BVerfGE 123, 267 (352 ff.); 126, 286 (307). –

braucht daher nicht mehr eingegangen zu werden.

Fazit: Auch Unionsrecht stellt die uneingeschränkte Geltungskraft des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV nicht infrage. Es nötigt auch nicht zu einer „unionskonformen“ Auslegung, mit der ein Abbau der gegenwärtigen Aufgabenstrukturen der BLM zwingend verbunden wäre.

3. Keine Minderung der Verfassungssubstanz des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV durch zwischenzeitlichen Aufgabenschwund im Bereich sog. Kernaufgaben

Der öffentlich-rechtliche Trägerschaftsvorbehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV hat auch nicht durch zwischenzeitliche Aufgabenverschiebungen an Direktionskraft verloren. Weder besteht ein Zwang zu einer prinzipiellen Neujustierung der Aufgaben der BLM. Noch ist eine gesetzliche Reduzierung von Aufgaben angeblich minderer Bedeutung geboten, um scheinbar expandierende Randaktivitäten der BLM auf Nebefeldern einzudämmen. Noch weniger wären solche Konsequenzen allein der kritischen Selbstreflexion der BLM überlassen. Das im Gutachten v. Wallenberg bezüglich der BLM gezeichnete Bild eines zwischenzeitlichen faktischen Verlusts von ursprünglichen Kernaufgaben und eines aufgabenwidrigen Ausweichens auf expansiv genutzte Nebenkriegsschauplätze stimmt nicht. Es beruht auf einer fundamentalen Fehleinschätzung des ambivalenten Status der BLM und ihres Aufgabenfundus. Die im Gutachten v. Wallenberg anempfohlene Limitierung oder Reduzierung sogenannter Begleit- und/oder Gestaltungsaufgaben wäre zum großen Teil ohne (Verfassungs-)Änderung des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV gar nicht machbar,

würde also gegen die Bestimmung in ihrer aktuellen Fassung verstoßen. Auf alle Fälle wäre zu einer Änderung ein Handeln des staatlichen Gesetzgebers notwendig. Die Selbstreflexion der BLM würde zu nichts führen. Freiwillige Selbstreduzierung seitens des BLM – und sei es in Gestalt einer „maßvollen Wahrnehmung von Nicht-Kernaufgaben“ (so die Diktion im Gutachten v. Wallenberg, Rdn. 171) – würde die Frage der (Un)-Verzichtbarkeit der Aufgabenerfüllung und des Vorrangs des Gesetzes aufwerfen.

Vor diesem Rattenschwanz von Folgeproblemen bewahrt der anschließende Befund (a).

a) Es gibt überhaupt keinen substantiellen Verlust von Kernaufgaben der BLM

Fehl geht nämlich schon die das Gutachten v. Wallenberg dominierende Prämisse eines beträchtlichen Verlusts von ursprünglichen Kernaufgaben der BLM. Der Verlust wird in der Übertragung namentlich von Zulassungs- und Aufsichtskompetenzen bezüglich bundesweiter Rundfunkveranstalter auf zentrale Kommissionen der Landesmedienanstalten gesehen.

Diese Sichtweise ist aus mehreren Gründen falsch.

aa) Unrichtig ist zum einen die Ausrichtung des Gutachtens v. Wallenberg an Aufgabenänderungen im Bereich des Rundfunkstaatsvertrages.

aaa) Zwar haben die Rundfunkänderungsstaatsverträge (der 13. ist in Kraft seit dem 1. April 2010) zur Etablierung von zentralen Kommissionen der Landesmedienanstalt(en) geführt; exemplarisch: die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) nach § 36 RfStV. Den Kommissionen sind bestimmte Aufgaben zugeordnet. Wie immer man diese Art konzentrierender Aufgabenzuordnung auch qualifizieren

mag: Sie betrifft die BLM ausschließlich in ihrem Status als eine von mehreren Landesmedienanstalten im Anstaltsverbund des Rundfunkstaatsvertrages. Betroffen ist allein die sekundäre oder komplementäre Komponente des ambivalenten Status der BLM, die ja gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 3 BayMG **auch** Landesmedienanstalt im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages und des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages ist. Davon strikt zu unterscheiden ist die primäre Komponente des Status der BLM als landesverfassungskräftig legitimierte öffentlich-rechtliche Trägerin des Rundfunks im Freistaat Bayern. Für diesen Bereich gelten ganz andere Kriterien (unten bb).

bbb) Vorab aber erst einmal eine ergänzende Bemerkung. Selbst wenn man nämlich auf die Neuregelungen des Rundfunkstaatsvertrages abstellte, wäre kein substantieller Aufgabenrückgang der Landesmedienanstalten, also auch nicht der BLM, zu verzeichnen.

Arrangements dieser Art gehören zum komplizierten Instrumentarium kooperativer Koordination im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland.

– Dazu *Rudolf*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 3. Aufl., 2008, § 141 Rdn. 31 ff. –

Die Kommissionen sind intraföderative Einrichtungen, die bestimmte Aufgaben ausführen. Das klingt etwas theorieverhangen, kann aber schnell auf den praxisnahen Punkt gebracht werden. Entscheidend für die juristische Einordnung sind nicht abstrakte Denkmuster der Bundesstaatslehre, sondern die konkreten Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag. Im konkreten Fall des Rundfunkstaatsvertrages kommt es zu keiner echten Aufgabenübertragung auf die Kommissionen, verbunden etwa mit einem nennenswerten Verlust von Zuständigkeiten der Landesmedienanstalten. Es findet nur ein partieller Transfer von Wahrnehmungszuständigkeiten statt. Die Kommissionen dienen

nach § 35 Abs. 2 Satz 2 RfStV der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt als Organe bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 36 RfStV. Bei der zuständigen Landesmedienanstalt verbleiben wichtige Zuständigkeiten (§§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 RfStV). Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führt jüngst zur ZAK aus, dass sie kein selbständiger Verwaltungsträger ist; ihre Beschlüsse bedürften zur Wirksamkeit gegenüber dem Anbieter der Umsetzung durch Erlass des entsprechenden Verwaltungsakts durch die zuständige Landesmedienanstalt.

