

Medienrecht

Die Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte zum bayerischen Medienrecht 2000 bis 2010

Rechtsprechungsanalyse,
erstellt im Auftrag der Bayerischen
Landeszentrale für neue Medien



Prof. Dr. iur. Rupert Stettner
Universität der Bundeswehr München /
Hochschule für Politik München

Die Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte zum bayerischen Medienrecht 2000 bis 2010

**Rechtsprechungsanalyse, erstellt im
Auftrag der Bayerischen Landeszentrale
für neue Medien**

Von Prof. Dr. iur. Rupert Stettner
Universität der Bundeswehr München/
Hochschule für Politik München

April 2012

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 2012

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

Inhalt

I. Abschnitt:

Kritische Darstellung und Analyse der medienrechtlichen Rechtsprechung mit bayerischem Bezug von 2000 bis 2011	11
---	----

Teil I:

Die Entscheidungskette zum Fernsehfenster für München im Programm RTL	11
1. Die Ausgangslage	11
2. Der Gang des Verfahrens bei der Landeszentrale und vor den Fachgerichten	14
3. Rechtlicher Hintergrund	17
4. Analyse der verwaltungsgerichtlichen Judikatur	22
5. Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 30. Mai 2005	35

Teil II:

Fälle eines tatsächlichen oder vermeintlichen Genehmigungs- widerrufs (Die Fälle ZUFFA UK Ltd. und C.A.M.P. TV)	43
1. Die Entscheidungen im Fall „ZUFFA UK Ltd.“	43
a) Der Sachverhalt	43
b) Rechtliche Würdigung	45
aa) Das „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“	45
bb) Vertrauensschutzfragen	49
cc) Grundrechtliche Problematik	50

2. Die Entscheidung im Fall C.A.M.P. TV	56
a) Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 15. April 2010	56
b) Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 13. April 2011	61

Teil III:

Die Gewinnspielsatzung. Eine wenig überzeugende Neuorientierung: Die Normenkontrollentscheidung zur Gewinnspielsatzung (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 28.10.2009 – 7 N 09.1377)	66
---	----

Teil IV:

Normenkontrolle in den gewohnten Bahnen: Die Entscheidung zur Hörfunksatzung (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 17. Mai 2006 – 7 N 05.412)	82
--	----

Teil V:

Einhaltung der Werbergeln	86
1. Form der Kennzeichnung einer Dauerwerbesendung	86
2. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München im Fall „Deutsches SportFernsehen“	94

Teil VI:

Die Entscheidungsserie im Fall „Gescheiterte Übernahme von Pro7/SAT.1 durch die Axel Springer AG“	100
1. Die Vorgeschichte	100
2. Die gerichtlichen Entscheidungen	106
a) Verwaltungsgericht München	106
aa) Urteil vom 8. November 2007	106
bb) Beschluss vom 5. Oktober 2006	114
b) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof	115
aa) Beschluss vom 7. Juli 2009	115

bb) Beschluss vom 3. April 2007 (Beiladung der KEK zum Verfahren)	120
c) Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 24. November 2010	121

Teil VII:

Jugendschutz	126
1. Allgemeines	126
2. Die Entscheidungen zu „Posendarstellungen“ Schein-Minderjähriger	126
a) Bayerisches Verwaltungsgericht Augsburg	126
b) Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 2. Februar 2009	131
c) Die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 31. Januar 2007	136
3. Die Entscheidungen über „Schönheitsoperations-Sendungen“	137
a) Entscheidungen im Eilverfahren	137
aa) Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 21. Dezember 2004	138
bb) Die Beschwerdeentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs	142
b) Hauptsacheentscheidungen	144

Teil VIII:

Die Judikatur zum ehemaligen Teilnehmerentgelt	150
1. Allgemeines zum Faktum und zur Regelungsgeschichte	150
2. Restriktion des Teilnehmerentgelts durch verwaltungs- gerichtliche Rechtsprechung und anschließende Gesetzgebung	153
a) Das grundsätzliche Missverständnis um das Teilnehmerentgelt	153
b) Der Streit um die Teilnehmerentgeltvereinbarung	154
3. Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung des Teilnehmerentgelts	160
a) Instanzgerichtliche Überprüfung	160

b) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Oktober 2005	161
4. Einzelprobleme aus der Rechtsprechung zum Teilnehmerentgelt	163
Teil IX:	
Probleme der Rechtsaufsicht über den Rundfunk der Landeszentrale	171
1. Allgemeines	171
2. Das Judikat	172
Teil X:	
Volksbegehren/Volksentscheid und Rundfunkwerbung	179
1. Allgemeines	179
2. Gang der Entscheidung	180
Teil XI:	
Der entgeltfreie Kanal	188
1. Hintergrund	188
2. Die einschlägige Entscheidungskette zur Anforderung unentgeltlicher Fernsehkanäle	189
Teil XII:	
„extra radio“ – Neue Staffel	197
1. „extra radio“ – Eine unendliche Geschichte?	197
2. Erstinstanzliche und Beschwerdeentscheidungen	198
3. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof	202
4. Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juli 2010	206
Teil XIII:	
Der Fall Anbieter X	209
1. Allgemeines	209

2. Einzelne markante Gerichtsurteile zum Fall des Anbieters X	210
a) Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 28. Februar 2000	210
b) Verwaltungsgericht München, Urteil vom 28. Mai 2001	212
c) Verwaltungsgericht München, Urteil vom 20. November 2001	213
d) Verwaltungsgericht München, Urteil vom 13. März 2002	217
e) Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 28. Januar 2003	221

II. Abschnitt

Vergleich. Medienrechtliche Rechtsprechung zum alternativen öffentlich-rechtlichen bayerischen Rundfunk einst und jetzt	229
1. Ziele eines Vergleichs: Analyse von Entscheidungsstrukturen, Auffindung von Tendenzen bei der Aufstellung von Entscheidungslinien und Entlarvung von Widersprüchlichkeiten	229
2. Parameter der Vergleichsarbeit	234
3. Heterogenität der Streitigkeiten im dritten Analysezeitraum	235
4. Entwicklungsbestimmende Faktoren im neuen Rechtsprechungszeitraum im Vergleich zu den früher untersuchten Perioden	236
5. Die besondere Rolle der Gerichte bei Herausbildung und Entwicklung des bayerischen Medienrechts	238
6. Die Landeszentrale als Zentrum des von ihr getragenen und verantworteten Rundfunks	240
7. Die Rechtstellung der Anbieter	244
8. Prognosen des Gesetzgebers oder der Landeszentrale und gerichtliche Kontrolle	249

9. Diskrepanzen bei den rechtlichen Anforderungen an Satzungen...	252
10. Das „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“	255
11. Berufsgrundrechtlicher Schutz für Rundfunkanbieter?	257

I. Abschnitt:

Kritische Darstellung und Analyse der medienrechtlichen Rechtsprechung mit bayerischem Bezug vom 1.1.2001 bis 31.12.2010

Teil I:

Die Entscheidungskette zum Fernsehfenster für München im Programm RTL*

1. Die Ausgangslage

Eine Reihe von Rechtsstreitigkeiten und dazu ergangenen Judikaten, die sich am Vorhaben der Landeszentrale entzündeten, die Rundfunkversorgung in den Regionen 14 und 17 (München und Oberland) neu zu organisieren, enthüllte gerichtlicherseits sowohl subtile Probleme im Umgang mit Gesetzesnormen als auch eine elementare judikative Unbeholfenheit, den Verfassungsfragen im Rundfunkmodell nach Art. 111a Abs. 2 Satz 1 Bayerische Verfassung in Verbindung mit dem Bayerischen Mediengesetz gerecht zu werden. Die Landeszentrale war entschlossen, nach Auslaufen der Genehmigungen für das lokale/regionale Fernsehfensterprogramm für München im Programm RTL der Vorschrift des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 BayMG zu entsprechen und dieses Fernsehfensterprogramm in einer Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft mit dem Anbieter des loka-

* Ergänzend werden auch einige herausragende Entscheidungen der ersten Hälfte des Jahres 2011 herangezogen, ohne dass aber eine flächendeckende Analyse auch für diesen Zeitraum angestrebt wird.

len Fernsehprogramms für München gestalten zu lassen. Damit stieß sie auf den erbitterten Widerstand der Altanbieter. Die gerichtlichen Verfahren, sowohl des einstweiligen Rechtsschutzes als auch in der Hauptsache, erreichten nicht nur den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, sondern auch den Bayerischen Verfassungsgerichtshof. Bei ihm versuchte die Landeszentrale in Erinnerung an frühere Zeiten ihr Recht zu finden, wurde in dieser Erwartung aber herb enttäuscht¹.

Zu dieser zentralen Entscheidungsgruppe gesellen sich noch weitere gegenüber einer beigeladenen Partei des Ausgangsverfahrens betreffen². All die genannten Verfahren und die sie mehr oder weniger abschließende Verfassungsbeschwerdeentscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs mit ihrem für die Landeszentrale negativen Ausgang führen auf die seit Schaffung des alternativen bayerischen Rundfunkmodells zentrale Frage der Grundrechtsstellung der Trägereinheit Landeszentrale

¹ Es handelt sich im Wesentlichen um folgende Entscheidungen: Verwaltungsgericht München vom 18. November 2003 (M 17 E 03.5389) – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; Verwaltungsgericht München vom 12. Januar 2004 (M 17 SN 03.7035) – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; Verwaltungsgericht München vom 19. Januar 2004 (M 17 S 04.419) – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; Verwaltungsgericht München vom 19. Januar 2004 (M 17 V 03.6985) – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 29. Januar 2004 (7 CE 03.3205) – Beschwerdeentscheidung; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 29. Januar 2004 (7 CS 04.156) – Beschwerdeentscheidung; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 30. Januar 2004 (7 C 04.220) – Beschwerdeentscheidung; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 2. Februar 2004 (7 CS 04.241) – Beschwerdeentscheidung; Bayerischer Verfassungsgerichtshof vom 30. Mai 2005 (Vf. 23-VI-04) – Verfassungsbeschwerdeentscheidung.

² Siehe hierzu Verwaltungsgericht München vom 16. Juli 2005 (M 17 S 05.1919) – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; siehe weiterhin Verwaltungsgericht München vom 9. Januar 2004 (M 17 S 04.125) – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 19. Januar 2004 (7 CS 04.104) – Beschwerdeentscheidung; Verwaltungsgericht München vom 10. Mai 2006 (M 17 S 06.1014) – Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

und der Rechtsstellung der neben ihr bestehenden Anbieter zurück. Die ursprünglich dem Modell zu Grunde liegende Auffassung, dass Trägerin des Rundfunks nach dem Bayerischen Mediengesetz und Rundfunkgrundrechtsberechtigte ausschließlich die Landeszentrale sei, hat durch die bekannte „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³ eine massive Korrektur dahingehend erfahren, dass jedenfalls auch die Anbieter nach bayerischem Recht als Träger des Rundfunkgrundrechts zu gelten haben, weil sie und nicht die Landeszentrale die eigentlichen Gestalter des Programms sind.

Es wurde schon früher zu dieser Entscheidung Stellung genommen und auch darauf hingewiesen, dass die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, die Landeszentrale sei zu schwach und auch nicht willens, die eigentliche Trägerschaft für die von ihr veranstalteten Rundfunkprogramme wahrzunehmen – wenn sie denn richtig gewesen wäre – bereits die Verfassungswidrigkeit des alternativen bayerischen Rundfunkmodells nach bayerischem Verfassungsrecht (Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV) herbeigeführt hätte⁴. Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass die tatsächlichen Annahmen des Bundesverfassungsgerichts im einschlägigen Judikat einer genaueren Analyse nicht standhalten und mehr als fragwürdig sind⁵. Das Bundesverfassungsgericht wählt aber nicht den auf Grund seiner Annahmen nahe liegendsten Weg, den bayerischen Sonderweg in Ermangelung einer potenten Trägereinheit als verfassungswidrig zu brandmarken. Vielmehr nimmt es seinen Befund zum Anlass, um einer Vielzahl von neuen Grundrechtsträgern „auf die Welt zu helfen“, nämlich den Anbietern nach bayerischem Rundfunkrecht.

³ BVerfGE 97, 298 (312 ff.).

⁴ Vgl. hierzu *Bornemann*, MMR 1998, S. 427 unter Berufung auf *Stettner*, ZUM 1998, S. 312, 313.

⁵ Vgl. dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, 2002, S. 115.

War insoweit jedenfalls nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts klargestellt, dass auch die bayerischen Rundfunkanbieter Träger des Rundfunkgrundrechts sind, so blieb in der Schwebe, wie sich im konkreten Konfliktfall wechselseitig kreuzende, grundrechtlich unterfütterte Interessen von Landeszentrale und Anbietern auflösen lassen würden. Denn das Bundesverfassungsgericht hatte eine Grundrechtsträgerschaft der Landeszentrale auch nach Anerkennung der Grundrechtsberechtigung der bayerischen Rundfunkanbieter nicht ausschließen wollen und auf das allgemeine Instrument zur Lösung von Grundrechtskollisionen, den wechselseitigen Ausgleich und die praktische Konkordanz, verwiesen. Das der oben angesprochenen Entscheidungskette zu Grunde liegende Vorhaben, in den genannten bayerischen Regionen eine Neuorganisation des lokalen Rundfunks und des lokalen/regionalen Fernsehfensterprogramms durchzuführen, ließ die Konflikte, die einer solchen Situation immanent sind, voll aufbrechen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, der ersichtlich nach wie vor unter dem Schock der „extra radio“-Entscheidung stand, bezog eine Position, die in ihrer die Landeszentrale benachteiligenden Schärfe wohl kaum vom Bundesverfassungsgericht vorhergesehen und gefordert war.

2. Der Gang des Verfahrens bei der Landeszentrale und vor den Fachgerichten

Gestützt auf Art. 25 Abs. 3 a. F. BayMG und in der Absicht der Neuorganisation lehnte die Landeszentrale nach Auslaufen (31. März 2003) der Genehmigung für das lokale Fernsehfenster für München (Montag bis Freitag 18:00 Uhr bis 18:30 Uhr) den Antrag der Anbieter auf Verlängerung der Sendegenehmigung für das Fernsehfenster ab. Dies geschah nicht zuletzt im Hinblick auf eine Einbeziehung des im Ballungsraum München existierenden lokalen Vollprogramms tv.münchen, dessen Genehmigung am 31. August 2009 auslief.

Gegen die Nichtverlängerung der Genehmigung für das Fernsehfenster wurde seitens der Anbieter Widerspruch eingelegt, den die Landeszentrale ablehnte. Die Anbieter erhoben dagegen Klage zum Verwaltungsgericht. Die Landeszentrale verlängerte daraufhin die Genehmigung für das Fernsehfenster übergangsweise bis zum 31. Dezember 2003, um den Parteien einschließlich des Anbieters von tv.münchen die Möglichkeit zu geben, sich über die Zusammenarbeit in einer Anbietersgesellschaft oder -gemeinschaft zu einigen. Die Anbieter des lokalen/regionalen Fernsehfensters beantragten demgegenüber beim Verwaltungsgericht, die Landeszentrale im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die ihnen erteilte Genehmigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des anhängigen Hauptsacheverfahrens zu verlängern. Das Verwaltungsgericht gab durch Beschluss vom 18. November 2003 der Landeszentrale auf, das Verlangen der Anbieter des Fernsehfensters nach Verlängerung über den 31. Dezember 2003 hinaus im bisherigen Umfang und unter den bisherigen Modalitäten bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage gegen die Ablehnung des Verlängerungsantrags zu erfüllen⁶. Die Beschwerde, die die Landeszentrale zum Bayerischen Verwaltungsgeschichtshof eingelegt hatte, wies dieser durch Beschluss vom 29. Januar 2004⁷ zurück.

Am 19. Dezember 2003 verlängerte die Landeszentrale durch Bescheid (berichtigt am 23. Dezember 2003) die Genehmigung zur Verbreitung eines lokalen/regionalen Fernsehfensters im Programm RTL bis zum 10. Februar 2004. Dabei wurde aber die Genehmigung auf die Zeit dienstags bis freitags von 18:00 Uhr bis 18:30 Uhr (Sendezeitanteil von 80 %) beschränkt, weil ein zuliefernder Anbieter mit einem Anteil von 20% ausgefallen war. Die Zeit montags 18:00 Uhr bis 18:30 Uhr sollte der beigeladene Anbieter von tv.münchen ab 1. Januar 2004 bis 10. Februar 2004 füllen; dabei sprach die Landeszentrale die Verpflichtung aus, der Anbie-

⁶ M 17 E 03.5389.

⁷ 7 CE 03.3205.

ter von tv.münchen möge diese Beauftragung in programmlicher und wirtschaftlicher Kooperation mit den anderen Betreibern des Fensterprogramms durchführen.

Gegen diesen Bescheid legten die Anbieter des Fensterprogramms Teilwiderspruch ein, soweit der Bescheid bis zum 10. Februar 2004 befristet war und den Sendezeitanteil montags dem Anbieter von tv.münchen zuwies.

Am 30. Dezember 2003 ordnete die Landeszentrale die sofortige Vollziehung ihres Bescheids vom 19. Dezember 2003 an. Das Verwaltungsgericht München stellte durch Beschluss vom 12. Januar 2004 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Anbieter des Fernsehfensters gegen den Bescheid wieder her⁸. Es sei kein Grund ersichtlich, den Anbieter von tv.münchen montags vorübergehend mit der Gestaltung des Fernsehfensters zu beauftragen, zumal dieser auch keinen dahingehenden Antrag gestellt habe. Gleichzeitig seien auch die Interessen der Anbieter des Fernsehfensters nicht ordnungsgemäß berücksichtigt worden.

Demgegenüber trug die Landeszentrale im Beschwerdeverfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vor, dass schutzwürdige Interessen der Anbieter des Fernsehfensters nicht berührt seien; sie behielten ihren Status als genehmigte Anbieter einstweilen weiter. Die Landeszentrale habe die sofortige Vollziehung anordnen müssen, um ein Sendeloch (montags) zu vermeiden. Der Verwaltungsgerichtshof lehnte mit Beschluss vom 29. Januar 2004 die Beschwerde der Landeszentrale ab⁹, da nach dem Genehmigungsstand den Anbietern das Recht zustehe, auch das Fernsehfenster montags mitzugestalten. Dies gelte auch, ohne dass angenommen werden müsste, den Anbietern sei der 20%ige Anteil des ausgeschiedenen Unternehmens zugewachsen.

⁸ M 17 SN 03.7035.

⁹ 7 CS 04.156.

3. Rechtlicher Hintergrund

Der Organisationsansatz der Landeszentrale gründete im konkreten Fall vor allem auf Art. 25 Abs. 3 a.F. BayMG. Nach Art. 25 Abs. 3 Satz 1 BayMG in der heute geltenden Fassung achtet die Landeszentrale bei der Organisation lokaler oder regionaler Rundfunkprogramme auf Programmvierfalt und auf tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen. Bis zum Änderungsgesetz vom 8.12.2009¹⁰ lautete Art. 25 Abs. 3 Satz 1 BayMG folgendermaßen: „Bei der Organisation lokaler oder regionaler Rundfunkprogramme hat die Landeszentrale darauf zu achten, dass in sich geschlossene Gesamtprogramme entstehen, die Programmvierfalt zu sichern und auf tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen, vor allem auf eine wirtschaftliche Zusammenarbeit der Anbieter hinzuwirken.“ Der Landeszentrale war also eine positive Hinwirkenspflicht auferlegt, die vom Gesetz im Wesentlichen mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben wurde und gleichsam generalklauselartigen Charakter hatte. Diese Hinwirkenspflicht betraf auch das Vorgehen der Landeszentrale bei bestehenden Programmen und beinhaltete die Aufgabe, im Vorfeld einer Neuorganisation Schritte zu unterlassen oder zu unterbinden, die das zukünftige Programmkonzept und seine Realisierung behindern würden bzw. das Handeln auch bei akzidentiellen Entscheidungen nach den vom Gesetz umschriebenen Zielen auszurichten. Die Hinwirkenspflicht war als gesetzliche Pflicht auch von den Gerichten zu beachten, die bei allenfalls anstehenden Entscheidungen die Organisationsziele der Landeszentrale nicht unbeachtet lassen durften und diese Ziele auch bei Abwägungen im Rahmen von Eilentscheidungen in gebührender Weise einzustellen hatten. Das hieß zwar nicht, dass die Hinwirkenspflicht in jeder gerichtlich zu treffenden Eilentscheidung im Rahmen der Abwägung Vorrang genoss, wohl aber, dass nur Gegengründe von entsprechendem Gewicht die Organisationsziele der Landeszentrale zurückdrängen konnten. Die Gerichte haben diese Hinwirkenspflicht als eigenen Topos zu wenig erkannt und

¹⁰ GVBl. S. 608.

Entscheidungen getroffen, die der Durchsetzung der Organisationsziele der Landeszentrale abträglich waren, ohne dass für die gerichtlichen Entscheidungen auch nur annähernd ausreichende Legitimationsgründe zu erkennen waren.

Wichtig war für die zu besprechende Fallserie aber auch Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG: „Werden von der Landeszentrale in einem Verbreitungsgebiet sowohl ein lokales/regionales Fernsehfensterprogramm als auch ein lokales Fernsehprogramm organisiert, so sollen beide lokalen Fernsehangebote nur gemeinsam durch eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft gestaltet werden.“ Satz 3 lautete weiterhin: „Bei bestehenden Genehmigungen lokaler Fernsehangebote wirkt die Landeszentrale darauf hin, ein Organisationsergebnis entsprechend Satz 2 zu erreichen.“ Weiterhin wurde in Satz 4 für regionale Fernsehangebote eine entsprechende Geltung der Sätze 2 und 3 angeordnet. Die seinerzeitige Vorschrift des Art. 25 Abs. 3 Sätze 1 bis 4 a.F. BayMG stand in ihrer Regelungstextur in einer Reihe mit dem nächstfolgenden (bis heute nicht geänderten) Abs. 4, der unter anderem auch das so genannte „harte Frequenzsplitting“ betrifft. Die letztgenannte Vorschrift bestimmt, dass eine Auswahl vorzunehmen ist, wenn auf einer Frequenz ein Gesamtprogramm unter wirtschaftlich tragfähigen Rahmenbedingungen nicht mit allen Antragstellern durchgeführt werden kann. Hinsichtlich der Auswahl des oder der in Betracht kommenden Anbieter(s) werden Vorgaben gemacht, die die organisatorische und finanzielle Ausstattung des Antragstellers und seine Bereitschaft zur programmlichen, technischen, organisatorischen und finanziellen Zusammenarbeit in den Vordergrund stellen. Für die Auswahl im Einzelnen sind der örtliche Bezug zum Sendegebiet, der Beitrag zur Meinungsvielfalt und -ausgewogenheit des Gesamtprogramms sowie die Fähigkeit, Inhalte kultureller, kirchlicher, sozialer oder wirtschaftlicher Art einzubringen, von Bedeutung. Das „harte Frequenzsplitting“, also das unorganisierte Nebeneinander mehrerer Anbieter, die auf derselben Frequenz senden und die für ihre Sendetätigkeit nur zeitliche Vorgaben einhalten, aber nicht inhaltlich in Verbindung stehen, ist

grundsätzlich zu vermeiden: „Für jede Frequenz soll eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft gebildet werden“ (Art. 25 Abs. 4 Satz 4 BayMG). Anders aber als die seinerzeitige Regelung in Art. 25 Abs. 3 a.F. BayMG enthält Abs. 4 Satz 5 eine Öffnungsklausel, die einen Verzicht auf einen gesellschaftlichen oder gemeinschaftlichen Zusammenschluss gestattet, wenn auf andere Weise die Zusammenarbeit der Anbieter sichergestellt werden kann (die dann zwar eine losere ist als die durch Anbietergemeinschaft oder -gesellschaft bewirkte, aber gleichwohl eine Form von abgestimmtem Handeln herzustellen vermag, wie etwa die formlose Verständigung oder die Abrede für den Einzelfall). Eine gesteigerte Verpflichtungswirkung von Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG wurde demgegenüber nicht nur durch eine fehlende Öffnungsklausel, sondern auch durch eine zusätzliche Striktheit der Formulierung bewirkt: unter der Voraussetzung eines Nebeneinanders von lokalem/regionalem Fernsehfensterprogramm und lokalem/regionalem Fernsehprogramm sollten beide Fernsehangebote *nur* gemeinsam durch eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft gestaltet werden.

Die Regelung in Art. 25 Abs. 4 BayMG war einfachrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im bekannten Fall „extra radio“¹¹. Vor dem Hintergrund der Weigerung von extra radio, mit seinem örtlichen Konkurrenten Euroherz in einer Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft zusammenzuwirken und damit das im Raum Hof bestehende „harte Frequenzsplitting“, also die nur nach Zeitabschnitten koordinierte Sendetätigkeit zweier privater Rundfunkunternehmer auf einer Hörfrequenz, zu beenden, hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung von der Grundrechtsträgerschaft der bayerischen Anbieter auch gegenüber der mit Programmträgerschaft ausgestatteten Landeszentrale entwickelt. Eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft ist im Raum Hof bis heute nicht zustande gekommen; fraglich ist, ob dies mit Satz 5 legitimiert werden kann, wonach eine Anbieter-

¹¹ BVerfGE 97, 298.

gesellschaft oder -gemeinschaft nicht notwendig ist, wenn auf andere Weise die Zusammenarbeit der Anbieter sichergestellt werden kann. Dies setzt ja voraus, dass zumindest eine Zusammenarbeit besteht, was im Fall Hof nicht gegeben sein dürfte.

Es besteht an dieser Stelle kein Bedarf, auf die „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts näher einzugehen. Vor dem Hintergrund der nicht zu Ende geführten Neuorganisation der regionalen/lokalen Rundfunkversorgung in den Regionen 14 und 17 (München/bayerisches Oberland) stellt sich aber die Frage, ob die zu Art. 25 Abs. 4 BayMG entwickelte Judikatur des Bundesverfassungsgerichts im Fall „extra radio“ ohne weitere Umschweife auch auf den Regelungsgegenstand von Art. 25 Abs. 3 a.F. BayMG übertragen werden konnte, wie dies gerichtlicherseits im Fernsehfensterstreit der Fall war¹². Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass hier kein Verzicht auf eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft vorgesehen war, wie ihn Art. 25 Abs. 4 Satz 5 BayMG für den Fall einer anderweitigen Sicherstellung der Zusammenarbeit der Anbieter zulässt. Zudem wurde die Bindungskraft der Gesetzesnorm des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 BayMG durch das Wörtchen „nur“ zusätzlich gesteigert.

Bei dieser allerdings zentralen Frage führt die Entscheidungskette zum Fernsehfenster München im Programm RTL auf das Problem des Umgangs mit Normen zurück, die den Adressaten auf ein „Sollen“ verpflichten. Sowohl in Art. 25 Abs. 3 a.F. als auch in Abs. 4 BayMG waren bzw. sind die Rechtsnormen, die die Einrichtung von Anbietergesellschaften oder -gemeinschaften vorsehen, als Sollensnormen ausgestaltet. „Sollen“ ist aber nach allgemeiner Rechtslehre auf der einen Seite von „müssen“, auf der anderen Seite von „können“ zu unterscheiden. Während „müssen“ einen Fall gebundener Verwaltung statuiert, bei dem die Exekutive bei Erfüllung der tatbestandsmäßigen Vorgaben der Norm in bestimmter Weise handeln muss, ohne Variationsmöglichkeiten zu besitzen, bedeutet

¹² Siehe dazu unter 4.

„können“ nach allgemeiner Auffassung „Ermessen“ der Verwaltung, also Wahlmöglichkeiten, wobei sich diese entweder auf die Frage des Einschreitens („Entschließungsermessen“) oder auf die Auswahl zu Gebot stehender Mittel („Auswahlermessen“) bezieht, wobei wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur gleich einschneidende Mittel zur Wahl stehen können. Ob die Norm Entschließungsermessen oder Auswahlermessen oder beides impliziert, kann nur durch entsprechende Norminterpretation erschlossen werden. „Sollen“ ist zu deuten als Verpflichtung, wobei für begründete Ausnahmen Abweichungsmöglichkeiten bestehen. Eine Sollensnorm ist jedenfalls keineswegs von Anfang an nur als eine Variation von „Ermessenseinräumung“ zu deuten. Im Vordergrund steht die Gebundenheit der Verwaltung; die Möglichkeiten, sich von dieser Bindung zu lösen, müssen im Einzelfall nachgewiesen und ihre Vorgaben eingehalten sein.

In der neueren Literatur finden sich zwar auch Stimmen, die die Gesetzesbindung durch Sollvorschriften als eine Form von Ermessen bezeichnen. Gleichzeitig wird aber auch betont, es handle sich um die schwächste Form, in der Ermessen eingeräumt werde¹³. Das Gesetz verknüpfe zwar für alle typischen Fälle eine Rechtsfolge mit einem Tatbestand, gestatte aber dem Verwaltungsorgan in atypischen Fällen, gestützt auf besondere, überwiegende Gründe, von der Verwirklichung der gesetzlichen Rechtsfolge abzusehen (auch „Dispensermessen“ oder „intendiertes Ermessen“ genannt). Solche atypischen Fälle seien dann anzunehmen, wenn die für den Normalfall anzuwendende Regelung von der ratio legis offenbar nicht mehr gefordert wird¹⁴. In den typischen, den Sinngehalt der Regelung erfüllenden Fallkonstellationen ist die „Soll“-Rechtsfolge ohne

¹³ Siehe hierzu BVerfGE 119, 331 (351, 391); *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 31 Rdnr. 41; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 12. Aufl.-2011, § 40, Rdnr. 44; *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 11 Rdnr. 57.

¹⁴ Vgl. dazu *Jestaedt*, ebd.

weitere Wahlmöglichkeiten durch die Behörde festzusetzen; nur in atypischen Fallkonstellationen bleibt Raum für ergänzende Ermessenserwägungen, worunter auch das Absehen von der Soll-Rechtsfolge und die Wahl einer Alternative fallen kann. Kein Ermessen besteht bei der Feststellung des Vorliegens atypischer Besonderheiten; hier ist eine uneingeschränkte verwaltungsgerichtliche Kontrolle möglich¹⁵.

4. Analyse der verwaltungsgerichtlichen Judikatur

Gemessen an den vorstehenden Ausführungen ist die Entscheidungskette zum Fernsehfenster München allerdings weitgehend frei von differenzierten Ausführungen zur Normstruktur und zum Norminhalt von Art. 25 Abs. 3 a.F. BayMG, insbesondere zur Hinwirkenspflicht im Allgemeinen und zur Struktur von Sollensnormen im Besonderen. Vor allem fehlt es an Erörterungen, welche Gründe vorliegen müssen, damit die Sollensanordnung zurücktreten kann und atypische Varianten in den Bereich des Möglichen geraten.

Es wurde bereits erwähnt, dass die in der skizzierten Entscheidungskette sich stellenden medien(verfassungs-)rechtlichen Probleme ganz grundsätzlicher Art sind, was die Gesetzesbindung von Landeszentrale und Gerichten, die multipolaren Rechts- und Grundrechtskonflikte und ihre Auflösung durch Gesetzgeber, Landeszentrale und Rechtsprechung betrifft. Es ist ebenfalls dargelegt worden, dass die Hinwirkenspflicht der Landeszentrale nicht nur das Ergebnis umfasst, sondern auch die einzelnen Schritte dazu und dass die Einzelentscheidungen der Landeszentrale, die für das Ergebnis von Einfluss sind, ebenfalls im Licht des organisatorischen Endziels gesehen und gewürdigt werden müssen.

Unter diesem Aspekt sind die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte schon im Vorfeld rechtlich zweifelhaft. Die Hinwirkenspflicht wurde nicht

¹⁵ Siehe hierzu BVerwGE 90, 275 (278 m.w.N.).

ausreichend beachtet, soweit die Gestaltung des Fernsehfensters am Montag in Frage stand und die Gerichte diese kurzerhand den Altanbietern zuwiesen, obwohl ihnen nur 80% der fünftägigen Sendezeit zustand. Die Altanbieter hatten keinen Rechtstitel, der ihnen einen Anspruch auf die Nutzung von Sendezeit eines weggefallenen Anbieters zusprach. Eine halbe Stunde Sendezeit wöchentlich war frei geworden und es wäre unzutraglich gewesen, an fünf Wochentagen täglich sechs Minuten „wegzunehmen“ und sie einem Neuanbieter zuzuweisen. Die Landeszentrale hat stattdessen diese sechs Minuten statt an fünf einzelnen Wochentagen am Montag zusammengefasst. Im Hinblick auf die in Art. 25 Abs. 3 BayMG ausgesprochene Verpflichtung, in sich geschlossene Gesamtprogramme zu schaffen, die Programmviefalt zu sichern und tragfähige wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu erzeugen, insbesondere lokale Fernsehfensterprogramme und lokale Fernsehprogramme im rechtlichen Verbund auszustrahlen, wurde die am Montag zur Verfügung stehende halbe Sendestunde dem Anbieter des lokalen Fernsehprogramms zugewiesen, auch wenn sich dieser nicht darum beworben hatte. Im Hinblick auf das von der Landeszentrale angestrebte und ihr gesetzlich auferlegte Organisationsziel war aber nur diese Entscheidung zukunftsweisend. Die Altanbieter waren nach der Rechtslage auf das Auslaufen ihrer Sendegenehmigung reduziert und konnten somit keinesfalls mit einer Vermehrung der ihnen an fünf Werktagen der Woche zustehenden Sendezeit rechnen. Die Gerichte haben die Organisationsabsicht der Landeszentrale nicht ausreichend erkannt und aus rein wirtschaftlichen Gründen den Altanbietern die freigewordene Sendezeit zugewiesen. Dieses Entscheidungsverhalten ist vor allem auch mit dem Judikat des Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 1987¹⁶ nicht kompatibel, wonach keineswegs den wirtschaftlichen Interessen der Anbieter immer der Vorrang gegenüber den Belangen der Programmgestaltung einzuräumen ist. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs ist zwar vor der „extra radio“-Entscheidung des

¹⁶ VerfGH 40, 69 (75 ff).

Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1998 ergangen, betrifft aber mit ihrer Aussage über die Bedeutung wirtschaftlicher Interessen, die mit programmlichen Gesichtspunkten konfliktieren, eine Sachlage, die von der „extra radio“-Konstellation nicht unmittelbar berührt wird. Das Judikat des Verfassungsgerichtshofs muss daher von den Fachgerichten auch nach „extra radio“ als bindend behandelt werden. Die Gerichte haben aber programmliche Gesichtspunkte bei der Entscheidung über die freigewordene Sendezeit nicht berücksichtigt, sondern die Altanbieter quasi als Verfügungsbefugte über die gesamte Fernsehfensterzeit behandelt. Dabei wurde eine den wirtschaftlichen Interessen der Altanbieter gegenläufige Entscheidung der Landeszentrale einfach kassiert, obwohl diese vorrangigen programmlichen Interessen diene und als Vorstufe zur Neuorganisation des Rundfunks der Landeszentrale im bayerischen Oberland anzusehen war.

Die Hinwirkenspflicht der Landeszentrale wird auch konterkariert durch die gerichtliche Entscheidung, durch die der Landeszentrale aufgegeben wurde, dem Antrag der Anbieter des Fernsehfensters auf Verlängerung über den 31. Dezember 2003 hinaus im bisherigen Umfang und unter den bisherigen Modalitäten bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage nachzukommen. Hier wird wiederum ausschließlich die wirtschaftliche Seite der Altanbieter berücksichtigt; statt sich dem Organisationsziel der Landeszentrale zu nähern, werden die bisherigen, organisationsfernen Zustände perpetuiert. Damit fällt die Rechtsprechung auf eine weitere Attitüde zurück, die sie schon früher eingenommen hatte¹⁷ und die der Verfassungsgerichtshof ebenfalls ausdrücklich missbilligt hatte¹⁸. Nach Ablauf einer Programmanbietergenehmigung besteht kein Vertrauensschutz des Inhalts, dass in jedem Fall mit einer Verlängerung gerechnet werden kann. Auf Fristen, die für Genehmigungen laufen, kann sich je-

¹⁷ Siehe dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, BLM-Schriftenreihe, Bd. 72, Oktober 2002, S. 60 ff.

¹⁸ Vgl. dazu VerfGH 46, 191 (198 ff.).

dermann einstellen; ein besonderer Schutz des Vertrauens auf Verlängerung ist nicht anzuerkennen.

Die „Hinwirkenspflicht“ der Landeszentrale aus Art. 25 Abs. 3 Satz 1 a.F. BayMG wurde durch die von den Verwaltungsgerichten ausgesprochene Verpflichtung der Landeszentrale zur Genehmigungsverlängerung erschwert, obwohl die Landeszentrale bei der Entscheidungskette zum Fernsehfenster für München im Programm von RTL vor besonderen Schwierigkeiten stand. Es sollte eine einheitliche Anbieterstruktur geschaffen werden, was bedeutete, dass zwei bisherige Anbietersphären (die des Anbieters des lokalen Vollprogramms TV.München und die der Anbieter des Fernsehfensterprogramms) zusammengeführt werden mussten. Darüber hinaus war es notwendig, zwei „Sendegebiete“ zusammenzufügen (das des lokales Vollprogramms einerseits, des Fensterprogramms andererseits), was in jahrelangen Organisationsverhandlungen zuvor nicht gelungen war. Letztendlich bedeutete die eigenmächtige Verlängerung der Sendegenehmigung für die Altanbieter des Fernsehfensterprogramms eine Verweigerung der der Landeszentrale gesetzlich zuerkannten Organisationskompetenz (vgl. Art. 11 Satz 2 Nr. 2, 3 BayMG). Die Landeszentrale wurde zumindest temporär gehindert, eine grundlegende Änderung in der Rundfunkstruktur vorzunehmen, die über die bloße Auswahl von Anbietern hinausging¹⁹.

Die „Hinwirkenspflicht“ der Landeszentrale bleibt in der Entscheidung der Verwaltungsgerichte im Grunde unterbelichtet; dabei ist sie durchaus auch als Pflicht mit verfassungsrechtlicher Wurzel zu sehen, insofern sie

¹⁹ Die Sachlage stellt sich insofern anders dar als im „extra radio“-Fall (vgl. dazu BVerfGE 97, 298 [310 ff.]). Bei „extra radio“ wollte die Landeszentrale das harte Frequenzsplitting beenden und auf bestimmten Frequenzen mit festgelegtem Verbreitungsgebiet Programme organisieren. Wegen Zusammenarbeitsverweigerung wurde ein Bewerber abgewiesen. Die alte Organisationsstruktur sollte also nicht verändert, sondern nur die Anbieterkonstellation bereinigt werden. In Fall Fernsehfenster sollte dagegen die alte Organisationsstruktur nicht mehr weitergeführt werden.

Teil der Ausgestaltung des Grundrechts ist, zu der der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet ist²⁰. Weder wird „Hinwirkenspflicht“ oder ein ähnlicher Begriff in der Entscheidung verwendet, noch erfolgt eine Zitierung des Gesetzes an der maßgeblichen Stelle. Auch wenn Art. 11 Satz 2 Nr. 3 BayMG genannt wird, stellen die Gerichte das Vorgehen der Landeszentrale nicht in den adäquaten gesetzlichen Rahmen. Auch die Unterscheidung der Fallkonstellation „Fernsehfenster“ zur „extra radio“-Situation wird nicht oder nicht deutlich gesehen²¹.

Das Verwaltungsgericht München²² geht im Zusammenhang mit der Neuorganisation der Fernsehversorgung in den Regionen 14 und 17 durch die Landeszentrale von einem „weiten Organisationsermessen der Landeszentrale“ aus. Im weiteren Verlauf der Begründung wird aber immer wieder deutlich, dass dieses „weite Organisationsermessen“ für die Landeszentrale im Grunde nur sehr wenige Spielräume eröffnet. Es könne nämlich nur im Lichte des den Anbietern zustehenden Grundrechts der Rundfunkfreiheit ausgeübt werden, wenn die Organisationsentscheidung (wie regelmäßig in solchen Fällen gegeben) unmittelbare Auswirkungen auf die Genehmigungen der Anbieter zeitige. Der den Anbietern und Bewerbern zukommende Grundrechtsbeachtungsanspruch²³ führe dazu, dass einer Ablehnung von Bewerbern eine ausgewogene umsetzungsfähige Organisationsentscheidung zu Grunde zu liegen habe, die den Vorgaben des Bayerischen Mediengesetzes – etwa der Verpflichtung zur Schaffung wirtschaftlich tragfähiger Rahmenbedingungen (Art. 11 Satz 2 Nr. 3 BayMG) – Rechnung trage. Sonst stünde nämlich der den Anbietern bei Auswahl- und Vergabeentscheidungen zukommende Grundrechtsbe-

²⁰ Siehe dazu BVerfGE 57, 295 (319 ff.).

²¹ Vgl. dazu Fn. 19

²² Entscheidung vom 18. November 2003 (M 17 E 03.5389), S. 14 des Umdrucks.

²³ Die Entscheidung weist hier auf „extra radio“, BVerfGE 97, 298 ff., hin.

achtungsanspruch letztlich über entsprechende Organisationsentscheidungen zur Disposition der Antragsgegnerin.

Das Gericht beanstandet an dieser Stelle, dass seitens der Landeszentrale Überlegungen zur wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Organisationsmodells, etwa eine Gegenüberstellung von technischen Leitungskosten für die Versorgung des Oberlandes und zu erwartende Werbeerlöse, nicht vorlägen. Ob eine solche Untersuchung, wenn sie denn vorgelegen hätte, das Gericht wirklich hätte bewegen können, zu einer anderen rechtlichen Einschätzung zu kommen, kann dahinstehen.

Im selben Judikat wird auch auf die in Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG als Regelfall postulierte Gründung einer Anbietergesellschaft/-gemeinschaft näher eingegangen, ohne dass aber gesagt wird, in welchem Verhältnis diese Sollbestimmung zum angeblichen „Organisationsermessen“ der Landeszentrale steht, dessen „Weite“ sich angesichts der Fülle und Unüberwindlichkeit entgegenstehender Parameter, insbesondere der Grundrechtsansprüche der Anbieter, doch als sehr reduziert darstellt. Das Gericht trifft nun zu dieser Vorschrift des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 BayMG die – vergleichsweise erstaunliche – Aussage, dass die vom Gesetz als Regelfall vorgesehene Zusammenarbeit in einer Anbietergesellschaft oder Anbietergemeinschaft gegenüber den Anbietern im Hinblick auf die Grundrechtsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann aktiviert werden könne, wenn die auf Grund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebotene Einzelfallprüfung ergebe, dass die Gründung einer solchen Gesellschaft oder Gemeinschaft zwingend erforderlich sei, um lokales/regionales Fernsehen am Sendestandort entsprechend den Mindestanforderungen an die Programmqualität überhaupt unter wirtschaftlich tragfähigen Bedingungen betreiben zu können²⁴. Die Landeszentrale habe nach der Erkenntnis der Kammer unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten insbesondere auch zu prüfen, ob das Ziel der Herstellung wirtschaftlich tragfähiger Bedingungen bis zum Auslaufen der Genehmi-

²⁴ S. 15 des Umdrucks mit Hinweis auf BVerwG DVBl. 2000, S. 120 ff.

gungen nicht auch durch eine andere, die Rundfunkfreiheit weniger belastende Form der Zusammenarbeit gewährleistet werden könne²⁵.

Unter der Hand wird also der Sollensgehalt von Art. 25 Abs. 3 Satz 2 BayMG, der Regelfolge der Norm im Fall der Tatbestandserfüllung sein soll, nämlich die formalisierte Zusammenarbeit in einer Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft, in die absolute Ausnahme verkehrt. Durch eine einseitig die Programmfreiheit bevorzugende Implementierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Vernachlässigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten, unter denen privater Rundfunk betrieben wird, werden Ergebnisse erzeugt, die offenbar gerade im Gegensatz zum Willen des Normgebers stehen. Das Gericht beruft sich dabei auf die Aussage des „extra radio“-Judikats, wonach bei der Vergabe von Sendemöglichkeiten bei Neuorganisation der Rundfunkversorgung in einem bestimmten Teil des Staatsgebiets ein Grundrechtsbeachtungsanspruch gerade auch der früheren Anbieter einzustellen ist, der ein elementares Interesse der Anbieter und Bewerber um eine Lizenz zum Ausdruck bringt, nämlich in wirtschaftlicher und programmlicher Hinsicht eigenverantwortlich am publizistischen Wettbewerb teilnehmen zu können. Das gilt jedenfalls so lange, als eine ausreichende wirtschaftliche Substanz für den privaten journalistischen Wettbewerb unter öffentlich-rechtlicher Verantwortung verfügbar ist.

Man könnte daran denken, den Vorgang, der hier begegnet, unter dem Stichwort „verfassungskonforme Interpretation“ einzuordnen, wobei für diese Methode der Verfassungsinterpretation, die dafür sorgen soll, dass Vorschriften nicht so interpretiert werden, dass sie im Widerspruch zum geltenden Verfassungssystem stehen, Voraussetzung ist, dass sich der Wortlaut der auszulegenden Norm unterschiedlich verstehen lässt (darunter auch mindestens auf eine Weise, die im Einklang mit der Verfassung

²⁵ Hinweis auf BayVGh, Urteil vom 26.2.1997 Az. 7 B 93.2122, BVerfGE 97, 298 ff. und BVerwG DVBl. 2000, S. 120 ff.

steht. Diese ist dann zu wählen)²⁶. Aus einer Sollensnorm, die als Regelfall beim Zusammentreffen eines lokalen/regionalen Fernsehfensterprogramms mit einem lokalen/regionalen Fernsehprogramm den Zwang zur formalisierten Zusammenarbeit anordnet, lässt sich aber beim besten Willen nicht das umgekehrte Ergebnis folgern. Die Vorgehensweise des Gerichts kann also mitnichten unter dem Stichwort „verfassungskonforme Interpretation“ rubriziert werden, schon weil die Voraussetzung eines mehrdeutigen Wortlauts nicht gegeben ist. Es ist daran zu erinnern, dass, wie erwähnt, Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG seine Sollensanordnung besonders rigide traf. Anders als nach Abs. 4 gab es keine Öffnungsklausel, die in geeigneten Fällen den Verzicht auf eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft erlaubt hätte. Anders als in Abs. 4 wurde die Verpflichtung zur Anbietergesellschaft und -gemeinschaft noch durch das Wörtchen „nur“ unterstrichen. Wer sich also zur Verteidigung der Vorgehensweise des Gerichts hinsichtlich Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG auf die zum nachfolgenden Absatz ergangenen Judikatur und hier insbesondere auf die „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beruft, ignoriert die unterschiedliche Normstruktur der beiden Absätze. Gleichwohl verharren die Gerichte der Entscheidungskette zum Fernsehfenster München ohne Selbstzweifel bei dieser Verfahrensweise.

Da die Uminterpretation von Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG in seinem Regel-/Ausnahmeverhältnis vom Normtext nicht gedeckt wird, kann das Procedere der Gerichte also nicht mit dem Stichwort „verfassungskonforme Auslegung“ legitimiert werden. Die Gerichte erheben hierauf aber auch gar keinen Anspruch; das Stichwort der „verfassungskonformen Auslegung“ fällt in den Judikaten der Entscheidungskette an keiner Stelle. Vielmehr wird die direktive Kraft der Gesetzesnorm und damit auch die verfassungsrechtliche Anordnung der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) hintangestellt zu Gunsten eines

²⁶ Ständige Rechtsprechung; vgl. etwa BVerfGE 2, 266 (282); weiterhin 88, 145 (166); 95, 64 (93); 100, 1 (43 f., 46 f.); zuletzt 124, 25 (39).

ungebremsten Durchgriffs auf die Grundrechtslage, wie sie seit der Intervention des Bundesverfassungsgerichts in der „extra radio“-Entscheidung zwischen organisierender Landeszentrale und um ihre Sendelizenzen bangenden Altanbietern/Neubewerbern bestehen soll. Den Gerichten ist es aber bei nachkonstitutionellem Gesetzesrecht nicht gestattet, kurzerhand der Verfassungslage unter Verwerfung einer tatsächlich oder vermeintlich gegen Verfassungsrecht verstoßenden Gesetzesnorm zum Durchbruch zu verhelfen. Das Grundgesetz hat in Art. 100 GG den Fachgerichten hinsichtlich der Übereinstimmung von formellem nachkonstitutionellem Gesetzesrecht mit der Verfassung zwar ein Prüfungs-, aber keine Verwerfungskompetenz eingeräumt. Letztere ist beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert. Das Bayerische Mediengesetz ist ein nachkonstitutionelles Gesetz, das ein Fachgericht, das eine Norm des Gesetzes für verfassungswidrig hält, verpflichtet, sie einem Verfassungsgericht vorzulegen, entweder dem Bundesverfassungsgericht oder dem Landesverfassungsgericht. Denn auch das bayerische Landesverfassungsrecht sieht nach Art. 92 BV eine Richtervorlage vor, wenn ein Fachgericht geltendes Recht für verfassungswidrig hält; die Vorstellung, dass nicht jedes Gericht die Verfassungswidrigkeit von formellem Gesetzesrecht aussprechen und dieses verwerfen kann, ist auch in Bayern und für die bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit verbindlich. Letztere geht sogar noch weiter als das Bundesverfassungsgericht, indem sie nicht nur bei formellen nachkonstitutionellen Landesgesetzen, sondern auch bei materiellem Gesetzesrecht des Landes (Rechtsverordnung und Satzungen) eingreift und auch vorkonstitutionelle Rechtsnormen zum Gegenstand hat²⁷.

Freilich ist die Anrufung von Verfassungsgerichten für die Fachgerichte häufig lästig, vor allem, wenn sie sich im Überschwang ihrer Rechtsfindung durch eine solche Vorlagepflicht zunächst ausgebremst sehen. Die

²⁷ Siehe hierzu *Wolff*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2009, Art. 92 Rn. 4; *Schweiger*, in: Nawiasky/Schweiger/Knöpfle, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 93 (1992) Rn. 3b.

Einheitlichkeit der Rechtsprechung und insbesondere die Klarheit über die Geltung von Rechtsnormen sind gleichwohl ein hohes Gut, das den Fachgerichten die Einhaltung einer strengen Eigendisziplin zur Selbstverständlichkeit machen sollte. Es ist keineswegs gesagt, dass es immer so sein muss wie bei der Entscheidungskette im Fall Fernsehfenster München. Hier sprachen die Gerichte bis hin zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof hinsichtlich der Grundrechtslage im Wesentlichen aus einem Munde, wohl weil der große Schlagschatten des Bundesverfassungsgerichts einwirkte und anscheinend nichts mehr gefürchtet wurde, als ein zweites Mal aus Karlsruhe gerügt zu werden. Würden dagegen die Gerichte in ihrer Einschätzung hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von formellem nachkonstitutionellem Gesetzesrecht divergieren, könnte die Verletzung von Vorlagepflichten, nicht nur im Fall von Art. 100 GG bzw. Art. 92 BV, sondern auch nach Art. 267 AEUV (Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs) katastrophale Auswirkungen haben.

Den Fachgerichten ist zwar zuzugeben, dass sie von den besten Absichten beseelt gewesen sein mögen, als sie es als wesentlichsten Belang der Anbieter und Lizenzbewerber ansahen, in wirtschaftlicher und programmlicher Hinsicht eigenverantwortlich am publizistischen Wettbewerb teilnehmen zu können²⁸. Auch ist keineswegs zu bestreiten, dass vorrangiges Ziel des Bayerischen Mediengesetzes die Programmvielfalt ist²⁹. Die Gefahr einer Majorisierung der Anbieter des Fernsehfensters München durch einen übermächtigen Konkurrenten, der dies alles hinfällig machen könnte, ist nicht gering zu schätzen. Die programmliche Vielfalt der bayerischen Rundfunkwelt kann allerdings auch ihr Ende finden, wenn die um ihre Selbstständigkeit besorgten Anbieter des Fernsehfensters München im Programm von RTL in eine wirtschaftliche Lage geraten, die mit dem ökonomischen Exitus der Altanbieter auch der programmi-

²⁸ Vgl. hierzu Verwaltungsgericht München vom 18. November 2003 (M 17 E 03.5389), Umdruck S. 16.

²⁹ Siehe hierzu Verwaltungsgericht München, ebd., BVerwG DVBl. 2000, 120 ff.

chen Vielfalt den Todesstoß versetzt. Das Bayerische Mediengesetz hat in Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. der gesetzlichen Regelung vielleicht etwas grobschlächtig, aber auf die Dauer wohl nicht ganz unberechtigt die Vermutung zu Grunde gelegt, dass eine Konkurrenz von Anbietern in kleinräumigen Teilen des Staatsgebiets (Sendegebiet von lokalen/regionalen Fernsehfensterprogrammen bzw. lokalen/regionalen Fernsehprogrammen) á la longue eine wirtschaftliche Konkurrenz heraufbeschwören kann, die für die beteiligten Anbieter nicht durchzustehen ist. In ihrem Eifer, von der Grundrechtsvorgabe im „extra radio“-Beschluss um kein Haar abzuweichen, vergessen die Fachgerichte in nicht hinzunehmender Weise auf die wirtschaftlichen Implikationen privater Rundfunkveranstaltung. Damit werden aber Randbedingungen ignoriert, die der Gesetzgeber sehr wohl für bedeutsam, gerade zur Erreichung von Meinungsvielfalt, gehalten hat.

Die gesetzliche Vermutung, dass Konkurrenz in kleinen Räumen regelmäßig ökonomisch nachteilig ist und von daher auch die programmliche Vielfalt bedroht, kam in der generellen Anweisung zum Ausdruck, eine Kooperation im Wege einer Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft herzustellen. Die Vorschrift des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG wurde, wie bereits dargelegt, in ihrer normativen Pflichtigkeit noch dadurch intensiviert, dass eine Öffnungsklausel fehlte, wie sie in Abs. 4 derselben Norm vorliegt und dass das Wörtchen „nur“ eingefügt war, das den Zwang zur Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft noch erhöhte. Dies wirkte als Gegenpol zu Art. 25 Abs. 4 Satz 4 und 5 BayMG, wonach bei „hartem Frequenzsplitting“ zwar auch eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft gebildet werden soll, aber nicht in der Unbedingtheit, die durch das Wörtchen „nur“ ausgedrückt wird. Im Übrigen lässt Art. 25 Abs. 4 Satz 5 BayMG ausdrücklich den Verzicht auf die Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft zu, wenn auf andere Art und Weise die Zusammenarbeit der Anbieter sichergestellt werden kann. Dies sind alles Elemente, die in der Vorschrift des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG fehlten, die daher gerichtlicherseits ganz zu Unrecht als Parallelvorschrift behandelt wurde.

Der erstgenannten Vorschrift kann man aber nicht vorwerfen, sie würde nach Art eines Rasenmähers undifferenziert Angebotsvielfalt zu Gunsten ökonomischer Stabilität reduzieren; Ausnahmefälle sind möglich („sollen“), aber eben nur in aner kennenswerten Sonderfällen, die selbstständiger Legitimation bedürfen. Der den Gerichten so am Herz liegende Grundrechtsbeachtungsanspruch von Altanbietern findet in dieser Form eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses genauso seinen Raum, er wird aber auch in seiner Abhängigkeit von ökonomischen Zwängen gesehen, die nun einmal existieren. Es ist nicht ersichtlich, warum die gesetzgeberische Prognose über die Schädlichkeit von Anbieterkonkurrenzen für lokales oder regionales Fernsehen in kleinräumigen Sendegebieten zur Zeit des Erlasses des Bayerischen Mediengesetzes weniger berechtigt gewesen sein sollte als die Einschätzung der Verwaltungsgerichte, die meinten, das Regel-/Ausnahmeverhältnis im Rahmen von Art. 25 Abs. 3 Satz 2 BayMG umdrehen zu müssen. Der in der Entscheidung des Verwaltungsgerichts München erfolgte Hinweis auf das Auslaufen des Teilnehmerentgelts erst zum Januar 2009 und damit gegen Ende der tv.münchen gewährten Genehmigungsperiode ist insoweit nicht unbedingt hilfreich, weil es sich beim Teilnehmerentgelt zwar nicht um eine irreguläre Unterstützung handelte, aber gleichwohl eine solche, deren Verschwinden schon zur Zeit der Entscheidung absehbar war und für die ökonomische Situation im Bereich eines lokalen Fernsehfensters einerseits, eines lokalen Fernsehprogramms andererseits auf Dauer nichts mehr beitragen konnte. Wenn die Gerichte so prononciert davon ausgehen, der Grundrechtsbeachtungsanspruch der Altanbieter trete der Grundrechtlichkeit der Landeszentrale gleichberechtigt jedenfalls dann gegenüber, wenn die Organisationsentscheidung eine unmittelbare Auswirkung auf die Genehmigungssituation der Altanbieter habe, dann bleibt einiges unbeachtet. Der Grundrechtskonflikt, der sich beim Zusammenprall von wechselseitigen Grundrechtssphären auftut, ist seit nach jeher herrschender Rechtspre-

chung und Lehre vorrangig vom Gesetzgeber zu lösen³⁰; sowohl Art. 25 Abs. 3 Satz 2 als auch Art. 25 Abs. 4 Satz 4 BayMG enthalten eine solche Konfliktlösung, die nicht von den Gerichten auf eigene Faust durch eine andere ersetzt werden konnte. Sind die Fachgerichte aber der Auffassung, die gesetzgeberische Lösung verfehle das vorgegebene Verfassungsziel, so führt kein Weg an der oben bereits beschriebenen Vorlage zu einem Verfassungsgericht (Bundesverfassungsgericht, Bayerischer Verfassungsgerichtshof) vorbei.

Die von den Gerichten bei der Abwägung eingestellten Argumente selbst sind im Großen und Ganzen nicht anfechtbar, lässt man beiseite, dass der Abwägungsvorgang selbst die Normbindung vernachlässigt und den Fachgerichten eine Kompetenz zumisst, die ihnen Art. 100 GG, Art. 92 BV verwehren. Die Fachgerichte scheinen im Glauben zu sein, die zu Art. 25 Abs. 4 Satz 4 und 5 BayMG mit seinem andersartigen Normenbestand ergangene „extra radio“-Entscheidung sei ein Freibrief, sich auch bei anderen Organisationsverfahren der Landeszentrale (wie sie in Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG angesprochen waren) von der strikten Normbindung lösen und eigene verfassungsrechtliche Abwägungen an ihre Stelle setzen zu können. Dies verstößt jedoch gegen den Vorbehalt des Gesetzes, wie er in Art. 20 Abs. 3 GG mit Nachdruck statuiert ist. Das wichtigste Argument in der Abwägung der Fachgerichte zu Gunsten der Unabhängigkeit der Altanbieter soll die dadurch bewirkte Programmvielfalt sein; Wettbewerb soll so lang wie möglich stattfinden. Die ökonomischen Erwägungen, die für Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG federführend waren, werden in den Hintergrund gedrängt, wobei die Frage be-

³⁰ Siehe hierzu ausführlich *Dreier*, in: ders., Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. Bd. I 2004, Vorbemerkung Rdnr. 67 f., insbesondere 68, zum Verbot eines „unmittelbaren Durchgriffs auf die zumeist vagen und allgemeinen Bestimmungen der Verfassung“ und zum Verbot der Überspringung der Stufe des Gesetzesrechts; siehe dens. auch ebd., Rdnr. 157. Vgl. zum „Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“ auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 42; § 8 Rdnr. 11.

steht, ob die Gerichte überhaupt über eine ausreichende Tatsachenbasis verfügen, um die ökonomische Prosperität von Altanbietern ausreichend beurteilen zu können. Vage Andeutungen, es bestehe die Bereitschaft aller Beteiligten, die Synergieeffekte, die von Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG ins Auge gefasst würden, auch außerhalb einer formellen Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft zu erzielen, können bei einer Abwägung selbstverständlich berücksichtigt werden, aber auch hier ist nach der Substanz solcher Annahmen zu fragen. Im konkreten Fall ist aber zuzugeben, dass ein wichtiger Grund zu Gunsten einer Sendezeitverlängerung für die Altanbieter in dem Nachteil bestand, der sich für das Vielfaltsspektrum ergibt, wenn Diskontinuitäten eintreten. Die Sendetätigkeit der Altanbieter würde unterbrochen und könnte möglicherweise nicht mehr aufgenommen werden. In der Entscheidung ist von wirtschaftlichen Schwierigkeiten von tv.münchen die Rede; diese müssten allerdings auf dessen angestammten Geschäftsfeldern bereinigt werden. Es besteht kein Grund, tv.münchen neue Sendemöglichkeiten zuzuführen, um sein wirtschaftliches Überleben zu sichern.

5. Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 30. Mai 2005³¹

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, der sich zu Beginn des neuen Rundfunks in Bayern immer wieder als Ort der Landeszentrale und Hüter ihrer Rundfunkfreiheit bewährt hatte, hat sich seit der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht in eine neue Rolle hineingearbeitet, die sowohl den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in der genannten Entscheidung entsprechen als auch den Belangen des alternativen bayerischen Rundfunks gerecht werden würde, wie er von der Landeszentrale für neue Medien getragen wird. Es scheint vielmehr, dass der Verfassungsgerichtshof nicht nur mutlos im Schutz der

³¹ VerfGH 58, 137.

Rundfunkfreiheit der Landeszentrale geworden, sondern ängstlich bemüht ist, in geradezu vorauseilendem Gehorsam dem Bundesverfassungsgericht nicht nochmals Anlass zur Beanstandung zu geben. Anders ist es nicht zu erklären, dass der Grundrechtsstatus von Altanbietern einen solchen Rang erhält, dass sogar Organisationsentscheidungen der Landeszentrale, die sie zur Durchsetzung von Konzepten nach Art. 11 Satz 2 Nr. 2 und 3 BayMG trifft, gegenüber den Bestandsinteressen einzelner Altanbieter nachrangig erscheinen. Deren weithin ökonomisch bestimmte Zielsetzungen genießen Vorrang gegenüber dem Vollzug eindeutiger gesetzlicher Anweisungen des Bayerischen Mediengesetzes, das der Landeszentrale zur Sicherung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des neuen Rundfunks aufgibt, auf längere Sicht gesehen, die ruinösen Wettbewerbsverhältnisse in kleinräumigen Zonen zu beenden und stattdessen eine Zusammenarbeit von bislang isoliert agierenden Rundfunkunternehmen zu bewirken.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs verharrt hinsichtlich der Grundrechtsberechtigung von Landeszentrale und privaten Rundfunkanbietern in dem seit der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gewohnten Gleis; die Anbieter verfügen über die Programmherrschaft, während sich die Rolle der Landeszentrale darauf beschränken soll, Programmangebote Privater zu genehmigen sowie nach der Genehmigung die Beachtung der Programmgrundsätze und die Einhaltung der Programmausrichtung des Programmschemas durchzusetzen. Die Weitergeltung von Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV und seine Auslegung im Sinne eines Verbots unmittelbarer privater Trägerschaft von Rundfunk in Bayern wird allerdings betont; der Verfassungsgerichtshof übernimmt damit aber nur Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, die weitestgehend folgenlos bleiben. Er hält zwar auch an seiner eigenen Rechtsprechung fest, dass die Landeszentrale als letztverantwortliche Trägerin des Rundfunks im Sinn des Bayerischen Mediengesetzes Trägerin des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV

ist³², gewährt aber den privaten Rundfunkanbietern den Schutz des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Folge der Bindung an die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) und darüber hinaus auch aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV, wobei er sich auf die eigene Rechtsprechung beruft³³. Das Rundfunkgrundrecht der Anbieter müsse bei der Auslegung und Anwendung von Art. 111a BV beachtet werden.

Es kann zunächst einmal unberücksichtigt bleiben, dass die Diktion, der Landeszentrale stehe das Grundrecht aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV zu, während die privaten Rundfunkanbieter aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV berechtigt seien, ignoriert, dass nach so gut wie allgemeiner Auffassung die Bundes- und die Landesgarantien dieselben Grundrechte schützen.

Wie schon in der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gilt die Aufmerksamkeit des Verfassungsgerichtshofs den zugelassenen Rundfunkveranstaltern, die sich um die Erneuerung ihrer Lizenz nach Ablauf der Sendeperiode bemühen. Ihre besonders betonte Grundrechtlichkeit soll verhindern, dass die Entscheidung über die Lizenzverlängerung von den in der Vergangenheit ausgestrahlten Programmen beeinflusst wird; beide Gerichte sehen also die Möglichkeit, über die Gewährung der Lizenzverlängerung unzulässig auf programmliches „Wohlverhalten“ hinwirken zu können. Dass daneben auch Neubewerbern das Rundfunkgrundrecht zusteht, wird allerdings auch nicht beiseitegelassen.

Die Anerkennung einer rundfunkgrundrechtlichen Position nicht nur der Landeszentrale, wie dies nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs vor 1998 galt, sondern auch aller Anbieter, die nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Programmherrschaft besitzen, ist in der Epoche nach „extra radio“ sicherlich nicht falsch; die Rechtsentwick-

³² VerGH 54, 165 (171); VerGH 56, 1 (5).

³³ VerGH 56, 1 (5).

lung ist soweit gediehen, dass die „extra radio“-Rechtsprechung auch für Verfechter des alternativen bayerischen Rundfunkmodells nicht nur als „notwendiges Übel“ erscheint. Dass aber das Verfassungsgericht davon ausgeht, dass im Rechts- und Pflichtenkonstrukt zwischen Landeszentrale und Anbietern alle auf derselben Stufe stehen, dass das Grundrecht der Rundfunkfreiheit der Neu- und Altanbieter dem Grundrecht der Landeszentrale „gerade nicht nachrangig“ ist³⁴, ignoriert die nach dem Bundesverfassungsgericht anzunehmende Fortgeltung von Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV, also das Prinzip öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, das weiterhin seine Bedeutung haben muss, und verkennt weiterhin, dass die Grundrechtsträgerschaft der Anbieter allein aus der Umsetzung des Trägerschaftsvorbehalts zugunsten der Landeszentrale durch das Bayerische Mediengesetz resultiert. Die verfassungstragende positive Rundfunkordnung entscheidet über die Reichweite der Grundrechtsträgerschaft der Anbieter, die bei Einzelauswahl einen anderen Rang besitzt als gegenüber ganzen Organisationsentscheidungen der Landeszentrale³⁵;

³⁴ VerfGH 58, 137 (146): „... Mit dieser Rechtsprechung“ (der Verfassungsgerichtshof bezieht sich auf seine Entscheidung im 54. Band S. 165 [171 ff.]) „an der der Verfassungsgerichtshof festhält, ist der Ausgangspunkt für die Argumentation der Beschwerdeführerin, die Programmanbieter seien Grundrechtsträger allein nach Maßgabe des öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts, der ihnen verbleibende Anteil an der Rundfunkfreiheit sei dem grundrechtlich geschützten Funktionsbereich der Beschwerdeführerin qualitativ und quantitativ nachzuordnen, unvereinbar.“

Das Grundrecht auf Rundfunkfreiheit, das den Antragstellerinnen zusteht, ist dem Grundrecht der Beschwerdeführerin gerade nicht nachrangig; beide Rechtspositionen sind vielmehr einem ‚möglichst schonenden Ausgleich‘ zuzuführen. Daneben – und nicht beschränkt darauf – hat die Beschwerdeführerin bei der Entscheidung über die Verlängerung einer Genehmigung auch das Willkürverbot nach Art. 118 Abs. 1 BV sowie die Bestimmungen und die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze über die Anwendung von Ermessenstatbeständen (vgl. Art. 40 BayVwVfG) zu beachten...“.

³⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Einleitung (2006) Rdnr. 10; Art. 10 (2009) Rdnr. 7; siehe dazu auch *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Status der BLM, 2. Aufl.

das Trägerschaftsmodell nach Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV hat auch nach Anerkennung der Grundrechtsstellung der Anbieter die Funktionsteiligkeit nicht eingebüßt. Diese konnte ihm der Gesetzgeber auf Grund der Erwägung verleihen, dass er den Rundfunk nicht in der Form privaten Anbietern hätte öffnen müssen, wie dies das bayerische Medienrecht getan hat. Der Verfassungsgerichtshof kann die Landeszentrale nicht als „letzverantwortliche Trägerin des Rundfunks im Sinne des Bayerischen Mediengesetzes“ und als „Trägerin des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BV“ apostrophieren³⁶, wenn sie ihre Letztverantwortlichkeit nicht durchsetzen kann. Damit verträgt sich nicht die Zuordnung der Grundrechtsposition der Landeszentrale auf derselben Ebene wie die der Anbieter und der Rekurs auf das Prinzip der praktischen Konkordanz („schonendster Ausgleich nach allen Seiten hin“). Dies außer Acht lassend, qualifiziert der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 30. Mai 2005 den Ansatz der Landeszentrale als verfassungswidrig, die grundrechtliche Berechtigung der Anbieter sei dem grundrechtsgeschützten Funktionsbereich der Landeszentrale qualitativ und quantitativ nachzuordnen; der „rechtliche Ansatz der Beschwerdeführerin“ (Landeszentrale) „indiziert damit den in den angefochtenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen konstatierten Mangel bei der Ausübung des Ermessens, das der Beschwerdeführerin in Art. 26 Abs. 1 Satz 3 BayMG eingeräumt ist.“

An der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs verwundert nicht der nahezu normfreie Stil der Entscheidung, die direkt auf die verfassungsrechtliche Lage zugreift, ohne sich lange mit der Frage auseinanderzusetzen, ob nicht das einfache Gesetzesrecht des Art. 25 Abs. 3 BayMG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 Satz 3 BayMG eine Lösung des Grund-

2011, BLM-Schriftenreihe Bd. 98, S. 46 ff.; *Stettner*, Die Stellung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Rundfunksystem nach dem Bayerischen Mediengesetz, BLM-Schriftenreihe Bd. 53, 1999, S. 58 ff., 78 ff.; *Hepach*, ZUM 2006, 530 ff.

³⁶ VerfGH 56, 1 (5).

rechtskonflikts zwischen Landeszentrale und (Alt-)Anbietern bringt, auf die zuerst eingegangen werden müsste³⁷. Immerhin handelt es sich um Ausgestaltungsnormen, über die nicht hinweg unmittelbar auf das Grundrecht der Rundfunkfreiheit zugegriffen werden dürfte. Der Verfassungsgerichtshof folgt sehr unreflektiert dem Vorbild der Verwaltungsgerichte, die allerdings auch weniger zum Hüter der Verfassung bestellt sind als er selbst. Auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung, mag er auch nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verb. mit § 938 Abs. 1 ZPO in das freie Ermessen des Gerichts gestellt sein, kann nicht geltendes Gesetzesrecht außer Kraft setzen. Dass § 123 VwGO nicht in dem Sinn auszulegen ist, dass das Gericht auf Grund Bundesrechts landesrechtliche Schranken ignorieren könne (es wird nur Freiheit im Ermessensbereich gewährt), beweist die verfassungsgerichtliche Entscheidung selbst. Sie spricht davon, dass der Verwaltungsgerichtshof in einfachgesetzlicher Auslegung der medienrechtlichen Vorschriften darauf abgestellt habe, dass die Landeszentrale bei der Forderung nach Zusammenarbeit von Programmanbietern im Hinblick auf die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV geschützte Rundfunkfreiheit der Anbieter den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten habe, was auch der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs entspreche³⁸. Die formale Berufung auf das Gesetzesrecht bleibt, materiell werden die medienrechtlichen Normen praktisch beiseite gestellt.

Der Verfassungsgerichtshof war ebenso wenig wie die Verwaltungsgerichte davon entbunden, sich mit der Verfassungsmäßigkeit von Art. 25 Abs. 3 a.F. BayMG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 Satz 3 BayMG auseinanderzusetzen. Wie wenig er anhand einer sorgfältigen Interpretation der vorhandenen medienrechtlichen Normen sein Ergebnis findet, beweist sein ungenierter Zugriff auf Art. 25 Abs. 4 BayMG und die dazu

³⁷ Siehe dazu auch bei Fn. 24.

³⁸ VerfGH 58, 137 (148) unter Verweis auf VerfGH 56, 1 (9).

ergangene Rechtsprechung („extra radio“)³⁹ obwohl, wie oben nachgewiesen wurde⁴⁰, die Normstruktur von Art. 25 Abs. 3 Satz 2 a.F. BayMG von Art. 25 Abs. 4 Satz 4 und 5 BayMG entscheidend abweicht (im ersten Fall kein Verzicht auf Anbietergesellschaft und -gemeinschaft gesetzlich gestattet; Verstärkung der Normanordnung durch das Wörtchen „nur“; beides fehlt im zweiten Fall). Bei einem solchen Umgang mit dem geltenden Gesetzesrecht ist es nicht verwunderlich, wenn auch der Verfassungsgerichtshof zum Ergebnis kommt, nicht das einfache Gesetzesrecht löse die Grundrechtskollision zwischen Rundfunkgrundrechtsträgerschaft der Landeszentrale und Grundrechtsposition der Altanbieter, sondern es könne schlicht und einfach mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit operiert werden. Es liegt in der Konsequenz dieses Ansatzes, wenn von der Landeszentrale verlangt wird, „dass sie die Belange der Antragstellerinnen angemessen und nach den Umständen des Einzelfalls berücksichtige und sie nicht mehr einenge, als dies zur Existenzsicherung des lokalen Rundfunks durch Gewährleistung programmlicher und wirtschaftlicher Mindestanforderungen geboten sei“⁴¹. Für den jeweiligen Standort und die dort tätigen Anbieter wird eine Einzelfallprüfung gefordert, dabei sei auch zu prüfen, ob eine andere, die Rundfunkfreiheit weniger belastende Form der Zusammenarbeit ausreiche.

Weitere Argumentationen des Verfassungsgerichtshofs vermögen ebenfalls nur bedingt zu überzeugen. Dies gilt weniger von der Gleichsetzung des Begriffs der „wichtigen Gründe“ im Sinn von Art. 26 Abs. 1 Satz 3 BayMG mit den Gründen für einen Genehmigungswiderruf⁴². Merkwürdiger mutet dagegen schon die Aussage an, es sei bei der zu treffenden Abwägung gerechtfertigt, den Belangen der Existenzsicherung der An-

³⁹ VerGH 58, 137 (148).

⁴⁰ Siehe dazu unter 3. dieses Abschnitts

⁴¹ VerGH, ebd.

⁴² Siehe dazu auch VerGH 56, 1 (9); *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 26 (2003), Rdnr. 42.

tragstellerinnen ein höheres Gewicht einzuräumen als dem Interesse der Landeszentrale, als letztverantwortliche Trägerin des Rundfunks im Sinne des Bayerischen Mediengesetzes eine Neuordnung der Sender in der Region München und Oberland ohne zeitliche Verzögerung durchzusetzen⁴³. Der Verfassungsgerichtshof meint weiter, die Landeszentrale sei an der Verwirklichung eines Gesamtprogramms und der Beseitigung eines Frequenzsplittings nur vorübergehend gehindert. Außerdem Sorge die Existenz eines weiteren Anbieters für größere und länger dauernde Meinungsvielfalt⁴⁴. Da erhebt sich dann doch die Frage, worin der Verfassungsgerichtshof den vorübergehenden Charakter der gerichtlichen Maßnahmen sieht. Wann kann die Landeszentrale überhaupt noch ihren Willen bei Organisationsentscheidungen durchsetzen? Naiv erscheint auch die Aussage, die durch die Existenz eines weiteren Anbieters ermöglichte Meinungsvielfalt bleibe länger erhalten. Vielleicht geht die Meinungsvielfalt gerade deshalb unter, weil die Anbieter in einem ruinösen Wettbewerb stehen. Regelungen in Art. 25 Abs. 3 a.F. und Art. 25 Abs. 4 BayMG sind doch gerade von der Tendenz getragen, privaten Rundfunk und die von ihm bewirkte Meinungsvielfalt unter wirtschaftlich sicheren Gesamtbedingungen betreiben zu können. Übernehmen sich nicht die Gerichte, wenn sie die wirtschaftliche Lage von Anbietern, die auf ihrer Selbstständigkeit beharren, entweder ignorieren oder, wenn es in den Kram passt, doch wieder gegen die Landeszentrale einsetzen⁴⁵? Die Antwort könnte gegebenenfalls sehr leicht eine bejahende sein.

⁴³ VerfGH 58, 137 (147).

⁴⁴ VerfGH ebd.

⁴⁵ Siehe hierzu die Schlussbemerkung in der besprochenen Verfassungsgerichtshofsentscheidung VerfGH 58, 137 (149), wo auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten von tv.münchen hingewiesen wird.

Teil II:

Fälle eines tatsächlichen oder vermeintlichen Genehmigungswiderrufs (Die Fälle ZUFFA UK Ltd. und C.A.M.P. TV)⁴⁶

1. Die Entscheidungen im Fall „ZUFFA UK Ltd.“

a) Der Sachverhalt

Eine besonders komplexe medienrechtliche Fallgestaltung hat sich für die Landeszentrale jüngst in der Verwaltungsstreitsache ZUFFA UK Ltd. entfaltet. Dabei geht es um die Ausstrahlung von Sendungen durch das DSF (Deutsches SportFernsehen, jetzt Sport 1), das auf der Grundlage eines Bescheids der Landeszentrale vom 1.4.2007 über eine Genehmigung zur Verbreitung des Fernseh-Spartenprogramms „DSF“ über Satellit verfügt. Das DSF übernimmt von der in Großbritannien ansässigen Antragstellerin und Produzentin die Sendung „Ultimate Fighting Championship“ in verschiedenen Einzelformaten, darunter „The Ultimate Fighter“, „UFC Unleashed“ und „UFC Fight Night“. Grundlage der Ausstrahlungen dieser Sendung mit den genannten Formaten war eine Genehmigungsänderung vom 23.3.2009. UFC ist eine US-amerikanische Mixed Martial Arts Organisation. Bei Ultimate Fighting werden verschiedene klassische und moderne Kampftechniken miteinander verbunden (Tritte, Schläge, Würfe), die unterschiedlichen Kampfsportarten entstammen (etwa Jiu Jitsu, Karate, Boxen, Kickboxen, Ringen).

⁴⁶ Verwaltungsgericht München vom 8. April 2010 (M 17 S 10.1437) – Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 9. April 2010 (7 CS 10.864) – Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung; Verwaltungsgericht München vom 15. Juni 2010 (M 17 S 10.1437) – Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO analog; Verwaltungsgericht München vom 15. April 2010 (M 17 K 09.2619) – Klage wegen Widerrufs der Genehmigung zur Ausstrahlung eines Fernsehfensters „Bayern Journal“.