– BayVGH vom 26. Juli 2012 - 7 CS 12.817 - Rdn. 15, 24 –

Die Rückanbindung der Kommissionen an die Landesmedienanstalten (früher sprach man von Muttergemeinwesen) wird trotz der Weisungsfreiheit der Mitglieder nicht völlig aufgehoben. Vor diesem Hintergrund kann von keinem substantiellen („harten“) Kompetenzverlust der Landesmedienanstalten die Rede sein, der die BLM zu einem systemwidrigen Ausweichen auf andere („weiche“) Betätigungsfelder veranlasste und zu deren Abbau drängte.

bb) Noch weniger hat eine rechtlich relevante Aufgabenverschiebung unter dem Regime des allein ausschlaggebenden öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts stattgefunden. Der bayerische Gesetzgeber hat sich für ein Modell entschieden, in dem privates Rundfunkengagement unter dem öffentlich-rechtlichen Verantwortungs- und Trägerdach der BLM stattfindet. Nach Art. 2 Abs. 2 BayMG organisiert die BLM Rundfunkprogramme aus von privaten Anbietern gestalteten Beiträgen. Dabei ist auf eine qualitätsvolle Programmgestaltung hinzuwirken. Dem öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt ist bei dieser komplizierten Dachkonstruktion nicht schon dadurch entsprochen, dass die BLM private Rundfunkveranstaltung zulässt und beaufsichtigt. Eine solche Konstellation entspräche der dualen

Rundfunkordnung, die Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV aber gerade ausschließt. Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs ist die Zulassung Privater unter Trägerschaft der Landeszentrale nur zulässig, wenn der Landeszentrale eine starke Stellung gegenüber den privaten Anbietern eingeräumt wird. Insbesondere muss der Landeszentrale gegenüber den Privaten eine durch entsprechende Instrumente durchsetzbare umfassende und gegenüber den Privaten vorrangige Programmverantwortung zukommen, **die über bloße Aufsichts- und Kontrollrechte hinausgeht.**

– BayVerfGHE 39, 96 (138, 143 ff.); siehe auch *Möstl*, in: Linder/Möstl/Wolff (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 111a Rdn. 4 m.w.N., auch zum Folgenden. –

cc) In der Besonderheit des öffentlich-rechtlichen Verantwortungs- und Trägerschaftsvorbehalts liegt der entscheidende Unterschied gegenüber den Befindlichkeiten privaten Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung. Es muss eine Letztverantwortung der BLM bestehen, zu der auch eine vorausschauende Einflussnahme auf die Programmveranstaltung der Anbieter gehört. Die Letztverantwortung kann sich nicht in einer bloßen nachträglichen Programmkontrolle in Gestalt einer Rechtsaufsicht gemäß Art. 5 Abs. 2 GG erschöpfen. Öffentlich-rechtliche Trägerschaft wird nicht abschließend, noch nicht einmal hauptsächlich durch Zulassung und Aufsicht privater Anbieter definiert.

b) Die Unentbehrlichkeit von sog. Gestaltungs- oder Begleitaufgaben zur Fundierung und Komplettierung des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts

aa) Die BLM ist ungleich stärker als die nichtbayerischen Landesmedienanstalten in die Programmplanung und Programmkoordination eingebunden. Das ist und bleibt das Proprium ihrer gesamten Position, das durch graduelle Aufgabenmodifizierungen nicht in Frage gestellt wird und auch nicht in Frage gestellt werden darf. Vor allem vor diesem landesverfassungsrechtlichen Hintergrund ist nicht nur die Prämisse eines Schwunds von Kernaufgaben der BLM und einer im Grunde nicht gebotenen Hinwendung der BLM zu weniger wichtigen Gestaltungsaufgaben schlicht falsch. Die Prämisse ist auch deshalb falsch, weil die sog. Gestaltungsaufgaben bei richtiger Handhabung zu den Kernaufgaben gehören.

bb) Spätestens an dieser Stelle muss auch mit der „Lebenslüge“ des Gutachtens v. Wallenberg aufgeräumt werden, dass den Funktionsbereich der BLM in der Zulassung und Beaufsichtigung privaten Rundfunks sieht und davon als peripher eingeschätzte Begleit- und Gestaltungsaufgaben unterscheidet. Die BLM ist in allen Funktionsbereichen „programmgestaltend“ tätig. Der Aufgabenstatus der BLM ist angesichts der Erfordernisse des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts durch eine umfassende Programmfunktion geprägt. Der Begriff Programmfunktion steht für **Programmgestaltungsfunktion**. Die einzelnen – entweder katalogmäßig aufgelisteten oder vom Selbstverwaltungsrecht gesicherten – Aufgaben sind Teile dieser Programmgestaltungsfunktionen. Die jeweiligen Aufgaben sind vollwertige Bestandteile der Hauptaufgabe. Sie sind weder einfach austauschbare noch beliebig kompensationsfähige noch ohne weiteres reduktionsbedürftige Segmente der umfassenden Programmgestaltungsfunktion der BLM. Die einzelnen Geschäftsfelder sind funktionell akzessorisch und komplementär.

cc) Funktionelle Akzessorietät und Komplementarität prägen auch die Geschäftsfelder der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in deren Mittelpunkt die verfassungsrechtlich vorgegebene und gesetzlich näher umschriebene publizistische Funktion steht. Der Sinn der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG bezieht sich in erster Linie auf Inhalt und Form der Programme.

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

Die sachliche Funktion der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist auf die „gesetzlich ermächtigte Veranstaltung von Rundfunkprogrammen ... und auf dazu gehörige Hilfstätigkeit beschränkt.“

– So *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl., 2010, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdn. 135 f., auch zum Folgenden. –

Zwar mag man zwischen Hilf- und Randtätigkeiten unterscheiden. Es muss sich aber immer um Tätigkeiten handeln, „die in die Hauptaufgabe eingeschlossen sind“, die dazu dienen, die Hauptaufgabe zu erreichen oder zu sichern.

III. Kriterien und Korrektive der Kompetenzwahrnehmung

1. Die Unverfügbarkeit der Kompetenzen

a) Der Vorrang des Gesetzes

Die mit den Aufgaben verbundenen Kompetenzen der BLM sind pflichtige Positionen. Sie sind im Prinzip indisponibel.