Angesichts dieser Sendereihe erhob sich in der Öffentlichkeit eine kritische Diskussion, die darauf hinauslief, dass durch die Sendung wegen der extremen Gewaltdarstellung gesellschaftlich falsche Signale gesetzt würden. Die Landeszentrale forderte auf Grund eines Beschlusses ihres Fernsehausschusses vom 18. März 2010 das DSF mit Bescheid vom 25. März 2010 auf, innerhalb von zwei Wochen die genannten Formate durch genehmigungsfähige andere Inhalte zu ersetzen und drohte für den Fall der nicht fristgemäßen Umsetzung den Widerruf der Genehmigung der Programmänderung vom 23. März 2009 an. Sie stützte ihr Programmänderungsverlangen auf § 26 Abs. 1 Satz 1 Fernsehsetzung (FSS) und begründete es mit dem Argument, die Formate „The Ultimate Fighter“, „UFC Unleashed“ und „UFC Fight Night“ widersprächen auf Grund der Massivität des Gewalteinsetzes und ihrer Tabubrüche dem „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“. Das DSF kam dem Verlangen der Landeszentrale nach.

Darauffin erhob die ZUFFA UK Ltd. Klage zum Verwaltungsgericht München gegen den Bescheid der Landeszentrale vom 25. März 2010 und beantragte gleichzeitig eine einstweilige Anordnung. In dieser solle der Landeszentrale aufgegeben werden, es zu unterlassen, den Bescheid vom 25. März 2010 umzusetzen und aus diesem nach dem 9. April 2010 gegenüber dem beigeladenen DSF vorzugehen, soweit dieses die Formate der Klägerin „The Ultimate Fighter“, „UFC Unleashed“ und „UFC Fight Night“ entsprechend der Genehmigung der Landeszentrale vom 23. März 2009 ausstrahle, bzw. festzustellen, dass dem beigeladenen DSF aus dem Bescheid der Landeszentrale vom 25. März 2010 keine rechtlich verpflichtenden Verbindlichkeiten erwachsen. Insbesondere sei festzustellen, dass es nicht verpflichtet sei, die beanstandeten Formate durch andere genehmigungsfähige oder genehmigte Inhalte zu ersetzen oder die vormals genehmigten Programmbestandteile wieder auszustrahlen. Soweit bis zum 8. April 2010 über die genannten Anträge nicht entschieden werden konnte, wurde beantragt, über diese Anträge im Verfahren

einer Zwischenverfügung für die Dauer des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens zu entscheiden.

b) Rechtliche Würdigung

aa) Das „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“

Die Landeszentrale stützt sich für ihr Änderungsverlangen auf § 26 Abs. 1 Satz 1 FSS, der ein solches Verlangen aus wichtigem Grund gestattet. Der wichtige Grund, der genannt wird, ist in dieser Form der medienrechtlichen Diskussion weitgehend neu; die beanstandeten Formate widersprechen auf Grund der Massivität des Gewalteinsatzes und ihrer Tabubrüche dem „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“, wobei Art. 111a Abs. 1 Sätze 4 und 6 BV angeführt werden⁴⁷. Der öffentlich-rechtliche Trägerchaftsvorbehalt in Art. 111a Abs. 2 BV erhält in der Auslegung durch die Landeszentrale eine also materielle Funktion, die bislang nicht ausreichend gewürdigt wurde: er ist nach dieser Anschauung nicht nur Ergebnis eines freien Bestimmungsrechts der Länder in der Wahl des Rundfunksystems, sondern dient der bestmöglichen Zweckerreichung eines Leitbildes der Rundfunkfreiheit, das die Bayerische Verfassung in Art. 111a Abs. 1 BV selbst enthält. In der Wahl der öffentlich-rechtliche Trägerchaft als Organisationsprinzip durch den Verfassungsgeber kommt die Überzeugung zum Ausdruck, die rundfunkpolitischen Verfassungsziele könnten mit dem öffentlich-rechtlichen Organisationsmodell besser er-

⁴⁷ Die neue Argumentationsfigur ist wohl aus der Erkenntnis einer Gesetzeslücke für die „nicht offensichtlich schwer jugendgefährdende Fernsehsendung“ entstanden, die *Bornemann*, ZUM 2010, S. 1 ff., eindringlich beschreibt und die darin besteht, dass § 4 JMStV nicht offensichtlich schwer jugendgefährdende Angebote nur dann erfasst, wenn sie indiziert sind, was durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften und Medien nur dann erfolgt, wenn sie auf Trägermedien fixiert sind.

reicht werden als mit der Zulassung von Rundfunk in privatrechtlicher Trägerschaft. Das Leitbild des öffentlich-rechtlich getragenen Rundfunks, das zunächst nur die Qualität eines unbestimmten Rechtsbegriffs hat, wird in der sorgfältig begründeten Deduktion der Landeszentrale mit den verfassungsrechtlichen Aussagen des Art. 111a Abs. 1 Sätze 4 bis 6 BV über Achtung der freiheitlich demokratischen Grundordnung, der Menschenwürde, der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung anderer ebenso untermauert wie mit dem in derselben Verfassungsnorm aufzufindenden Verbot der Verherrlichung von Gewalt sowie von Darbietungen, die das allgemeine Sittlichkeitsgefühl grob verletzen. Weiterhin werden als dieses Leitbild konstituierende Vorgaben Meinungsfreiheit, Sachlichkeit, gegenseitige Achtung, Schutz vor Verunglimpfung sowie Ausgewogenheit des Gesamtprogramms genannt. Die Fortführung des Trägerschaftsgebots in der gesetzlichen Aufgabenzuweisung in Art. 11 BayMG wird ebenso argumentativ herangezogen wie die Befugnisnorm des Art. 16 BayMG, die in generalklauselartiger Form die Landeszentrale zum Erlass aller zur Durchsetzung der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft erforderlichen Anordnungen befähigt und damit Herzstück der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft ist. Den inkriminierten Formaten von ZUFFA wird vorgehalten, sie führten zu einer Rundfunkgestaltung, die mit dem Leitbild des Art. 111a Abs. 1 BV nicht in Einklang zu bringen sei, so dass der Medienrat der Landeszentrale ein solches Programm im Zulassungsverfahren nach Art. 26 Abs. 1 BayMG auch ablehnen könnte.

Nun hätte sich die Landeszentrale möglicherweise schon bei Genehmigung der Programmänderung näher unterrichten und erkennen können, wie die damit akzeptierten Formate beschaffen sind. Dies war nicht erfolgt; der Landeszentrale lag wohl einzig und allein die Bewertung einer Folge von „UFC Fight Night“ durch die Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen vor, die das Deutsche SportFernsehen veranlasst hatte. Es kann der Landeszentrale aber nicht verboten werden, aufgrund später erworbener Kenntnisse in den dafür vorgesehenen rechtlichen Formen zu reagieren, im Gegenteil, sie ist dazu ab Kenntniserlangung in jedem Fall verpflich-

tet. Die Selbstkontrollereinrichtung ging offenbar von einer Beeinträchtigung der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen bis zu 18 Jahren zu einer eigenverantwortlichen gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit aus, denn sie hielt die Ausstrahlung zwar für möglich, aber nur zwischen 23 Uhr und 6 Uhr (§ 5 Abs. 1 in Verb. mit Abs. 4 Satz 1 JMStV). Die Argumentation der Landeszentrale mit dem Leitbild des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach der Bayerischen Verfassung geht über diese Bewertung durch die Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen weit hinaus, weil sie einen Unzulässigkeitsstatbestand neuer Art schafft, der neben den nach dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag bestehenden Ausstrahlungsverboten auch für Erwachsene (vgl. § 4 JMStV) eingreifen kann und auch nicht von der Grundrechtsberechtigung der Landeszentrale abhängig ist, die bekanntlicherweise seit der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁸ mit der Grundrechtsberechtigung der Anbieter konkurrieren soll. Das Leitbild öffentlich-rechtlich getragenen und verantworteten Rundfunks könnte als Ausstrahlungshindernis sogar dann dienen, wenn die Landeszentrale nicht Inhaberin des Rundfunkgrundrechts aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV wäre⁴⁹. Mit der Anerkennung eines solchen Leitbildes wird konstatiert, dass jedenfalls der vom öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV geprägte Rundfunk der Landeszentrale verfassungsrechtlich Qualitäten programmlicher Inhalte voraussetzt, um sie zum Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Programms machen zu können, wie sie in einem dualen Rundfunksystem für privaten Rundfunk nicht gefordert werden können.

Die Argumentation der Landeszentrale ist verblüffend einleuchtend, wobei sich einzig die Frage stellt, warum die materiell-rechtliche Funktion des

⁴⁸ BVerfGE 97, 298 (314).

⁴⁹ Insofern geht die Polemik von *Degenhart* „Ultimate Fighting Championship“, Bayerisches Rundfunkrecht und Grundgesetz, Rechtsgutachten 2010, S. 7 ff. fehl, der der Landeszentrale vorwirft, sie würde mit einer an Rezeptionsverweigerung grenzenden Beharrlichkeit die „extra radio“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu ignorieren versuchen.

öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalts nicht schon früher erkannt wurde. Möglicherweise wirkte der Schock der „extra-radio“-Entscheidung noch lange nach, gab es doch danach Stimmen aus der Politik, die sogar für eine Abschaffung des „nutzlos“ gewordenen Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV plädierten.

Freilich müssen auch Einwände gewärtigt werden. Es könnte auf die generalklauselartige Weite hingewiesen werden, mit der hier ein Tatbestand geschaffen wird, der Ausstrahlungsverbote neben denjenigen rechtfertigt, die das Jugendmedienschutzrecht vorsieht. Im Gegensatz zu den Unzulässigkeitstatbeständen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags ist aber zu berücksichtigen, dass ein solches Leitbild nicht bedeutet, dass die inkriminierten Formate überhaupt nicht ausgestrahlt werden können. Unter der Voraussetzung, dass sie jugendschutzrechtlich nicht zu beanstanden sind, verbleibt der private Rundfunk als Tribüne solcher Formate auch weiterhin. In Bayern allerdings, wo es nach Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV nur öffentlich-rechtlichen Rundfunk gibt, wären diese Formate nicht sendefähig. Diese Konsequenz ist durch die „extra radio“-Rechtsprechung nicht beseitigt, weil das Bundesverfassungsgericht bekanntlich Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV als Verfassungsbestimmung nicht beanstandet und das Wahlrecht der Länder bei der Einführung eines Rundfunkmodells (rein öffentlich-rechtlich oder dual) stets bejaht hat. Gleichheitsrechtliche Bedenken stellen sich nicht, weil der Gleichheitssatz nur vor dem jeweiligen Landesgesetzgeber gilt und föderalistisch begründete Unterschiede nicht auszuhebeln vermag.

In der in dieser Weise aufgeschlüsselten Rechtslage im Freistaat Bayern liegt auch durchaus Sinn, der nicht nur partikularrechtlich begründbar ist. Wenn gefragt wird, worin die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks besteht, so wird in der Regel nur die Grundversorgung genannt, die alle Bestandteile des verfassungsrechtlichen Rundfunkauftrags umfassen muss (Unterhaltung, Information, Bildung, Beratung). Grundversorgung muss aber, was bisher zu wenig gesehen wird, auch so gedeutet werden, dass auch ein gewisses Niveau der Sendungen garantiert wird; dass also

neben einem quantitativen auch ein qualitativer Standard eingehalten wird. Stimmt man dem zu, so ist ein Leitbild des „öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ nach der Bayerischen Verfassung nicht von der Hand zu weisen, auch wenn man mit der Einsetzung dieser Generalklausel selbstverständlich vorsichtig umzugehen hat. Auch sollten trotz des Vorrangs der Verfassung gegenüber einer einfachrechtlichen Staatsvertragsregelung nicht Tatbestände, die schon vom Jugendmedienschutz-Staatsvertrag besetzt sind, hier in anderem Kontext aufs Neue verwendet werden, um zusätzliche Ausstrahlungsverbote zu erreichen. Dies könnte den Freistaat Bayern in Loyalitätskonflikte gegenüber den anderen staatsvertraglichen Vertragspartnern bringen. Das Jugendschutzrecht möchte jugendschutzrelevante Inhalte gerade den Erwachsenen nicht vorenthalten, sondern hat die Segregation beider Rezipientengruppen zum Ziel. Jedenfalls wird das „Leitbild des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach der Bayerischen Verfassung“ in Zukunft noch weitere Ausformung benötigen, wobei eine deutliche Abgrenzung zu den jugendschutzrelevanten Bezugspunkten stattfinden muss, um die Überschneidungsfreiheit der neuen Argumentationsformen herzustellen.

bb) Vertrauensschutzfragen

Der Landeszentrale wird man darin zuzustimmen haben, dass der Widerruf der Genehmigung der Programmänderung als *actus contrarius* zu werten ist und deshalb auch der Genehmigungsbefugnis nach Art. 28 BayMG bedarf. Auch der Argumentation, dass wegen der überragenden Bedeutung des Rundfunks bei der Rücknahme oder dem Widerruf von Rundfunkzulassungen Vertrauensschutz allenfalls durch Einräumung einer entsprechenden Umstellungsfrist gewährt wird (vgl. dazu § 38 RStV, der dem Verwaltungsverfahrensgesetz als Spezialregelung vorgeht), ist nicht zu widersprechen, insbesondere, wenn dargelegt wird, dass bei der Beseitigung einer bloßen Programmänderungsgenehmigung nach Art. 28 BayMG noch weniger Vertrauensschutzgesichtspunkte am Platz sind als bei Rücknahme und Widerruf einer Sendegenehmigung.

cc) Grundrechtliche Problematik

Der ZUFFA-Streitkomplex wirft auch bedeutsame Grundrechtsfragen auf, die in der Rechtsprechung noch nicht voll geklärt sind. Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Die ZUFFA ist juristische Person des privaten Rechts, Grundrechte mit auch wirtschaftlichem Hintergrund wie Rundfunkfreiheit oder Berufsfreiheit können auf wirtschaftlich operierende Kooperationen Anwendung finden. Da die ZUFFA in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ihren Sitz hat, ist sie auch als „inländisch“ zu werten⁵⁰. Weitgehend ungeklärt ist aber das Problem rundfunkgrundrechtlichen Schutzes von Zulieferern, also von Produzenten, die nicht lizenzierte Anbieter nach bayerischem Medienrecht sind und damit nicht im Sinne der „extra radio“-Entscheidung als Veranstalter gelten. Das letztere Judikat hat ausdrücklich offen gelassen, „ob und in welchem Umfang weitere an dem arbeitsteiligen Vorgang der Veranstaltung von Rundfunk mittelbar oder unmittelbar Beteiligte den Schutz der Rundfunkfreiheit genießen“⁵¹. In seiner Judikatur zum Pressegrasso hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass alle Phasen der Pressetätigkeit, von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung, vom Grundrechtstatbestand der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst werden⁵². Das Bundesverfassungsgericht verlangt hier aber, dass die Hilfstätigkeit typischerweise pressebezogen ist, also in enger organisatorischer Bindung an die Presse erfolgt, für das Funktionieren einer freien Presse notwendig ist, und sich die staatliche Regulierung dieser Tätigkeit zugleich einschränkend auf die Meinungsfreiheit auswirkt. Analoges wird man aber von Produzenten wie

⁵⁰ Siehe hierzu *Jarass*, in *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2011, Art. 19 Rdnr. 23; zu den verschiedenen Varianten einer Begründung ausführlich *Gundel*, ZUM 2011, S. 881(882 ff.). Siehe jetzt auch BVerfG, ZUM 2011, S. 825 (831 Rn.79).

⁵¹ BVerfGE 97, 298 (311).

⁵² Siehe dazu BVerfGE 77, 346 (354); 91, 125 (134); 100, 313 (365).

der ZUFFA nicht ohne weiteres annehmen können; ihre Produktionstätigkeit könnte auch medienneutral zu sein, was nicht bedeuten soll, dass sie nicht auf den Empfang durch Rezipienten angelegt wäre. Aber ob diese durch Rundfunk, durch Film oder durch das Internet erreicht werden, wird möglicherweise nicht von der ZUFFA festgelegt, sondern erst durch den Rechteeerwerber, der über das mediale Transportmittel bestimmt, mit dem diese Formate dem Publikum zur Verfügung gestellt werden. Es müsste zuerst festgestellt werden, dass die Zuliefertätigkeit der ZUFFA typischerweise rundfunkbezogen ist und in enger organisatorischer Anbindung an den Rundfunk erfolgt. Möglichweise stehen aber auch Telemedien im Vordergrund oder es wird mit vorrangig mit Trägermedien gearbeitet (DVDs, CDs u.a.). Dann würde eine Berufung auf die Rundfunkfreiheit für die ZUFFA im Verhältnis zur Landeszentrale mangels Grundrechtsträgerschaft ausscheiden; dies wäre nicht Folge einer Rezeptionsverweigerung gegenüber der „extra radio“-Rechtsprechung⁵³ oder Konsequenz einer Nichtanerkennung einer mittelbaren Grundrechtsgeltung. Vielmehr kann die Rundfunkfreiheit nicht Produktionstätigkeiten erfassen, von denen nicht wenigstens typischerweise anzunehmen ist, dass die jeweiligen Inhalte auf rundfunkmäßigem Wege verbreitet werden. Die Rundfunkfreiheit würde bei dieser Sachlage auch nicht dadurch für die ZUFFA aktiviert, dass das DSF die beanstandeten Formate zur Ausstrahlung gebracht hat; der Zusammenhang zwischen Produktion und Verbreitungsweg ist bei nicht spezifisch rundfunkbezogener Produktionstätigkeit mitnichten so stringent und notwendig, wie das vom Bundesverfassungsgericht in seiner Pressegrasso-Entscheidung verlangt wurde.

In Ermangelung genauerer Kenntnis der Wirtschaftstätigkeit der ZUFFA muss aber auch die Möglichkeit geprüft werden, dass sie organisatorisch so intensiv in den Prozess der Erstellung und Verbreitung von Rundfunk eingebunden ist, dass für sie in Analogie zur presserechtlichen Lage der

⁵³ Vgl. dazu bei Fn. 49.

Grundrechtsschutz aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in Betracht kommt⁵⁴. Betrachtet man sie also als potentielle Trägerin des Grundrechts der Rundfunkfreiheit, so darf nicht übersehen werden, dass dies keineswegs ihren unbegrenzten Zugang zum Rundfunksystem beinhaltet. Sie ist zwar geschützt gegen staatliche Eingriffe in ihre programmschöpferische und –schaffende Tätigkeit, gewinnt dadurch aber keine Durchgriffsmöglichkeit auf das Programm, die sie instand setzen würde, die Sendung der von ihr geschaffenen Inhalte zu erzwingen. Dies wäre allenfalls bei einem zugelassenen Anbieter denkbar. Eine gegenteilige Auffassung würde die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts negieren, wonach Rundfunkausstrahlung durch Private einer positiven rechtlichen Ordnung bedarf, die insbesondere auch die Einführung eines Genehmigungsvorbehalts für private Sendetätigkeit beinhaltet⁵⁵. Könnte durch einfachen zivilrechtlichen Vertrag mit einem zugelassenen Anbieter ein Sendeplatz quasi erworben werden und wäre ein einschlägiger Anspruch gegenüber der Landeszentrale durchsetzbar⁵⁶, so wäre damit die regulative Ordnung, der der Rundfunk im Gegensatz zur Presse unterworfen ist, in einem Zentralpunkt zur Unwirksamkeit verurteilt. Man muss daher in Konsequenz des Vorgetragenen davon ausgehen, dass die Verfassung für die von der ZUFFA beanstandeten Konstellation, in der auf Aufforderung der Landeszentrale ein zugelassener Anbieter eine ZUFFA-Produktion aus dem Programm nimmt, ein hoheitlicher Eingriff in das der ZUFFA möglicherweise zustehende Rundfunkgrundrecht ausscheidet. Vielmehr verbleibt es bei den zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen ZUFFA und DSF, die gegebenenfalls zum Schadensersatz berechtigen, aber keinen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf einen Sendeplatz statuieren.

Soweit die ZUFFA nicht rundfunkgrundrechtliche Absicherung im oben beschriebenen Umfang für sich in Anspruch nehmen kann, ist ihr Schutz

⁵⁴ Siehe hierzu BVerfG (Kammer), DVBl 2011, S. 161, Tz.14.

⁵⁵ Siehe dazu BVerfGE 57, 295 (322 ff., 326); 73,118 (182).

⁵⁶ Siehe dazu *Gundel*, ZUM 2011, S. 881 (886)

durch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu überprüfen. Sie ist dann nicht in den Prozess der Erstellung und Verbreitung von Rundfunk organisatorisch einbezogen, so dass für sie die andernorts heiß diskutierte Frage irrelevant ist, ob das Rundfunkgrundrecht auch die berufliche Seite des Rundfunkbetriebs abdeckt oder Art. 12 Abs. 1 GG daneben zur Anwendung kommt⁵⁷. Ein Eingriff in das Berufsgrundrecht der ZUFFA ist könnte darin gesehen werden, dass sie die Verwertung ihrer Produkte durch Lizenzierung von Fernsehübertragungen durch das Deutsche SportFernsehen nicht mehr nutzen kann. Auch der Verlust des Werbeeffekts, der für die bislang in Europa nur wenig bekannten Sportarten durch Ausstrahlung der beanstandenden Formate ausging, kann möglicherweise berufsgrundrechtliche Qualität besitzen.

Ein Eingriff in das Berufsgrundrecht scheidet auch nicht schon deshalb aus, weil es sich um einen „mittelbaren“ Eingriff handelt; nach der Fallkonstellation war Adressat des von der Landeszentrale erlassenen Bescheides zwar das DSF, nicht die ZUFFA, die nur mittelbar durch die Herausnahme der beanstandeten Formate in ihrem Berufsfeld betroffen wurde. In der Rechtsprechung ist aber anerkannt, dass auch so genannte mittelbare Eingriffe, die nicht final auf den Betroffenen gerichtet sind, jedoch für ihn Nachteile nach sich ziehen, vom Grundrechtsschutz erfasst werden. Die grundsätzlich gewährleistete Abwehrfunktion der Grundrechte kann nicht von der Art der Beeinträchtigung abhängen. Allerdings sind Einschränkungen notwendig, um nicht eine endlose Kette von Grundrechtsverletzungen durch mittelbare Betroffenheit zu produzieren⁵⁸. So sind mittelbare Eingriffe, die durch imperatives Verhalten staatlicher Stellen ausgelöst wurden, von solchen abzugrenzen, die jeder finalen Steuerung entbehren. Weiterhin ist Voraussetzung, dass die Grundrechtsauswirkungen mittelbarer Art nicht ganz geringfügig sind, also den

⁵⁷ Siehe hierzu näher unter 2.b; weiterhin I. Abschnitt, Teil XIII 2.c.

⁵⁸ Siehe zum Ganzen *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Vor Art. 1 Rdnr. 83 ff.

Bagatellgrad übersteigen. Damit sind Maßstäbe gewonnen, die verhindern, dass Grundrechtsverletzungen ad infinitum anerkannt werden müssen⁵⁹.

Für das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht aber ein zusätzliches Abgrenzungskriterium herausgearbeitet, das in der „berufsregelnden Tendenz“ der jeweiligen Eingriffsmaßnahme besteht. Diese Tendenz muss nur objektiv vorliegen; ein subjektiver Tatbestand ist nicht notwendig. Bei der von der Landeszentrale vorgenommenen Maßnahme handelt es sich aber sicherlich nicht um einen Akt mit berufsregelnder Tendenz, nicht einmal dann, wenn man die objektive Auswirkung genügen lässt. Der Beruf der ZUFFA stand in keiner Weise im Mittelpunkt. Die Landeszentrale wäre auch in keiner Weise anordnungsbefugt, wenn es sich um die berufliche Betätigung der ZUFFA handeln würde. Die Landeszentrale hat vielmehr nur programmliche Aufgaben und Kompetenzen; nach ihrer Vorstellung musste sie gegenüber den beanstandeten Formaten das „Leitbild des verantwortungsvollen öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ durchsetzen. Dabei spielte keine Rolle, ob dieses Leitbild durch Produktionen gefährdet war, die in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit (also in Gewinnerzielungsabsicht) gefertigt wurden oder ob, wie dies ja im Rundfunk ohne weiteres vorstellbar ist, nicht auf Gewinnerzielung gerichtete Äußerungen (etwa im Rahmen einer politischen Diskussion, einer Dokumentation) programmlich beanstandet werden mussten. Die bloße (mittelbare) Auswirkung auf das Grundrecht der Berufsfreiheit, die sonst für die Annahme einer Grundrechtsverletzung genügen mag, wenn diese sich nicht nur im Bagatellbereich bewegt, ist also hier nicht ausreichend, so dass auch eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit zu verneinen ist.

Soweit auch das Grundrecht der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit in die Waagschale geworfen werden sollte (Art. 2 Abs. 1 GG), ist speziell für dieses Grundrecht auf dessen weit gezogene Schranken hinzuweisen.

⁵⁹ Vgl. dazu *Sachs*, ebd., Rdnr. 80, 89, 92.

Seit dem Elfes-Urteil⁶⁰ ist anerkannt, dass das Grundrecht durch jede im ordnungsgemäßen Verfahren ergangene gesetzliche Regelung eingeschränkt werden kann, soweit diese nicht die dem Gesetzgeber gezogenen Schranken-Schranken bei der Ausnutzung von Gesetzesvorbehalten verletzt, wobei neben Art. 19 Abs. 1 und 2 GG insbesondere die Einhaltung des Gebots der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung ist. Als die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG beschränkende Gesetzesregelungen wirken im vorliegenden Zusammenhang die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung über die Zulassung von Drittklagen; während der Adressat einer belastenden Maßnahme der Zweiten Gewalt kraft der so genannten Adressatentheorie⁶¹ ohne weiteres befugt erscheint, eine Verletzung in eigenen Rechten durch den angegriffenen Akt geltend zu machen, hat das Verwaltungsprozessrecht die Beschwerdemöglichkeiten Dritter gegen nicht an sie gerichtete hoheitliche Maßnahmen auf die Fälle beschränkt, in denen die Verletzung drittschützender Normen behauptet werden kann. Wie aber das Verwaltungsgericht München⁶² zu Recht eingehend darlegt, sind bei Anlegung der sogenannten Schutznormtheorie weder dem Bayerischen Mediengesetz noch der Fernsehsatzung drittschützende Normen zugunsten von Zulieferern zu entnehmen. Nach dieser Theorie liegt eine drittschützende Norm nur dann vor, wenn sie den Betroffenen nicht nur reflexartig begünstigt, sondern zumindest auch seinem Schutz zu dienen bestimmt ist. Dies kann aber weder von Art. 28 BayMG in Verbindung mit Art. 24 BayMG noch von § 26 FSS behauptet werden. Beide Vorschriften dienen ersichtlich ausschließlich der Durchsetzung öffentlicher Interessen, nicht aber der Interessen konkurrierender Anbieter oder Zulieferer.

⁶⁰ BVerfGE 6, 32.

⁶¹ *Eyermann*, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 42 Rdnr. 88.

⁶² Entscheidung vom 15.6.2010 (M 17 S 10.1437), Umdruck S. 11 ff.

2. Die Entscheidung im Fall C.A.M.P. TV

a) Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 15. April 2010⁶³

Die Frage eines Genehmigungs“widerrufs“ stand auch im Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 15. April 2010 zur Debatte. Der klagenden C.A.M.P.-Fernsehgesellschaft mbH oblag die Ausstrahlung des landesweiten Fernsehfensters in den Programmen RTL Television und SAT 1. Die erstmalig für diese Fernsehfensterstruktur zum 7. April 1995 erteilte Genehmigung wurde durch Bescheid der Landeszentrale vom 27. Mai 2002 bis zum 30. September 2010 verlängert. Im Verlängerungsbescheid wird ausdrücklich festgestellt, dass es keine wichtigen Gründe gebe, die einer Verlängerung der Genehmigung entgegenstünden; es bestehe eine positive Prognose, auch wenn die Anbieter in der Vergangenheit auf Verstöße gegen das Schleichverbot hingewiesen worden seien. An der klagenden Fernsehgesellschaft waren zwei Teilhaber zu je 50% beteiligt. Der eine Gesellschafter verstarb am 26. November 2008 bei einem Terroranschlag im indischen Mumbai. Die Gesellschaft teilte mit Gesellschafterbeschluss vom 30. Dezember 2008 den Erben des verstorbenen Teilhabers die vertragsmäßige Einziehung der Geschäftsanteile des Teilhabers mit, die zur Erhöhung der Anteile der bisherigen Gesellschafter führe. Der verbliebene Teilhaber übertrug im Wege der Schenkung einen Gesellschaftsanteil von 10,4% an seine Ehefrau. In der Presse wurde im Mai 2009 auf die Gewährung von Darlehen an den früheren Medienratsvorsitzenden durch die damaligen Gesellschafter der C.A.M.P. TV hingewiesen. Auch wurde im Mai 2009 über einen Anfangsverdacht bezüglich Schleichwerbung im Programm von C.A.M.P. TV ermittelt. Die Landeszentrale stand ursprünglich wohl einer Fortführung der Anbieter Tätigkeit bei Änderung der Gesellschafterstruktur oder durch eine neu zu gründende Gesellschaft unter Beteiligung des Altgesellschafters neben anderen Gesellschaftern nicht ablehnend ge-

⁶³ M 17 K 09.2619.

genüber. Nach Bekanntwerden der oben angeführten Tatsachen stellten Grundsatzausschuss und Fernsehausschuss des Medienrats in einer gemeinsamen Sitzung am 14. Mai 2009 fest, dass die Gesellschafterstruktur von C.A.M.P. TV durch den Tod des Altgesellschafters unter Gesichtspunkten der Meinungsvielfalt defizitär geworden sei; sie bedürfe einer Beteiligung neuer Meinungsgeber. Wegen der nicht aufgeklärten aktuellen Schleichwerbungsvorwürfe sahen sich die Gremien auch nicht in der Lage, eine positive Prognose im Sinn von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayMG abzugeben. Die beiden Ausschüsse empfahlen dem Medienrat, dem Antrag der C.A.M.P. TV auf Fortsetzung der Anbietertätigkeit nicht zuzustimmen. Der Medienrat übernahm diese Beschlussempfehlung in seiner Sitzung vom 14. Mai 2009 einstimmig.

Die Landeszentrale widerrief daraufhin mit Bescheid vom 18. Mai 2009 die mit Bescheid vom 27. Mai 2002 verlängerte Genehmigung zur Gestaltung eines landesweiten Fernsehfensters zum 25. Oktober 2009⁶⁴ 24:00 Uhr. Die Landeszentrale berief sich dabei auf Art. 16 Abs. 1 Satz 1, Art. 25 Abs. 1 Satz 1 BayMG und § 24 Abs. 1 Satz 2 der Fernsehsatzung (FSS) vom 18. Dezember 2003, zuletzt geändert durch Satzung vom 14. Juli 2008. Als Begründung für den Widerruf wurde auf die Änderung der Beteiligungsverhältnisse der klagenden C.A.M.P. TV Fernsehgesellschaft mbH und auf den in Art. 24 BayMG verankerten Grundsatz des Rundfunkrechts hingewiesen, wonach eine Rundfunkgenehmigung höchstpersönlich ergehe. Außer den genannten Gründen wurde auch eine unklare Vermischung der Gesellschaftstätigkeit mit Immobiliengeschäften genannt.

Unter dem 18. Mai 2009⁶⁵ schrieb die Landeszentrale die Sendezeitanteile der C.A.M.P. TV Fernsehgesellschaft mbH am Programm Bayernjournal neu aus.

⁶⁴ Der Urteilsdruck schreibt irrtümlicherweise 2005 (S. 6).

⁶⁵ Der Urteilsdruck schreibt wiederum die falsche Jahreszahl 2005 (S. 7).

Die Klägerin wandte gegen den Bescheid vom 18. Mai 2009 unter anderem ein, ein Widerruf einer Genehmigung sei nach Art. 26 Abs. 5 BayMG nur dann zulässig, wenn und soweit Voraussetzungen gemäß Abs. 1 Satz 1 entfallen seien und auch nicht durch Anordnungen nach Art. 26 BayMG sichergestellt werden könnten. Die Landeszentrale habe aber nicht versucht, durch andere, mildere Maßnahmen das Anbieterverhalten zu steuern. Angesichts einer 25-jährigen aktiven Sendetätigkeit und erheblicher Investitionen seien Gesichtspunkte einer Besitzstandswahrung und des Vertrauensschutzes nicht beachtet worden, so dass sich der Widerruf auch als ermessensfehlerhaft darstelle.

Am 15. Oktober 2009 beschloss der Medienrat über die Neuorganisation des bayernweiten Fernsehfensters in den Programmen RTL und SAT 1. Die Klägerin kam dabei nicht zum Zuge, auch nicht in einer neuen gesellschaftlichen Formation, die sie eingegangen war.

Das Verwaltungsgericht hat zu Recht die zulässige Klage als unbegründet behandelt und der Klägerin den Anspruch auf Fortsetzung ihrer Anbietertätigkeit über den 25. Oktober 2009⁶⁶ 24:00 Uhr hinaus verweigert.

Das Gericht verweist auf Art. 16 Abs. 1 Satz 1, 25 Abs. 1 Satz 1 BayMG sowie die Vorschriften der Fernsehsetzung, die die Landeszentrale in Ausübung ihrer Programmverantwortung als öffentlich-rechtliche Trägerin des von ihr veranstalteten Rundfunks nach Art. 23 Abs. 12 BayMG erlassen hat. In dieser Satzung hat sie Fragen des Genehmigungsvorgangs und der Genehmigungswirkung näher geregelt. In § 24 Abs. 1 Satz 1 FSS wird festgelegt, dass die Übertragung von Rechten aus der Genehmigung auf einen anderen nur durch Entscheidung der Landeszentrale bewirkt werden kann. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass medienrechtliche Genehmigungen und Zulassungen höchstpersönlich sind, weil bei der Auswahl von Bewerbern vorrangig auf persönliche Merkmale und Fähigkeiten abgestellt wird. Die Anbieterstellung kann ohne Zustimmung der

⁶⁶ Hier nennt der Urteilsumdruck das richtige Datum (Umdruck S. 14).

Landeszentrale weder durch Einzel- noch durch Gesamtrechtsnachfolge erworben werden⁶⁷. Auch die Beteiligungsverhältnisse in einer juristischen Person des privaten Rechts (GmbH) bleiben daher nicht ohne Auswirkung auf die Sendeberechtigung, mag die juristische Person auch nach allgemeinen Rechtsregeln in ihrer Existenz von den an ihr beteiligten natürlichen Personen unabhängig sein. Demgemäß bestimmt § 24 Abs. 1 Satz 2 FSS, dass bei jeder Änderung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse eine Genehmigung der Landeszentrale erforderlich ist; bei Änderungen um weniger als 50% ist die Genehmigung für den Fall des Vorliegens der im Gesetz genannten Voraussetzungen auszusprechen. Dazu gehört die Absicherung der Meinungsvielfalt und der -ausgewogenheit der Gesamtheit der Programme und der Kontinuität des Gesamtprogramms und des Sendebetriebs.

Nur in Einzelfällen kann die Landeszentrale bei Änderungen um 50% und mehr der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse eines Anbieters auf eine Neuausschreibung der Sendezeit oder des Sendezeitanteils verzichten. Dies ist dann zulässig, wenn die Fortführung der Anbietertätigkeit, insbesondere wegen der wirtschaftlichen und programmlichen Rahmenbedingungen, der Aufrechterhaltung des Sendebetriebs dient. Im Fall der C.A.M.P. TV Fernsehgesellschaft mbH ist durch den Tod des einen Teilhabers eine Änderung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse um 50% eingetreten. Damit haben sich die Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse wesentlich verändert; die Fortsetzung der Anbietertätigkeit bedurfte ab diesem Zeitpunkt der Genehmigung der Landeszentrale nach § 24 Abs. 1 Satz 2 FSS. Es lag kein Widerrufsfall nach Art. 26 Abs. 5 BayMG vor; die Voraussetzungen dieser Vorschriften mussten also nicht beachtet werden. Vielmehr hat die Landeszentrale die durch den Tod des einen Teilhabers notwendig gewordene Genehmigung der Fortsetzung der Anbietertätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 FSS nicht erteilt; die Genehmigung ist

⁶⁷ Vgl. dazu *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 26 (2011) Rdnr. 97.

daher aus sich heraus hinfällig geworden. Die Tenorierung als „Widerruf“ im Bescheid vom 18.5.2009 war daher nicht zutreffend. Das Gericht versäumt aber nicht zu betonen, dass die Begründung eindeutig feststelle, dass nicht nach Art. 26 Abs. 5 BayMG vorgegangen werde, sondern nach § 24 Abs. 1 Satz 1 und 3 FSS. Die Berufung der Klägerin auf § 25 Abs. 3 FSS (Anzeigepflicht hinsichtlich der Änderung von Sachverhalten und Rechtsbeziehungen; Zulässigkeit des Vollzugs einer Änderung, wenn die Landeszentrale hier nicht innerhalb einer Frist von vier Wochen widerspricht) greift im vorliegenden Fall nicht; § 25 Abs. 2 Satz 3 FSS lässt ausdrücklich die nach dem Bayerischen Mediengesetz und nach § 24 Abs. 1 Satz 3 FSS bestehenden Genehmigungspflichten unberührt.

Das Gericht bewertet die Ermessensentscheidung der Landeszentrale zu Recht als fehlerfrei, da nach § 24 Abs. 1 Satz 3 FSS regelmäßig die Fortsetzung einer Anbietertätigkeit nicht genehmigt wird. Bei einer Gesellschafterstruktur mit einem Anteil des Hauptgesellschafters von 89,6% durfte die Landeszentrale davon ausgehen, dass Meinungsvielfalt nicht gesichert ist, außerdem sprachen wirtschaftliche und programmliche Umstände sowie die Intransparenz des Gesellschaftsverhaltens im Hinblick auf die implizierten Immobiliengeschäfte gegen eine Weitergenehmigung der Sendetätigkeit. Eine Unverhältnismäßigkeit des Bescheids ist nicht ersichtlich, zumal die ursprünglich auf acht Jahre erteilte Lizenz ohnehin bis auf ein Jahr abgelaufen war und die Klägerin sich chancengleich an der Neuausschreibung beteiligen konnte. Durch die Befristung bis zum 25. Oktober 2009 hatte sie auch Möglichkeiten zur Abwicklung, so dass sie den finanziellen Schaden auf diese Weise reduzieren konnte.

Zu Recht weist das Gericht auch Unterstellungen der Klägerin zurück, die im Bescheid angegebenen Gründe seien nur vorgeschoben. Das Gericht überprüft einen angefochtenen Verwaltungsakt auf seine Vereinbarkeit mit dem Gesetz, auf richtige Anwendung der genannten Rechtsgrundlagen, auf Eingriffe in Rechte der Klägerin und, im konkreten Fall, auf Beachtung etwaiger Ansprüche auf Genehmigung einer Fortsetzung der Anbietertätigkeit. Die Motive der Medienratsmitglieder bei ihrer Entschei-

derung sind nicht Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung. Sachwidrigkeit ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Enttäuschung der Klägerin, nunmehr die Früchte ihrer Aufbauarbeit nicht genießen zu können, ist rechtlich nicht relevant, sondern Teil ihres unternehmerischen Risikos.

**b) Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom
13. April 2011⁶⁸**

Der Verwaltungsgerichtshof wies die Berufung in vollem Umfang zurück. Die vorzeitige Beendigung der genehmigten Anbietertätigkeit infolge Änderung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse der Klägerin verstößt nicht gegen das Bayerische Mediengesetz; sie ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und von Ermessensfehlern frei. Rechtsgrundlage ist § 24 Abs. 1 Satz 3 FSS. Bei einer Änderung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse eines Anbieters um 50% oder mehr verlangt die Vorschrift im Regelfall eine Neuausschreibung der Anbietertätigkeit; nur ausnahmsweise kann eine Genehmigung der Fortsetzung der Anbietertätigkeit auch trotz geänderter Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse gestattet werden. Die Vorschrift wird vom Verwaltungsgerichtshof als Widerrufsvorbehalt und damit als inhaltliche Nebenbestimmung zur Genehmigung der Anbietertätigkeit gedeutet, eine etwas merkwürdige Qualifizierung, weil klassischerweise Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt, darunter auch der Vorbehalt des Widerrufs, administrativ angeordnet werden (vgl. dazu Art. 36 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 BayVwVfG) und sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Der Verwaltungsgerichtshof geht weiter auf § 24 Abs. 1 Satz 3 FSS ein, dessen rechtliche Grundlage in Art. 25 Abs. 13 BayMG zu finden ist, wonach die Landeszentrale Einheiten des Verfahrens, Fragen der Programmorganisation, des Inhalts der Genehmigungen sowie der einzubringenden Angebote durch Satzung regeln kann. Der Gerichtshof bestätigt das Recht des Gesetzgebers, der

⁶⁸ 7 BV 10.1855.

Landeszentrale als Anstalt des öffentlichen Rechts die Befugnis zur autonomen Rechtsetzung innerhalb des Rahmens zu verleihen, der durch die gesetzlichen Aufgaben der Beklagten bestimmt wird. In deutlichem Gegensatz zur Entscheidung desselben Senats zur Gewinnspielsatzung vom 28. Oktober 2009⁶⁹ formuliert der Senat, die Bestimmtheitsanforderungen, die für die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen gelten, seien an die gesetzliche Erteilung von Satzungsbefugnissen wegen des von vorneherein begrenzten Regelungsbereichs nicht in gleicher Weise zu stellen⁷⁰. Der Senat bezieht sich hierbei auf die Grundlagenentscheidung des Verfassungsgerichtshofs zum bayerischen Medienmodell⁷¹. Die Entscheidung zur Gewinnspielsatzung mit ihrem ganz andersartigen Ansatz erwähnt er nicht⁷². Der Verwaltungsgerichtshof stellt fest, dass das Bayerische Mediengesetz insoweit ausreichende Vorgaben enthalte.

Der Gerichtshof geht dann näher auf die Bedeutung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse für die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit ein. Dabei werden Kernaussagen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Rundfunkgrundrecht genannt; unter anderem auch, dass das Grundgesetz kein bestimmtes Modell für

⁶⁹ 7 N 09.1377, Umdruck Rdnr. 44 (vgl. dazu unter I. Abschnitt, Teil III.).

⁷⁰ Umdruck Rdnr. 26.

⁷¹ VerfGH 39, 96 (161).

⁷² Vgl. hierzu die Entscheidung vom 28. Oktober 2009, ebd.: „... Die vergleichsweise schmale verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage des anstaltlichen Normgebers hat allerdings zur Folge, dass dessen Regelungsspielraum deutlich geringer sein muss als der eines mitgliederschaftlich verfassten Selbstverwaltungsträgers mit echter Satzungsautonomie. Ungeachtet der missverständlichen Bezeichnung als „Satzung“ besteht hier daher eine ähnlich enge Bindung an die Vorgaben des Parlamentsgesetzgebers wie beim Erlass gesetzesausfüllender Rechtsverordnungen durch staatliche Behörden (vgl. dazu *Lindner*, in: *Lindner/Möstl/Wolff*, Bayerische Verfassung, 2009, Rdnr. 36 zu Art. 55)...“. Siehe hierzu auch näher unter Teil III (im Anschluss).

die Ausgestaltung der Rundfunkordnung vorschreibe⁷³. Der Gesetzgeber muss aber sicherstellen, dass der Rundfunk innerhalb des gewählten Organisationsrahmens nicht einzelnen Gesellschaftsgruppen ausgeliefert wird.

Nach dem vom Gesetzgeber geschaffenen bayerischen Rundfunkmodell ist der Landeszentrale die Aufgabe übertragen, Meinungsvielfalt zu sichern, die Beteiligung neuer Anbieter möglich zu machen und vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern. Dem kommt die Landeszentrale dadurch nach, dass sie im Genehmigungsverfahren auch die Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse einer als Bewerber um eine Lizenz auftretenden juristischen Person überprüft. Meinungsvielfalt lässt sich nach der bayerischen Rundfunkkonstruktion durch die Landeszentrale nur durch plurale Zusammensetzung eines Anbieters, durch Anbietergemeinschaften oder durch eine Vielzahl verschiedener Anbieter sichern. Das Prinzip der Meinungsvielfalt ist ein sachgerechtes, ja besonders wichtiges Kriterium, um Bewerber um eine Rundfunklizenz zu bewerten.

Aus diesen Überlegungen folgt auch die höchstpersönliche Natur einer Rundfunklizenz; die rundfunkrechtliche Genehmigung ist an die Person des Anbieters geknüpft und kann von diesem nicht im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge auf Dritte übertragen werden. Personelle Veränderungen, die nicht von vorneherein unbedenklich sind, stehen, wie bereits erwähnt, unter dem Vorbehalt des Widerrufs; der Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auch auf die für bundesweit verbreitetes Fernsehen geltende Widerrufsregelung (§ 29 Satz 4 RStV).

Der Verwaltungsgerichtshof spricht die angegriffene Entscheidung der Landeszentrale auch von Ermessensfehlern frei; das Defizit an Meinungsvielfalt bei der Klägerin sei durch die Veränderung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse eklatant geworden, zumal sie auch den Mangel aufwies, nur noch aus zwei Anbietern zu bestehen. Unter diesen Um-

⁷³ Vgl. dazu BVerfGE 83, 238 (295 f.).

ständen war es nicht fehlerhaft, von der ursprünglichen Absicht abzugehen, einer unter Beteiligung der Klägerin neu gebildeten Anbietergesellschaft die Genehmigung zur Fortsetzung der Anbietertätigkeit zu „übertragen“ oder (ohne Ausschreibung) neu zu erteilen. Den Antrag der Klägerin vom 15. Januar 2009, ihre Anbietertätigkeit bis zum 30. Dezember 2010 fortsetzen zu dürfen, konnte die Landeszentrale zulässigerweise ablehnen; die Neuausschreibung des landesweiten Fernsehfensters wird vom Gerichtshof zu Recht nicht beanstandet. Das Grundrecht wird in seinen Schranken skizziert; diese finden sich in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 111a Abs. 1 Sätze 2 bis 6 BV. Darüber hinaus ist der Rundfunkfreiheit die Bindung an die allgemeinen Gesetze immanent⁷⁴. Die in der Verfassung wie auch im Bayerischen Mediengesetz enthaltenen Ausgestaltungsbestimmungen sieht das Gericht als gewahrt an. Die Klägerin konnte angesichts der zeitlichen Befristung der ihr erteilten Genehmigung und der Möglichkeit, dass bei wichtigem Grund Sendezeit neu verteilt werden könne, nicht auf ihre dauerhafte Beteiligung am Rundfunk der Landeszentrale vertrauen.

Nicht zu akzeptieren ist dagegen, dass der Verwaltungsgerichtshof das Grundrecht auf Berufsfreiheit als Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit im Sinn von Art. 101 BV einer selbstständigen (wenn auch kurzen) Prüfung unterzieht; würde durch Medienrecht das Berufsgrundrecht berührt, so könnte die medienrechtliche Genehmigung nach dem Bayerischen Mediengesetz unter dem Aspekt des Gewerberechts gesehen werden, was dazu führen würde, dass sie wie auch andere einschlägige landesrechtliche Regelungen (die aber vom Bundesverfassungsgericht als Ausgestaltungsregelungen ausdrücklich gefordert werden⁷⁵) unter dem Aspekt erschöpfender bundesrechtlicher Ausnutzung der Wirtschaftskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für unzulässig gehalten

⁷⁴ Berufung auf VerfGH BayVBl. 2004, S. 621 f.

⁷⁵ Vgl. dazu BVerfGE 57, 295 (324 ff.).

werden könnte. Die berufliche Seite der Tätigkeit von Medienunternehmen wird von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, nicht von Art. 12 GG geschützt⁷⁶.

Ermessensmängel, die die Klägerin darauf stützt, die im Bescheid genannten Gründe seien nur „vorgeschoben“, werden vom Verwaltungsgerichtshof nicht als durchschlagend angesehen; mit der Ausschreibung hat die Landeszentrale jedenfalls rechtmäßig gehandelt, mochte die Klägerin auch zuerst auf eine interne Regelung hoffen.

⁷⁶ Siehe hierzu auch I. Abschnitt Teil XIII 2c..

Teil III:

Die Gewinnspielsatzung

Eine wenig überzeugende Neuorientierung: Die Normenkontrollentscheidung zur Gewinnspielsatzung (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 28.10.2009 – 7 N 09.1377)⁷⁷

Die Normenkontrollentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 28.10.2009 betrifft die Gewinnspielsatzung der Landeszentrale vom 11.12.2008⁷⁸, die auf § 46 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 8a und § 58 Abs. 4 RStV gestützt ist und die auf dieser Grundlage von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien in Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechts erlassen wurde. Der Verwaltungsgerichtshof bejaht zu Recht den landesrechtlichen Charakter der Gewinnspielsatzung, auch wenn diese abgestimmt mit den anderen Landesmedienanstalten und auf der Basis eines Staatsvertrags erging. Sie wurde aber durch Zustimmung des Bayerischen Landtags (Art. 72 Abs. 2 BV) in bayerisches Landesrecht transformiert. Dieses Ergebnis ist zwingend, so dass einleitende Bedenken des Verwaltungsgerichtshofs betreffend das länderübergreifende Aufstellungsverfahren und die angeblich auf eine „interföderale Normgebung“ hindeutende Bezeichnung („Satzung der Landesmedienanstalten“) eher verwundern. Für eine Gesetzgebung der „Dritten Ebene“, die unmittelbare Wirksamkeit besäße, und eine gemeinsame Satzungsgebung der Landesmedienanstalten ist in unserem Rechtssystem kein Platz. Jede Landesmedienanstalt erlässt für sich die entsprechende Satzung, wenn auch in Abstimmung und Abgleich mit den anderen. Die bekannte Frage, ob Föderalismus nicht auch eine Pflicht zur „Uneinigkeit“

⁷⁷ DÖV 2010, S. 326 ff.

⁷⁸ Bayerischer Staatsanzeiger Nr. 1 vom 2. Januar 2009; in Kraft getreten am 23. Februar 2009.

impliziert⁷⁹, ist nicht erst beim Satzungserlass, sondern schon bei der zugrundeliegenden staatsvertraglichen Regelung zu stellen und dort auch weniger bei der Ermächtigung zum gemeinschaftlichen Richtlinien- oder Satzungserlass, sondern bei der mit dem Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag weitgehend vollendeten Zentralisierung des Zulassungs- und Aufsichtsverfahrens betreffs bundesweit verbreiteten Rundfunks (vgl. die hier wirkenden, nur formal als Organ der zuständigen Landesmedienanstalt auftretenden, im Grunde zentralistischen Kommissionen „KEK“ [Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich], „KJM“ [Kommission für Jugendmedienschutz], „ZAK“ [Kommission für Zulassung und Aufsicht] und „GVK“ [Gremienvorsitzendenkonferenz])⁸⁰.

Der Verwaltungsgerichtshof prüft nach Bejahung der Antragsberechtigung des klagenden Fernsehunternehmens, die sich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Rundfunkfreiheit) und Art. 12 GG (Berufsfreiheit) ohne Weiteres ergeben soll, ob die Satzung auf einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Normsetzungsermächtigung beruht und in einem ordnungsgemäßen Verfahren erlassen worden ist. Die Ermächtigung ist zwar in § 46 Satz 1 RStV unbezweifelbar vorhanden; die Art der Fragestellung gibt gleichwohl zu Zweifeln Anlass. Sie überträgt nämlich eine Problematik, die das Grundgesetz ausschließlich für Rechtsverordnungen statuiert hat (vgl. Art. 80 Abs. 1 GG), auf die zweite Form von administrativen Rechtsetzungsakten, nämlich die Satzung. Dass die Bestimmung des Art. 80 Abs. 1 GG nicht für Satzungen von Selbstverwaltungsträgern gelten kann, ist schon dem Wortlaut zu entnehmen, der für eine Verfassungsnorm sehr präzise die Intention, die Vorgaben, aber auch die Grenzen des in Art. 80 GG institutionalisierten Rechts abgeleiteter Normset-

⁷⁹ Siehe dazu *Maunz*, NJW 1962, S. 1641 ff.

⁸⁰ Vgl. hierzu *Stettner*, „Good bye Pluralismus, good bye Föderalismus?“ – Der private Rundfunk und seine Aufsichtsstruktur nach dem Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, in: *Pluralismus, Finanzierung und Konvergenz als Grundfragen des Rundfunkrechts*, Medienrechtliche Schriften, hrsg. von Fechner, Bd. 8, 2010, S. 9 ff.

zung durch Organe der Verwaltung bestimmt. Für die Satzungsgebung enthält das Grundgesetz keine Vorschrift von vergleichbarer Präzision; das Recht zur Satzungsgebung in Ausübung von Selbstverwaltungsangelegenheiten wird regelmäßig in Übertragung des Rechtsgedankens von Art. 28 Abs. 2 GG (kommunale Selbstverwaltungsgarantie) und des darin implizierten Rechts zur Satzungsgebung auf andere Selbstverwaltungsträger begründet.

Der Grund für die unterschiedliche Behandlung beider Typen administrativer Rechtsetzung liegt in den schlechten Erfahrungen, die dem Instrument der Rechtsverordnung anhaften (Recht zur gesetzesvertretenden Verordnung für die Reichsregierung seit dem Ermächtigungsgesetz vom März 1933) einerseits, im Glauben der Alliierten und der Schöpfer des Grundgesetzes an die positive Wirkung von Selbstverwaltung als Instrument zur Aktivierung des Bürgerwillens und als einer zusätzlichen Form von Gewaltenteilung andererseits. Die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Vorbehalt des Gesetzes hat allerdings dazu geführt, dass auch wesentliche Maßnahmen, die durch Satzung angeordnet werden, einer Grundlage in einem Parlamentsgesetz bedürfen⁸¹, so dass auch die Satzung regelmäßig einen parlamentarischen Rechtsakt benötigt, weil sie ohne Grundrechtseingriffe nicht auskommt und grundrechtstangierende Maßnahmen einen Hauptfall „wesentlicher“ Entscheidungen im staatlichen Raum darstellen. Deswegen ist aber noch lange nicht eine Identität von Verordnung und Satzung erreicht.

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zur kompetenziellen Grundlage der Gewinnspielsatzung (§ 8a RStV) sind zu unterstützen; bei der genannten Norm des Rundfunkstaatsvertrags handelt es sich um eine spezifisch rundfunkrechtliche Regelung, keine die dem allgemeinen Verbraucherschutz unterfallen würde; dasselbe gilt dann auch für die Konkretisierung von § 8a RStV durch Satzungen oder Richtlinien. Schon der Charakter der einschlägigen Regelungen als Sondervorschriften für Ge-

⁸¹ Vgl. dazu BVerfGE 33, 1 (1); 33, 125 (Strafgefangenenurteil; Facharzturteil).

winnspielsendungen und Gewinnspiele im Bereich des Rundfunks deutet auf eine Zuordnung zur Rundfunkkompetenz der Länder (Art. 30, 70 GG) hin⁸². Der Verwaltungsgerichtshof nimmt die endgültige kompetenzielle Einordnung auf Grund des unmittelbaren Programmbezugs der betreffenden Bestimmungen vor. Dies ist sicherlich eine akzeptable Vorgehensweise; der Gerichtshof hätte aber für die Zuordnung von Materien, die zu mehreren Titeln der Kompetenzkataloge Bezüge aufweisen, auch auf andere in Rechtsprechung und Literatur entwickelte Kriterien zurückgreifen können. So wäre auch die Zuordnung nach dem Schwerpunkt, nach der sonderrechtlichen, nicht nur allgemeinen Beziehung, nach der „konsequenten und kohärenten Zugehörigkeit“ oder nach dem „spezifischen Anknüpfungspunkt“ in Betracht gekommen⁸³. Der Verwaltungsgerichtshof weist zu Recht auch darauf hin, dass die reflexhafte Beeinträchtigung der betroffenen Medienunternehmen und ihrer wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten nichts an dem primär rundfunkrechtlichen Konnex ändert.

Der Senat erkennt darüber hinaus richtig⁸⁴, dass § 8a RStV eine legitimierende Grundsatzentscheidung enthält, wonach in der Vorschrift bezeichnete Gewinnspiele, selbst wenn es sich dabei um Glücksspiele handeln sollte, was nicht zuletzt von der Einsatzhöhe abhängt, keiner behördlichen Erlaubnis bedürfen. Strafrechtliche oder bußgeldrechtliche Verbote (§ 284 StGB, Art. 9 Abs. 1 Nr. 1 Ausführungsgesetz zum Glücksspielstaatsvertrag) sind unanwendbar. Spielesendungen waren zwar schon früher anerkannte Teile des Rundfunkprogramms (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 17 RStV), § 8a RStV legitimiert aber nunmehr Gewinnspiele in interaktiver Form (so genannte Call-in-Spiele), bei denen die Rückmeldungen vorrangig über Telefon erfolgen. Die gesetzgeberische Entscheidung für die Zulassung von Gewinnspielen im Rahmen von § 8a RStV wird durch die

⁸² Vgl. auch BVerfGE 12, 205 (229).

⁸³ Siehe hierzu statt vieler *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 420 ff. m.w.N.

⁸⁴ Rdnr. 31 (Umdruck S. 14).

Regelungen der Gewinnspielsatzung konkretisiert; die Satzungsbestimmungen werden vom Gericht zu Recht als Ausgestaltungs-, nicht als Eingriffsvorschriften qualifiziert.

Nicht recht verständlich ist allerdings die Einschätzung der Gewinnspiele als Erhöhung von Informationsangeboten⁸⁵. Es erscheint doch eindeutig zu sein, dass derartige Spiele ganz vorrangig der Unterhaltung dienen, wobei der Stimulus, einen der angepriesenen Gewinne zu erhalten, eine zentrale Rolle spielt. Ein Eingriffscharakter von § 8a RStV scheidet schon deshalb aus, weil die Vorschrift Gewinnspiele nicht als Gefahr ansieht, sondern sie nur „in Form bringt“, was vor allem auch aus der erlaubnisfreien Zulassung von Gewinnspielsendungen und Gewinnspielen resultiert. Weil die auf Minderjährige bezogenen Schutzbestimmungen nicht deren Schutz vor entwicklungsbeeinträchtigenden und entwicklungsgefährdenden Medieninhalten bezwecken, sondern nur deren alterstypische geschäftliche Unerfahrenheit zum Gegenstand haben, wird auch nicht die verfassungsrechtliche Schranke „Jugendschutz“ nach Art. 5 Abs. 2 GG realisiert. Wenn nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Minderjährigen generell die Teilnahme an Gewinnspielsendungen nicht gestattet wird und zumindest Minderjährigen unter 14 Jahren auch die Teilnahme an Gewinnspielen verboten ist, so liegt auch hier keine jugendschutzrechtliche Motivation des Satzungsgebers vor, sondern wiederum das Bestreben, alterstypische geschäftliche Unerfahrenheit nicht zu Ungunsten der betroffenen Minderjährigen wirksam werden zu lassen.

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage, ob der Rundfunkgesetzgeber in § 46 Satz 1 RStV die Bayerische Landeszentrale für neue Medien als zuständige Landesmedienanstalt ermächtigen durfte, zusätzliche Bestimmungen zur Durchführung von § 8a RStV zu erlassen,

⁸⁵ Vgl. VGH a.a.O., Rdnr. 32 (S. 3 des Umdrucks): „... Die darin“ (in den Gewinnspielen) „liegende Erweiterung des programmlichen und wirtschaftlichen Betätigungsfelds soll die Vielfalt des Informationsangebots erhöhen und damit die Rundfunkfreiheit sichern. ...“

treffen allerdings nicht in jeder Hinsicht die einschlägige verfassungs- und verwaltungsrechtliche Problematik.

Richtig erscheint allerdings zunächst, dass auf den Vorbehalt des Gesetzes hingewiesen wird, dem die gebotene rechtliche Ausgestaltung des Rundfunks zu folgen habe. Alle wesentlichen Entscheidungen, insbesondere über kollidierende Grundrechtspositionen und ihren Ausgleich, sind vom Landesparlament zu treffen und dürfen nicht der Exekutive überlassen werden. Das Gericht weist im Anschluss zu Recht darauf hin, dass der Rundfunkstaatsvertrag diese grundrechtswesentlichen Entscheidungen über die Zulassung von Gewinnspielsendungen und Gewinnspielen in ausreichendem Umfang enthält. Die danach noch erforderlichen Ausführungsbestimmungen sollen keine im Rundfunkstaatsvertrag bestehenden Lücken füllen, sondern – wie das Gericht formuliert – die Anwendungspraxis der „Medienaufsichtsbehörden“ (!) vereinheitlichen und verstetigen. Auch wenn sachlich an dieser Aussage nichts zu kritisieren ist, ist doch darauf hinzuweisen, dass die Landeszentrale nach geltendem Verfassungsrecht (Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV) nach wie vor Trägerin des von ihr veranstalteten Rundfunks und damit auch Grundrechtsinhaberin ist, nicht nur „Medienpolizei“, als die sie in der Diktion des Verwaltungsgerichtshofs erscheint⁸⁶.

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zur Geltung und Realisierung des Vorbehalts des Gesetzes für die wesentlichen Entscheidungen im Rundfunkbereich finden allerdings in den nachfolgenden Ausführun-

⁸⁶ Die Diktion des Verwaltungsgerichtshofs betreffs die Landeszentrale gibt in dieser Entscheidung auch an anderer Stelle zu Verwunderung Anlass; in Rdnr. 42 (Umdruck S. 18) wird sie als öffentlich-rechtlicher „Träger“ des privaten Rundfunks in Bayern bezeichnet, wobei die in dieser Weise gesetzten Führungszeichen wohl Zweifel des Gerichtshofs an dieser Eigenschaft ausdrücken sollen; in Rdnr. 43 (Umdruck S. 19) erscheint der Ausdruck der „unabhängigen Aufsichtsbehörde“. Geht man davon aus, dass Behörden in einem bürokratischen Verwaltungsaufbau immer abhängige Staatsorgane darstellen, so begegnet hier auch ein begrifflicher Nonsens.

gen über die Satzungsgewalt der Landeszentrale keine konsequente Fortführung. Der Verwaltungsgerichtshof konstituiert ein Rechtsregime für Satzungen, das er in hohem Maße den für Rechtsverordnungen geltenden Regulierungen angleicht (vgl. Art. 80 GG) und bei dem er als Höhepunkt auch für den Satzungserlass zuständige Selbstverwaltungsorgane verlangt, die nach demokratischen Grundsätzen gebildet werden. Dies ist nun nicht einmal für die Rechtsverordnung der Fall, für die eigentlich die strikteren rechtlichen Vorgaben des Verfassungsrechts gelten. In Art. 80 GG wird für sie nicht nur eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangt, sondern für diese auch eine bestimmte Qualität angeordnet (Vorgaben für Inhalt, Zweck und Ausmaß der zukünftigen Rechtsverordnung); zusätzlich wird ein Zitiergebot aufgestellt. Wenn nunmehr für eine echte Satzungsgewalt juristischer Personen des öffentlichen Rechts generell ein Erlass durch demokratisch gewählte Selbstverwaltungsorgane gefordert wird, die partizipatorischen Gesichtspunkten entsprechen, so wird der ursprünglich in Bezug auf Satzungen gegenüber der Rechtsverordnung liberalere Ansatz der Verfassung in sein Gegenteil verkehrt. Dabei wird vor allem übersehen, dass für Körperschaften des öffentlichen Rechts mit ihrer Mitgliedsstruktur eine Betroffenenpartizipation sehr viel leichter herzustellen ist als für Anstalten des öffentlichen Rechts, für die rasch wechselnde Benutzerverhältnisse charakteristisch sind und bei denen das Betroffenenmerkmal regelmäßig keine klaren Grenzziehungen ermöglicht.

Unabhängig von der Formulierung in § 46 RStV „gemeinsame Satzungen oder Richtlinien“ scheidet jedenfalls die Qualifizierung der von den Landesmedienanstalten zu erlassenden Durchführungsbestimmungen als Rechtsverordnungen aus. Rechtsverordnungen sind, wie aus Art. 80 GG eindeutig hervorgeht, für die unmittelbare Verwaltung, regelmäßig für die Ministerialbürokratie reserviert, mögen sie gelegentlich auch im übertragenen Wirkungskreis von juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine Rolle spielen (so etwa für die Kommunen bei deren sicherheitsrechtlicher Normsetzung nach dem Bayerischen Landesstraf- und -verord-

nungsgesetz). Von einem übertragenen Wirkungsbereich von Landesmedienanstalten ist aber nichts bekannt; das Recht der Selbstverwaltung wird dagegen der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien durch Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BayMG zuerkannt. Diese Selbstverwaltung wird bei ihr allerdings nicht durch ein demokratisch gewähltes Organ ausgeübt, wie dies bei den Gemeinden der Fall ist, sondern durch den pluralistisch zusammengesetzten Medienrat, der das in der Gesellschaft existierende Meinungsspektrum in den programmlichen Bereich implementieren soll, daneben vom Verwaltungsrat. Die Satzungsgewalt der Landeszentrale wird dadurch aber nicht beschränkt, wie sich auch aus dem von § 46 RStV gewählten Wortlaut „die Satzung“ erkennen lässt. Insofern ist durchaus Stimmen aus der Literatur zuzustimmen⁸⁷, die die Satzungsgewalt der Landeszentrale schon aus ihrem Charakter als rechtsfähiger Anstalt des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltungsberechtigung ableiten, was der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich ablehnt⁸⁸. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs führt nämlich dazu, dass bei Anstalten des öffentlichen Rechts mit häufig wenig ausgeprägter und auch nicht möglicher partizipatorischer Konstruktion der Anstaltsorgane für einen echten gestaltenden Satzungserlass mühsam nach zusätzlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsgründen gesucht werden müsste. Die Entscheidung versucht demgemäß entsprechende Begründungen durch Rückgriff auf einen verfassungsrechtlich eingeräumten grundrechtlichen Gestaltungsspielraum (Rundfunkgrundrecht) oder auf ein sonstiges Verfassungsprinzip („funktionsadäquate Aufgabenverteilung“) zu liefern – wie überzeugend, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird durch die Vorgehensweise des Verwaltungsgerichtshofs die Absicht der Verfassung, eine gegenüber der Rechtsverordnung liberalere Einsatzfähigkeit der

⁸⁷ *Bornemann/v. Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Kommentar, Art. 10 (2009), Rdnr. 14.

⁸⁸ *Ebd.*, Rdnr. 42.

Satzung als Instrument der Selbstverwaltung zu ermöglichen, in ihr Gegenteil verkehrt.⁸⁹

Es ist zwar richtig, dass Satzungen gewöhnlich von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als verselbstständigtem Verwaltungsträger innerhalb der gesetzlich verliehenen Autonomie, nur mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen, erlassen werden⁹⁰, aber nicht in jedem Fall ist es notwendig, dass der Satzungserlass selbst wieder durch Organe erfolgt, die dem Grundsatz einer partizipatorischen Beteiligung der Betroffenen entsprechen. Der stets zu fordernde demokratische und rechtsstaatliche Schutz erfolgt durch Einhaltung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes; sind die wesentlichen Entscheidungen, insbesondere auch im Bereich von Grundrechtsberührung und Grundrechtseingriff sowie des wechselseitigen Abgleichs kollidierender Grundrechtssphären durch den parlamentarischen Gesetzgeber getroffen, wie das durch den Rundfunkstaatsvertrag der Fall ist, muss bei der Ausfüllung der Satzungsermächtigung nicht nochmals ein demokratisch legitimes Organ mitwirken⁹¹. Würde man nämlich die Landesme-

⁸⁹ Neuerdings bemüht sich *Cornils*, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, 2011, BLM-Schriftenreihe Bd. 100, S. 27 ff., 49 ff. unter grundsätzlicher Übernahme der These des Verwaltungsgerichtshofs, wonach nur bei Betroffenen selbstverwaltung der volle satzungsmäßige Autonomiespielraum eröffnet ist, bei Fehlen der Betroffenenpartizipation um anderweitige verfassungsabgeleitete Begründungen für Autonomiespielräume bei der Satzungsgebung, die er vor allem grundrechtlich (bei den Landesmedienanstalten durch Ausgestaltung des Rundfunkgrundrechts) begründet sieht.

⁹⁰ Siehe dazu BVerfGE 33, 125 (156).

⁹¹ Die als „Abqualifizierung“ anmutende Aussage einer pluralistischen Zusammensetzung des Medienrats in der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs (Rdnr. 41, Umdruck S. 18), dem die demokratische Legitimation fehle, weswegen die Verleihung von Satzungsbefugnissen an eine solche Anstalt verfassungsrechtlich nur als Ausnahme in Betracht komme, wird in merkwürdiger Weise konterkariert durch die Aussage des Gerichtshofs (Rdnr. 43, Umdruck S. 19), wonach die „Landesmedienanstalt“ (sic! Gemeint ist natürlich die Lan-

dienanstalten tatsächlich als „Medienaufsichtsbehörden“ konstruieren⁹², so könnten bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung Verordnungen stattfinden, bei der eine zusätzliche demokratische Absicherung in der Regel nicht vorgesehen ist. Eine solche wäre allerdings möglich, wenn man sie als Verordnungen unter der Bedingung parlamentarischer Zustimmung konstruieren würde, was aber in keiner Weise notwendig erscheint⁹³.

Es ist also darauf hinzuweisen, dass nach der geltenden Verfassungslage zwar auch für bayerische Rechtsverordnungen Art. 80 GG einschlägig ist, was zwar nicht seinem Wortlaut, wohl aber der durch das Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 2 GG bewirkten Verfassungslage entspricht. Kraft der durch diese Vorschrift vorgenommenen Verpflichtung aller Landesver-

deszentrale!) besser als der Parlamentsgesetzgeber in der Lage sei, die allgemeinen Regelungen des Staatsvertrags und konkrete einzelne Bestimmungen umzusetzen und diese kurzfristig an neue Entwicklungen anzupassen. Der Gerichtshof formuliert an dieser Stelle: „... Dass dabei keine einseitig exekutive Sichtverengung eintritt und parlamentarische Kontrolle möglich bleibt, wird durch die pluralistische Binnenstruktur des Medienrats sichergestellt, in dem neben wichtigen gesellschaftlichen Verbänden auch die dem Landtag angehörigen Parteien und Wählergruppen maßgebend vertreten sind. Die Verbindung dieser repräsentativ-kooperativen Organisationsform mit der unmittelbaren Praxiserfahrung der unabhängigen Aufsichtsbehörde erscheint aus der Sicht des Rundfunkgesetzgebers als besonders geeigneter Weg, um zu ausgewogenen und sachgerechten Detailregelungen zu gelangen.“ Dass der Medienrat gerade über die in ihm vertretenen Parteien und Wählergruppen eine Abart parlamentarischer Kontrolle darstellen soll, hat wohl noch niemand so gesehen. Richtig dürfte es vielmehr sein, pluralistische Medienratsbesetzung und Egalitätsprinzip bei der Wahl von Parlamenten einander entgegenzusetzen.

⁹² Der Verwaltungsgerichtshof erkennt, ebd., Rdnr. 42, richtig, dass dies wegen des Prinzips der grundrechtssichernden Organisation bei keiner Landesmedienanstalt und angesichts der Grundrechtsträgerschaft der Landeszentrale bei dieser schon gar nicht möglich wäre.

⁹³ Siehe hierzu BVerfGE 8, 274 (321); eingehend auch *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. II, 2006, Art. 80 Rdnr. 27 ff.

fassungen auf die Grundprinzipien des Grundgesetzes, darunter auch auf das Rechtsstaatsprinzip, entfaltet Art. 80 GG auch für die Verordnungsetzung in den Ländern direkte Kraft⁹⁴. Art. 80 GG beschränkt seine Wirkung aber auch für den Landesbereich auf den Erlass von Verordnungen. Für die sonstige untergesetzliche administrative Normsetzung insbesondere im Selbstverwaltungsbereich (Satzungsgebung) gilt der Vorbehalt des Gesetzes, der vermöge seines Grundrechtsbezugs einen ausreichenden Schutz der Staatsbürger vor grundrechtsverletzender administrativer Normsetzung gewährleistet⁹⁵. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage, ob die Satzungsgebung durch die Landesmedienanstalt – auch über die Fälle des § 46 RStV hinaus – Ausdruck einer „organisierten Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen“ darstellt⁹⁶, sind überflüssig. Mit der Bejahung einer Gesetzgebung durch den Rundfunkstaatsvertrag, die dem Vorbehalt des Gesetzes gerecht wird, sind die Probleme gelöst; der Satzungserlass darf nicht selbstständig neue Grundrechtseingriffe bewirken, kann aber im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben alle Ausführungsregelungen treffen, ohne dass hierzu eine zusätzliche demokratische Legitimation der Rechtsetzungsorgane erforderlich wäre.

Zum Teil inszeniert der Verwaltungsgerichtshof hier auch Scheinkämpfe, Schlachten, die überhaupt nicht geschlagen werden müssten. So hält er es für nötig, Staatsfreiheit des Rundfunks und Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers zu kontrastieren⁹⁷, obwohl das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in seiner Rundfunkrechtsprechung doch schon sehr früh ausdrücklich einen Ausgestaltungsauftrag erteilt⁹⁸ und erst neu-

⁹⁴ Dies ist allgemein anerkannt; der einzige Streitpunkt besteht darin, ob auch das Zitiergebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG für die Länder bindend ist.

⁹⁵ Vgl. hier nochmals das Facharzt-Urteil, BVerfGE 33, 125 (158 ff.).

⁹⁶ Vgl. dazu Rdnr. 41 mit Berufung auf BVerfGE 107, 59 (92).

⁹⁷ Ebd., Rdnr. 43.

⁹⁸ BVerfGE 57, 295 (319 ff.) (FRAG-Urteil).

erdings auch die Ausgestaltungsbefugnis unter das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gestellt hat⁹⁹. Nicht recht einsichtig sind die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs, die Landesmedienanstalt müsse zur Konkretisierung der in § 46 RStV genannten Fälle nicht deshalb eine Satzung erlassen, weil genauere oder abschließende Regelungen durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich unzulässig gewesen wären. Die Rechtsetzungsermächtigung beruhe hier vielmehr auf dem Gedanken, dass die für die Medienaufsicht zuständige Stelle die vielfältigen programmlichen Gestaltungsmöglichkeiten besonders sachkundig erfassen und bewerten könne. Ob die Landesmedienanstalt tatsächlich sachkundiger ist als der Gesetzgeber, mag einmal dahingestellt bleiben. Sachkunde kann sich der Gesetzgeber mit Sicherheit auch durch Rückfragen bei dieser und anderen Organisationseinheiten besorgen. Aber es gilt das, was für untergesetzliche administrative Rechtsetzung immer gilt: die zu erlassenden untergesetzlichen Normen sind leichter anzupassen und vermögen das umrahmende Parlamentsgesetz auf die wirklich wichtigen Dinge zu reduzieren, ihm also die „unwesentlichen“ Fragen abzunehmen. Im Grunde ist aber auch administrative Rechtsetzung durch staatsferne Anstalten kein Produkt dieser Staatsdistanziertheit, sondern schlicht und einfach der Praktikabilität (anders anscheinend der Verwaltungsgerichtshof¹⁰⁰).

Auf Grund der unrichtigen Annahme, der Satzungserlass durch eine Anstalt des öffentlichen Rechts bedürfe selbst wiederum einer demokratischen Legitimation, auch wenn das demokratische Parlamentsgesetz bereits über potentielle Grundrechtseingriffe und den wechselseitigen Abgleich von Grundrechtssphären entschieden hat, behauptet nunmehr der Verwaltungsgerichtshof eine „vergleichsweise schmale verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage des anstaltlichen Normgebers“. Er hält die Bezeichnung der Rechtsakte nach § 46 RStV als „Satzung“ für missverständlich; vielmehr bestehe hier eine ähnlich enge Bindung an die

⁹⁹ BVerfGE 121, 30 (64 ff.).

¹⁰⁰ Siehe dazu Rdnr. 43 der Entscheidung am Ende.

Vorschriften des Parlamentsgesetzes wie beim Erlass gesetzesausführender Rechtsverordnungen durch staatliche Behörden. Kurzerhand werden also Satzungen und Rechtsverordnungen in einen Topf geworfen und wird für Satzungen dieselbe Bindung an den gesetzgeberischen Willen postuliert, wie sie die Verfassung durch die Formulierung „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für den Verordnungserlass vorschreibt. Es fehlt nur noch das Verlangen nach analoger Befolgung des Zitiergebots in Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, um praktische Identität herzustellen. Der Landeszentrale wird beim Erlass der Durchführungsbestimmungen ein selbstständiger politischer Gestaltungswille verboten; es ist ihr verwehrt, „eigene Wertvorstellungen zur Geltung zu bringen“ oder die vom Gesetz verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe als Ermächtigung zur selbstständigen Weiterentwicklung des gesetzlichen Schutzkonzepts zu verstehen. Sie sei darauf beschränkt, das aus dem Rundfunkstaatsvertrag erkennbare Regelungsprogramm in vollzugsfähige Einzelbestimmungen umzusetzen. Dieses grundsätzliche Fehlverständnis der Satzungsgewalt der Landeszentrale führt dazu, dass im Weiteren eherzig danach gesehen wird, ob die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Rundfunkstaatsvertrag den an die Ermächtigung zum exekutivischen Normerlass zu stellenden Voraussehbarkeits- und Bestimmtheitsbedingungen entspricht. Für § 8a RStV wird dies aber durchgehend bejaht.

Während also gegen § 8a RStV keine Einwendungen erhoben werden, setzt sich der Verwaltungsgerichtshof intensiv mit der Frage auseinander, ob ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz darin liegen kann, dass die nach § 46 RStV zu erlassende Gewinnspielsatzung wegen der systematischen Stellung der Ermächtigungsnorm nur auf private Veranstalter und nicht auch auf öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten Anwendung findet. Der Verwaltungsgerichtshof unterstützt die wohl herrschende Meinung, dass der Konkretisierungsbedarf bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten bereits durch den Erlass eigenständiger anstaltsinterner Richtlinien erfüllt werden könne, wie sie in § 16f RStV vorgeschrieben sind. Was die Effektivität des staatsvertraglich gebotenen Teilnehmerschutzes bei Gewinn-

spielen angeht, sollen sich private und öffentlich-rechtliche Programmveranstalter auf Grund verschiedenartiger Finanzierungs- und Organisationskonzepte so erheblich unterscheiden, dass auch hinsichtlich der Bindung an die jeweiligen Durchführungsbestimmungen differenziert werden dürfe (hier taucht wieder der Ausdruck „Medienaufsichtsbehörden“ auf¹⁰¹). Die vorrangige Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Anstalten und das ausdrückliche Verbot der Einnahmeerzielung aus dem Angebot von Telefonmehrwertdiensten (§ 8a Abs. 1 Satz 5 2. Halbsatz; § 13 Abs. 1 Satz 3 RStV) mache beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine übermäßige Kommerzialisierung des Programms zu Lasten der Rundfunkteilnehmer weniger wahrscheinlich als bei privaten Rundfunkunternehmen mit ihrer Ausrichtung auf Gewinnerzielung. Ob allerdings diese Argumente auch eine Beschränkung der Bußgeldtatbestände nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 RStV auf private Rundfunkveranstalter rechtfertigen¹⁰², wird vom Verwaltungsgerichtshof offen gelassen und harrt weiterhin einer Entscheidung durch die bayerische obergerichtliche Rechtsprechung.