- Zur Lage im Staatsorganisationsrecht *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, § 133 Rdn. 49 f., 75 f. –

Die BLM darf nicht freihändig über ihre Kompetenzen verfügen. Aufgabenzuordnungen des Gesetzgebers an eine juristische Person des öffentlichen Rechts stehen nicht zur Disposition des Adressaten. Der Vorrang des Gesetzes enthält für die vollziehende Gewalt (und die Rechtsprechung) das zwingende Gebot, die Gesetze anzuwenden.

- *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* V, 3. Aufl., 2007, § 101 Rdn. 4 f. –

Vollziehende Gewalt in diesem Sinne ist auch die BLM.

Schon von daher zeugt das Ansinnen, die BLM solle einfach Tätigkeiten zurückfahren, von einer völligen Verkennung der Funktion des Vorrangs des Gesetzes; ganz zu schweigen von der Überlegung, ob nicht auch schon bei Dispositionen dieses Zuschnitts der Verfassungsauftrag des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV in Frage gestellt wird. Anders liegt es, soweit Aufgabenweisungen Beurteilungs- und Handlungsspielräume eröffnen, deren Inanspruchnahme aber nicht auf die sachfremde Erwägung einer „maßvollen Wahrnehmung von Nicht-Kernaufgaben“ gestützt werden darf.

b) Die Grenzen der Grundrechtsträgerschaft der BLM

Öffentlich-rechtliche Funktionsträger unterliegen einer spezifischen amtsähnlichen Verantwortung. Das gilt auch dann, wenn die Innehabung des Aufgabenbereichs im Ausnahmefall zugleich unter den Schutz von Grundrechten, hier des Grundrechts der Rundfunkfreiheit fällt. Zwar können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts ausnahmsweise auf Grundrechtsschutz berufen, wenn sie sich in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befinden.

- BVerfGE 45, 63 (79); 61, 82 (102); vgl. auch BVerfGE 106, 28 (43). –

Der Grundrechtsschutz umgreift dann auch die einzelnen Aufgabenbereiche, die zur Effektuierung der Grundrechtsposition erforderlich sind. So verhält es sich seit jeher bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die Aufgaben staatsferner öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.

- BVerfGE 31, 314 (322, 329); siehe auch BVerfGE 59, 231 (254); 78, 101 (102 f.); 107, 299 (310). –

Auch die BLM ist in ihrer trägerschaftsspezifischen Programmfunktion über Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV geschützt. Doch weist die Grundrechtsträgerschaft der juristischen Person des öffentlichen Rechts eine Besonderheit gegenüber der Normallage des Grundrechtsschutzes der natürlichen Person und der juristischen Person des privaten Rechts auf. Sie kann nicht auf die Erfüllung ihrer Aufgaben verzichten. Grundrechtsverzicht und negativer Grundrechtsgebrauch (Nichtgebrauch) sind ihr versagt. Sie trifft die Betriebspflicht.

– *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl., 2011, § 203 Rdn. 187. –

Auch im Freistaat Bayern ist die Rundfunkfreiheit öffentlich-rechtlicher Funktionsträger, also des Bayerischen Rundfunks und der BLM, ein positiv wahrzunehmendes Funktionsgrundrecht.

2. Die Schranken der Kompetenzen

a) Die Ausgangslage

Die mit der Aufgabenzuordnung verbundenen Kompetenzen der BLM sind nicht unbeschränkt. Die BLM ist an ihren gesetzlichen Auftrag gebunden und durch ihn begrenzt. Auch das Selbstverwaltungsrecht der BLM ist nicht schrankenlos. Seine Einbettung in das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV) ändert daran nichts. Es unterliegt insoweit den Schranken der allgemeinen Gesetze.

– Vgl. BayVerfGH 30, 78 (94); 47, 157 (161). –

Die BLM darf die Kompetenzschränken nicht überschreiten. Ihre Organe dürfen nicht „ultra vires“ handeln. Allerdings kann es mit dem leichthändigen Vorwurf Dritter, die BLM habe kompetenzwidrig gehandelt, nicht getan sein. Entsprechend verhält es sich mit dem (nach)lässigen Vorhalt, die BLM sei über das Ziel hinausgeschossen. Vorher ist die tatbestandliche Reichweite der Aufgabenzuweisung auszuloten; diese juristische Handwerksregel bezieht auch Kompetenzen ein, die keine ausdrückliche thematische Normierung erfahren haben, sondern eine normative Anseilung im Selbstverwaltungsrecht der BLM finden. Darüber hinaus sind mögliche Begrenzungsfaktoren wie der Vorbehalt des Gesetzes in Erwägung zu ziehen (im Anschluss unten b). Vor allem sind die Stabilisierungselemente zu be-

rücksichtigen, die sich aus der Funktion des Medienrats als einer pluralistisch legitimierten Entscheidungsinstanz ergeben (unten sub c).

All diese juristisch relevanten Kriterien und Korrektive werden im Gutachten v. Wallenberg auch nicht ansatzweise reflektiert, geschweige denn gesehen.

b) Die Begrenzung durch den Vorbehalt des Gesetzes

Die Gesetzesvorbehalte sind als Begrenzungsfaktoren nur wenig ergiebig, aber nicht völlig unmaßgeblich.

aa) Der **allgemeine Vorbehalt des Gesetzes** sichert die Kompetenz des Parlaments gegenüber autonomen Regelungsambitionen der Verwaltung.

– *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 101 Rdn. 11 ff. –

aaa) Das gilt in gesteigerter Form für den **Parlamentsvorbehalt**, der die Regelung wesentlicher grundrechtsrelevanter Fragen dem Parlament vorbehält. Namentlich essentielle Bereiche des Rundfunkrechts dürfen nicht dem maßstablosen Ermessen der Verwaltung überlassen werden.

– BVerfGE 57, 295 (327); 73, 118 (183); 83, 130 (142); 90, 60 (89). –

Das Aufgabenpotential der BLM hält sich innerhalb dieser staatsrechtlichen Koordinaten. Es wird auch dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot gerecht.

- Dazu BVerfGE 120, 378 (402 f.). –

Die Bestimmungen weisen steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe auf, an Hand deren die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können.

bbb) Die vom Gesetzgeber unternommene Aufgabenzuweisung hat neben der Ermächtigungsfunktion auch eine **Begrenzungsfunktion**. Damit einher geht die Verpflichtung, sich innerhalb der Ermächtigung zu verhalten, d.h. nicht ultra vires zu handeln. Mehr kann der Gesetzgeber nicht leisten. Handelt die Verwaltung gleichwohl nicht innerhalb des ihr gesteckten Rahmens, muss sie korrigiert werden. Allerdings muss der Kompetenzverstoß nachgewiesen werden. Notwendig ist eine juristische Analyse, die die Prämissen klargelegt und sauber subsumiert. Pauschale Vorwürfe, die sozusagen der Gegenpartei die juristische Feinarbeit überlassen, reichen nicht und diskreditieren sich selbst.

ccc) Im übrigen ist aber zu bedenken, dass es **keinen Totalvorbehalt** des Gesetzes gibt, dem jedwede Aktivität der öffentlichen Hand unterliegt.

– *Ossenbühl*, aaO, § 101 Rdn. 23 ff. –

Auch die planende, gestaltende, steuernde und sonst wie begleitende Programmtätigkeit der BLM ist keinem Totalvorbehalt unterworfen; fast könnte man sagen: im Gegenteil (dazu unten sub cc). Ein normierter Begrenzungsfaktor entfällt auch bei ungeschriebenen Aufgaben, die neben die katalogmäßig aufgelisteten Agenden treten (können).

bb) Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte

Ergiebiger für die Ermittlung normativer Begrenzungsfaktoren sind schon die besonderen grundrechtlichen Eingriffsvorbehalte. Sie werden neben der Kontrolle privater Rundfunkbetreiber namentlich in der Zulassungsphase relevant. Der Gesetzgeber muss Regeln für den Zugang zum privaten Rundfunk schaffen. Dabei muss er für die Prüfung und Entscheidung ein rechtsstaatliches Verfahren vorsehen.

– BVerfGE 57, 295 (326); 121, 30 (50 f.). –

Gerade für die Auswahl unter den Bewerbern und für die Zuteilung von Übertragungskapazitäten sind besonders strikte gesetzliche Vorkehrungen im Interesse der Rundfunkfreiheit gefordert.

– BVerfGE 57, 295 (327); 73, 118 (182 ff.); 83, 238 (322 ff.); 97, 298 (313). –

Die Regelungen des BayMG lassen insofern keine Defizite erkennen.

cc) Das Verbot perfektionistischer Durchnormierung der Rundfunkfreiheit

Die Begrenzungsfunktion der Aufgabenzuweisung findet dort sozusagen ihre Grenze, wo dem staatlichen Gesetzgeber inhaltliche Einwirkungen auf den Freiheitsbereich versagt sind. Nicht nur Glaube und Gewissen (Art. 4 Abs. 1 GG) und Kunst und Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 GG) entziehen sich als rechtsexogene Phänomene einer strikten Steuerung oder auch nur Konturierung durch die Legislative. Ähnliches ist bei den Medienfreiheiten, auch bei der Rundfunkfreiheit, zu beachten. Die Programmbindungsgrundsätze entziehen sich einer rigiden Durchnormierung. Ihre komplette Ausformulierung durch den

staatlichen Gesetzgeber würde gegen den grundrechtsimmanenten Grundsatz der Staatsfreiheit der Medien verstoßen.

– So schon *Bethge*, VVDStRL Heft 57 (1998), S. 34; siehe auch *Ossenbühl*, aaO, § 101 Rdn. 80 mit Fn. 209. –

Vorgaben des Gesetzgebers würden nicht mehr den Gebrauch einer Freiheit steuern, sondern auf den Vollzug eines vorgegebenen Programms hinauslaufen. Sie stünden damit in Widerspruch zu der Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

– BVerfGE 90, 60 (95); 119, 181 (221). –

Davon zu unterscheiden ist die Pflicht des Gesetzgebers, besondere Anforderungen an die Vielfalt der Programme von geförderten Anbietern zu regeln und so der Landeszentrale – als staatsdistanzierter Instanz – operationale Handlungsmaßstäbe zu vermitteln.

– BVerfGE 114, 371 (395 f.). –

c) Die grundrechtssichernde Legitimations- und Stabilisierungsfunktion des Medienrats bei der Aufgabenerfüllung durch die BLM

Ein nicht unerheblicher Anteil an der korrekten Aufgabenwahrnehmung durch die BLM kommt dem Medienrat zu (Art. 12 BayMG). Er ist in die binnenorganisatorischen Entscheidungsstrukturen der Anstalt eingebunden. Auf Grund seiner pluralistischen Repräsentanz verleiht er den gesetzlich bzw. normativ fundierten Aktivitäten der BLM eine gesteigerte Legitimation. Der Medienrat konsolidiert die Kompetenzgerechtigkeit und die Richtigkeitsgewähr der Aufgabenerfüllung durch die BLM. Er ist in herausragender Weise zur Effektivierung der Programmgestaltungsfunktion der BLM berufen. Das ist ein

besonderes Sicherungsanliegen, das nur im Falle eines Willkürverstoßes durch eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle korrigiert werden kann.

aa) Die Binnenstruktur der BLM ist im BayMG geregelt. Eine Reihe von Strukturprinzipien ist in Art. 111a Abs. 2 BV vorgegeben. Er orientiert sich ersichtlich am Vorbild des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, dem seinerseits das Bundesverfassungsgericht Prägung zuerkannt hat. Diese Norm gewordene Philosophie schlägt sich namentlich in der Funktion des Medienrats nieder. Er realisiert die gesellschaftliche Eigenkontrolle des staatsdistanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks. In Anlehnung an einen Klassiker des deutschen Rundfunkrechts findet auch im Medienrat der BLM in Abwandlung des Repräsentationsprinzips der Legaleinsatz der gesellschaftlich relevanten Gruppen statt.