Die anschließenden Ausführungen über das Verfahren bei Erlass der angegriffenen Gewinnspielsatzung sind einsichtig und stellen die geltende Rechtslage insbesondere im Fall einer gesetzgeberischen Anordnung von „Benehmen“ (hier mit den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten) klar dar, wobei auch einer angeblichen Verpflichtung zur Beteiligung der privaten Rundfunkanbieter im Normsetzungsverfahren und einer generellen verwaltungsgerichtlichen Überprüfung eines Abwägungsvorgangs bei Erlass untergesetzlicher Normen eine Absage erteilt wird¹⁰³.

¹⁰¹ Rdnr. 54 (Umdruck S. 23).

¹⁰² Grundsätzlich bejahend OLG Celle, ZUM 1997, S. 834 (836); OLG Zweibrücken, GewArch 1998, S. 414 (416); ablehnend *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag, § 49 (Juli 2009) Rdnr. 7.

¹⁰³ Vgl. dazu ebd., Rdnr. 60 (Umdruck S. 26) und 61.

Keine Zustimmung kann die Entscheidung jedoch wiederum finden, soweit sie die Erstreckung des Geltungsbereichs von Satzungen zur Regelung von Gewinnspielen über den Bereich des Rundfunks hinaus auf die so genannten vergleichbaren Telemedien als unzulässig ansieht. Dies mag zwar nach dem Gesetzestext naheliegend sein, wonach gemäß § 58 Abs. 3 RStV für Gewinnspiele in vergleichbaren Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind), § 8a RStV entsprechend gilt, § 46 RStV aber nicht erwähnt wird. Das Gericht gesteht allerdings zu, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers, wie sie aus den §§ 16f, 46 RStV erkennbar ist, § 8a RStV einer näheren Konkretisierung durch untergesetzliche Bestimmungen bedürfe. Im Fehlen einer diesbezüglichen Ermächtigung für den Bereich der Telemedien könne eine unbeabsichtigte Regelungslücke gesehen werden, die den praktischen Vollzug zumindest erschwere. Das Gericht hat aber nicht erkannt, dass der Satzungserlass durch eine autonome juristische Person des öffentlichen Rechts nicht kurzerhand den Regelungen für den Erlass von Rechtsverordnungen unterworfen werden darf. Insbesondere spielt eine gesetzliche Ermächtigung für den Satzungserlass nicht die zentrale Rolle, die Art. 80 GG für den Verordnungserlass der gesetzlichen Delegationsgrundlage verleiht. Durch Parlamentsgesetz muss nur dem Vorbehalt des Gesetzes Genüge getan sein (Entscheidung der wesentlichen Dinge durch den parlamentarischen Gesetzgeber, insbesondere der Grundrechtsberührungen, der Grundrechtseingriffe und des Grundrechtsabgleichs, Zuweisung der unwesentlichen Angelegenheiten an die Zweite Gewalt zur selbstständigen Erledigung). Eine spezielle gesetzliche Rechtsgrundlage ist ebenso wenig erforderlich wie ein Satzungserlass durch eine demokratisch bestellte kollegiale Versammlung, so dass die Nichtnennung von § 46 RStV in § 58 Abs. 3 RStV einen rechtmäßigen Satzungserlass der Landeszentrale für vergleichbare Telemedien im Gewinnspielbereich nicht hindert. Dies erkennt jedoch der Gerichtshof nicht, so dass er strikt an der Notwendigkeit der Nennung einer Ermächtigungsgrundlage im Gesetz festhält. Er vermag nicht den Eigenwert des Satzungserlasses gegenüber dem Instrument der Rechtsverordnung zu erfassen.

In keiner Weise nachvollziehbar sind schließlich die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zur Zuständigkeit der Regierung von Mittelfranken hinsichtlich der Aufsicht über die Telemedien und der Einhaltung der für sie geltenden gesetzlichen Bestimmungen¹⁰⁴. Der Verwaltungsgerichtshof hält es für schwer vorstellbar, dass eine staatliche Aufsichtsbehörde (hier die Regierung von Mittelfranken) Satzungen einer Landesmedienanstalt zu vollziehen habe. Es ist richtig, dass darin wohl eine organisationsrechtliche Anomalie liegen würde. Allerdings geht der Schluss, dass deswegen keine Satzungskompetenz der Landeszentrale vorliege, ihr jedenfalls die hierzu notwendige Vollzugserfahrung fehle, in die falsche Richtung. Die konstatierte Anomalie lässt sich anders auflösen, als seitens des Verwaltungsgerichtshofs geschehen. Das Gericht problematisiert mit keinem Wort diese Zuständigkeitsregelung, obwohl ihm doch gerade für vergleichbare Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) die Nähe zum originären Rundfunk und dem für diesen geltenden Prinzip der Staatsfreiheit einleuchten müsste¹⁰⁵. Statt gegen diese Zuweisung zu argumentieren, wird die Zuständigkeit der Regierung von Mittelfranken dazu benutzt, der Landeszentrale unmittelbare Praxiserfahrung und damit auch Rechtsetzungsmacht abzusprechen. Der Gerichtshof verfehlt also hier die Aufgabe vollständig, auch für Telemedien Staatsfreiheit zu erkämpfen und damit das Prinzip freien bürgerschaftlichen Meinungsaustausches auf diesem Feld elektronischer Kommunikation zu sichern.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu § 59 Abs. 2 RStV in Verbindung mit § 1 des Gesetzes zur Ausführung des Rundfunkstaatsvertrags und des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags vom 24. Juli 2003, GVBl. S. 480, geändert durch Gesetz vom 25.10.2007, GVBl. S. 720.

¹⁰⁵ Vgl. dazu jetzt ausführlich *Kunisch*, Rundfunk im Internet und der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks, 2010, S. 165 ff.

Teil IV:**Normenkontrolle in den gewohnten Bahnen:
Die Entscheidung zur Hörfunksatzung (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 17. Mai 2006 – 7 N 05.412)**

Es handelte sich um eine Normenkontrollklage, mit der eine Reihe von Hörfunkanbietern die Feststellung der Nichtigkeit von § 11 Abs. 3 der Hörfunksatzung der Landeszentrale (im Weiteren HFS) begehrte¹⁰⁶. Während die übrigen Absätze von § 11 HFS Genehmigungsmöglichkeiten für die Landeszentrale behandeln, wenn eine (freiwillige) Zusammenarbeit benachbarter Versorgungsgebiete oder eine Zusammenarbeit zwischen allen oder mehreren lokalen/regionalen Versorgungsgebieten in Betracht kommt, betraf der angegriffene Absatz 3 die Anordnung der Zusammenarbeit in bestimmten Fällen durch die Landeszentrale. Die Vorschrift lautete: „Zur Sicherstellung einer ausgewogenen und wirtschaftlich tragfähigen landesweiten, regionalen und lokalen Hörfunkstruktur in Bayern kann die Landeszentrale eine Zusammenarbeit nach Abs. 2 zur Verbesserung der Kosten- oder Erlössituation anordnen, wenn die Interessen der Anbieter nicht unzumutbar beeinträchtigt werden.“

Die Antragsteller rügten, die Vorschrift erfasse praktisch alle Anbieter als Anordnungsadressaten, unabhängig davon, ob sie in benachbarten, in lokalen oder regionalen Versorgungsgebieten oder gar landesweit Hörfunk veranstalteten. Der Anordnungscompetenz der Landeszentrale seien auch Anbieter unterworfen, die bereits eine Genehmigung besäßen. Der Begriff der Sicherstellung gehe zu weit, es sei nicht klar, ob er nur krisenhafte Situationen oder auch präventives und unterstützendes Tätigwerden der Landeszentrale erfasse. Der in der Vorschrift verwendete Begriffs-

¹⁰⁶ Satzung über die Nutzung von Hörfrequenzen nach dem Bayerischen Mediengesetz vom 25. März 2004 (Staatsanzeiger Nr. 14), erlassen auf Grund von Art. 25 Abs. 15 Satz 1 BayMG.

komplex „zur Verbesserung der Kosten- und Erlössituation“ mache weder deutlich, um wessen Kosten- und Erlössituation es sich handle, noch mit welchen Mitteln die einschlägige Datengrundlage festgestellt werden solle. Gegenstand der Anordnung sei die „Zusammenarbeit“; die Programmherstellung sei aber neben der Vermarktung der einzige relevante operative Geschäftsbereich eines Hörfunkveranstalters, so dass sich die Anordnungsbefugnis der Landeszentrale auf diesen Kernbereich schlechthin beziehe. Damit werde auch der gesetzliche Ermächtigungsrahmen nach Art. 25 Abs. 15 Satz 1 BayMG überschritten. Eine so wesentliche Eingriffsbefugnis müsse zum einen vom Gesetzgeber legitimiert werden. Angesichts des dadurch vorgesehenen intensiven Grundrechtseingriffs müsse zum anderen der parlamentarische Gesetzgeber die gesetzliche Grundlage so eindeutig gestalten, dass sie auch den angeordneten Regelungsumfang legitimiere. Solche Delegationsnormen gebe es aber in Art. 25 Abs. 3 Satz 2 (a.F.) BayMG für die Anordnung von Zwangskooperationen zwischen Fernsehfenster- und Programmbetreibern und in Art. 25 Abs. 4 Satz 4 für die Anordnung von Anbietergemeinschaften auf einer Frequenz. Daraus könne abgeleitet werden, dass diese Regelungen abschließend die Fälle bezeichnen, in denen die Landeszentrale Anbieter zur Eingehung einer gesellschaftsrechtlichen Kooperation verpflichten könne. Art. 25 Abs. 15 Satz 1 BayMG sei keine ausreichende Grundlage für die durch § 11 Abs. 3 HFS geschaffene Möglichkeit der Anordnung von Zwangszusammenschlüssen, weil weder die Frage der Programmorganisation noch eine Genehmigungsinhaltsbestimmung noch eine Regelung der einzubringenden Angebote Gegenstand des § 11 Abs. 2 HFS sei. Die Antragsteller rügten im Übrigen eine Reihe von Grundrechtsverstößen, insbesondere gegen die Rundfunkfreiheit, gegen die Berufsfreiheit und gegen die Eigentumsfreiheit.

Demgegenüber wandte die Landeszentrale ein, dass es ihre Aufgabe sei, konfligierende Interessen und Grundrechtsberechtigungen in Ausgleich zu bringen und die gesetzliche Rundfunkordnung im Wege der Satzungsgebung so auszugestalten, dass Vielfalt durch Schaffung tragfähiger wirt-

schaftlicher Rahmenbedingungen in allen Landesteilen effektiv erreicht werde. Dagegen führe die Auffassung der Antragstellerinnen zu einem „regulatorischen Vakuum“, in dem bloße Marktkräfte die Rundfunkordnung schaffen würden. Dies sei aber nach der Rundfunkkonzeption des Bundesverfassungsgerichts gerade nicht zulässig.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs ist die Normenkontrollklage sowohl zulässig als auch begründet. Die Zulässigkeit wird auf eine potenzielle Verletzung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit gestützt. Die Begründetheit der Normenkontrollklage sieht der Gerichtshof in der fehlenden Rechtsgrundlage für § 11 Abs. 2 HFS. Art. 25 Abs. 15 BayMG sei keine Ermächtigungsnorm für die angegriffene Rechtsvorschrift. Man wird dem Gericht zustimmen müssen, wenn es feststellt, dass eine solche Anordnung zur Zusammenarbeit in den Kernbereich der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eingreift. Das Gericht wiederholt erneut, dass auch private Rundfunkanbieter im Geltungsbereich des bayerischen Rundfunkmodells Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit sind. Bei einem durch eine Satzung ermöglichten Grundrechtseingriff müssten je nach dessen Intensität entsprechende Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsnorm gestellt werden¹⁰⁷. Das Gericht stellt nunmehr in ebenfalls nachvollziehbarer Weise fest, dass die gesetzliche Grundlage des Art. 25 Abs. 15 BayMG nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit zum Erlass der angegriffenen Satzungsvorschrift ermächtigt. Keine der in Art. 25 Abs. 15 BayMG genannten Varianten befugt die Landeszentrale zu so intensiven Grundrechtseingriffen, wie sie § 11 Abs. 3 HFS vorsieht. Das Gericht erörtert diese Varianten und lehnt jeweils die Möglichkeit ab, hierauf eine Zwangskooperation zu stützen. Wichtig erscheint dabei die Aussage des Gerichts, dass sich die Programmorganisation im Rahmen von Genehmigungsverfahren und Programmüberwa-

¹⁰⁷ Das Gericht zitiert BVerfGE 98, 218 (251); 111, 191 (216 f.). Zu erwarten gewesen wäre aber eigentlich die Nennung des Facharzturteils als „leading case“; BVerfGE 33, 125 (158 ff.).

chung abspielt, aber nicht das Recht beinhaltet, ein strukturelles Umfeld für die Anbieter zu gestalten, wie es die Anordnung einer Zusammenarbeitsverpflichtung zur Folge hätte.

Etwas näher befasst sich das Gericht noch mit der Alternative „Regelung der einzubringenden Angebote“. Anordnungen zur Bildung von Kooperationsgesellschaften können zwar auch mittelbar einen Programmbezug aufweisen; dass die Antragsgegnerin aber Satzungsvorschriften erlässt, die nur einen mittelbaren Programmbezug aufweisen, ist mit dem Vorbehalt des Gesetzes nicht zu vereinbaren, wonach der parlamentarische Gesetzgeber zuvor eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage zu schaffen hätte.

Die Entscheidung ist ein Musterstück klassischer Verfassungsauslegung im Zusammenhang mit grundrechtsrelevanten Satzungsbestimmungen und hält sich von Vernünftleien fern, wie sie die in Teil III. besprochene Entscheidung zur Gewinnspielsatzung charakterisieren.

Teil V:

Einhaltung der Werberegeln

1. Form der Kennzeichnung einer Dauerwerbesendung

Sowohl das Verwaltungsgericht München¹⁰⁸ als auch das Berufungsgericht, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof¹⁰⁹ hatten sich mit der Frage der Kennzeichnung einer Dauerwerbesendung zu beschäftigen.

Gegenstand der Entscheidung war die Beanstandung der Landeszentrale vom 21. April 2008, wonach die Veranstalterin des bundesweiten Fernsehangebots „N24“, eines Spartenprogramms mit Schwerpunkt Information, eine zweiminütige Dauerwerbesendung nicht im Einklang mit § 7 Abs. 5 Satz 2 RStV gekennzeichnet habe. Die Dauerwerbesendung wurde zwar mit dem Schriftzug „Dauerwerbesendung“ angekündigt, aber im weiteren Verlauf als „SAP-Promotion“ gekennzeichnet. Die Landeszentrale gab der Veranstalterin von N24 auf, künftig ihre Dauerwerbesendungen zu Beginn als Dauerwerbesendung anzukündigen und während ihres gesamten Verlaufs durch die Einblendung „Dauerwerbesendung“ oder „Werbesendung“ zu kennzeichnen. Die sofortige Vollziehung des Bescheids wurde angeordnet. Die Begründung lautete dahingehend, dass Dauerwerbesendungen während der gesamten Zeit der Ausstrahlung als solche gekennzeichnet werden müssten und sich die Bezeichnung „SAP-Promotion“ nicht in dem durch die Gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten¹¹⁰ für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von

¹⁰⁸ Beschluss vom 24. Juli 2008, M 17 S 08.2417.

¹⁰⁹ Beschluss vom 15. Oktober 2008, 7 CS 08.2309.

¹¹⁰ Zum Rechtscharakter siehe *Ladeur*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 46 Rdnr. 10 f.; *Oberländer*, ZUM 2001, 487 (499) (normkonkretisierende Vorschriften); *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag, § 46 (2010) Rdnr. 2 ff.; § 49 (2010) Rdnr. 37.

Werbung und Programm und für das Sponsoring im Fernsehen (sogenannte Werberichtlinie) abgesteckten Rahmen halte. Die Bezeichnung „Promotion“ sei zum einen ein Anglizismus, zum anderen bestehe eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der durchschnittliche Zuschauer den Begriff falsch übersetze oder gar nicht übersetzen könne. Die Kennzeichnung als „Werbesendung“ vermittele dagegen ein hohes Maß an Transparenz, Klarheit und Eindeutigkeit. Der Begriff „Promotion“ habe im allgemeinen Sprachgebrauch auch noch die Bedeutung des Erwerbs der Doktorwürde oder des Aufstiegs in eine höhere Klasse; auch wenn gegebenenfalls in Fachkreisen der Medienbranche „Promotion“ mit „Werbung“ gleichgestellt werde, sei dies für den Fernsehzuschauer nicht allgemein bekannt. Für ihn erschließe sich die verkaufsfördernde Werbeabsicht mit der Kennzeichnung „Promotion“ nicht eindeutig. Die Landeszentrale ordnete im Übrigen die sofortige Vollziehung an, damit nicht die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen der Antragstellerin bis zur endgültigen Entscheidung des Gerichts Verunsicherung und Fehlinterpretationen hervorrufen könne.

Das beschwerdeführende Sendeunternehmen trug vor, es werde daran gehindert, die Zuschauer mit Hilfe einer modernen Sprache über das Vorhandensein von Werbung zu informieren; der Eingriff sei im Fall des späteren Obsiegens nicht rückholbar. Es bestehe die Gefahr, dass werbeinteressierte Unternehmen nicht nur auf Online- und Printmedien ausweichen, sondern auch auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, bei dem bei Dauerwerbesendungen nur darauf hinzuweisen sei, dass es sich „um eine Werbesendung handelt“. Das Sendeunternehmen habe nicht gegen § 7 Abs. 5 Satz 2 RStV verstoßen, so dass die Anordnung rechtswidrig und nicht durch Art. 16 Abs. 1 BayMG gedeckt sei. Der Gesetzgeber schreibe nur vor, dass die Dauerwerbesendung „als solche“ gekennzeichnet werden müsse; eine bestimmte Kennzeichnungsform werde nicht verlangt. Dagegen könne auch nicht Nummer 8 Abs. 2 der Werberichtlinie eingewandt werden. Wenn die Richtlinie bestimme, dass Dauerwerbesendungen „unmittelbar vor Beginn als Dauerwerbesendung ange-

kündigt und während des gesamten Verlaufs mit dem Schriftzug ‚Werbesendung‘ oder ‚Dauerwerbesendung‘ gekennzeichnet werden müssten, so sei hiermit nur eine unverbindliche Interpretationshilfe, nur ein Ansatz für eine Selbstbindung der Landesmedienanstalten gegeben, aber keine verbindliche Festlegung. Außerdem führe der Rückgriff auf die Werberrichtlinie zur Ungleichbehandlung von privatem und öffentlich-rechtlichem Rundfunk und bewirke damit eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG. Sowohl die ARD- als auch die ZDF-Richtlinien für Werbung und Sponsoring verlangten nur, dass während des Verlaufs der Sendung ein Hinweis erfolge, „dass es sich um eine Werbesendung“ handle, womit die wörtliche Kennzeichnung also nicht vorgeschrieben sei. Im Übrigen sei im Verständnis der angesprochenen Zuschauer der Begriff „Promotion“ ein Synonym für Werbung, was sich auch aus Fundstellen im Duden, im Fremdwörterbuch des Duden und im Synonymlexikon des Duden ergebe. Sogar wenn ein Verstoß gegen § 7 Abs. 5 Satz 2 RStV angenommen werde, könne die Landeszentrale keine positive Anordnung treffen, wie die Werbesendung zu kennzeichnen sei. Diese sei bei einem eventuellen Rechtsverstoß auf die Anordnung der Unterlassung beschränkt. Verwaltungsakte, die nur eine Wiederholung des Gesetzesbefehls beinhalteten, seien unzulässig, bzw. unverhältnismäßig.

Das Verwaltungsgericht München hält in nachvollziehbarer Weise jedenfalls die Anordnung des Sofortvollzugs für rechtmäßig; sie sei entsprechend den Erfordernissen des § 80 Abs. 5 VwGO genügend begründet und damit nicht formell rechtswidrig. Auch das Erfordernis der schriftlichen Begründung sei eingehalten; die Landeszentrale habe sich schlüssig und konkret mit dem Einzelfall auseinandergesetzt und habe ihre wesentlichen, tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen mitgeteilt. Das Verwaltungsgericht wendet sich dann der Ermessensausübung nach § 80 Abs. 5 VwGO zu und geht nach summarischer Überprüfung von der Rechtmäßigkeit des Bescheides aus. Die Landeszentrale ist zuständig, Dauerwerbesendungen müssen als solche angekündigt werden. Es ist zwar nicht ein bestimmter Begriff für die Kennzeichnung vorgeschrieben,

die Zuschauer müssen aber genau erkennen können, dass es sich um Werbung handelt, die Kennzeichnung muss also eindeutig sein. Die Kennzeichnung einer Dauerwerbesendung während ihres Verlaufs mit dem Wort „Promotion“ erfüllt die Pflicht zur eindeutigen Kennzeichnung nicht. Das Wort mag für die Werbebranche als Synonym für Werbung gelten, bei der Allgemeinheit kann nicht uneingeschränkt vorausgesetzt werden, dass sie das Wort im richtigen Sinn versteht. Anglizismen, wie sie hier genutzt werden, sind noch nicht für die gesamte Bevölkerung ohne weiteres verständlich. Das Gericht weist zu Recht darauf hin, dass im konkreten Fall die Werbesendung auch noch im Stil einer Reportage aufgezogen war, so dass große Teile der Zuschauer möglicherweise mit dem Wort „Promotion“ eine redaktionelle Information und nicht Werbung verbanden.

Der Bescheid der Landeszentrale entspricht nach Auffassung des Gerichts auch der Werberichtlinie. Das Verwaltungsgericht äußert sich nicht zu ihrer rechtlichen Qualität, es dürfte sich hier aber um eine normkonkretisierende Richtlinie handeln (im Bereich genuiner Verwaltung würde man von Verwaltungsvorschriften sprechen; ein Begriff, der sich für die staatsfernen Landesmedienanstalten jedoch verbietet¹¹¹). Die Werberichtlinie ist angesichts der besonderen Stellung des Rundfunkstaatsvertrags unverzichtbar, um eine einheitliche Anwendung der Werbevorschriften des Rundfunkstaatsvertrags herzustellen, der bekanntlich als Produkt der „Dritten Ebene“ über den Bereich eines einzelnen Landes hinausreicht, zwar keine bundesrechtliche Qualität besitzt, aber trotzdem nach bundeseinheitlichem Vollzug verlangt.

Die in keiner Weise nachvollziehbare Behauptung einer Ungleichbehandlung mit dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird vom Gericht ebenfalls zurückgewiesen, weil sowohl die ARD- als auch die ZDF-Richtlinien verlangen, dass darauf hingewiesen wird, dass es sich um eine „Werbesendung“ handelt. Angesichts der oben skizzierten Vorbehalte gegenüber

¹¹¹ Vgl. zum Rechtscharakter auch die Nachweise in Fn. 110.

dem Wort „Promotion“ ist die Verwendung dieser Bezeichnung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk natürlich genauso unzulässig. Eine Benachteiligung der privaten Rundfunkanbieter gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist auch vom zeitlichen Horizont her nicht zu erkennen; auch die Letzteren sind dazu verpflichtet, während des gesamten Verlaufs der Sendung darauf hinzuweisen, dass es sich um eine Werbesendung handelt.

Beizupflichten ist dem Verwaltungsgericht auch darin, dass auch bei einem offenen Ausgang des Klageverfahrens die Interessen der Landeszentrale bzw. der Öffentlichkeit überwiegen würden. Die Rundfunkfreiheit wirkt zwar auf der einen Seite zu Gunsten des Sendeunternehmens auch hinsichtlich der von ihm betriebenen Wirtschaftswerbung. Auf der anderen Seite besteht aber das Interesse der Landeszentrale an der Herstellung rechtmäßiger Zustände bei der Kennzeichnung von Dauerwerbesendungen, das den Schutz der Zuschauer im Hinblick auf eine klare Trennung von Werbung und redaktionellem Teil zum Gegenstand hat. Das öffentliche Interesse, keine Verunsicherung der Zuschauer aufkommen zu lassen, hat gegenüber den Werbeinteressen des beschwerdeführenden Sendeunternehmens Vorrang.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof folgt in seinem Beschluss vom 15. Oktober 2008¹¹² zu Recht dem Verwaltungsgericht in der Beurteilung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs. Die Landeszentrale habe mit konkret fallbezogenen Argumenten, nämlich insbesondere mit der möglichen Verunsicherung und Fehlinterpretationen der Zuschauer den ausnahmsweisen Vorrang der sofortigen Vollziehbarkeit des erlassenen Verwaltungsakts vor der aufschiebenden Wirkung eingelegter Rechtsmittel begründet. Die summarische Überprüfung der Sach- und Rechtslage ergebe, dass die Klage voraussichtlich in der Hauptsache keinen Erfolg haben werde, so dass im Eilver-

¹¹² 7 CS 08.2309.

fahren zu Ungunsten des beschwerdeführenden Sendeunternehmens zu entscheiden sei.

Der Verwaltungsgerichtshof widmet auch einige Ausführungen Art. 16 BayMG, der Zentralnorm für die Einwirkungsbefugnisse der Landeszentrale gegenüber ihren Rundfunkanbietern; die Vorschrift ist selbstverständlich auch Basis für eine Anordnung, wonach das beschwerdeführende Sendeunternehmen künftig seine Dauerwerbesendungen in gesetzesgemäßer Weise anzukündigen und zu kennzeichnen habe. Die (nicht nachvollziehbare) Behauptung des Sendeunternehmens, diese Befugnis beinhalte nur Unterlassungs-, nicht Handlungspflichten, wird zu Recht zurückgewiesen.

Die weiteren Ausführungen betreffen die Frage, wie Dauerwerbesendungen zu kennzeichnen sind. § 7 Abs. 5 Satz 2 RStV sagt zwar, dass Dauerwerbesendungen zu Beginn als solche anzukündigen und während ihres gesamten Verlaufs auch als solche zu kennzeichnen sind, daraus ergibt sich aber nicht unmittelbar, wie diese Kennzeichnung während des Verlaufs der Sendung beschaffen sein muss. Die Gesetzesbegründung verlangt, dass dem Zuschauer der Werbecharakter jederzeit unmittelbar und eindeutig vermittelt wird. Sie spricht auch anders als der Gesetzestext selbst von „Werbung“. Es dürfte Einhelligkeit darin bestehen, dass die Begriffe „Dauerwerbesendung“ oder „Werbesendung“ den gesetzlichen Anforderungen genügen. Maßgeblich sind die Sichtweise und das Beurteilungsvermögen des Fernsehzuschauers. Der Verwaltungsgerichtshof weist in einer rundum nachvollziehbaren Argumentationskette darauf hin, dass das OVG Berlin/Brandenburg¹¹³ deutlich gemacht hat, dass sich Dauerwerbesendungen dadurch auszeichnen, dass sie auch redaktionelle Teile enthalten und deshalb nicht schon auf den ersten Blick als Werbesendungen kenntlich sind. Möglicherweise ebenfalls redaktionell gestaltete Werbespots würden wegen ihrer geringen Dauer sehr schnell ihre Werbebotschaft offenbaren; bei Dauerwerbesendungen sei dies aber

¹¹³ Entscheidung vom 9. September 2008, Az. OVG 11 S 51.08.

nicht in dieser Form der Fall. Der Schutzzweck des § 7 Abs. 5 Satz 2 RStV rechtfertige es, eine Kennzeichnung zu verlangen, die gerade auch dem Zuschauer, der sich in eine laufende (Dauerwerbe-)Sendung einschalte, den Werbecharakter ohne weiteres und ohne besonderen kognitiven Aufwand offenbare. Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der EG-Fernsehrichtlinie¹¹⁴ ist nach Auffassung des OVG Berlin/Brandenburg, dem sich der Verwaltungsgerichtshof anschließt, aussagekräftig, da die staatsvertraglichen Bestimmungen den Bestimmungen der EG-Fernsehrichtlinie angepasst seien; die genannte Bestimmung verlange aber, dass Fernsehwerbung und Teleshopping als solche „leicht“ erkennbar und vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein müssten.

Der Siebte Senat des Verwaltungsgerichtshofs hält mit weitgehend denselben Argumenten wie das Verwaltungsgericht München den Begriff „Promotion“ nicht für ausreichend, um eine solche leicht erkennbare, eindeutige und unmittelbare Kennzeichnung einer Dauerwerbesendung zu erreichen.

Die vom Verwaltungsgerichtshof gegen eine Austauschbarkeit von „Werbesendung“ und „Promotion“ verwendeten Argumente ähneln weitgehend denen des Verwaltungsgerichts; er weist darauf hin, dass das letztgenannte Wort die lateinische Bezeichnung für die Verleihung der Doktorwürde sei; dass der Begriff als Anglizismus die Gefahr mit sich bringe, falsch oder ungenau verstanden zu werden und dass auch eine Verwendung im Sinn von Werbung oder Dauerwerbesendung erst jüngsten Datums sei; ältere Lexika (Großer Brockhaus) würden den Begriff im Sinn von Werbung noch nicht anführen (1980: 18. Auflage). Ein Teil der Fernsehzuschauer nehme möglicherweise die Einblendung zwar optisch wahr,

¹¹⁴ Richtlinie 207/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007; jetzt Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste vom 10. März 2010 [ABl. L 95 S. 1] – kodifizierte Fassung).

könne damit aber nichts verbinden. Der Verwaltungsgerichtshof argumentiert aber auch, darin über das Verwaltungsgericht hinausgehend, dass die Zulassung weiterer Formen von Kennzeichnung dazu führen könnte, dass sich der Zuschauer unter Umständen einer Vielzahl unterschiedlicher Kennzeichnungen ausgesetzt sehen würde und jeweils zu beurteilen hätte, ob diese eine unterschiedliche Bedeutung hätten und welcher der in § 7 RStV geregelten Formen von Fernsehwerbung sie jeweils zuzuordnen seien. Damit wäre der von Gesetz und Richtlinie verfolgte Zweck einer Verhinderung der Irreführung der Rezipienten aber nicht erreicht. Wenn die gesetzliche Bestimmung verlangt, Dauerwerbesendungen „als solche“ zu kennzeichnen, so dürfte eine Auslegung wohl kaum fehlgehen, die verlangt, dass die Dauerwerbesendung in der Kennzeichnung auch unter diesem Begriff zu erscheinen hat. Allenfalls kann die gesetzliche Ermächtigung dahingehend gedeutet werden, dass die Werberichtlinie der Landesmedienanstalt auch eine andauernde Kennzeichnung mit dem Schriftzug „Werbesendung“ erlaubt, weil auch dann der Zuschauer keinen Irrtümern unterliegen kann. Gesetz- und Richtliniengeber haben insoweit nicht die verfassungsrechtlich statuierten Schranken für die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit durchbrochen, weil das Ziel einer eindeutigen und unmissverständlichen deutschsprachigen Kennzeichnung legitim ist und die hierzu erlassenen normativen Regelungen nicht unverhältnismäßig erscheinen¹¹⁵.

Der Verwaltungsgerichtshof ordnet die Werberichtlinie der Landesmedienanstalten richtig als Mittel der Standardisierung des Kennzeichnungswesens ein; dadurch werde die Erkennungsgenauigkeit erhöht, weil sich der Zuschauer auf eine bestimmte Form der Kennzeichnung verlassen könne. Mittelbar werde dadurch auch sein Vertrauen gestärkt, dass keine Dauerwerbesendung vorliege, wenn eine von ihm erwartete Kennzeichnung nicht gegeben sei. Das von der Werberichtlinie verfolgte Ziel einer

¹¹⁵ Zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Ausgestaltungsregelungen siehe BVerfGE 121, 30 (64 ff.).

eindeutigen und unmissverständlichen deutschsprachigen Kennzeichnung spricht ebenfalls dafür, dass die streitgegenständliche Anordnung rechtmäßig ist. An dieser Stelle hätte es sich wiederum angeboten, den Rechtscharakter der Werberichtlinie näher zu untersuchen (normkonkretisierende oder nur norminterpretierende Richtlinie); der Senat enthält sich aber ebenfalls eines solchen Vorgehens. Der Verweis auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird, wie auch seitens des Verwaltungsgerichts, richtigerweise nicht als durchschlagend angesehen, um einen Gleichheitsverstoß zu begründen. Auch in Werbesendungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sei die Verwendung des Begriffs „Promotion“ unzulässig. Die Berufung des beschwerdeführenden Sendeunternehmens auf die Rundfunkfreiheit im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist bei summarischer Prüfung ebenfalls nicht durchschlagend, weil dieses Grundrecht nach Art. 5 Abs. 2 GG in zulässiger Weise durch ein allgemeines Gesetz beschränkt werden kann; ein solches sei in § 7 Abs. 5 Satz 2 RStV zu sehen.

2. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München im Fall „Deutsches SportFernsehen“¹¹⁶

Das Urteil betrifft die Klage des Deutschen SportFernsehens gegen eine Beanstandung nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 8 Satz 1 BayMG und § 7 Abs. 6 Satz 1 RStV. Es geht wiederum um einen präsumtiven Werbeverstoß, den die Landeszentrale auf der Basis der ihr nach Art. 16 BayMG verliehenen Generalermächtigung im Wege eines Verwaltungsakts beanstandet hat¹¹⁷.

¹¹⁶ Entscheidung vom 5. März 2009, M 17 K 07.5805.

¹¹⁷ Vgl. hierzu *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Art. 16 (2008) Rdnr. 10, wonach die Feststellung und Missbilligung von Verstößen als Minus zur Vorgabe künftig rechtstreuen Verhaltens von der Anordnungsbefugnis mit umfasst wird.

Dem angefochtenen Bescheid liegt der Vorwurf der Schleichwerbung gemäß § 7 Abs. 6 RStV zu Grunde, auf den Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BayMG Bezug nimmt. Das Verwaltungsgericht hält das Erlassverfahren zu Recht für ordnungsgemäß. Es sei nicht entscheidend, ob sich die Gemeinsame Stelle Programm, Werbung und Medienkompetenz (GSPWM) mit der im Bescheid beanstandeten Sendung befasst hat. Nach § 8 Abs. 1 RStV i. d. F. vom 27. Juli 2001 hatten die zuständigen Landesmedienanstalten die Einhaltung der sonstigen für den privaten Veranstalter geltenden Bestimmungen des Staatsvertrags zu überprüfen und im landesrechtlich geregelten Verfahren die jeweilige aufsichtliche Entscheidung zu treffen. Die zuständige Landesmedienanstalt war zwar allein zur Aufsichtsmaßnahme befugt, § 38 Abs. 2 RStV sah aber eine Abstimmungsverpflichtung der zuständigen Landesmedienanstalten vor, um ländereinheitliches Vorgehen abzusichern. Zu diesem Zweck bildeten sie, auch zur Vorbereitung von Einzelfallentscheidungen, gemeinsame Stellen. Eine solche gemeinsame Stelle war die oben genannte Gemeinsame Stelle Programm, Werbung und Medienkompetenz, die allerdings bei angenommenen Verstößen gegen Werbebestimmungen nur Empfehlungen abgeben konnte. Dies sollte eine einheitliche Vorgehensweise gewährleisten, ohne jedoch die zuständige Landesmedienanstalt rechtlich binden zu können. Das Verwaltungsgericht weist auf die mittlerweile geänderte Rechtslage hin, wonach seit Inkrafttreten des Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags gemäß § 35 Abs. 2 RStV die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) für die jeweils zuständige Landesmedienanstalt als Organ agiert und bindende Entscheidungen auch für eine Falllage wie die vorliegende trifft (§ 35 Abs. 9 Satz 5 RStV).

Das Verwaltungsgericht sieht zwar mit der Landeszentrale den materiellen Tatbestand der Schleichwerbung als gegeben an (§ 7 Abs. 6 Satz 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Nr. 6 – jetzt Nr. 8 – RStV), die Grundlage der ausgesprochenen Missbilligung gewesen sei. Die Einblendung des inkriminierten werblichen Schriftzugs sei angesichts von Art und Dauer der Darstellung eindeutig als Werbung wahrzunehmen gewesen. Das Gericht

hält es aber nicht für erwiesen, dass die Klägerin (das Deutsche Sport-Fernsehen) in Werbeabsicht gehandelt hat. Die Klägerin war zwar Veranstalterin des einschlägigen Rundfunkprogramms im Sinn von § 2 Abs. 2 Nr. 11 (jetzt 13) RStV, weil sie das Programm unter eigener inhaltlicher Verantwortung anbot. Voraussetzung für die Annahme von Schleichwerbung ist aber auch das Vorliegen eines subjektiven Tatbestands, nämlich die werbliche Absicht, die mit dem objektiven Tatbestand verbunden sein muss. Das Gericht betont an dieser Stelle zu Recht, dass das Abbilden der Lebenswirklichkeit wesentlicher Bestandteil des Rundfunks ist. Gleich, ob fiktive oder dokumentarische Zielsetzungen vorliegen, können die reale Umwelt und damit die dort vorhandenen Produkte, Marken und das Marketing nicht künstlich ausgespart werden. Damit verbundene werbliche Nebeneffekte sind grundsätzlich hinzunehmen.

Die Grenze zur unzulässigen Schleichwerbung wird dagegen überschritten, wenn eine Werbeabsicht des Veranstalters vorliegt. Diese ist gesetzliches Tatbestandsmerkmal und muss im Einzelnen positiv festgestellt werden, was Probleme aufwirft, weil es sich um eine innere Tatsache handelt, die in der Regel nur aus Indizien erschlossen werden kann. Gleichwohl verlangt das Gericht, dass dieses Merkmal zur Überzeugung des Gerichts erfüllt ist. Nach der Legaldefinition in § 6 Abs. 2 Nr. 6 Satz 2 (jetzt § 8 Satz 2) RStV gilt eine Darstellung insbesondere dann als zu Werbezwecken vorgenommen, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt. Im konkreten Fall hat aber die Klägerin die Sendung im Rahmen einer Lizenzvereinbarung erworben und dafür die üblichen Lizenzgebühren entrichtet; es ist nicht dargetan oder nachgewiesen, dass die Klägerin wegen der in der Sendung enthaltenen Werbung geringere Lizenzgebühren entrichtet hat. Da kein materieller Vorteil aus dem Kauf des Übertragungsrechts resultiert, kann auch keine Werbeabsicht vorliegen. Das Gericht gesteht weiterhin der Klägerin zu, dass es bei der Sendung von Fremdproduktionen häufig nicht möglich ist, werbewirksame Darstellungen auf das journalistisch Notwendige zu beschränken. Deswegen wird aber nicht verlangt, dass die Sendung aller

Fremdproduktionen außer Betracht bleibt, weil dies häufig auch dem verfassungsmäßigen Rundfunkauftrag nicht gerecht würde. Das Gericht verlangt in einem solchen Fall eine Abwägung, ob der Programmauftrag in seiner umfassenden Breite oder das Trennungsgebot Vorrang besitzt. Für die Abwägung werden nach Auffassung des Verwaltungsgerichts zu beachten sein: Publikumsinteresse, Quantität der Werbung, Möglichkeit, werbewirksame Darstellungen in der Kaufproduktion herauszuschneiden. Im konkreten Fall hat die Klägerin dargelegt, dass sie nach dem Lizenzvertrag nicht berechtigt war, die Sendung so zu bearbeiten, dass der inkriminierte Schriftzug nicht mehr kenntlich war. Ein Vermeiden der Verbreitung des Werbeschriftzugs wäre nur bei einem vollständigen Verzicht auf die Sendung möglich gewesen, die Klägerin hat aber nachgewiesen, dass gerade die Übertragung von Pokerturnieren im Vergleich zu anderen Sendungen überdurchschnittlich hohe Einschaltquoten erzielt, was auf ein besonderes Informationsbedürfnis der Zuschauer schließen lässt. Das Gericht hat deshalb nicht die Gewissheit gewonnen, dass die Klägerin bei Schaltung ihrer Übertragung von Schleichwerbungsabsichten motiviert war, worin man ihm wohl zustimmen muss.