– Dazu schon allgemein *Hans Peter Ipsen*, Mitbestimmung im Rundfunk, 1972, S. 66 f. –

Art. 12 Abs. 2 Satz 1 BayMG beschreibt es etwas weniger präventiv, sorgt aber unmissverständlich dafür, dass der repräsentativen Wahrung der „Interessen der Allgemeinheit“ gewichtige Kompetenzen auf dem Felde der Programmgestaltung korrespondieren (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 BayMG).

bb) Das hat auch Konsequenzen für den Legitimationseffekt von konkreten (Mit-)Entscheidungen des Medienrats auf dem Programmsektor. Solche Entscheidungen und Einflussnahmen finden ausweislich des Aufgabenkatalogs unter mehrfachem Vorzeichen statt. Auf das Programm bezogene Einwirkungen lassen sich allerdings nicht nach arithmetischen Maßstäben treffen. Dem staatlichen Gesetzgeber sind inhaltliche Vorgaben andererseits untersagt (siehe oben sub III 2 b, cc).

aaa) Angesichts dieses Dilemmas wachsen dem Medienrat zwangsläufig und gewollt Freiräume zu, wie sie bei unbestimmten Rechtsbegriffen bekannt sind. Man kann die Freiräume mit Beurteilungsermächtigung oder mit Einschätzungsprärogative bezeichnen. Im konkreten Fall ist diese Kategorie von Programmautonomie sogar landesverfassungsrechtlich umhegt, nämlich in das grundrechtlich geschützte Selbstverwaltungsrecht der BLM aus Art. 111a Abs. 1 BV eingebettet.

bbb) Solche Präferenzentscheidungen eines besonders legitimierten Organs sind dem Staats- und Verwaltungsrecht nicht unbekannt.

Zwei Beispiele:

Das Gemeinwohl ist ein hyperkomplexer Begriff, der eine Reihe von Deutungsmöglichkeiten deckt. Seine Konkretisierung ist Sache des parlamentarischen Gesetzgebers kraft seiner demokratischen Legitimation. Im Gemeinderecht ist die Ausfüllung des öffentlichen Wohls, das zur Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs erforderlich ist, (Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 BayGO), dem Gemeinderat überantwortet; dies ebenfalls wegen seines demokratischen Mandats.

Im Medienrecht, einer Teildisziplin des besonderen Verwaltungsrechts, sind programmspezifische Beurteilungen und Bewertungen in der Hand der Rundfunkräte der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bzw. des Medienrats der BLM aufgehoben. Die besondere Legitimation dieser Gremien ist ihre pluralistische Repräsentanz als Element grundrechtssichernder Binnenstruktur (*Walter Schmitt Glaeser*). Die dadurch eröffneten Prärogativen sind sowohl auf der Tatbestandsseite (Ausgewogenheit, Meinungsvielfalt) als auch auf der Rechtsfolgeseite (Hineinwirken) vorstellbar.

cc) Natürlich sind die Entscheidungen des Medienrats der BLM nicht sakrosankt. Sie tragen nicht die unwiderlegliche Vermutung der Legalität des Handelns der BLM. Das geht schon deshalb nicht, weil der Medienrat wie überhaupt die BLM als Anstalt des öffentlichen Rechts staatsfunktionell zur Verwaltung, nicht zur dritten Gewalt, ressortieren. Doch steigert der in medienspezifischer Weise pluralistisch legitimierte Medienrat die Kompetenzgerechtigkeit und die Richtigkeitsgewähr konkreter Entscheidungen auf dem Programmsektor. Gegenbeweishaltungen, die die Rechtmäßigkeit in Frage zu stellen versuchen, müssen juristisch plausible Argumente liefern. Bloße Faktenhuberei, Beckmesserei und Besserwisserei genügen nicht.

IV. Einzelfragen

Eine Anzahl von Tätigkeitsbereichen der BLM sieht sich im Gutachten v. Wallenberg rechtlichen Bedenken ausgesetzt, die alle im Ergebnis auf eine Reduzierung des Engagements der Anstalt zielen. Die nachfolgende kritische Behandlung dieser Bedenken beschränkt sich auf die wesentlichen **Rechtsfragen**. Außerhalb rechtlicher Dimensionen liegen darum nicht nur wohlmeinende Empfehlungen, die BLM möge Interessenkollisionen vermeiden (Rdn. 166 ff.). Auch soweit „Verflechtungen von Unternehmen, Stiftungen, Stiftern und Vereinen in den unterschiedlichsten Formen untereinander“

– So Gutachten v. Wallenberg, z.B. Rdn. 116 –

moniert werden, kann daraus kein rechtlich relevanter Vorwurf abgeleitet werden. Bevor man deshalb wegen angeblicher Intransparenz populistisch auch nur nach Unternehmensberatung ruft, sollte man allerdings an die gleichartigen Verflechtungen anderer Rundfunkanstalten wie überhaupt anderer Funktionsträger der öffentlichen Hand denken. Fragen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Mittelverwendung durch die BLM schließlich sind Sache des Obersten Rechnungshofs.

1. Medienerziehung und Medienpädagogik

Das Gutachten v. Wallenberg instrumentalisiert vor allem die Tätigkeiten der BLM auf dem Gebiet der Medienerziehung und Medienpädagogik (Art. 11 Nr. 15 BayMG) zum Beleg für ein überzogenes und daher rechtsfehlerhaftes Engagement auf einem „bloßen Randgebiet“; die Aktivitäten dienten als Kompensation für einen Verlust von eigentlichen Kernaufgaben. Es wurde bereits dargelegt, dass diese Sichtweise juristisch falsch ist. Die Konzeption beruht auf fehlerhaften Prämissen. Sie verkennt Inhalt und Tragweite des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV und des zu seiner Umsetzung notwendigen Aufgabenpotentials.

Hier noch einige ergänzende Bemerkungen.

a) Die Relevanz der Aufgabenzuweisung

Über die Verfassungsmäßigkeit der Aufgabenzuweisung, an der der jüngste Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Mediengesetzes unverändert festhält, braucht kein Wort mehr verloren zu werden. Die damit verbundene Befugnis ist weder kompetenzintensiv noch auch nur eingriffsnah. Auch der Parlamentsvorbehalt verlangt keine normative Verdichtung der Voraussetzungen.