Die Entscheidung moniert weiterhin an der fraglichen Entscheidung der Landeszentrale, dass die Gründe keine Erwägungen zur Ermessensausübung im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 BayMG enthalten, wobei das Gericht meint, vermuten zu können, dass die Landeszentrale von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen ist. Dies dürfte bei einer solchen zentralen Vorschrift des bayerischen Medienrechts, die schon vielfach angewandt wurde, allerdings kaum vorstellbar sein. Gleichzeitig stellt das Gericht fest, es seien zwar die Tatbestandsvoraussetzungen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 6 RStV ausführlich gewürdigt, es fehle aber an einer ausreichenden Begründung und Darstellung der Ermessenserwägungen. Das Gericht sieht dies als Indiz für eine fehlerhafte Ermessensausübung an.

Dem Gericht ist zwar darin zuzustimmen, dass Art. 16 Abs. 1 Satz 1 BayMG eine echte Ermessensbestimmung darstellt, die Entschließungs-

und Auswahlermessen vereinigt und nicht nur als Ermächtigungsnorm zu deuten ist.¹¹⁸ Die Landeszentrale soll durch diese Vorschrift in die Lage versetzt werden, umfassend flexibel reagieren zu können. Jedoch wird verkannt, dass die Vorschrift entsprechend der Fassung ihres Tatbestands ein Entschließungsermessen nur in Bagatellfällen zulässt. Da nämlich die Vorschrift der Landeszentrale als Instrument zur Durchsetzung der medienrechtlichen Bestimmungen an die Hand gegeben ist und sie gleichzeitig nach Art. 11 Satz 2 Nr. 1 BayMG die Aufgabe hat, für die Einhaltung des Rechts Sorge zu tragen, ist es allenfalls bei Bagatellverstößen (Ordnungswidrigkeiten) denkbar, dass sie unreduziertes Entschließungsermessen besitzt und dieses dazu nutzt, um untätig zu bleiben, was dem für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten geltenden Opportunitätsprinzip auch entsprechen würde. Im Übrigen führt die Aufgabe der Durchsetzung des Medienrechts dazu, dass ihr Entschließungsermessen in allen anderen Fällen praktisch auf Null reduziert ist und ihr Wahlmöglichkeiten nur bei der Setzung entsprechender Rechtsfolgen im Wege der Anordnung eingeräumt sind (Auswahlermessen), wobei aber das Prinzip der Verhältnismäßigkeit begrenzend wirkt und eine Wahl deshalb nur zwischen gleich gewichtigen Sanktionen bestehen kann (sind die Sanktionen ungleichgewichtig, ist zwingend die geringer einschneidende zu wählen, wenn sie ebenfalls den angestrebten Zweck erreicht). Die Rüge des Verwaltungsgerichts, es sei das Entschließungsermessen nicht in entsprechender Weise ausgeübt worden, geht angesichts eines gravierenden Rechtsverstoßes und gleichzeitiger Uneinsichtigkeit des Beaufichtigten fehl. Der Landeszentrale stand bei dieser Tatsachenlage keine andere Möglichkeit offen, als rechtsaufsichtlich tätig zu werden. Diese Folge ergibt sich ohne weiteres aus Art. 16 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 11 Satz 2 Nr. 1 BayMG und musste angesichts der klaren gesetzlichen Regelung auch nicht eigens begründet werden, weil die Landeszentrale insoweit keine Entscheidungsspielräume hatte. Da aber

¹¹⁸ Vgl. hierzu *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 11. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 43

schon aus anderen Gründen der Bescheid als rechtswidrig anzusehen und aufzuheben war, kam es auf den Fragenkreis fehlerfreier Ermessensanwendung nicht mehr an.

Teil VI:**Die Entscheidungsserie im Fall „Gescheiterte Übernahme von Pro7/SAT.1 durch die Axel Springer AG“****1. Die Vorgeschichte**

Der seinerzeit sehr spektakuläre Casus Axel Springer vs. Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) im Zusammenhang mit der gescheiterten Übernahme von Pro7/SAT.1 hat in der bayerischen Rechtsprechung ebenfalls seinen Niederschlag gefunden, jedenfalls was die erste und zweite Instanz anlangt. In jüngster Zeit erging dann die Revisionsentscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht. Materiell ging es vor allem um § 26 RStV, also um von allen Ländern bundeseinheitlich gesetztes Recht, auf den aber Art. 25 Abs. 11 BayMG verweist. Zu nennen sind Entscheidungen des Verwaltungsgerichts München¹¹⁹ und des Bayerischen Verwaltunggerichtshofs¹²⁰. Hinzugetreten ist, wie erwähnt, in jüngster Zeit die Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, mit der der Beschluss des Bayerischen Verwaltunggerichtshofs vom 7. Juli 2009 aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen wurde¹²¹.

Zur Erinnerung sei nochmals kurz der Sachverhalt dargestellt. Mit Beschluss vom 10. Januar 2006 verweigerte die KEK die beantragte Unbedenklichkeitsbestätigung für die geplante Übernahme der Pro7/SAT.1

¹¹⁹ M 17 K 06.2675 vom 5. Oktober 2006 und 8. November 2007 (Entscheidung über den Antrag auf Beiladung der KEK zum Verfahren); Hauptsacheentscheidung.

¹²⁰ 7 C 06.3009 vom 3. April 2007 (Beschwerdeentscheidung zum Antrag der KEK auf Beiladung zum Verfahren) und 7 BV 08.254 vom 7. Juli 2009 (Hauptsacheentscheidung).

¹²¹ BVerwG 6 C 16.09 vom 24. November 2010 (Revisionsentscheidung).

Media AG durch die Axel Springer AG. Eine solche Übernahme erzeuge vorherrschende Meinungsmacht, die nach dem Rundfunkstaatsvertrag unzulässig sei. Begründet wurde dies mit der starken Position des Pro7/SAT.1-Verbunds im bundesweiten Fernsehen, die in Verbindung mit der überragenden Stellung der Axel Springer AG im Tageszeitungsbe- reich, ihrer starken Stellung bei den Programmzeitschriften, ihrer nicht unbeträchtlichen Position bei den Publikumszeitschriften und ihrer ge- wichtigen Stellung im Bereich der Online-Angebote zu Meinungsmacht führe, die nach § 26 RStV unzulässig sei. Die Axel Springer AG hatte, um die konzentrationsrechtlichen Bedenken auszuräumen, die Einrichtung eines senderübergreifenden Programmbeirat für die Programme SAT.1, Pro7, Kabel 1 und N24 nach Maßgabe einer im Entwurf vorgelegten Sat- zung vorgeschlagen. Da dieser allerdings rein beratende Funktion haben sollte, wurden damit die Bedenken der KEK nicht beseitigt. Deren Vor- schlag, auf den Erwerb eines zuschaueranteilstarken Senders zu ver- zichten, lehnte wiederum die Axel Springer AG ab. Daraufhin brachte die KEK als Lösung ins Gespräch, eines der beiden zuschaueranteilstarken Vollprogramme mit einem Fernsehbeirat auszustatten, der Binnenplurali- tät herstellen und eine Zielgruppenorientierung des Programms aus- schließen sollte. Dem Fernsehbeirat sollte ein Weisungsrecht gegenüber den Programmverantwortlichen und dem Chefredakteur zustehen, er sollte volle Kompetenz über Planung und Struktur, Inhalt und Kontrolle des Programms besitzen. Die Axel Springer AG hielt dem entgegen, dass die Einrichtung eines solchen Gremiums einen Verzicht auf wirtschaftliche Kontrollbefugnisse über den betroffenen Sender in einem Umfang verlan- ge, der schon aktienrechtlich unzulässig sei.

Die KEK folgte in ihrem oben genannten Beschluss vom 10. Januar 2006 einer „qualitativen“ Betrachtungsweise, die eine Verwirklichung des Ein- griffstatbestands nach § 26 Abs. 1 RStV auch als denkbar ansieht, ohne dass gleichzeitig einer der drei Vermutungstatbestände nach § 26 Abs. 2

RStV erfüllt ist¹²². Dem wird man, nachdem der seinerzeitige Pulverdampf weitgehend verraucht ist, angesichts des (allerdings nicht in jeder Hinsicht eindeutigen) Gesetzeswortlauts, der Begründung zum Gesetz und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die auch Cross-Media-Owner-Phänomene einbeziehen will (siehe dazu unten), keine volle Absage erteilen können, auch wenn dies zur Zeit der aktuellen Übernahmepläne der zentrale Punkt war, in dem die unterschiedlichen Auffassungen aufeinanderprallten. Das heißt aber nicht, dass Beliebigkeit im Rückgriff von § 26 Abs. 2 RStV auf Absatz 1 stattfinden dürfte. Wenn dieser Rückgriff erfolgen soll, so müssen dafür Legitimationsgründe genannt werden, die nicht allein in der vorherrschenden Meinungsmacht bestehen, die sich durch den genannten Rückgriff rechnerisch produzieren lässt. Vielmehr müssen zusätzliche legitimatorische Erwägungen stattfinden und nachvollziehbar sein. Der freie Rückgriff auf § 26 Abs. 1 RStV würde mit der Bezugnahme auf den unbestimmten Rechtsbegriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ einen Beurteilungsspielraum eröffnen, der von extremer Weite ist, so dass Zweifel bestehen könnten, ob der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Auftrag zur Ausgestaltung des Rundfunkgrundrechts und damit dem Wesentlichkeitsprinzip Genüge geleistet hat¹²³. Da aber § 26 Abs. 2 RStV in diesem Zusammenhang eine Konkretisierungs-

¹²² Beschluss vom 10. Januar 2006, KEK 293-1 bis -5, S. 70 ff. Siehe hierzu weiter *Renck-Laufke*, ZUM 2000, S. 105 ff.; *dies.*, ZUM 2006, S. 907 ff.; *Hain*, MMR 2000, S. 537 ff.; *Dörr*, in: *Dörr/Kreile/Cole* (Hrsg.), Handbuch Medienrecht, 2. Aufl. 2011, Teil F Rdnr. 38; gegen diese Auffassung etwa *Bornemann*, ZUM 2006, S. 200 ff.; *Säcker*, K&R 2006, S. 49 ff.; *Hepach*, ZUM 2003, S. 112 (115 f.); *M. Müller*, Konzentrationskontrolle zur Sicherung der Informationsfreiheit, 2004, S. 226 ff. (239 ff.); *Clausen-Muradian*, Konzentrationstendenzen und Wettbewerb im Bereich des privaten kommerziellen Rundfunks und die Rechtsprobleme staatlicher Rechtsaufsicht, 1998, S. 164; *Bornemann/v. Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz. Kommentar, Bd. 1, Art. 25 (2008), Rdnr. 103 ff. Vgl. insgesamt auch *Bohne*, Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, BRP 2006, S. 540 (547 f.); *Gounalakis/Zagouras*, AfP 2006, S. 93 ff.; *dies.*, NJW 2006, S. 1624 (1626 f.).

¹²³ Siehe hierzu auch *Hepach*, ZUM 2003, S. 112 (116).

funktion hinsichtlich des Begriffs der „vorherrschenden Meinungsmacht“ hat, wird man ihm eine gewisse „Leitbildfunktion“ zusprechen müssen, die dazu führt, dass von dieser Vorschrift jeweils auszugehen, ein Über-sie-Hinausgehen aber immer dann um so begründungsbedürftiger ist, je mehr man sich von den dort genannten Anteilsregelungen entfernt. Die besondere Begründungsbedürftigkeit eines Abgehens von den Vermutungsregelungen wird also an das Prinzip des „je...desto“ gebunden¹²⁴.

Die demgegenüber ebenfalls vertretene quantitative Betrachtungsweise geht davon aus, dass vorherrschende Meinungsmacht allein anhand der in § 26 Abs. 2 RStV vorgegebenen Maßstäbe festgestellt werden darf. Bei einem Zuschaueranteil der einem Unternehmen zurechenbaren Programme von durchschnittlich 30 vom Hundert wird vorherrschende Meinungsmacht vermutet. Beim Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 von Hundert ist eine Einbeziehung medienrelevanter verwandter Märkte in die Gesamtbeurteilung gestattet. Unterhalb des zuletzt genannten Schwellenwerts kann die Annahme vorherrschende Meinungsmacht nicht auf die Einbeziehung medienrelevanter verwandter Märkte gestützt werden (dies war aber die Vorgehensweise der KEK im genannten Streitfall Pro7/SAT.1). § 26 Abs. 2 RStV hat nicht nur Verfahrenscharakter, sondern ist mit materieller Funktion dahingehend ausgestattet, dass unterhalb von 25 Prozent Zuschaueranteil ein Eingreifen der KEK nicht stattfindet und medienrelevante verwandte Märkte für die Gesamtbeurteilung keine Rolle spielen¹²⁵. Der Rundfunkstaatsvertrag knüpft also an die 25-Prozent-Marke keinerlei Vermutung, sondern gestattet bei deren Erreichung nur den Ausgriff auf die genannten medienrelevant verwandten

¹²⁴ Siehe hierzu Amtliche Begründung zum Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, S. 20 des Amtlichen Umdrucks, Passage abgedruckt im Beschluss der KDLM vom 7. November 1998, ZUM 1998, S. 1054 (1057); siehe dazu auch *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag, § 26 (2004), Rdnr. 8.

¹²⁵ Vgl. dazu ausführlich *Peifer*, Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen, BLM-Schriftenreihe Bd. 82, 2005, S. 43 ff, etwa S. 53.

Märkte¹²⁶. Der Schwellenwert ist somit ein Aufgreifkriterium für weitere Nachforschungen und hat keinen Vermutungscharakter. Erst wenn bestimmte Ergebnisse vorliegen, können daran wieder Vermutungen gekoppelt sein. Der eingangs genannten Auffassung stand die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) nahe, die die Haltung der KEK ablehnte. Die KDLM fungierte vor dem Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag des Jahres 2007 als Rekursgremium gegenüber Entscheidungen der KEK (der genannte Rundfunkänderungsstaatsvertrag beseitigte sie in dieser Funktion). In einem „rechtsförmigen Beschluss“ vom 7. November 1998¹²⁷ hatte sie sich dagegen gewandt, vorherrschende Meinungsmacht aus anderen Kriterien als den Zuschaueranteilen abzuleiten, wie sie in § 26 Abs. 2 RStV als Aufgreifbestandteile normiert sind. In diesem Sinn hat sich die KDLM auch im Streit um die Übernahme von Pro7/SAT.1 durch die Axel Springer AG artikuliert. Sie beschloss zwar in ihrer Sitzung vom 7. März 2006, dass sich der Antrag der Axel Springer AG vom 26. Januar 2006 auf eine Unbedenklichkeitsbescheinigung in der Sache erledigt habe, weil die Axel Springer AG inzwischen ihre Übernahmepläne aufgegeben habe¹²⁸. Gleichzeitig konstatierte sie aber, dass der von der KEK vorgenommenen Bewertung des Einflusses der Axel Springer AG auf medienrelevanten verwandten Märkten weder eine schlüssige Abgrenzung dieser Märkte noch eine in sich konsistente Gewichtung zu Grunde liege; diese Bewertung halte damit einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Man wird nach dem heutigen Kenntnis- und Diskussionsstand im Grundsatz zwar der seinerzeitigen KEK-Entscheidung folgen und über die Ver-

¹²⁶ So zu Recht *Bornemann*, ZUM 2006, S. 200 (202); vgl. auch *dens.*, in: Medienrelevante verwandte Märkte in der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten Bd. 35, 2006, S. 34; ihm folgend *Hepach*, ZUM 2007, 40 (45).

¹²⁷ Siehe hierzu ZUM 1998, S. 1054.

¹²⁸ Siehe zum Ganzen *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag, § 26 (2004), Rdnr. 8 ff.

mutungsregelungen nach § 26 Abs. 2 RStV hinaus die Möglichkeit vorherrschender Meinungsmacht anerkennen müssen, aber, wie bereits oben dargestellt, nur in bestimmten besonders legitimierten Fällen. Dadurch wird aber der Umstand nicht ausgeräumt, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der „vorherrschenden Meinungsmacht“ in hohem Maße unkonkret ist, so dass die Verweigerung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung einen erheblichen Beweis- und Begründungsaufwand erfordert. Die KEK kam trotz der Annahme von nur 22 Prozent Meinungsmacht der Pro7/SAT.1-Gruppe durch Einbeziehung der „medienrelevanten verwandten Märkte“ (wie oben bereits angeführt, Tagespresse, Programmzeitschriften, Publikumszeitschriften sowie Online-Angebote) abzüglich von fünf Bonuspunkten nach § 26 Abs. 2 Satz 3 RStV für Fensterprogramme und Drittsendezeiten zu einem Wert von 42 Prozent und damit zu vorherrschender Meinungsmacht bei Durchführung des geplanten Vorhabens. Hier wird man konstatieren müssen, dass zwischen der von den Prozentsätzen des § 26 Abs. 2 RStV erheblich nach unten abweichenden Meinungsmacht der Pro7/SAT.1-Gruppe als primäres Faktum und den sich aus den Bewertungen der medienrelevanten verwandten Märkte ergebenden Hinzurechnungen der KEK eine solche Diskrepanz besteht, dass empörter Widerspruch gegen das Ergebnis der KEK geradezu programmiert war, zumal letztendlich eben doch die hohe Dominanz der Axel Springer AG im Zeitungs- und Zeitschriftenbereich und das durch ihre Hinzurechnung erzielte Ergebnis vorherrschender Meinungsmacht den zentralen Begründungsfaktor für das Abgehen von § 26 Abs. 2 RStV darstellte.

Nachdem das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 19. Januar 2006 die beabsichtigte Fusion untersagt hatte, verkündete die Axel Springer AG, die Übernahmepläne nicht mehr weiter betreiben zu wollen. Die juristische und wirtschaftliche Lage sei so unsicher, dass sie für alle Beteiligten mit unzumutbaren Risiken verbunden sei. Dies teilte die Axel Springer AG auch der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien mit, betonte aber, dass die Übernahme von Pro7/SAT.1 strategisch richtig und sinnvoll ge-

wesen wäre und weiterhin ein nachhaltiges Interesse an der Beseitigung der Entscheidung der KEK bestehe.

Da die bei der Landeszentrale gestellten Anträge der Axel Springer AG auf Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung und Genehmigung der Übernahme nicht zurückgenommen worden waren, lehnte sie die Landeszentrale mit Bescheid vom 15. Mai 2006 ab. Das Sachbescheidungsinteresse sei durch die öffentliche Erklärung der Klägerin vom 7. März 2006 nicht erloschen, die Landeszentrale sei überzeugt, dass das Übernahmeinteresse weiterhin existiere; sie sei jedoch gemäß § 37 Abs. 1 Satz 4 RStV an die Beschlüsse der KEK gebunden.

Die Axel Springer AG erhob gegen diesen Bescheid Widerspruch und nach dessen Zurückweisung Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München.

2. Die gerichtlichen Entscheidungen

a) Verwaltungsgericht München

aa) Urteil vom 8. November 2007¹²⁹

Das Verwaltungsgericht ging in seiner Entscheidung von einer Erledigung der Verpflichtungsklage der Axel Springer AG aus und sah die hilfsweise erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage als zulässig an. Das erledigende Ereignis wurde in dem von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien genehmigten Übergang der streitbefangenen Anteile an Pro7/SAT.1 am 22./29. März 2007 an einen neuen Erwerber und im Vollzug der Veränderung der Beteiligungsverhältnisse gesehen. Das Gericht ging weiter davon aus, dass auf jeden Fall für das von der Klägerin begehrte Fusionsvorhaben neue Anträge auf Einleitung eines Unbedenk-

¹²⁹ M 17 K 062675.

lichkeitsverfahrens und eine erneute Überprüfung durch die KEK notwendig sein würden, sollten die bisherigen Absichten weiterverfolgt werden.

Das für eine Fortsetzungsfeststellungsklage notwendige berechtigte Interesse (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog) sah das Gericht in der Gefahr, dass die Zulassungsorgane in naher Zukunft auf einen gleichartigen Antrag der Axel Springer AG hin wiederum eine Negativentscheidung fällen könnten, die auf identischen oder ähnlichen Erwägungen beruhe. Die Axel Springer AG trug ihr Interesse vor, zu einem späteren Zeitpunkt Pro7/SAT.1 übernehmen zu können, da absehbar sei, dass der jetzige Finanzinvestor die Sender wieder demnächst zum Verkauf stellen würde. Die KEK habe das von ihr konzipierte Verrechnungsmodell zur Einbeziehung medienrelevanter verwandter Märkte auch anderweitig in ihrer Beschlusspraxis angewandt, so dass von einer ähnlichen Sach- und Rechtslage auch in Zukunft auszugehen sei, zumal nicht angenommen werden könne, dass die Axel Springer AG die von der KEK hoch eingestufte Tagespresse abgeben werde.

Das Verwaltungsgericht hielt jedoch die Fortsetzungsfeststellungsklage im Ergebnis für unbegründet und erkannte der Axel Springer AG weder einen Anspruch nach § 29 Satz 3 RStV in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Satz 3 der Fernsehsatzung der Landeszentrale noch einen Anspruch auf erneute Entscheidung zu. Das Gericht bezeichnete den qualitativen Ansatz der KEK im Hinblick auf § 26 Abs. 1 RStV, wie schon oben dargetan wurde, grundsätzlich als richtig. Damit werde das zwingend zu beachtende verfassungsrechtliche Gebot effektiver Konzentrationskontrolle durchgesetzt. Die Fälle des § 26 Abs. 2 RStV enthielten lediglich Vermutungen, die Beweiserleichterungen darstellten, aber keine abschließende Regelung beinhalteten. Zum Beweis verwies das Gericht unter anderem auch auf die Amtliche Begründung zu § 26 Abs. 2 RStV¹³⁰. Das Gericht verlangte jedoch keine spezielle Rechtfertigung für den Rückgriff von § 26

¹³⁰ Abgedr. in *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag Bd. II, § 26 (2004), B5.

Abs. 2 auf Abs. 1 derselben Vorschrift; diese Forderung ist erst Bestandteil der Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (siehe dazu unten).

Die Berufung des Gerichts auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das den Terminus der „vorherrschenden Meinungsmacht“ in seiner Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit geprägt und den der Gesetzgeber des Rundfunkstaatsvertrags aufgegriffen habe¹³¹, ist sicherlich berechtigt. Es ist darin mehr oder weniger impliziert, dass eine effektive Konzentrationskontrolle gefordert ist, die aber wie auch die sonstige den Rundfunk umhørende normative Ordnung vom Gesetzgeber in Form von Ausgestaltungsregelungen zu schaffen ist. Zielrichtung dieser Ausgestaltungsaufgabe ist die Sicherstellung, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet. Da das Bundesverfassungsgericht das darin mitenthaltene Gebot der Vielfaltssicherung auch in der Gegenwart nicht abgeschwächt hat (man vergleiche das zweite Gebührenurteil des Gerichts¹³²), kommt der Sicherung der Meinungsvielfalt im Rundfunk nach wie vor eine übertragende Stellung zu.

Für das Verwaltungsgericht ist dies Anlass, Vielfaltskontrolle nicht als Festlegung starrer Zuschaueranteile zu begreifen, sondern auch Cross-Media-Owner-Phänomene im Rahmen einer Gesamtbewertung einzubeziehen. Die Erreichung von Zuschaueranteilen, wie sie im Gesetz festgelegt sind, wird zwar als gewichtiger Anhaltspunkt dafür gewertet, dass der „übermäßige Vermarktungsgrad“ nach § 26 Abs. 1 RStV gegeben ist, diese Vermutung wird aber ebenso als widerlegbar angesehen, wie nach Auffassung des Gerichts vorherrschende Meinungsmacht auch dann vorliegen kann, wenn der Zuschaueranteil zwar unterhalb der Vermutungsgrenze liegt, auf dem Meinungsmarkt aber insgesamt von einem bestimmten Unternehmen eine beherrschende Position eingenommen

¹³¹ BVerfGE 73, 118 (172 ff.).

¹³² BVerfGE 119, 181 ff.

wird. Eine besondere Legitimation für das Abgehen von den Vermutungsfällen des § 26 Abs. 1 RStV wird, wie erwähnt, nicht gefordert. Die gerichtliche Argumentation wird zwar nicht in diesem Punkt, aber im Übrigen von einer gefestigten Rechtsprechung unterstützt, die den Einsatz unbestimmter Rechtsbegriffe nicht als rechtsstaatswidrig ansieht, wenn er in sachangemessener Weise erfolgt und es gleichzeitig dem Gesetzgeber erlaubt wird, die Definitionskompetenz an Organe weiterzugeben, die auf Grund ihres Sachverständns größere Gewähr für die „Richtigkeit von Entscheidungen“ bieten. Was die KEK anlangt, so hatte sie die angegriffene Vorgehensweise bereits in der Vergangenheit entwickelt, so dass ihre letztendliche Entscheidung für die Axel Springer AG auch vorhersehbar war. Das Gericht, das insoweit konsistent und folgerichtig deduziert, räumt der KEK an dieser Stelle auch das Recht ein, eine einmal gefundene Praxis weiterzuentwickeln.

Das Gericht nimmt geradezu ein Lehrbuchkapitel des Allgemeinen Verwaltungsrechts vorweg, wenn es im Weiteren der KEK zur Konkretisierung des Begriffs „vorherrschende Meinungsmacht“ einen Beurteilungsspielraum einräumt, der ihre Entscheidung nur eingeschränkt überprüfbar macht. Bekanntlich wird in Fortführung der feststehenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Beurteilungsspielraum dann anerkannt, wenn er vom Gesetz gewollt ist, der zu treffenden Entscheidung in hohem Maß wertende Elemente zu eigen sind, und das Gesetz diese deshalb einem besonderen Verwaltungsorgan zuweist, das „weisungsfrei, mit besonderer fachlicher Legitimation in einem besonderen Verfahren entscheidet“¹³³. Ein solcher Beurteilungsspielraum ist vor allem dann am Platz, wenn ein Kollegialorgan gegeben ist, das mögliche Auffassungsunterschiede in sich selbst ausgleicht und damit zur Versachlichung der betreffenden Entscheidung beiträgt. Diese festgefügte Recht-

¹³³ Siehe dazu BVerwGE 72, 195 (201), std. Rspr.; siehe dazu auch aus neuerer Zeit 129, 27 (Rdnr. 27); 130, 39 (Rdnr. 29); 131, 41 (Rdnr. 20).

sprechung kommt auch der KEK inhaltlich zugute, die sich auf die Privilegierung des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums stützen kann.

Die weiteren Ausführungen des Gerichts sind allerdings nicht in jeder Weise unangreifbar. Das VG München bezeichnet die KEK als ein auf sechs Jahre gewähltes sechsköpfiges „staatsfernes“ sachverständiges Gremium. Damit ist die Urform der KEK angesprochen, die durch den Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag von 2007 beseitigt wurde (nunmehrige Ergänzung durch sechs Direktoren der Landesmedienanstalten). Hinsichtlich der Staatsferne dieses Gremiums in seiner ursprünglichen Zusammensetzung können durchaus Zweifel angemeldet werden, da die KEK-Mitglieder unmittelbar von den Ministerpräsidenten berufen wurden und auch Neuberufung zulässig war. Die einzige Sicherung gegenüber einem übermäßigen Staatseinfluss bestand darin, dass jedes Mitglied für seine Berufung die Zustimmung aller Ministerpräsidenten benötigte. Immerhin waren die Mitglieder der KEK aber bei der Erfüllung ihrer Aufgaben (wie auch heute in der vergrößerten Besetzung) an Weisungen nicht gebunden; ein Staatseinfluss, der nach der Zusammensetzung des Gremiums nicht ausgeschlossen gewesen wäre, ist nicht bekannt geworden.

Seit ihrer Einführung ist die KEK für die abschließende Beurteilung von Fragestellungen der Sicherung von Meinungsvielfalt bei Zulassung und Aufsicht für bundesweit verbreiteten Fernsehens zuständig; die zulassende Landesmedienanstalt ist an die Beschlüsse der KEK gebunden, die letztere als im konkreten Fall der betreffenden Landesmedienanstalt zugewiesenes Organ fasst. Inhaltlich ist nach dem oben Gesagten grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass das Gericht den qualitativen Ansatz der KEK billigt und ihr in Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der vorherrschenden Meinungsmacht nach § 26 RStV in hohem Maße Wertungen zugesteht, die entsprechende Sachkunde voraussetzen. Einwände gegen den Beurteilungsspielraum der KEK schlagen auch nicht insofern durch, als die KDLM nach der seinerzeitigen Rechtslage (§ 37 Abs. 2 a.F. RStV) den Beschluss der KEK kassieren und durch einen eigenen

ersetzen konnte. Funktional wie eine Widerspruchsbehörde entscheidend, muss es der KDLM gestattet gewesen sein, umfassend zu überprüfen und auch festzustellen, ob eine angegriffene Entscheidung unzweckmäßig, unbillig, unangemessen oder suboptimal ist. Eine solche Überprüfungscompetenz einer übergeordneten Stelle steht nicht im Widerspruch zur Einräumung eines Beurteilungsspielraums der erstentscheidenden Instanz, wie sich beim allgemeinen Widerspruchsverfahren erkennen lässt.

Auch wenn jedenfalls das Gericht seine Entscheidung nicht an Stelle der Entscheidung der KEK setzen darf, so ist der Beurteilungsspielraum der KEK nicht unbegrenzt. Die administrative Beurteilung der Konzentrationslage muss sich im gezogenen rechtlichen Rahmen halten; die anzuwendenden Kriterien entsprechen im Wesentlichen denen der Ermessensfehlerlehre (vollständige und zutreffende Ermittlung des Sachverhalts, richtiges Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs, Einhaltung der gültigen Verfahrensbestimmungen, Beachtung der allgemein gültigen Bewertungsmaßstäbe, Nichtverletzung des Willkürverbots, ausreichende Begründung). Ein entscheidendes Defizit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung besteht jedoch darin, dass sie nicht darauf geachtet hat, ob die KEK für den Übergang von den Vermutungsfällen des Abs. 2 des § 26 RStV auf Abs. 1 eine ausreichende legitimatorische Grundlage vorweisen konnte. Dass sich eine solche Berechtigung nicht nur aus der Fülle von Meinungsmacht ergeben kann, die durch die Zurechnungspraxis der KEK produziert wird, wurde schon oben festgestellt, weil sich sonst aus § 26 Abs. 2 RStV überhaupt keine wirksame Barriere gegenüber dem Rückgriff auf Absatz 1 ergeben würde. Beispiele, wann es legitim ist, die in § 26 Abs. 2 RStV genannten Prozentsätze zu vernachlässigen, sind in der Rechtsprechung bisher nicht genannt worden; sie sind auch nicht ohne Weiteres vorstellbar, wenn nicht das Ergebnis auch schon als Begründung dienen soll. Vorstellbar wäre etwa der Fall bewusster Arbeit des Medienunternehmens an einer Unterschreitung der in § 26 RStV genannten Quoren in Verbindung mit einem zielstrebigem Ausbau der Meinungs-

herrschaft im Print-Medien-Bereich. In einem solchen Fall müsste allerdings der subjektive Tatbestand nachgewiesen werden, was nicht ohne weiteres möglich sein dürfte. Gleichwohl bleibt als Konsequenz, dass die KEK nicht völlig frei mit den beiden ersten Absätzen des § 26 RStV schalten und walten durfte; es ist ein Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen den Absätzen anzunehmen, das nicht kurzerhand ignoriert werden darf.

Sieht man allerdings von dem Mangel ab, an dem die verwaltungsgerichtliche Entscheidung nach dem Gesagten leidet, ist die weitere Überprüfung des Beschlusses der KEK durch das Gericht nicht zu beanstanden. Der Spruchkörper stellt richtig fest, dass die KEK erkannt habe, dass sie nicht berufen sei, generell Meinungsvielfalt in den Medien oder in der deutschen Öffentlichkeit zu sichern, sondern Meinungsvielfalt im bundesweiten Fernsehen herzustellen habe. Der Rundfunkstaatsvertrag beschäftige sich mit dem Fernsehen; von ihm ausgehend könne die Vielfaltsregelung nicht dazu dienen, die Medienlandschaft ordnen oder gar umkrempeln zu wollen. Das Gericht betont, dass die Länder hierzu auch keine Kompetenz hätten¹³⁴. Die von der KEK mit eingeschlossenen Medien haben inhaltlichen Bezug zum Fernsehen und bilden daher einen medienrelevanten verwandten Markt. Kaum zu widerlegen ist die Argumentation des Gerichts (im Gefolge der KEK) mit der Amtlichen Begründung zum Gesetz, die ausdrücklich auch die Presse als einen medienrelevanten verwandten Markt bezeichnet, der in die Gesamtwürdigung einbezogen werden müsse, wobei der Verweis auf das Bundesverfassungsgericht und dessen Hinweise auf die Cross-Media-Owner-Phänomene eine weitere stützende Basis schafft. Allerdings ist auch hier darauf hinzuweisen, dass dies nur unter der Prämisse akzeptabel ist, dass bei der Auslegung von § 26 RStV das Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen Absatz 2 und 1 nicht kurzerhand vom Tisch geschoben wird.

¹³⁴ Vgl. hierzu *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag, § 26 (2004), Rdnr. 21.

In diesem Rahmen ist es auch richtig, wenn das Gericht der KEK auch ausdrücklich darin zustimmt, dass sie im Rahmen eines Beurteilungsspielraums die Kriterien der Suggestivkraft der Breitenwirkung und der Aktualität zur Ermittlung der Meinungsmacht von Medien einbezieht. An diese Kriterien anzuknüpfen erscheint jedenfalls vorzugswürdiger als zur Bestimmung des Verwandtschaftsgrades der Medien den Vergleich der reinen Nutzungsdauer heranzuziehen, die häufig nur Folge von Aufmerksamkeit, Aktivität, Aufwand usw. ist, die bei der Aufnahme unterschiedlicher Medien aufgebracht werden müssen. Quantitative Vorgehensweisen sind im Gefolge der KEK abzulehnen; die Feststellung gleichgewichtiger Meinungsvielfalt ist vielmehr eine Folge komplexester Wertungen.

Die Schlussequenz der Entscheidung gibt allerdings wieder zu Einwänden Anlass. Das Gericht stellt fest, dass die Versagung der Unbedenklichkeitsbestätigung nach § 29 Satz 3 RStV weder willkürlich noch unverhältnismäßig gewesen sei. Dem ist insoweit zuzustimmen, als die KEK das Willkürverbot nicht verletzt hatte, weil sie den Bereich des Vertretbaren nicht evident verließ. Anders sieht es dagegen mit der Anwendung des Übermaßverbots aus. Das Gericht stimmt der KEK darin zu, dass die Verweigerung der Unbedenklichkeitsbestätigung eine vielfaltssichernde Maßnahme zur Abwehr eines voll umfänglichen Widerrufs und damit verhältnismäßig gewesen sei. Andere Mittel zur Verhinderung vorherrschenden Meinungseinflusses habe die Klägerin ja schon im Vorfeld abgelehnt (Verzicht auf den Erwerb eines Senders mit hohem Zuschaueranteil; Veräußerung von Beteiligungen auf medienrelevanten verwandten Märkten; Einsetzung eines Fernsehrats mit direktiven Kompetenzen zur Sicherung der Binnenpluralität). Das Gebot der Vermeidung übermäßiger Eingriffe ist aber nicht verhandelbar, sondern wie das Verwaltungsrecht auch sonst zwingend. Das heißt, die KEK hätte nicht die Unbedenklichkeitsbescheinigung einfach verweigern dürfen, sondern sie hätte das nach ihrer Meinung geringst einschneidende Mittel (vermutlich die Einsetzung eines Fernsehrats) zur Auflage ihrer Unbedenklichkeitsbescheinigung machen müssen. Wenn dies für die Axel Springer AG nicht akzep-

tabel gewesen wäre, hätte diese es in der Hand gehabt, ihren Antrag zurückzunehmen und damit dieser Auflage zu entgehen. Denkbar wäre auch die Inanspruchnahme von Rechtsschutz gegen die Auflage gewesen. Sie hätte einen selbstständigen (belastenden) Nebenverwaltungsakt dargestellt, der zum begünstigenden Hauptverwaltungsakt (Unbedenklichkeitsbescheinigung) hinzutritt und mit der Anfechtungsklage angegriffen werden könnte. Wenn nunmehr das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, die Verweigerung der Unbedenklichkeitsbescheinigung führe zu einem „Makel“ für die Axel Springer AG, dessen sie sich durch eine Fortsetzungsfeststellungsklage erwehren könne (vgl. dazu unter c)), so ist es Folge einer falsch tenorierten Entscheidung der KEK, die richtigerweise positiv, wenn auch unter Auflage, gefasst hätte werden müssen.

bb) Beschluss vom 5. Oktober 2006¹³⁵

Dieser Beschluss betraf den Antrag des Vorsitzenden der KEK, diese im obigen Klageverfahren beizuziehen. Das Verwaltungsgericht lehnte diesen Antrag zu Recht ab. Die Beiladungsberechtigung nach § 65 Abs. 1 VwGO richtet sich nach der Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO). Die KEK ist nach ihrer gesetzlichen Konstruktion entscheidungsberechtigtes Organ der zuständigen Landesmedienanstalt mit der Aufgabe, für Einhaltung der gesetzlichen Antikonzentrationsbestimmungen zu sorgen. Sie ist aber weder natürliche oder juristische Person noch Vereinigung im Sinn von § 61 Nr. 2 VwGO. Für eine Vereinigung im Sinne des Gesetzes ist nicht nur ein organisatorischer Zusammenhalt entscheidend (ein solcher würde bei der KEK vorliegen), es muss auch eine Inhaberschaft an dem im konkreten Rechtsstreit in Frage stehenden oder berührten Recht möglich sein. Für die KEK spricht die Entscheidung zwar ausdrücklich (aber sicherlich fehlsam) die Möglichkeit eines Organstreits gegenüber der „Beklagten“

¹³⁵ M 17 K 062675.

(der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien)¹³⁶ an, im konkreten Rechtsstreit besitze sie aber gegenüber der Axel Springer AG keine Rechte. Da sie auch nicht als Behörde bezeichnet werden könne und ihr nicht durch Landesrecht Beteiligungsfähigkeit verliehen worden sei, könnte sich eine solche nur dann ergeben, wenn sie „anderer“ im Sinn von § 65 Abs. 1 VwGO bzw. „Dritter“ im Sinn von § 65 Abs. 2 VwGO wäre. Als „anderer“ oder „Dritter“ müsste sie den Prozessbeteiligten als selbstständige Entscheidungseinheit gegenüberstehen; sie ist aber Organ der zuständigen Landesmedienanstalt (§ 35 Abs. 2 Satz 2 RStV), so dass es ihr an der notwendigen Gegenposition mit Außenwirksamkeit fehlt. Sie ist nur innerorganisatorisch als Teil der Landesmedienanstalt im Prüfungsverfahren tätig. Das Gericht vergleicht sie mit dem Dezernat einer Behörde, das am internen Entscheidungsprozess mitwirkt und auf Grund seines Sachverständnisses mit bindender Wirkung entscheidet. Eine nach außen vorgenommene Verselbstständigung ist dagegen nicht gegeben, womit sich auch der von der KEK eingeführte Vergleich mit einem mehrstufigen Verwaltungsakt erledigt.

b) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

aa) Beschluss vom 7. Juli 2009¹³⁷

Da die klagende Axel Springer AG ihre Berufung hinsichtlich der Verpflichtungsanträge zurückgenommen und gleichzeitig das Rechtsmittel auf den hilfsweise geltend gemachten Feststellungsantrag beschränkt hatte, erfolgte insoweit eine Einstellung des Verfahrens nach § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Anders als das Verwaltungsgericht München behandelte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof aber auch den Fortsetzungsfeststellungsantrag bereits als unzulässig.