Wichtig erscheint ein Hinweis auf die Bedeutung dieser Aufgabe. Sie ist groß und nimmt immer mehr zu.

aa) Die Begriffe Medienerziehung und Medienpädagogik nehmen sich zwar bei erstem Zusehen etwas praeceptorale aus. Der verwandte Sammelbegriff Medienkompetenz in § 40 Abs. 1 Satz 2 RfStV strömt ebenfalls einen sanften Nebel aus. Wer soll hier wem gegenüber kompetent sein? Größere Klarheit verschafft der bayerische Gesetz-

geber, wenn er in Art. 11 Satz 2 Nr. 15 BayMG von einem „verantwortungsbewussten Gebrauch der Medien“ spricht.

aaa) Damit sind zum einen die Medien selbst angesprochen; vor allem das Fernsehen als Leitmedium. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk steht seit langem in öffentlicher Verantwortung.

– So ausdrücklich schon BVerfGE 31, 314 (322, 329). –

Um öffentliche Verantwortung geht es bezeichnenderweise auch in Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV i.V. mit Art. 2 Abs. 1 BayMG. Die öffentliche Verantwortung hat den Rezipienten (Hörer, Seher) im Blick, der als mündiger Bürger nicht der Suggestivkraft des Mediums erliegen soll.

bbb) Die öffentliche Verantwortung gibt aber auch Veranlassung, über den medialen Nachwuchs nachzudenken. Die Tätigkeit des Journalisten war lange Zeit ein offener Begabungsberuf. Die Massenkommunikationsmittel als Medien und Faktoren der öffentlichen Meinungsbildung müssen an verantwortungsvoller Medienerziehung und Medienpädagogik interessiert sein, auch wenn die Begriffe etwas altbacken wirken mögen. Als Inhaber eines der ersten deutschen Lehrstühle u.a. für Medienrecht weiß der Verfasser, dass da ein immenses Potential für die junge Generation vorhanden ist, dessen sich auch die Medien selbst annehmen sollten. Insoweit überschneidet sich die Aufgabenzuweisung nach Art. 11 Nr. 15 BayMG mit der nach Art. 11 Nr. 13 BayMG: Aus- und Fortbildung von Fachkräften für den Medienbereich.

b) Die praktische Durchführung

In welcher Weise die Aufgabe seitens der BLM verwirklicht wird, muss dem Selbstbewusstsein und Selbstverständnis der Akteure und der

Gremien der Anstalt überlassen werden, die schließlich auf grundrechtlicher Ebene agieren. Inhaltliche Vorgaben des Staates wären, wenn nicht unzulässig, so doch verdächtig; deshalb hält sich auch der gut beratene Gesetzgeber zurück. Auch quantitative Beschränkungen würden eher kleinlich wirken. Da liegt es ähnlich wie bei Kunst und Wissenschaft, die sich nicht nach Promille-Graden bemessen lassen. Gegenteiliges folgt auch nicht aus der Wendung „Beitrag leisten“. Sie besagt nur, dass die BLM kein Monopol der Medienerziehung und Medienpädagogik hat. Das beansprucht sie auch gar nicht.

c) Die juristische Fragwürdigkeit eines Grundsatzes der Subsidiarität

Nicht nur im Zusammenhang mit finanzieller Unterstützung im Ausbildungs- und Fortbildungsbereich kokettiert das Gutachten v. Wallenberg mit dem **Grundsatz der Subsidiarität** (Rdn. 191, siehe auch Rdn. 173): Die BLM solle erst dann Aktivitäten Dritter finanziell unterstützen und erst dann aktiv werden, wenn sich Defizite zeigen, die sich mit marktwirtschaftlichen Mitteln nicht beheben lassen. Die crux ist nur, dass es einen Grundsatz der Subsidiarität als überwölbendes, jedes Rechtsgebiet durchwirkendes Rechtsprinzip nicht gibt. Erst recht nicht im bayerischen Medienrecht. Die Entscheidung für den öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt darf nicht durch Berufung auf einen Vorrang privater Aufgabenträger konterkariert werden.

d) Ergebnis

Die Vielzahl von Aktivitäten, die der BLM im Gutachten v. Wallenberg angelastet werden, würden sicherlich bei der Tierkörperverwertungsanstalt einer großen Kreisstadt stören. Das ist die BLM aber nicht, weil sie die Programmgestaltungsfunktion des öffentlich-rechtlichen

Rundfunks realisiert, zu der auch Medienerziehung und Medienpädagogik rechnen. Dass darin auch ein Stück „Öffentlichkeitsarbeit“ steckt, braucht nicht verschwiegen zu werden (im Anschluss sub 2.).

2. Öffentlichkeitsarbeit der BLM

a) Die Grundlagen

Die BLM darf Öffentlichkeitsarbeit betreiben. Die Befugnis ist mittlerweile im informalen Staat des Grundgesetzes bei öffentlich-rechtlichen Funktionsträgern zumal mit besonderer verfassungsrechtlicher Absicherung eine bare Selbstverständlichkeit. Nur von rechtstechnischem Interesse ist die Frage, ob die Kompetenz zur Darstellung in der Öffentlichkeit nur bei einer der geschriebenen Aufgabenzuweisungen stillschweigend mitzudenken ist oder ob sie sich aus dem grundrechtsgeschützten Selbstverwaltungsrecht (Selbstdarstellung kraft Selbstverwaltung) ableiten lässt. Öffentlichkeitsarbeit ist auch nicht bei Funktionsträgern entbehrlich, die wie die Medien quasi schon per definitionem ohnehin in der Öffentlichkeit wirken. Sogar die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die selbst originäre Rundfunkveranstalter sind, betreiben zusätzliche Eigenwerbung (Programmzeitschriften, Presseanzeigen). Das gilt mehr noch für die BLM, die die einzigen Repräsentantin des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts ist, unter deren Dach privat Anbieter als Rundfunkveranstalter aktiv sind. Die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit schließt auch die Durchführung von bzw. die Teilnahme an wissenschaftlichen Veranstaltungen ein.

b) Einzelheiten

aa) Der Umstand, dass auch die privaten Anbieter Werbung für sich selbst betreiben (dürfen), schließt spezifische Öffentlichkeitsarbeit der BLM für den von ihr repräsentierten öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt mit seinen Eigentümlichkeiten nicht aus. Die Werbung für den öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt (durchaus unter Einbeziehung der Vorteile privaten Rundfunkengagements durch Anbieter) ist von anderer Qualität als die legitimen privatnützigen Interessen der Anbieter. Ein Grundsatz der Subsidiarität zugunsten der privaten Anbieter, also zu Lasten der Öffentlichkeitsarbeit öffentlich-rechtlicher Funktionsträger, existiert auch insoweit nicht.

bb) Die Methoden und Formen der Öffentlichkeitsarbeit bestimmt der grundrechtsgeschützte Funktionsträger weitgehend selbst. Die für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bestehende Bestands- und Entwicklungsgarantie schließt das Recht zur Nutzung moderner Kommunikationstechnologien ein.