¹³⁶ Da die KEK selbst Organ der Anstalt ist, kann sie wohl kaum mit dieser, sondern nur mit einem anderen Organ der Anstalt streiten.

¹³⁷ 7 BV 08.254/M 17 K 062675.

Der Verwaltungsgerichtshof stimmt dem Verwaltungsgericht darin zu, dass sich die ursprünglich zulässige Verpflichtungsklage durch die genehmigte Übernahme der Anteile an Pro7/SAT.1 seitens eines neuen Investors erledigt habe. Die Anteile wurden auch zwischenzeitlich nicht mehr zum Verkauf angeboten. Der Axel Springer AG wurde jedoch das berechnete Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids abgesprochen, obwohl hier jedes nach vernünftigen Erwägungen schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art genügt. Doch selbst bei Anlegung eines großzügigeren Maßstabs kann der Verwaltungsgerichtshof kein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Feststellung erkennen, was dem außenstehenden Betrachter, der zukünftige Entwicklungen noch nicht für alle Zeiten entschieden hält, nicht ohne Weiteres einleuchtet. Die fraglichen Anteile seien seit der Übernahme durch einen neuen Finanzinvestor nicht mehr zum Erwerb angeboten worden; eine gegenwärtige Veräußerungsabsicht sei nicht erkennbar. Ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr wäre dann gegeben, wenn eine hinreichend qualifizierte Gefahr anzunehmen sei, dass unter im wesentlichen unveränderten Umständen ein dem Altakt gleicher oder ähnlicher Verwaltungsakt ergehen würde. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse sei dagegen nicht auf eine Wiederholungsgefahr zu gründen, wenn es ungewiss sei, ob die zukünftige tatsächliche Konstellation derjenigen vergleichbar sei, wie sie im Zeitpunkt der Erledigung bestand.

Der Verwaltungsgerichtshof stellt nunmehr fest, dass die KEK ihren seinerzeitigen Beschluss in der Altbesetzung gefasst habe, die mit Inkrafttreten des Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags (1. September 2008) geändert wurde, ebenso wie mit diesem Zeitpunkt die KDLM als Rekursinstanz ihr Ende fand. Bei der KEK bestand, wie erwähnt, die Änderung darin, dass sie um sechs nach Landesrecht bestimmte gesetzliche Vertreter der Landesmedienanstalten erweitert wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof geht kurz auf die Kontroverse zwischen der KEK und den Direktoren der Landesmedienanstalten ein, die mehrheitlich (darunter auch die Bayerische Landeszentrale für neue Medien) der Auffassung waren, der Erwerb der Pro7/SAT.1-Anteile durch die Axel Springer AG wäre konzentrationsrechtlich unbedenklich gewesen. Der Verwaltungsgerichtshof sieht es nunmehr allein auf Grund der Veränderung der Zusammensetzung der KEK und ohne Änderung der materiell-rechtlichen Entscheidungsgrundlagen wiederum als offen an, ob erneute Übernahmepläne der Axel Springer AG die KEK wieder zur Ablehnung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung veranlassen würden. Im Grunde trennt den Verwaltungsgerichtshof nur eine abweichende Sachverhaltsbeurteilung vom Verwaltungsgericht München, allerdings mit Relevanz für die Urteilsbegründung. Das Gericht weist vor allem darauf hin, dass die KEK durch Direktoren der Landesmedienanstalten erweitert worden sei, die der seinerzeitigen Entscheidung vom 10. Januar 2006 kritisch gegenüberstanden. Aus diesem Grund diagnostiziert der Gerichtshof eine erhebliche Ungewissheit, wie die KEK erneut die Übernahmepläne bewerten und ob sie für den Fall eines ohnehin im Augenblick nicht spruchreifen Zusammenschlussvorhabens nochmals auf vorherrschende Meinungsmacht entscheiden würde. In diesem Zusammenhang weist der Verwaltungsgerichtshof auch darauf hin, dass die Axel Springer AG ihr Zusammenschlussvorhaben sehr frühzeitig aufgegeben und zusätzlich auch noch ihre indirekten Beteiligungen an Pro7/SAT.1 an die Mehrheitseigner veräußert habe. Schließlich stellt der Gerichtshof als für die Klägerin nachteilig auch den ständigen Wandel der von der KEK zu Grunde gelegten Parameter ein (Zuschaueranteile, Meinungsmacht der Axel Springer AG auf medienrelevanten verwandten Märkten, insbesondere im Bereich der Printmedien, des Hörfunks und der Online-Dienste, Gewichtungsfaktoren „Suggestivkraft, Breitenwirkung und Aktualität“ sowie Unabhängigkeit von regionalen Drittfensterprogrammen als vielfaltverstärkenden Umstand) und führt hierfür Beispiele an. Die diesen Beispielen zu Grunde liegenden Fakten waren dem Verwaltungsgericht noch nicht zugänglich; insofern lag der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs entgegen den bisher ge-

machten Feststellungen auch eine partiell neue Tatsachenbasis zugrunde, was die vom Verwaltungsgericht abweichenden Schlussfolgerungen des Verwaltungsgerichtshofs möglicherweise rechtfertigt.

Der Verwaltungsgerichtshof zieht aus dem Gesagten die Schlussfolgerung, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse im rechtlichen Sinn nicht anzuerkennen sei; das von den Parteien bekundete Interesse an einer Sachentscheidung und obergerichtlichen Klärung der aufgeworfenen Fragen sei hierzu nicht ausreichend. Angesichts der geänderten Umstände würde sich von einer Entscheidung im Berufungsverfahren für ein erneutes Fusionsvorhaben keine Bindungswirkung gemäß § 121 VwGO ergeben. Insoweit ist die Folgerung des Verwaltungsgerichtshofs nicht zu beanstanden; es nützt nichts, eine obergerichtliche Entscheidung herbeizuführen, um Risiken besser abschätzen zu können, wenn die zuständigen Stellen in der Zukunft doch berechtigterweise zu abweichenden Ergebnissen gelangen. Der Verwaltungsgerichtshof hält es für erforderlich und auch zumutbar, im Fall einer neuen Übernahmeabsicht wiederum KEK und Landeszentrale einzuschalten und gegen missliebige Entscheidungen gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Art. 19 Abs. 4 GG garantiere keinen Anspruch auf Klärung abstrakter Rechtsfragen ohne konkreten Anlass.

Die Frage eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses der Axel Springer AG zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses wird vom Gericht (wohl zu Recht) kurz abgehandelt. Das Feststellungsinteresse würde hier voraussetzen, dass die Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses ernsthaft betrieben wird, oder noch besser mit Sicherheit zu erwarten oder bereits anhängig ist. Die Axel Springer AG hat aber weder Schritte zur Hemmung der Verjährung eingeleitet noch Details der Schadensforderung (Beklagter, Höhe) genannt. Es ist deshalb fraglich, ob sie die Verfolgung solcher Ansprüche ernsthaft beabsichtigt; die Zielsetzung, die Erfolgsaussichten prüfen zu lassen, ist nicht ausreichend, um ein solches Feststellungsinteresse anzunehmen. Endgültig lehnt der Verwaltungsgerichtshof aber das Feststellungsinteresse für eine Amtshaftungsklage aus

dem Grund ab, weil ein solcher Amtshaftungsprozess offensichtlich aussichtslos ist; er leitet dies daraus ab, dass ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht (Entscheidung des Verwaltungsgerichts München) die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns bereits bestätigt hat. Selbst wenn eine solche Entscheidung dann in der Berufungsinstanz aufgehoben werden sollte (wie es hier geschieht), bleibt die schuldaußschließende Wirkung der erstinstanzlichen kollegialgerichtlichen Bestätigung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns bestehen. Eine zweitinstanzliche Entscheidung würde also die Position der Axel Springer AG nicht verbessern, weil keine handgreiflich falsche Entscheidung der Erstinstanz gegeben ist, die eine Schadensersatzklage möglich machen würde.

Schließlich wird noch die Frage beantwortet, ob ein berechtigtes Interesse an der Feststellung durch das Ziel der Rehabilitation begründet werden kann, wenn der Verwaltungsakt außer seiner erledigten belastenden Wirkung zusätzlich diskriminierenden Charakter hat, der das Ansehen des Beklagten in der Öffentlichkeit herabsetzen könnte. Dies sei aber im gegebenen Fall nicht anzunehmen. Die Feststellung, die Axel Springer AG würde durch die beabsichtigte Übernahme zu vorherrschender Meinungsmacht vorstoßen, sei weder herabsetzend noch ruf- oder geschäftsschädigend; auch eine persönliche Vorwerfbarkeit liege nicht darin. Es wird nicht festgestellt, dass die Axel Springer AG eine eventuelle vorherrschende Meinungsmacht missbräuchlich ausüben würde; es wird nur gesagt, dass die Konzentrationsvorschriften des Rundfunkstaatsvertrags (nach Auffassung der KEK) nicht eingehalten sind. Die Revisionsinstanz hat die Frage einer „Bemakelung“ wohl zu Recht ganz anders beurteilt (siehe dazu unter d)).

bb) Beschluss vom 3. April 2007¹³⁸ (Beiladung der KEK zum Verfahren)

Der Verwaltungsgerichtshof stimmt dem VG München in vollem Umfang in der Ablehnung einer Beiladungsfähigkeit der KEK zu und dürfte damit weithin Beifall finden. Die KEK wird auch von ihm nicht als „anderer“ oder „Dritter“ im Sinne von § 65 Abs. 1 und 2 VwGO angesehen. Die Beschlüsse der KEK sind zwar gegenüber den anderen Organen jener Landesmedienanstalten, als deren Organ sie im jeweiligen Fall auftritt, bindend (§ 35 Abs. 9 Satz 5 RStV); die KEK ist aber gleichwohl der zuständigen Landesmedienanstalt organisationsrechtlich einverleibt und hat nicht die Stellung eines selbstständigen Verwaltungsträgers (vgl. dazu Art. 10 Abs. 2 BayMG, wo als Organ der Landeszentrale auch die KEK aufgeführt ist). Der Verwaltungsgerichtshof leitete diese Auffassung auch aus der Entstehungsgeschichte ab, wonach die KEK weder als Organ gedacht war, das allen Landesmedienanstalten gemeinsam war, noch als eine eigene rechtsfähige Stelle, sondern nur als Organ der für die Zulassung jeweils zuständigen Landesmedienanstalt fungieren sollte. Die Entscheidungen der KEK sind und bleiben also Internum, auch wenn sie bindend sind; die Letztentscheidungskompetenz liegt bei der zuständigen Landesmedienanstalt, in diesem Fall also bei der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien. Der Verwaltungsgerichtshof sagt zu Recht, dass es nur auf die organschaftliche Funktion der KEK im Rahmen des konkreten Verfahrens ankomme; es sei ohne Belang, ob sie außerhalb solcher formalisierter Zusammenhänge eine organisatorisch weitgehend verselbstständigte Stellung besitze oder auch einen Organstreit gegen andere Organe der jeweiligen Landesmedienanstalt führen könne.

¹³⁸ 7 C 06.3009.

c) Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 24. November 2010¹³⁹

Den vorläufigen Schlusspunkt unter die soeben dargestellte Entscheidungsserie setzte erst unlängst das Bundesverwaltungsgericht. Es hielt die Revision gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs für begründet. Der Verwaltungsgerichtshof habe die Klage unter Verstoß gegen § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO als unzulässig abgewiesen. Im Übrigen wurde die Sache an den Verwaltungsgerichtshof zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen. Es ist also davon auszugehen, dass in naher Zukunft noch eine Letztentscheidung von dieser Seite ins Haus steht.

Das Bundesverwaltungsgericht stimmt mit dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof darin überein (im Übrigen auch mit dem Verwaltungsgericht München), dass sich das Verpflichtungsbegehren schon vor Klageerhebung erledigt habe. Das Bundesverwaltungsgericht sieht das erledigende Ereignis darin, dass die Klägerin am 7. März der Landeszentrale schriftlich mitteilte, sie sehe nach den negativen Bescheiden der KEK und des Bundeskartellamts und den damit gesetzten rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine Möglichkeit, ihre Absicht auf Erwerb der Anteile an Pro7 und SAT.1 zu realisieren. Das Bundesverwaltungsgericht sieht hierin einerseits die reale Aufgabe des Vorhabens, andererseits die Rücknahme der Anmeldung einer beabsichtigten Änderung der Beteiligungsverhältnisse nach § 29 RStV.

Das Gericht geht daraufhin zur Fortsetzungsfeststellungsklage über, die nach ständiger Rechtsprechung in analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO auch dann statthaft ist, wenn sich das Verpflichtungsbegehren bereits vor Klageerhebung erledigt hat. Während aber der Verwaltungsgerichtshof das für die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage notwendige besondere Feststellungsinteresse verneint hat, ist das Bundesverwaltungsgericht anderer Ansicht; es sieht ein Rehabilitationsinteresse wohl nicht zu Unrecht dadurch als gegeben an, dass angesichts

¹³⁹ BVerwG 6 C 16.09 – VGH 7 BV 08.254.

der ablehnenden Haltung der KEK und damit auch der Landeszentrale gegenüber den rundfunkrechtlichen Expansionsabsichten der Klägerin auch jedem neuen Vorhaben die Verweigerung der Unbedenklichkeitsbescheinigung drohe, was der Senat ausdrücklich als „Bemakelung“ bezeichnet. Mit dieser Einschätzung ist das Bundesverwaltungsgericht der Realität wohl um ein Stück näher als der Verwaltungsgerichtshof. Bemakelung liegt nicht nur im Fall der Ehrverletzung vor, sondern gerade und auch bei wirtschaftlichen Unternehmen dadurch, dass der unternehmerische Erfolg administrativ bedroht scheint. Das Bundesverwaltungsgericht macht dies auch richtigerweise auf Grund nicht ausreichender Rechtsschutzmöglichkeiten deutlich, die angesichts des Zeitdrucks, unter dem ein Übernahmevorhaben im Fernsehbereich steht, regelmäßig zu kurz greifen. Wie das auch im Fall der gescheiterten Übernahme von Pro7/SAT.1 durch die Axel Springer AG der Fall war, ist der wirtschaftliche Druck häufig so stark, dass im Falle einer drohenden Verweigerung der Unbedenklichkeitsbescheinigung ein solches Vorhaben vorzeitig aufgegeben wird, ohne dass eine gerichtliche Klärung überhaupt angestrebt oder als nützlich angesehen würde. Die Folge ist im Vorfeld auch, dass ein dermaßen „stigmatisierter“ Übernahmepotenzialist von einem Veräußerer möglicherweise schon von Anfang an nicht in Betracht gezogen wird. Eine entsprechende Situation liegt aber auf der Seite der potentiellen Übernehmerin nach wie vor; sie hat definitiv erklärt, dass sie an der Übernahme der entsprechenden Anteile nach wie vor interessiert ist und diese Übernahme auch realisierbar erscheint; die KEK hat wiederum verlautbart, dass sie ihre Beurteilung aufrecht erhalten würde.

Was die zentrale Frage der quantitativen oder qualitativen Auslegung von § 26 Abs. 2 und 1 RStV anlangt, so schlägt sich das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich auf die Seite der Vertreter der letztgenannten Auffassung; § 26 Abs. 2 RStV wird nicht als abschließende Regelung dahingehend verstanden, dass vorherrschende Meinungsmacht nur dann angenommen werden dürfe, wenn die dort genannten Schwellenwerte für den Zuschaueranteil erreicht sind. Das Bundesverwaltungsgericht be-

trachtet § 26 Abs. 2 RStV als Anführung von Regelbeispielen, die es aber nicht verbieten, vorherrschende Meinungsmacht im Sinne von § 26 Abs. 1 RStV auch dann anzunehmen, wenn diese Schwellenwerte nicht erfüllt sind, aber, wie das Gericht betont, nur bei Vorliegen entsprechend gewichtiger Gründe. Mit dieser Einschränkung unterscheidet es sich vom Verwaltungsgericht München, aber wohl auch von der Auffassung der KEK, die den Rückgriff auf § 26 Abs. 1 RStV im Springer-Fall vergleichsweise ungeniert vorgenommen hat. Das Gericht stützt seine Auffassung zum einen auf den Charakter der in § 26 Abs. 2 RStV genannten Prozentsätze als Beweislastregeln, die man nicht als abschließende materiellrechtliche Vorgaben für die Annahme vorherrschender Meinungsmacht deuten dürfe, zum anderen stellten diese Konzentrationsangaben aber nicht nur Vermutungsregelungen, sondern Regelbeispiele mit Leitbildcharakter für die Konkretisierung der sonst so unbestimmten Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV dar. Das Gericht betont auch an dieser Stelle, dass diese Regelbeispiele für den Normalfall eine bestimmte Schlussfolgerung des Normanwenders programmieren. Das Gericht zieht weiterhin zur Unterstützung seiner Auffassung die Amtliche Begründung und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift heran. Schließlich folgt das Gericht in teleologischer Weise als Sinn und Zweck der Vorschrift, dem Entstehen vorherrschender Meinungsmacht vorzubeugen, dass nur ein Normverständnis akzeptabel sei, das eine Konzentrationskontrolle über die Prozentsätze nach § 26 Abs. 2 RStV hinaus ermöglicht. Auch unterhalb der Schwellenwerte, die § 26 Abs. 2 RStV nennt, könne die Notwendigkeit bestehen, publizistische Vielfalt gegenüber vorherrschender Meinungsmacht zu sichern, zumal nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Fehlentwicklungen in diesem Gebiet besonders schwer rückgängig gemacht werden können¹⁴⁰. Leider wird das Gericht hier nicht konkret; es wäre doch wichtig gewesen, zumindest Anhaltspunkte geliefert zu erhalten, wann der Durchgriff auf Absatz 1 gestat-

¹⁴⁰ Siehe dazu BVerfGE 73, 118 (152 ff., 160); 57, 295 (323).

tet ist und ob allein die Massivität der zu befürchtenden Meinungsmacht das Abgehen von den Regelsätzen des § 26 Abs. 2 RStV rechtfertigt, wie dies im Grunde die Haltung der KEK ist. Weitere Ausführungen des Gerichts gelten der Frage, ob neben dem der Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen gewidmeten Bundesrecht noch medienrechtliche Vorschriften der Länder zulässig sind, die publizistische Vielfalt schützen wollen, was richtigerweise bejaht wird. Fragen der Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wirft die Entscheidung jedoch an anderer Stelle auf¹⁴¹, an der § 26 Abs. 1 RStV einmal als Einschränkung der grundgesetzlichen Gewährleistung, zum anderen aber als Ausgestaltungsvorschrift qualifiziert wird, und das fast im selben Satz, wobei Art. 5 Abs. 2 GG als besonderer Gesetzesvorbehalt überhaupt nicht genannt wird und Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung nicht in der Weise als Alternativen gesehen werden, wie dies grundsätzlich notwendig ist¹⁴².

In der Sache entscheidet das Gericht jedoch nicht. Es bestätigt auch nicht die Auffassung der KEK, wonach eine Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht erteilt werden können. Hier bestehe vielmehr ein Beurteilungsspielraum der KEK, dessen Grenzen gerichtlich zwar überprüfbar sind, im konkreten Fall aber in ihrer Einhaltung nicht überprüft werden können, weil das Berufungsgericht den entsprechenden Einwänden der Klägerin keine Bedeutung beimaß. Das Gericht wiederholt in diesem Zusammenhang die ständige Rechtsprechung über den Beurteilungsspielraum von Verwaltungsbehörden bei hochgradig komplexen Entscheidungsprogrammen, bei denen die gerichtliche Kontrolle an ihre naturgemäßen Grenzen stößt¹⁴³. Das Gericht nennt hier im Besonderen auch Kollegialorgane als Träger eines solchen Beurteilungsspielraums, wenn der Ent-

¹⁴¹ Siehe dazu Rdnr. 40.

¹⁴² Diese Alternativenbildung ist auch nicht dadurch hinfällig geworden, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner neuesten Rechtsprechung (BVerfGE 121, 30 [59 ff.]) auch die rundfunkrechtlichen Ausgestaltungsregelungen unter das Prinzip der Verhältnismäßigkeit stellt.

¹⁴³ Umdruck, Rdnr. 42 f.

scheidung in hohem Maß wertende Elemente anhaften und die Entscheidung besonderer fachlicher Legitimation bedarf. Bei Kollegialorganen sollen nach Vorstellung des Gerichts Auffassungen und Unterschiede möglicherweise bereits im Gremium zu einem Ausgleich kommen, so dass die Entscheidung damit versachlicht wird. Das Gericht betont an dieser Stelle erneut (leider auch wiederum ohne Nennung von Beispielen), dass zwar § 26 Abs. 2 RStV nicht in jedem Fall verbietet, dass ein Rückgriff auf die Generalklausel von § 26 Abs. 1 RStV stattfindet, aber die Regelbeispiele für die Auslegung der Generalklausel eine weiterwirkende Bedeutung dahingehend haben, dass von ihnen nur in besonderen Ausnahmefällen abgewichen werden kann. Das Gericht stellt fest, je mehr Ähnlichkeit mit einem Regelbeispiel bestünde, umso weniger sei es dem Rechtsanwender erlaubt, eine freie Gesamtabwägung vorzunehmen, wie sie sich die KEK im Fall Springer/Übernahme von Pro7/SAT.1 vergleichsweise rückhaltlos zugemessen hat. Nur wenn die vom Gesetzgeber vorgegebene Eingriffsschwelle im Lichte der Gesamtumstände und der Ziele des Rundfunkstaatsvertrags ganz offensichtlich inadäquat ist, ist eine Gesamtbeurteilung nach Art der KEK ohne rechtlichen Fehler möglich.

Teil VII:

Jugendschutz

1. Allgemeines

Im Analysezeitraum sind auch bereits einige wichtige Entscheidungen zum Jugendschutz ergangen, die Vorschriften des im Jahre 2003 in Kraft getretenen Jugendmedienschutz-Staatsvertrags (JMStV)¹⁴⁴ betreffen und hier Probleme aufbrechen lassen, die vorherzusehen waren, aber vom Gesetzgeber nicht definitiv gelöst wurden, entweder, weil er sie gleichwohl nicht gesehen hat, oder weil er ihre Lösung der Rechtsentwicklung, insbesondere einer sich festigenden Rechtsprechung zum neuen Jugendmedienschutzrecht, überlassen wollte.

2. Die Entscheidungen zu „Posendarstellungen“ Schein-Minderjähriger

a) Bayerisches Verwaltungsgericht Augsburg¹⁴⁵

Die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangene Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg hatte sich mit einer nicht unbedingt alltäglichen Problematik zu beschäftigen. Es ging um die Untersagung eines Telemedienangebots wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV, der ein Angebot als unzulässig verbietet, wenn es Kinder oder Jugendliche in „unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung“ darstellt;

¹⁴⁴ Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien, in Kraft getreten am 1. April 2003 (siehe etwa BayGVBl. S. 147) zuletzt geändert durch den Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, GVBl. 2010, S. 145 ff.

¹⁴⁵ Beschluss vom 31. Juli 2008, Au 7 S 08.659, ZUM 2008, S. 884 m. Anm. *Hopf/Braml*, MMR 2008, S. 772.

dies gilt auch bei virtuellen Darstellungen. Dabei geht es in rechtlicher Hinsicht zum einen um die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung“, zum anderen um die Frage, wie so genannte „Schein-Minderjährigkeit“ rechtlich zu bewerten ist. Diese liegt vor, wenn Modelle präsentiert werden, die jünger aussehen, als sie nachgewiesenermaßen sind oder denen durch eine entsprechende Aufmachung und Hinzufügung kindlicher oder jugendlicher Attribute ein Aussehen verliehen wird, das sie kindlich oder jugendlich erscheinen lässt, obwohl es sich um Erwachsene handelt. Dass die Telemedienangebote auch noch Links enthielten, die zu Seiten mit pornografischen Inhalten führten, auf die auch die Werbebanner hinwiesen, wäre an sich ebenfalls Teil des Problemkreises dieser Entscheidung gewesen. Dabei hätten die Frage der Einhaltung einer geschlossenen Benutzergruppe und die Vorhaltung eines ausreichenden Altersverifikationssystems geprüft werden müssen. Das Gericht hat sich allerdings damit nicht beschäftigt, weil die Unzulässigkeit von Posendarstellungen im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV im Falle der Erfüllung des Tatbestandes auch dann erhalten bleibt, wenn der Zugang nur Erwachsenen ermöglicht wird; nur für Angebote nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 JMStV besteht die Möglichkeit, sie Erwachsenen in einer geschlossenen Benutzergruppe zugänglich zu machen. Aber auch mit der Frage der Schein-Minderjährigkeit beschäftigt sich das Gericht nicht intensiv, obwohl das Problem der Erfüllung des Tatbestands nach § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV inmitten stand. Das Gericht stellt hierzu nur fest, dass es auf das objektive Alter der dargestellten Person nicht ankomme, sondern auf die bewusst inszenierte Minderjährigkeit, die auch durch Angaben zu Gewicht, Kleider- und Schuhgröße und entsprechende kindliche Accessoires unterstützt werde.

Es mag sein, dass das Verwaltungsgericht Augsburg das Problem der Scheinminderjährigkeit nicht zentral in den Blick bekam, weil es sich in sehr umfänglicher Weise damit beschäftigte, ob der Antragsteller des Eilverfahrens überhaupt für die streitgegenständlichen Internetseiten verantwortlich war, was das Gericht letztendlich bejahte. Eine andere

Möglichkeit für das Schweigen des Gerichts könnte darin bestehen, dass keine Altersangabe im Telemedienangebot enthalten gewesen war, so dass das VG Augsburg jedenfalls im Eilverfahren keine Veranlassung hatte, sich mit einer den bösen Schein zerstörenden Angabe der Volljährigkeit zu befassen. Umfassend setzt sich das Verwaltungsgericht Augsburg aber mit der Frage auseinander, ob der unbestimmte Rechtsbegriff „unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung“ rechstaatlich zulässig sei. Zwar ist nach dem rechstaatlichen Bestimmtheitsprinzip zu fordern, dass eine Vorschrift, die zum Eingriff in die private Rechtsphäre berechtigt, nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß ausreichend bestimmt und begrenzt ist, so dass Messbarkeit, Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit bestehen. Das Gericht hält sich aber an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Gesetzgeber nicht jedes Detail selbst zu entscheiden hat und unbestimmte Rechtsbegriffe zulässig sind, wobei der zulässige Grad ihrer Offenheit materien- und sachabhängig ist¹⁴⁶. Für die Auslegung des Begriffs zieht das Verwaltungsgericht sowohl die Gesetzesbegründung heran, die es dem hierin gleichlautenden älteren Jugendschutzgesetz entnimmt, als auch die Jugendschutzrichtlinien der Landesmedienanstalten.

Rechtlch besonders bedeutsam erscheint, dass das Gericht der Kommission für den Jugendschutz in den Medien (KJM) in diesem Zusammenhang einen Beurteilungsspielraum zugesteht, der vom Gericht nur eingeschränkt überprüfbar sein soll. Ob ein solcher existiert, ist in der Literatur und Rechtsprechung heftig umstritten¹⁴⁷. Nach der Gesetzeslage ist allerdings nur der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle, die zusammen mit der KJM das System der regulierten Regulierung

¹⁴⁶ Vgl. dazu BVerfGE 3, 225 (243); vgl. weiterhin 8, 274 (307); 48, 210 (222); 80, 1 (20 f.); zuletzt etwa 103, 111 (136); 106, 1 (19).

¹⁴⁷ Siehe hierzu ablehnend *Brandenburg/Lammeyer*, ZUM 2010, S. 655 (665 ff.); bejahend stattdessen *Hepach*, ZUM 2008, S. 351 (352 f.); *Hopf/Braml*, MMR 2009, S. 153 (154); *Cole*, ZUM 2010, S. 929 (932 ff.); vgl. aus der Rechtsprechung VG Berlin, ZUM 2006, 779 (in der Tendenz ablehnend).

bildet¹⁴⁸, ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (§ 20 Abs. 3 Satz 1 JMStV). Bei vorgängiger Überprüfung einer Sendung durch eine anerkannte Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle sind Maßnahmen der KJM im Hinblick auf die Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen durch den Veranstalter nur dann zulässig, wenn die Entscheidung oder Unterlassung einer Entscheidung der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle die rechtlichen Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreitet. Von einem Beurteilungsspielraum der KJM ist keine Rede. Es könnten auch Bedenken bestehen, zwei Beurteilungsspielräume in diesem System nebeneinander zu stellen. Im vorliegenden Fall ist allerdings zu beachten, dass die KJM über die Zulässigkeit der „Posendarstellungen“ zu entscheiden hatte, ohne dass zuvor eine Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle eingeschaltet war; sie hatte also den sehr weiten unbestimmten Rechtsbegriff „unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung“ ohne Mitwirkung einer gesellschaftlichen Selbstkontroll-einrichtung auszulegen und zu interpretieren. Dies legt es nahe, auch der KJM in einem solchen Fall einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Es ist auch das Schweigen des Gesetzes möglicherweise dahingehend zu deuten, dass für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums einer gesellschaftlichen Einrichtung eine eigene gesetzliche Regelung angezeigt war, weil ein solcher Spielraum im System des deutschen Verwaltungsrechts eine absolute Ausnahme darstellt, während Beurteilungsspielräume bei Prüfungsentscheidungen oder Bewertungen durch staatlicherseits eingerichtete sachverständige Kollegialgremien durchaus anerkannt sind (vgl. die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich – KEK, § 35 Abs. 2 Nr. 3, § 36 Abs. 4 RStV). Dies gilt insbesondere dann, wenn Wertungen eine Rolle spielen, die Gremien weisungsfrei ausgestaltet sind, die Mitgliedschaft pluralistischen Regeln

¹⁴⁸ Siehe dazu *Rossen-Stadtfeld*, AfP 2004, 1 ff.; *Cole*, ZUM 2005, S. 462 (464 ff.); *ders.*, ZUM 2010, S. 929 (931 f.); *Bosch*, Die „regulierte Selbstregulierung“ im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 2007, S. 68 ff.; *Witt*, Regulierte Selbstregulierung am Beispiel des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags, 2008.

folgt, besondere Sachkunde vorliegt, eine unwiederholbare Prüfungssituation anzuerkennen ist oder ein erhebliches Maß von Prognose gefordert wird¹⁴⁹. Das Schweigen des Gesetzes hinsichtlich der KJM wäre im System des deutschen Verwaltungsrechts durchaus Normalität, auch wenn man ihr einen Beurteilungsspielraum zuerkennt; derartige Beurteilungsspielräume werden gesetzgeberisch regelmäßig nicht eigens ausgewiesen; ihre Anerkennung ist vielmehr Sache der Rechtsprechung.

Da sich im System der regulierten Selbstregulierung aber die Situation ergeben kann, dass entweder die anerkannte Einrichtung Freiwilliger Selbstkontrolle über die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (mit Beurteilungsspielraum) entscheidet oder, wenn der Anbieter diese nicht eingeschaltet hat, die Auslegungsentscheidung die KJM trifft, so würde einmal mit Beurteilungsspielraum, zum anderen ohne einen solchen über einen unbestimmten Rechtsbegriff, wie den hier in Frage stehenden „unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung“ entschieden werden. Dies erscheint als Ergebnis durchaus eigenartig, zumal gerade für Kommissionsentscheidungen mit abschließender Entscheidungsbefugnis ein solcher Beurteilungsspielraum anerkannt und entwickelt wurde. Allerdings ist zuzugestehen, dass bei den meisten Kommissionsentscheidungen mit gerichtlich unüberprüfbarem Beurteilungsspielraum eine pluralistische Besetzung eine Rolle spielt, die bei der KJM nicht in dieser Form existiert (sie ist aus Direktoren der Landesmedienanstalten und Mitgliedern, die von den obersten Bundes- und Landesbehörden entsandt werden, zusammengesetzt. Letztere mögen zwar Professoren, Richter oder Mitglieder der Bundesprüfstelle sein – Bedienstete der Ministerien sind nicht dabei – können aber gleichwohl nicht die Ansprüche erfüllen, die das Prinzip pluralistischer Repräsentanz erheben würde.). Nicht vertretbare Beurteilungsspielräume können sich aber auch aus einer nicht wiederholbaren Entscheidungssituation ergeben, wie dies bei der Bewertung von

¹⁴⁹ Siehe hierzu *Brandenburg/Lammeyer*, ZUM 2010, S. 655 (661 ff.); *Cole*, ZUM 2010, S. 929 (933); *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2008, S. 457 (462 ff.).

Prüfungs- und Examensarbeiten der Fall ist. Dazu kommt, dass durch den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag der KJM ein abschließender Entscheidungsraum zugesprochen ist (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 JMStV), mit der Folge, dass die zuständige Landesmedienanstalt an die Entscheidung der KJM gebunden ist. Dies würde allerdings allein noch nicht bedeuten, dass auch eine gerichtliche Überprüfung nicht stattfinden kann. Richtigerweise wird aber darauf hingewiesen, dass bei Ablehnung eines Beurteilungsspielraums für die KJM das Gericht bei seiner Überprüfungstätigkeit Gutachter einzuschalten hätte, die in der Regel als Einzelgutachter tätig werden und damit das für Kollegialorgane charakteristische Regulativ wechselseitigen Ausgleichs von Auffassungsunterschieden nicht zur Geltung bringen können¹⁵⁰, auf das sich das Verwaltungsgericht München in seiner Entscheidung ausdrücklich beruft¹⁵¹.

b) Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 2. Februar 2009¹⁵²

Die Beschwerdeentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs ist dagegen anders strukturiert. Die Frage, ob der Beschwerdeführer für die in Frage stehenden Web-Seiten mit den beanstandeten Inhalten verantwortlich ist, wird gar nicht mehr weiter behandelt. Die Frage eines Beurteilungsspielraums der KJM kommt nur am Rande vor und erstreckt sich jedenfalls nicht auf das Problem, ob Schein-Minderjährigkeit § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV unterfällt und zu einer Untersagungsverfügung bzw. zu einer Ahndung als Ordnungswidrigkeit nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 i JMStV befugt. Hier verfolgt der Verwaltungsgerichtshof ein stringentes Konzept (s. u.). Die Aussagen des Verwaltungsgerichtshofs sind im Übrigen aber nicht eindeutig; sie könnten so verstanden werden, dass der Beurtei-

¹⁵⁰ Vgl. dazu BVerwGE 72, 195 (201).

¹⁵¹ Siehe hierzu auch *Cole*, ZUM 2010, S. 929 (937).

¹⁵² 7 CS 08.2310/Au 7 S 08.659; ZUM RD 2009, S. 285.

lungsspielraum der KJM im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale „unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung“ erhalten bleibt, aber keinen Funktionsplatz besitzt, wenn es sich um eine erkennbar nicht minderjährige Person handelt¹⁵³.

Der Verwaltungsgerichtshof lehnt also jedenfalls hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Kinder oder Jugendliche“ einen Beurteilungsspielraum dann ab, wenn aus den Angaben auf der beanstandeten Web-Seite klar erkennbar wird, dass die dargestellte Person nicht minderjährig ist und dies auch den wirklichen Verhältnissen entspricht. Die „Schein-Minderjährigkeit“, die das Verwaltungsgericht Augsburg ohne weiteres dem Tatbestand von § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV unterstellte, wird vom Verwaltungsgerichtshof differenziert behandelt, dies unter Berufung auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵⁴ und unter Berücksichtigung des Umstands, dass es sich nicht um die Anwendbarkeit von § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV als Grundlage von Untersagungsverfügungen handelt, sondern dass auf dieser Vorschrift auch ein Bußgeldtatbestand aufbaut, der auch die Grundsätze normativer Bestimmtheit im Sinn von Art. 103 Abs. 2 GG nicht unberücksichtigt lassen darf. An dieser Stelle ist daran zu erin-

¹⁵³ „... auch bei Annahme eines Beurteilungsspielraums der KJM ginge dieser mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht so weit, dass die Frage, ob bei einer volljährigen Person und korrekter Altersangabe gleichwohl von einer Darstellung als Kind oder Jugendlicher ausgegangen werden kann, der gerichtlichen Kontrolle entzogen wäre. Die von der Antragsgegnerin angeführte Zuständigkeit der KJM für die abschließende Beurteilung von Angeboten (§ 16 Satz 1 JMStV) und die Bindungswirkung der Beschlüsse der KJM (§ 17 Abs. 1 Satz 5 und 6 JMStV) erstreckt sich nicht auf die Überprüfung entsprechender Entscheidungen der Landesmedienanstalten in gerichtlichen Verfahren...“ (ebd. unter II. 3. bb)). Nach *Cole*, ZUM 2010, S. 929 (933 f.) liegt hier die Eindeutigkeit, wie vom erstinstanzlichen Gericht ein Beurteilungsspielraum angenommen wurde, nicht vor; das Gericht tendiere eher zu einer Ablehnung, jedenfalls hinsichtlich der streitbefangenen Beurteilung eines Telemedienangebots nach § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV.

¹⁵⁴ Beschluss vom 6. Dezember 2008, AZ 2 BvR 2369/08; 2 BvR 2380/08.

nern, dass das Verwaltungsunrecht des Ordnungswidrigkeitenrechts entkriminalisiertem Bagatelldeliktentstammt, das zur Verhinderung von Umgehungsversuchen ähnlichen verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanordnungen wie das Strafrecht zu genügen hat.

Der Verwaltungsgerichtshof knüpft an dieser Stelle an die soeben zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, die anlässlich einer Verfassungsbeschwerde gegen § 184 c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornografischer Schriften) in der seit dem 5. November 2008 geltenden Fassung ergangen ist. Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich hier auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 184 StGB alter Fassung¹⁵⁵, die grundsätzlich auch die Strafbarkeit des Verbreitens pornografischer Filme bejahte, an denen „Schein-Jugendliche“ mitwirkten, also Personen, die tatsächlich erwachsen sind, für einen objektiven Beobachter aber noch minderjährig erscheinen.