– Siehe auch *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl., 2010, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdn. 136. –

Die Internetplattform „mediinpuls“ bewegt sich innerhalb des juristisch Zulässigen.

3. Die Zulässigkeit einer Reduktion der Aufsicht über private Anbieter

a) Die Ausgangslage

Private Rundfunkveranstaltung bedarf einer effizienten Rechtsaufsicht.

- Siehe BVerfGE 12, 205 (262); 57, 295 (326); 73, 118 (158 f.); 121, 30 (50 f.). Zur verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit einer Rechtsaufsicht über privat veranstaltete Rundfunkprogramme durch den **Staat** siehe *Starck*, in von Mangoldt/ Klein/ Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl., 2010, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdn. 154. –

Die damit verbundene Rechtskontrolle realisiert die Schranken, denen auch das Grundrecht der Rundfunkfreiheit unterliegt. Das betrifft namentlich die Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 GG. Dort sind es vor allem die allgemeinen Gesetze, die die Einbindung der Rundfunkveranstalter in die allgemeine Rechtsordnung sichern.

- BVerfGE 35, 202 (222). –

Die Programmautonomie als Herzstück der Rundfunkveranstalterfreiheit

- BVerfGE 59, 231 (258); 90, 60 (87); 95, 220 (224); 119, 181 (218) –

ist davon nicht ausgenommen. Auch die speziellen Programmbindungsnormen

– Dazu *Di Fabio*, Der Schutz der Menschenwürde durch allgemeine Programmgrundsätze, BLM-Schriftenreihe Bd. 60, 1993. –

sind zulässige und unverzichtbare Schranken der Rundfunkfreiheit, deren Einhaltung zu kontrollieren und durchzusetzen ist.

b) Die Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter im allgemeinen

Die notwendige Rechtskontrolle privaten Rundfunks besorgen in den Ländern der dualen Rundfunkordnung die Landesmedienanstalten, gegebenenfalls über zentrale Kommissionen. Sie gehören nicht zur mittelbaren Staatsverwaltung. Darum gerät ihre Kontrollfunktion – sofern auch präventiv wahrgenommen – nicht in Konflikt mit dem Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG, der – abwägungsresistent – die Vorzensur des Staates untersagt.

c) Die Rechtsaufsicht unter den Bedingtheiten des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV

Gemäß dem öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV i.V. mit Art. 11 Satz 2 Nr. 1, 6, 8 BayMG ist die Kontrolle der auf den Landesbereich beschränkten privaten Anbieter Sache der staatsfrei organisierten BLM. Die Kontrolle gehört zu deren Pflichtaufgaben. Die Kontrolle ist Konsequenz der Programmverantwortung der BLM. Dem Grundsatz nach obwaltet ein Legalitätsprinzip. Das Instrumentarium wird wegen der Eingriffsrelevanz der Sanktionen vom Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt. Das eröffnet auch die Möglichkeit, im Einzelfall gemäß der Devise „*minima curat non praetor*“ nicht einzuschreiten, ohne dass dadurch schon einem Opportuni-

tätsprinzip das Wort geredet werden muss. Die Effizienz der Aufsicht macht zwei Modalitäten unabdingbar.

aa) Die Programmaufsicht muss auch präventive Kontrollmöglichkeiten einschließen. Eine bloß nachträgliche (repressive) Aufsicht reicht nicht aus.

bb) Die Aufsicht über das Programmgebaren der Anbieter mag zwar nicht lückenlos „rund um die Uhr“ möglich sein. Sie hat aber von „Amts wegen“ zu erfolgen. Sie darf nicht von Beschwerden und Eingaben Dritter oder sonst wie vom Vorliegen konkreter Verdachtsmomente (wie erfährt man das?) abhängig gemacht werden; dies umso weniger, als Dritte kein subjektives öffentliches Recht auf Tätigwerden öffentlich-rechtlich organisierter Kontroll-Instanzen haben.

– *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 23 Rdn. 22, auch zum Folgenden. –

Es besteht bei dieser Konstellation noch nicht einmal ein Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, da die Rechtsaufsicht nur im öffentlichen Interesse, nicht im Interesse einzelner Bürger erfolgt.

Die gegenteiligen, auch von Kostenfragen bestimmten Vorstellungen im Gutachten v. Wallenberg sind lebensfremd und finden in der Verfassung keine Stütze; im Gegenteil.

4. Die Archivierung von Beiträgen privater Anbieter

a) Die Anseilung an die Programmebeobachtung

Die gesetzliche Pflicht zur Archivierung wäre schon dann verfassungsmäßig, wenn sie in den Dienst der Programmebeobachtung der BLM gestellt wäre.

– Siehe auch BVerfGE 95, 220 (236 f.). –

Aber das ist nicht das ausschlaggebende Anliegen. Zwei Gesichtspunkte kommen hinzu:

b) Zum ersten: Potentieller Grundrechtsschutz der Beiträge privater Anbieter

Bereits gesendete Beiträge der privaten Anbieter fallen nicht ins rechtliche Vakuum. Sie behalten ihren Grundrechtsschutz nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG bzw. Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV schon für Zwecke der Wiederverwendung. Zusätzliche grundrechtliche Absicherung erfahren sie unter Umständen unter dem Aspekt des Schutzes geistigen Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 103 BV).

c) Zum zweiten: Kulturstaatliche Implikationen

Weiter zu berücksichtigen ist der objektivrechtliche Verfassungsauftrag der Wahrung des nationalen Kulturerbes, das auch Produkte von – das Folgende ist natürlich nur sendetechnisch gemeint – regionaler Beschränktheit erfassen kann. Für das einzige staatliche Gemeinwesen in Deutschland, das sich seit langem zur Kulturstaatlichkeit bekennt (Art. 3 Abs. 1 BayVerf) dürfte die Erwägung nicht außerhalb jeder Vertretbarkeit liegen.

d) Angemessenheit

Die Erstattung der Material- und Arbeitskosten (Art. 29 Abs. 5 BayMG) macht die Archivierungslast für die Anbieter zumutbar.

5. Privatrechtliche Gestaltungsformen/ Kooperationen

a) Allgemeine Grundlagen für die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen

Die herkömmliche Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts darf zur Erfüllung ihrer Aufgaben privatrechtlich organisierte Gesellschaften gründen oder sich an solchen beteiligen. Die Gegenstände solcher privater Unternehmen müssen vom Aufgabengebiet der Rundfunkanstalt gedeckt sein.

– *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 6. Aufl., 2010, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdn. 138. –

Diese Befugnis (sog. Formenwahlfreiheit) muss in den genannten Grenzen auch der BLM zustehen, die als Anstalt des öffentlichen Rechts spezifische Programmgestaltungsfunktionen ausübt. Mit der Zuerkennung der öffentlich-rechtlichen Rechtssubjektivität (Art. 10 Abs. 1 BayMG) ist die Rechtsmacht der BLM verbunden, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch der Rechtsformen des privaten Rechts zu bedienen. Insofern gelten für sie die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts.

– *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 3 Rdn. 18 ff. –

Die Wahrnehmung von Aufgaben durch privatrechtliche Unternehmen stellt weder eine „Flucht ins Privatrecht“ aus der öffentlich-rechtlichen Verantwortung dar, noch geht es dabei um eine Auslagerung der Aufgaben auf Dritte. Der an Apodixis nicht zu übertreffende Schluss, es handele sich dabei um eine Übertragung von Aufgaben auf Dritte, die ohne entsprechende Rechtsgrundlage im BayMG den notwendigen Gesetzesvorbehalt vermissen lasse und die daher nicht dem Demokratieprinzip genüge (Gutachten v. Wallenberg, Rdn. 159), geht fehl, weil und wenn der Gegenstand des Unternehmens vom Aufgabengebiet der BLM gedeckt ist.

b) Kooperationen der BLM mit öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

aa) Die BLM darf nicht nur im Fall des Art. 11 Satz 2 Nr. 4 BayMG mit dem **Bayerischen Rundfunk** kooperieren. Dass der Bayerische Rundfunk eine andere Rechtsgrundlage als das BayMG hat (Art. 1 Abs. 3 BayMG), steht dem nicht entgegen. Die Kooperation mit dem Bayerischen Rundfunk ist umso unverdächtiger, als auch diese Rundfunkanstalt unter dem Regime des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV steht und ihrerseits Kooperationskompetenzen in Anspruch nehmen darf.

bb) Auch Kooperationen mit anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder sonstigen Rundfunkunternehmen, auch solchen des Auslands, sind der BLM nicht a priori versagt. Die selbstverständliche Beschränkung des territorialen Anwendungsbereichs des BayMG auf den Freistaat Bayern durch Art. 1 Abs. 1 BayMG hat damit nichts zu tun. Sie schließt damit keine grenzüberschreitenden Aktivitäten der dafür verantwortlichen öffentlich-rechtlichen Funktionsträger aus. Auch ein daraus gezogener Schluss, dass **alle** Aktivitäten der BLM dem in Bayern von privaten Anbietern veranstalteten Rund-

funk zu dienen hätten (Gutachten v. Wallenberg, Rdn. 147, 172), ist in dieser Pauschalität seinerseits zumindest „grenzwertig“. Ein Kontaktverbot zu Lasten der BLM oder eine Pflicht der BLM zur „splendid isolation“ folgt aus einer solchen prioritären Interessenausrichtung jedenfalls nicht.

V. Zusammenfassung

1. a) Der öffentlich-rechtliche Verantwortungs- und Trägerschaftsvorbehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV gebietet eine effiziente Kompetenzausstattung der BLM durch den staatlichen Gesetzgeber. Die Existenz ungeschriebener Aufgaben ist dadurch nicht ausgeschlossen.

b) Das durch Grundrecht (Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV) geschützte Selbstverwaltungsrecht der BLM tritt ergänzend hinzu.

2. Die BLM verfügt über eine umfassende Programmgestaltungskompetenz, die auf verschiedenen, hauptsächlich im BayMG katalogartig aufgelisteten Aufgabengebieten beruht.

a) Eine qualitative Aufspaltung dieser Generalkompetenz in originäre Kernaufgaben (u.a. Zulassung und Beaufsichtigung privater Anbieter) und in bloße nebensächliche Begleit- und Gestaltungsaufgaben (z.B. Medienerziehung und Medienpädagogik) ist nicht statthaft.

b) Der Vorrang des Gesetzes verpflichtet die BLM zur funktionsgerechten Wahrnehmung aller Aufgabenbereiche. Die Erfüllung der Pflichtaufgaben ist grundsätzlich indisponibel. Die BLM ist nicht befugt, bestimmte Aufgaben nur reduziert wahrzunehmen, weil sog. Kernaufgaben – angeblich – ihre Bedeutung verloren hätten.

c) Tatsächlich hat eine substantielle Bedeutungsminde rung von sog. Kernaufgaben der BLM nicht stattgefunden.

3. Das Gutachten v. Wallenberg ist kein Rechtsgutachten. Es verfolgt in der Sache gleichwohl das Ziel, auf Umwegen in Bayern die duale Rundfunkordnung zu etablieren, die Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV gera-

de verbietet. Das Gutachten ignoriert allerdings weitgehend die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Bayerischen Verfassung. Es ist darum in den Prämissen und Ergebnissen juristisch nicht verwertbar. Änderungsvorschläge laufen zum großen Teil dem Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV zuwider und dürften auch vom bayerischen Gesetzgeber nicht realisiert werden. Für die rechtsanwendende Praxis der BLM ergeben sich aus der umfangreichen Materialsammlung des Gutachtens Anlässe zur Selbstreflexion. Eine durchgängige Pflicht der BLM zur Praxisänderung besteht indessen nicht.

Passau, den 7. August 2012

Prof. Dr. iur. Herbert Bethge