In der Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs spielt der Gedanke der „Einheit des Rechts“ eine entscheidende Rolle, auch wenn der Begriff nicht auftaucht. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass die Verbote des § 4 Abs. 1 und 2 JMStV zwar unbeschadet strafrechtlicher Verantwortlichkeit gelten, dass hier aber keine umfassendere Sanktionierbarkeit von Schein-Minderjährigkeit zu Grunde zu legen ist, als sie in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 184 c StGB angenommen wurde. Der Begriff des „Darstellens“ in § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV und der entsprechenden Bußgeldvorschrift des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags lässt es allerdings auch zu, Fälle zu sanktionieren, in denen zwar kein Kind oder Jugendlicher präsentiert wird, die Schein-Minderjährigkeit jedoch bewusst inszeniert wird. Dies ist dann der Fall, wenn zwar in Wirklichkeit Volljährigkeit vorliegt, auf der entsprechenden Seite im Internet aber wahrheitswidrig ein Alter unter 18 Jahren erscheint und auch sonst nicht erkennbar ist, dass es sich in Wirklichkeit nicht um eine minderjährige Person handelt. Wenn jedoch nachweislich Volljährigkeit vorgelegen

¹⁵⁵ BGHSt 47, 55 (62).

hat (der Verwaltungsgerichtshof sieht hier als maßgeblich das Alter bei Fertigung der verbreiteten Aufnahmen, nicht bei Zugänglichmachung an), und dies im Telemedienangebot deutlich erkennbar ist (also nicht nur an versteckter Stelle), so kann nicht mehr von einer gegen die Bestimmungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags verstoßenden Darstellung ausgegangen werden. Ob in den präsentierten Bildern oder der verwendeten Inszenierung mit Schein-Minderjährigkeit operiert wird, spielt dann keine Rolle mehr. Wie bereits angedeutet, umfasst auch ein eventueller Beurteilungsspielraum der KJM diese Fallsituation nicht; dies gilt auch dann, wenn das abgebildete Modell jünger gemacht wird, als es tatsächlich ist, das Alter aber immerhin mit 18 angegeben wird (also nicht unter 18). Entscheidend ist, dass das Angebot eindeutig und klar darüber informiert, dass keine Minderjährigkeit besteht. Wenn demnach aus Altersgründen keine Jugendlichkeit vorliegt, mag auch durch Accessoires Kindlichkeit oder Jugendlichkeit beschworen werden, ist auch ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV nicht gegeben; dies gilt auch, wenn im Übrigen „unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung“ vorliegt, wofür allerdings nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs vieles spricht. Letztendlich kommt der Verwaltungsgerichtshof hier im Gegensatz zum Verwaltungsgericht Augsburg zur Unzulässigkeit der von der Landeszentrale vorgenommenen Beanstandung, soweit sich diese allein auf § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV stützte. Dies wird man angesichts der Notwendigkeit, solche Beanstandungs- und Untersagungsverfügungen (einschließlich der darauf aufbauenden ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionierungen) nach Möglichkeit von eindeutigen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen abhängig zu machen, positiv sehen. Auch wenn gefühlsmäßig der Wunsch bestehen sollte, auch gegen Angebote der oben beschriebenen Weise vorzugehen, muss doch die Garantiefunktion des Tatbestands der in Betracht kommenden Sanktionierungsgrundlagen beachtet werden, die es verbietet, im Wege ausufernder Interpretation die Sanktionsmöglichkeiten nach Beliebigkeit zu verbreitern.

Während die Beschwerde im Punkt Beanstandung und Untersagung von Verstößen gegen § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV (Darstellung von Kindern oder Jugendlichen in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung) wegen der erkennbaren Volljährigkeit der dargestellten Person Erfolg hatte, war das nicht der Fall, soweit auf den Internetseiten auch eine Verlinkung auf Seiten mit pornografischen Inhalten ohne Beschränkung auf eine geschlossene Benutzergruppe stattfand. Der Verwaltungsgerichtshof behandelte zu Recht auch diejenigen als Anbieter im Sinn von § 3 Abs. 2 Nr. 3 JMStV, die über ihre Web-Seite den Zugang zu pornografischen Angeboten anderer Anbieter ermöglichen. Wenn sich ein Anbieter diese Angebote durch einen Hyperlink zu Eigen macht, haftet er dafür wie für eigene Inhalte. Dies ist unabhängig davon, ob er auf die Gestaltung der verlinkten Seiten Einfluss nehmen kann oder an diesen Rechte besitzt. Gleichgültig ist es auch, dass die eigentlich pornografischen Inhalte erst durch einen weiteren Link sichtbar werden, da bereits im Vorschaubereich der pornografische Charakter der verlinkten Inhalte deutlich gemacht wurde.

Pornografische Inhalte in Telemedien sind allerdings dann gestattet, wenn sichergestellt ist, dass sie nur Erwachsenen in geschlossenen Benutzergruppen zugänglich gemacht werden (§ 4 Abs. 2 Satz 2 JMStV). Dazu ist eine effektive Barriere notwendig, die dafür sorgt, dass Minderjährige keinen Zugang zu den pornografischen Inhalten haben; „effektiv“ bedeutet, dass sie von Minderjährigen, die regelmäßig erhebliche PC-Kenntnisse besitzen, nicht auf leichte Weise umgangen werden kann. In den inkriminierten Angeboten ist nicht nur kein effektives Altersverifikationssystem eingerichtet, es existiert überhaupt keines. Damit ist § 4 Abs. 2 Satz 2 JMStV nicht eingehalten. Dies bedeutet nicht, dass das Angebot mit dem beanstandeten Link auf pornografische Seiten insgesamt unzulässig ist; der Anbieter unterliegt nicht einem Kompletต์verbot. Vielmehr kann er seine gesetzlichen Pflichten dadurch erfüllen, dass er entweder den Link entfernt oder ein effektives Altersverifikationssystem einrichtet und damit dafür sorgt, dass nur Erwachsene zu den pornografischen

Inhalten Zugang haben. In diesem Umfang ist die Untersagung nicht übermäßig, da eine den Antragsteller weniger belastende, die gesetzlichen Vorgaben aber in gleichem Maße erfüllende Maßnahme nicht ersichtlich ist.

c) Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 31. Januar 2007¹⁵⁶

Um pornografische Angebote in Telemedien und die Frage eines ausreichenden Altersverifikationssystems im Sinn von § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 JMStV ging es auch in einer Entscheidung, die im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes das Verwaltungsgericht München zu treffen hatte. Für die Frage, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Untersagungsbescheid vom 21. Dezember 2006 ein überwiegendes öffentliches Interesse für sich in Anspruch nehmen könne, wog die Bayerische Landeszentrale für neue Medien die grundrechtlich geschützten Belange der Antragstellerin an der ungehinderten Fortsetzung des Internetangebots gegen die Verfassungsaufgabe Jugendschutz ab, die zu Recht als Pflichtaufgabe angesehen wurde, deren umgehende Durchsetzung in überwiegenden öffentlichen Interesse liegt. Dem von der Antragstellerin eingelegten Widerspruch gegen den Bescheid der Landeszentrale wurde im Rahmen der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO allein möglichen summarischen Prüfung nur geringe Erfolgsaussicht eingeräumt.

Der pornografische Inhalt der beanstandeten Angebote zumindest im Member-Bereich war unstrittig. Ihre Verbreitung ist, wie erwähnt, nach der gesetzlichen Regelung (§ 4 Abs. 2 Satz 2 JMStV) nur zulässig, wenn eine geschlossene Benutzergruppe besteht, zu der ein Zugang nur über ein verlässliches Altersverifikationssystem möglich ist. Es kommt darauf an, dass eine effektive Barriere geschaffen wird, deren Überwindung für

¹⁵⁶ M 17 S 07.144.

Minderjährige nicht ohne weiteres möglich ist. In der Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang ein persönlicher Kontakt zwischen Anbieter und Kunden verlangt und eine belastbare Altersüberprüfung anhand amtlicher und mit Lichtbild versehener Dokumente einschließlich der Ausweisnummer gefordert¹⁵⁷. Dagegen ist ein System, das die Altersüberprüfung auf die Eingabe einer Personalausweisnummer stützt, eventuell in Verbindung mit einer Postleitzahl oder einem Geburtsdatum, nicht ausreichend, zumal das Internet zahlreiche Möglichkeiten bereitstellt, sich mit einschlägigen Daten zu versorgen. Außerdem ist nicht ausgeschlossen, dass sich Jugendliche Ausweispapiere ihrer Eltern oder erwachsenen Bekannter besorgen und dann das Altersverifikationssystem mit den entsprechenden, in diesem Fall echten, Daten bestücken. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs war daher abzulehnen.

3. Die Entscheidungen über „Schönheitsoperations-Sendungen“

a) Entscheidungen im Eilverfahren

Das Verwaltungsgericht München musste sich in einer Eilentscheidung vom 21. Dezember 2004¹⁵⁸ zum ersten Mal mit einer Schönheitsoperations-Sendung beschäftigen, die bei MTV lief, den Titel „MTV I want a famous face“ trug und zwei junge männliche Zwillinge zeigte, die sich Schönheitsoperationen unterzogen, um ihrem Idol Brad Pitt ähnlich zu werden. Dieses Judikat vermag insofern Kopfschütteln hervorzurufen, als eine im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag nicht vorgesehene Sendezeitbeschränkung (vgl. § 5 Abs. 4 JMStV) angeordnet wurde (20:00 Uhr bis 6:00 Uhr). In der Beschwerdeentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 22. März 2005 wurde diese Sendezeitbeschrän-

¹⁵⁷ BVerwG NJW 2002, S. 2966 = BVerwGE 116,6 (15).

¹⁵⁸ M 17 S 04.4817.

kung als unzulässig angesehen und die von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien festgelegte Sendezeitbeschränkung auf den Zeitraum von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr wiederum für sofort vollziehbar erklärt.

aa) Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 21. Dezember 2004

Die streitgegenständliche Sendung, deren erste Folge am 4. Juli 2004 von 21:30 Uhr bis 22:00 Uhr im Programm von MTV gezeigt wurde, war zuvor durch einen Prüfausschuss der Freiwilligen Selbstkontrolle Fernsehen (FSF) für das Tagesprogramm freigegeben worden. Wenige Wochen nach Sendung machte die KJM im Wege einer Pressemitteilung bekannt, sie habe einstimmig entschieden, dass TV-Formate, in denen Schönheitsoperationen zu Unterhaltungszwecken gezeigt würden, grundsätzlich nicht vor 23:00 Uhr ausgestrahlt werden dürften. Im Hinblick auf die im Programm von MTV gezeigte Sendefolge missbilligte die Landeszentrale nach Anhörung von MTV mit Bescheid vom 17. August 2004 die Ausstrahlung dieser Sendung, die vier Tage später in der Zeit von 22:00 Uhr bis 22:30 Uhr auch wiederholt worden sei. Dies habe jeweils einen Verstoß gegen § 5 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 JMStV dargestellt. Es wurde eine Sendezeitbeschränkung für die genannte Sendung auf den Zeitraum von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr verfügt und gleichzeitig diese Anordnung für sofort vollziehbar erklärt. Die beanstandete Sendung wurde im Hinblick auf die relevante Zuschauergruppe der Zwölf- bis unter Achtzehnjährigen als entwicklungsbeeinträchtigend angesehen. In ihr werde der Eindruck vermittelt, eine Schönheitsoperation sei geradezu alltäglich; es sei nichts Ungewöhnliches, sich in diese Richtung zu orientieren und entsprechende Entschlüsse zu fassen. Der damit verknüpfte Wunsch, beruflichen und privaten Erfolg zu haben und wie die Idole, denen man nacheifere, bei den Menschen beliebt zu sein, werde nicht ausreichend abgewogen gegen gesundheitliche Risiken, gegen psychische Traumatisierungen, gegen die Gefahr des Missglückens solcher Operationen. Dadurch könnten bei Jugendlichen zentrale Entwicklungsaufgaben beein-

trächtig oder gestört werden. Gegenüber der Prüfentscheidung der FSF wurde eingewandt, diese habe die rechtlichen Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschritten; es wurde eine Reihe von Verfahrensmängeln festgestellt, wie, dass die Zusammensetzung des Prüfungsausschusses nicht nachvollziehbar sei, dass die FSF auf ein Sammelgutachten zurückgegriffen habe, dass sie die Sendung fälschlich als Dokumentation/Reportage klassifiziert habe, dass ein möglicher Menschenwürdeverstoß überhaupt nicht behandelt worden sei und dass die zentralen Beurteilungsgrundsätze völlig fehlten.

Die FSF warf wiederum der KJM vor, das Gesetz räume ihr, der KJM, keinen Beurteilungsspielraum ein; selbst aber, wenn ein solcher anzunehmen sei, habe die KJM durch ihren Grundsatzbeschluss vom 20. Juli 2004 ihre Entscheidungsfreiheit unzulässig verkürzt. Die auf der Stellungnahme der KJM beruhende Entscheidung der Landeszentrale (vgl. dazu § 20 Abs. 2 JMStV) sei deshalb von den Verwaltungsgerichten voll überprüfbar. Zu beanstanden sei im Übrigen auch, dass der Beschluss der KJM im „Umlaufverfahren“ gefasst worden sei, so dass es keine Gelegenheit gegeben habe, unterschiedliche Auffassungen oder differenzierte Stellungnahmen zu der Sendung zu artikulieren.

Die Landeszentrale wandte wiederum ein, der FSF sei nicht die ausgestrahlte Sendung vorgelegt worden, die mit deutschen Untertiteln ausgestattet gewesen sei, sondern die englische Originalfassung; die Sendung sei also vor ihrer Ausstrahlung durch MTV verändert worden. Die gutachtliche Beurteilung differenziere auch nicht zwischen den einzelnen Sendungen; der eigentliche bedeutungsvolle Komplex, nämlich die Auswirkung der Sendung für die soziale Orientierung von Kindern und Jugendlichen werde in völlig unzureichender Weise abgehandelt.

Das Verwaltungsgericht hat in seiner Eilentscheidung eine Reihe von nichtaufkläraren entscheidungserheblichen Faktoren benannt und daraus geschlossen, dass eine Prognose über den Ausgang des Hauptverfahrens und die Rechtmäßigkeit des Bescheids der Landeszentrale in diesem Stadium nicht möglich sei. Es sieht daher im Endergebnis eine

Interessenabwägung zwischen den Belangen des Jugendschutzes auf der einen Seite, dem Anspruch auf Rundfunkfreiheit von MTV und dessen wirtschaftlichen Belangen auf der anderen Seite als geboten an. Die Kammer des Verwaltungsgerichts erkennt zwar in den Sendungen ebenfalls jugendschutzrelevantes Potenzial; da durch die Sendung und die weiteren Folgen eine unkritische positiv-befürwortende Einstellung von Kindern und Jugendlichen zum Mittel der Schönheitsoperation ausgelöst oder gefördert werden könne. Da aber auch Risiken und negative Folgen nicht ausgeblendet würden, meint das Verwaltungsgericht dem Jugendschutz ausreichend Rechnung tragen zu können, wenn die Folge nicht im Tagesprogramm zwischen 6:00 Uhr und 20:00 Uhr ausgestrahlt werde, ein Zeitraum, in dem nicht ausgeschlossen werden könne, dass Kinder und Jugendliche unbeaufsichtigt zu Hause sind und deshalb beliebig Fernsehprogramme konsumieren könnten. In der Tageszeit von 6:00 Uhr bis 20:00 Uhr könne dem öffentlichen Interesse des Jugendschutzes der Vorrang eingeräumt werden, zwischen 20:00 Uhr und 23:00 Uhr müsse das Interesse der Antragstellerin an der Ausübung eines Grundrechts jedoch nicht zurücktreten. Diese Konsequenz erscheint mehr als verblüffend. Das Verwaltungsgericht erfindet hier eine Abstufung des Jugendschutzes durch eine neuartige Sendezeitbeschränkung, die aus guten Gründen nicht in den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (§ 5 Abs. 4) Eingang gefunden hat. Auch wenn grundsätzlich den Verwaltungsgerichten bei der Gestaltung der Rechtsfolge nach § 80 Abs. 5 VwGO ein Ermessen zukommt, kann dieses jedoch nicht Spezialvorschriften übergehen und sachgebietsadäquate Rechtsfolgen außer Acht lassen. Dies muss aus Gründen der Bundestreue und der Achtung vor den Gesetzgebungsbefugnissen der Länder auch im Verhältnis von Bundes- zu Landesgesetzen gelten.

Das Verwaltungsgericht geht zunächst auf die Frage ein, ob ein Beurteilungsspielraum der FSF eröffnet wurde, wobei die entsprechenden verfahrensmäßigen Voraussetzungen beachtet sein mussten (Stellung eines Prüfantrags durch ein Mitglied des Kuratoriums der FSF oder unmittelba-

re Vorlage durch das Sendeunternehmen, Vorlage der real ausgestrahlten Sendung [in diesem Fall untertitelt] oder nur Begutachtung in der Originalfassung, Einhaltung der rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums, § 20 Abs. 5 Satz 2 JMStV). Das Verwaltungsgericht kann dies, wohl zu Recht, nicht im Eilverfahren entscheiden und sieht es daher nach gegenwärtigem Erkenntnisstand als offen an, ob die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums durch die FSF eingehalten worden sind, so dass ein Verfahrenshindernis für aufsichtliche Maßnahmen der Landeszentrale bestünde.

Das Verwaltungsgericht wendet sich nunmehr der KJM zu. Eine „Besorgnis der Befangenheit“ wegen des vorgängig gefassten Grundsatzbeschlusses wird abgelehnt; eine solche Befangenheit könne nur dann angenommen werden, wenn es sich um individuelle, konkrete, angebbare Gründe handle, die in der Person eines einzelnen Amtsträgers begründet sind. Vorweg geäußerte Rechtsauffassungen könnten eine solche unsachliche, auf Voreingenommenheit beruhende Einstellung noch nicht begründen. Auch die Frage, ob der dem streitgegenständlichen Bescheid zu Grunde liegende Beschluss der KJM im Umlaufverfahren gefasst werden durfte, wird ebenfalls nicht definitiv entschieden, obwohl das Gericht dieser Verfahrensform auf Grund der Geschäfts- und Verfahrensordnung der KJM positiv gegenüber steht.

Offen bleibt auch, ob die streitgegenständliche Folge geeignet war, im Sinn von § 5 Abs. 1 JMStV die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen. Das Verwaltungsgericht hält sich gegenüber einem Beurteilungsspielraum der KJM eher bedeckt, weil dieser nur der FSF ausdrücklich eingeräumt wurde, unbestimmte Rechtsbegriffe aber gerichtlich generell voll überprüfbar seien. Das Verwaltungsgericht erkennt aber richtig, dass es zu einer widersprüchlichen Konsequenz führt, dass bei Anwendung ein und derselben Vorschrift die FSF einen Beurteilungsspielraum besitzt, die KJM und die hinter ihr stehende zuständige Landesmedienanstalt jedoch nicht. Das Gericht erwähnt nicht, dass diese Inkonse-

quenz noch deutlicher wird, wenn der Rundfunkveranstalter die FSF gar nicht einschaltet und somit unmittelbar der Aufsicht durch die KJM untersteht. Die Argumentation, dass bei hoheitlichen Aufsichtsverhältnissen angesichts der Geltung der Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG nur ausnahmsweise eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle stattfinden dürfe, kann allerdings nicht ohne weiteres überzeugen, geht es doch gerade darum, ob hier ein solcher Ausnahmefall vorliegt oder nicht. Da eine pluralistische Zusammensetzung der KJM nicht existiert, meint das Verwaltungsgericht diesen Grund für einen Beurteilungsspielraum weisungsfreier Gremien ablehnen zu können; der zweite in der Rechtsprechung genannte Grund für solche Spielräume (besondere Sachkunde der Mitglieder) verfällt hier ebenfalls der Ablehnung, weil das Gericht auch mit Hilfe von Sachverständigen grundsätzlich zur Kontrolle in der Lage sei (dabei wird aber übersehen, dass dabei kein Ausgleich von Auffassungsunterschieden möglich ist, wie er innerhalb eines kollegial besetzten Gremiums wie der KJM stattfinden kann). Das Gericht will zur Konsequenz gelangen, die Aussagen der KJM selbst als sachverständige Aussagen zu begreifen, die aber selbstverständlich durch Gegengutachten erschüttert werden können und der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen, eine Lösung, die eine Art von Mittelweg darstellt, weil der sicherlich auch seine Anhänger finden wird.

bb) Die Beschwerdeentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs

Die drei Monate später ergangene Beschwerdeentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs änderte, wie schon erwähnt, den Beschluss des Verwaltungsgerichts München und stellte die Sendezeitbeschränkung von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr wieder her.

Im Einzelnen muss auch der Verwaltungsgerichtshof viele Dinge offen lassen, etwa, ob die (gesendete) untertitelte Fassung oder die englische Originalfassung einer anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkon-

trolle vorgelegt wurde (§ 20 JMStV), ob die Entscheidung der FSF den Beurteilungsspielraum überschritt oder sich in dessen Rahmen hielt, ob bei der KJM Befangenheit vorlag und der Beschluss überhaupt im Umlaufverfahren gefasst werden durfte.

Nach Auffassung des Gerichts spricht aber manches dafür, dass die streitgegenständliche Sendung ein entwicklungsbeeinträchtigendes Potenzial beinhaltet und die KJM und die Landeszentrale zutreffend einen Verstoß gegen § 4 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 JMStV sowie die Nichteinhaltung des Beurteilungsspielraums durch die FSF angenommen haben. Die Sendezeitbeschränkung auf 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr wird also als gerechtfertigt angesehen. Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich nicht in der Lage, den Erkenntnissen der KJM und der Landeszentrale eigene entgegenzusetzen; hierfür wird vielmehr auf das Hauptsacheverfahren und die dort mögliche Einholung eines Sachverständigengutachtens hingewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof folgt also nicht dem Verwaltungsgericht in der Auffassung, die KJM sei nur als sachverständiger Gutachter zu betrachten, dessen Urteil der freien Beweiswürdigung (und der Möglichkeit von Gegengutachten) unterliege.

Wegen des vom Verwaltungsgerichtshof für wahrscheinlich angenommenen entwicklungsbeeinträchtigenden Charakters der streitgegenständlichen Sendung geht der Verwaltungsgerichtshof ohne weiteres auf die Sendezeitbeschränkung von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr zurück und lässt auch die Frage offen, ob das Verwaltungsgericht eigenes Ermessen in der Frage besitzt, ob wegen § 5 Abs. 4 Satz 3 JMStV die Befugnis bestehe, eigene von § 5 Abs. 4 Sätze 1 und 2 JMStV abweichende Sendezeitbeschränkungen zu konstruieren. Bei der Gesamtabwägung hat der Jugendschutz Vorrang vor Rundfunkfreiheit und den wirtschaftlichen Interessen von MTV.

Im Übrigen wird auch offen gelassen, aber immerhin geäußert, dass manches dafür spreche, der Landeszentrale zusammen mit der KJM ebenso wie der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle (für die es nicht zweifelhaft ist, wenn die sonstigen Voraussetzungen des

§ 20 Abs. 3 JMStV eingehalten sind), einen Beurteilungsspielraum einzuräumen.

b) Hauptsacheentscheidungen

Inzwischen sind seitens des Verwaltungsgerichts München auch Hauptsacheentscheidungen über die beanstandeten Folgen der MTV-Sendereihe ergangen¹⁵⁹. Sie bestätigen im Wesentlichen die schon in den Eilentscheidungen eingenommenen Grundpositionen.

Die ebenfalls bereits ergangene Berufungsentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu Folgen 3 und 4 der Serie „MTV I want a famous face“¹⁶⁰ befasste sich mit dem Komplex (in einem Teilbereich) von der Warte der höheren Instanz aus. Die Revision wurde zwar zugelassen, aber von MTV nicht eingelegt. Da die Landeszentrale das Verfahren gewonnen hatte, war es ihr ohnehin nicht möglich, in die Revision zu gehen. Das Gericht hob die Urteile des Verwaltungsgerichts München vom 4. Juni 2009 und 17. Juni 2009 auf, soweit dort eine Sendezeitbeschränkung von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr ausgesprochen wurde; es blieb somit bei der von der Landeszentrale angeordneten Sendezeitbeschränkung von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr.

Der Verwaltungsgerichtshof bejaht, dass die Sendungen von „MTV I want a famous face“ Folgen 3 und 4 geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen (§ 5 Abs. 1 JMStV). Die Sendezeitbeschränkung auf die Zeit zwischen 23:00 Uhr und 6:00 Uhr ist nach § 5 Abs. 4 Satz 1 JMStV berechtigt, da MTV nicht auf andere Weise

¹⁵⁹ Insgesamt liegen sechs Parallelurteile vor, von denen VG München, ZUM 2010, 615 (Az. M 17 K 05.5329) veröffentlicht ist; die anderen sind über Juris erhältlich (Az. 05.597, 05.598, 05.599, 07.5215, 05.5848).

¹⁶⁰ Urteil vom 23. März 2011, 7 BV 09.2612 – M 17 K 05.599 – und 7 BV 09.2513 – M 17 K 05.5329.

seine Verpflichtung erfüllt, dafür Sorge zu tragen, dass Kinder oder Jugendliche die Sendungen üblicherweise nicht wahrnehmen.

Der Verwaltungsgerichtshof geht zunächst auf die Bindung der Landeszentrale an die einschlägigen Beschlüsse der KJM ein, die als funktionelles Organ der Landesmedienanstalten die abschließende Beurteilung von Angeboten unter jugendschutzrechtlichen Gesichtspunkten trifft; ihre Beschlüsse sind für die jeweilige Landesmedienanstalt bindend und deren Entscheidungen zu Grunde zu legen (§ 17 Abs. 1 Sätze 5 und 6 JMStV).

Sodann klärt der Verwaltungsgerichtshof die Frage, ob die KJM nicht durch die Einschaltung einer anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle an Maßnahmen nach dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag gehindert war (vgl. § 20 Abs. 3 JMStV). Das Gesetz räumt den anerkannten Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle einen Beurteilungsspielraum ein, den die Medienaufsicht nur im Hinblick auf Unvertretbarkeit überprüfen kann. Das Gericht lehnt aber im vorliegenden Fall den Schutz des Anbieters durch Einschaltung der „regulierten Selbstregulierung“ mittels anerkannter Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle ab, weil die vorgelegten Folgen nachträglich (nach Vorlage an die FSF) verändert wurden. Der Anbieter genießt in solchen Fällen nur dann den Schutz des § 20 Abs. 3 Satz 1 JMStV, wenn er die geänderte Sendung erneut der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle vorlegt.

Das Gericht spricht im Folgenden der KJM keinen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zu. Insoweit wird kein Gegenstück zum Beurteilungsspielraum der Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle aufgebaut, obwohl jugendschutzrechtliche Probleme je nach Fallgestaltung entweder zuerst von der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle beurteilt werden (wenn ein Anbieter nach § 20 Abs. 5 JMStV eine solche vorweg anruft) oder unmittelbar zur KJM wandern (wenn keine Selbstkontrollereinrichtung eingeschaltet wird). Der Verwaltungsgerichtshof bestreitet zwar nicht, dass der Gesetzgeber, soweit

dies mit höherrangigem Recht in Einklang zu bringen ist, in bestimmten Fällen einen Beurteilungsspielraum an Behörden konzедieren kann; eine solche Zurücksetzung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle kann auch aus der Eigenart der Sachmaterie heraus stattfinden, wenn eine erschöpfende Nachprüfung von Einwendungen und Kritikpunkten unmöglich und damit der Anspruch lückenloser Überprüfung nicht erfüllbar wäre. Auch bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe von hoher Komplexität oder besonderer Dynamik kann die gerichtliche Kontrolle an Grenzen stoßen, so dass der Behörde ohne Verletzung des Rechtsstaatsprinzips ein begrenzter Freiraum zugestanden werden könne¹⁶¹.

Das Gericht wendet sich aber ausdrücklich gegen Argumentationen, die der Verwaltung auch dort Entscheidungsspielräume zuerkennen wollen, wo ohne spezialisierten Sachverstand oder prognostische Erkenntnisse nicht entschieden werden kann. Schwierigkeiten, die sich hieraus für die gerichtliche Kontrolle ergäben, seien durch Einschaltung von Sachverständigen überwindbar. Im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht verfolgt das Gericht das grundsätzliche Theorem, dass ein administrativer Beurteilungsspielraum nicht oder nur in sehr begrenztem Maße anerkanntsfähig sei, wenn sich Überprüfungsschwierigkeiten durch die Einschaltung von Sachverständigen überwinden lassen. Keineswegs ist zu fordern, dass der Sachverständige eine „richtigere“ Entscheidung als die Fachbehörde gewährleistet; es geht nur darum, dass mittels eines Sachverständigen dem Gericht eine bessere Einschätzung abweichender fachlicher Standpunkte möglich ist.

Der Verwaltungsgerichtshof widmet sich nach einer kurzen Durchsicht anerkannter verwaltungsrechtlicher Beurteilungsspielräume, insbesondere solcher, bei denen prüferisches Ermessen eine Rolle spielt, der Frage, ob der KJM ebenfalls ein Beurteilungsspielraum zukommt, was er wegen des Schweigens des Gesetzes, aber auch aus der Erwägung heraus

¹⁶¹ Das Gericht beruft sich an dieser Stelle auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts E 85, 36 (50, 58).

ablehnt, dass der gerichtlichen Nachprüfung von Wertungen der KJM weder aus der Natur der Sache Grenzen gesetzt sind noch eine richterliche Kontrolle funktionell ausscheidet. Wichtig ist allerdings, dass ein Beurteilungsspielraum der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht in Konflikt gerät, weil hier keine Verwaltung handelt. Die Inkongruenz der gerichtlichen Möglichkeiten im Vergleich zu einer prioritären Entscheidung der KJM ist gleichwohl nicht zu übersehen. Dazu kommt, dass der Verwaltungsgerichtshof zur Kenntnis nehmen muss, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 24. November 2010¹⁶² der KEK einen Beurteilungsspielraum zugebilligt hat, wobei als Argumentationsbasis die Zusammensetzung der KEK aus Sachverständigen und an Weisungen nicht gebundenen Mitgliedern sowie die geringe gesetzliche Determiniertheit durch den weiten unbestimmten Rechtsbegriff „vorherrschende Meinungsmacht“ dient.

Die Unterschiede zwischen KEK und KJM, die der Verwaltungsgerichtshof im Weiteren stark betont, sind aber keineswegs so signifikant, wie das Gericht es vorgibt. Die funktionelle Stellung beider Gremien ist identisch; beide entscheiden als Organe der jeweiligen zuständigen Landesmedienanstalt in Unabhängigkeit und mit bindender Wirkung für die Medienanstalt, als deren Organ sie tätig werden. Die Zweifel, die der Verwaltungsgerichtshof an der Ausgleichskraft der KJM im Hinblick auf divergierende Interessen von Jugendschützern und Anbietern äußert, sind bei dem „sachverständigen“ Organ KEK, in dessen Entscheidungsstruktur niemand Einblick hat, mindestens genauso berechtigt. Und schließlich erscheint durchaus zweifelhaft, ob eine Entscheidung der Frage, ob eine Sendung geeignet ist, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen, mit größerer Sicherheit gefällt werden kann, als die Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht. Immerhin sind im ersten Fall tiefgreifende pädagogische, sozial-ethische und anthropologische Prob-

¹⁶² Az. 6 C 16.09.

leme zu meistern, während im zweiten Fall ein durchaus bekanntes publizistisches Phänomen in einer konkreten Situation zu bewältigen ist. Ob auch die angeführte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁶³ hier wirklich einschlägig ist, mag dahingestellt sein; das Bundesverfassungsgericht hat jedenfalls in dieser Entscheidung nicht jeden Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften und Medien verneint und im konkreten Fall („Mutzenbacherin“) verlangt, dass auch das Grundrecht der Kunstfreiheit gegenüber den Belangen des Jugendschutzes in die Abwägung eingestellt wird. Dass bei den zu beurteilenden Sendungen der Sendereihe „MTV I want a famous face“ künstlerische Ambitionen auch nur die geringste Rolle gespielt hätten, wird aber von niemandem behauptet.

Die Lösung des Dilemmas besteht nach dem Verwaltungsgerichtshof in der Übernahme der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁶⁴, die Entscheidungen der KJM als Sachverständigenaussagen zu begreifen, die im Verwaltungsprozess nur mit demselben Aufwand in Frage gestellt werden könnten, der notwendig sei, um die Tragfähigkeit fachgutachtlicher Äußerungen zu erschüttern. Diese für die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften und Medien entwickelte richterliche Sicht wird nunmehr auch auf die KJM übertragen. Damit wird aber die Analogie verlassen, die der Schöpfer des Rundfunkstaatsvertrags bei der Schaffung der zentralen Kommissionen im Auge hatte, die mit dem Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 10. Dezember 2007 in der Gründung der ZAK (Kommission für Zulassung und Aufsicht) und der GVK (Gremienvorsitzendenkonferenz) ihren Abschluss fand. Zumindest die beiden älteren Kommissionen KEK und KJM ähneln einander sehr stark in ihrer Einsetzung für bestimmte rechtliche Fragen, die sie in Unabhän-

¹⁶³ BVerfGE 83, 130 ff.

¹⁶⁴ Siehe dazu BVerwGE 91, 211 (215 f.); BVerwG NJW 1997, S. 602 f.; BVerwG NJW 1999, S. 75 ff.

gigkeit und mit bindender Wirkung zu entscheiden haben (vgl. für die KEK § 35 Abs. 8 RStV; für die KJM § 14 Abs. 6 JMStV).

Der Verwaltungsgerichtshof geht nun auf die fachlichen Bewertungen der KJM ein, die seiner Auffassung nach der gerichtlichen Nachprüfung standhalten. Sie seien weder im Verwaltungsverfahren noch im gerichtlichen Verfahren in ihrer Tragfähigkeit „erschüttert worden“, wobei das Gericht dies anhand des im Klageverfahren gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens und im Kontrast zu dem von der Klägerin vorgelegten Sachverständigengutachten dokumentiert. Der Verwaltungsgerichtshof sah aber keinen Anlass, eine eigene Wirkungsstudie zu den streitgegenständlichen Sendungen erstellen zu lassen, zumal ein solches Vorhaben schon deshalb fragwürdig sei, weil es Kindern und Jugendlichen Angebote zugänglich mache, vor denen sie nach den Bestimmungen des Jugendmedienschutzrechts gerade geschützt werden sollten. § 5 Abs. 1 JMStV verlangt nicht, dass ein Angebot die Entwicklung von bestimmten Kindern und Jugendlichen tatsächlich beeinträchtigt (den Nachweis hierfür zu verlangen, würde nun wirklich die Grenzen des Möglichen und Zumutbaren überschreiten), sondern nur, dass nachgewiesen wird, dass ein Angebot im Sinne des Gesetzes hierzu „geeignet ist“. Der Verwaltungsgerichtshof sieht daher keinen Anlass, die Bewertung der KJM durch eine eigene zu ersetzen. Dies gilt auch nicht in der Frage, ob die Sendungen bereits ab 22:00 Uhr ausgestrahlt werden könnten; die überwiegende Anzahl der Mitglieder der KJM hat sich dagegen gewandt und demgegenüber kann auch nicht das vom Gericht eingeholte Sachverständigengutachten, das die Ausstrahlung ab 22:00 Uhr für denkbar hält, durchschlagen.

Teil VIII:

Die Judikatur zum ehemaligen Teilnehmerentgelt

1. Allgemeines zum Faktum und zur Regelungsgeschichte

Der neben den Trägerschaftsproblemen der Landeszentrale (Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV) wohl judikativ am meisten beachtete Bereich des alternativen bayerischen Rundfunksystems ist der des ehemaligen Teilnehmerentgelts. Diese zur Finanzierung von Aufgaben der Landeszentrale, früher auch der Medienbetriebsgesellschaften, sowie privater Programmangebote konzipierte Abgabe, die für den Bezug von Rundfunkprogrammen aus dem Kabel entrichtet werden musste, war seit Erlass des Bayerischen Mediengesetzes in Art. 38 BayMG enthalten und aus dem Vorgängergesetz, dem Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz (MEG), übernommen worden. Aber auch die Regelung des Art. 38 BayMG hat mehrfache Änderungen erfahren, die insbesondere mit der ursprünglichen Privilegierung der Kabelanlagen der Telekom AG zusammenhängen. Entgeltpflichtig war zwar grundsätzlich der Kabelanlagenbetreiber; bei Kabelanlagen der Deutschen Telekom AG wurde als Entgeltpflichtiger jedoch kraft Gesetzes der Inhaber des Kabelanschlusses bestimmt, um der Deutschen Telekom AG die Entgeltspflicht zu ersparen.

Im Jahr 1997 wurde mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Bayerischen Mediengesetzes vom 27. Dezember 1997¹⁶⁵ eine grundlegende Strukturreform des Rundfunks der Landeszentrale initiiert. Durch die Entlassung der Medienbetriebsgesellschaften aus ihren gesetzlichen Rechten und Pflichten verlor das bayerische Rundfunkmodell seine Mittelebene, mit der zuvor die Vereinbarungen über das Teilnehmerentgelt abzuschließen waren; an die Stelle der Medienbetriebsgesellschaften trat die Landeszentrale. Gleichzeitig wurde zum 1. Januar 1999 eine Absenkung

¹⁶⁵ GVBI S. 843.

des Teilnehmerentgelts auf 2 DM und zum 1. Januar 2003 seine Abschaffung vorgesehen.

Anfang 1999 übertrug die Deutsche Telekom AG ihre Kabelnetze auf ihr Tochterunternehmen Kabel Deutschland; da es sich dabei um eine hundertprozentige Tochter handelte, wurde an den bestehenden Rechtsverhältnissen im Bereich des Teilnehmerentgelts dadurch zunächst nichts geändert. Im Jahre 2003 gingen sämtliche der Deutschen Telekom AG zuzuordnenden Kabelanlagen in private Hände über; damit entfiel auch die gesetzliche Privilegierung der Deutschen Telekom AG. Ab dem 1. Januar 2004 war Kabel Deutschland als privater Kabelanlagenbetreiber teilnehmerentgeltspflichtig. Im Hinblick auf spätere Gerichtsverfahren¹⁶⁶ ist an § 3 Abs. 3 Satz 1 der Teilnehmerentgeltsatzung (TES) vom 25. Juli 2003¹⁶⁷ zu erinnern, wonach der Anspruch auf Teilnehmerentgelte mit Beginn des Kalenderjahres entstand und als Jahresbetrag zum 1. Juli erhoben wurde. Dies bedeutet, dass zum Zeitpunkt des Verkaufs der Kabelnetze die Entgeltspflicht der Inhaber von Einzelanschlüssen weiter bestand und diese Entgeltspflicht nach den Regelungen der Teilnehmerentsatzung auch nicht nachträglich erlosch. Der Anknüpfungspunkt des Teilnehmerentgelts hatte sich gegenüber der ursprünglichen Regelung verändert; war es auf Grund der realen Bedingungen ursprünglich im Wesentlichen eine Entgeltspflicht der Inhaber von Kabelanschlüssen, so war es jetzt realiter zu einem Betreiberentgelt geworden.

Anders als im Zweiten Gesetz zur Änderung des Bayerischen Mediengesetzes vorgesehen, verlängerte jedoch § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Mediengesetzes vom 24. Dezember 2001¹⁶⁸ die Erhebung des Teilnehmerentgelts bis zum 31. Dezember 2008. Dabei unterlag das Teilnehmerentgelt einer Reduzierung in Zwei-Jahres-Stufen

¹⁶⁶ Vgl. dazu VG Ansbach, Urteil vom 16. Februar 2006, AN 5 K 04.03025.

¹⁶⁷ Satzung über Teilnehmerentgelte nach dem Bayerischen Mediengesetz, StAnz Nr. 31, ber. Nr. 34.

¹⁶⁸ GVBl S. 1006.

(zuletzt 0,30 Euro vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2008). Sedes materiae war nunmehr Art. 33 Abs. 3 bis 7 BayMG.

Am 26.10.2005 erging der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Teilnehmerentgelts nach dem Bayerischen Mediengesetz auf Grund einer Verfassungsbeschwerde¹⁶⁹. Das Gericht sah in der Regelung über das Teilnehmerentgelt einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG, da sie keine ausreichende Vorkehrung zur Sicherung der gleichgewichtigen Vielfalt der vorhandenen Meinungen in den geförderten Programmen vorsah¹⁷⁰. Es beanstandete auch, dass das Bayerische Mediengesetz keine ausreichend genauen Aussagen über die Voraussetzungen enthalte, unter denen ein Anbieter aus den Mitteln zu fördern sei. Im Gesetzesrecht und den dazu ergangenen Satzungen fehle es auch an besonderen vielfaltssichernden Regelungen für die geförderten Programme. Das Gericht ließ jedoch die Anwendung der beanstandeten Regelungen noch für eine Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2008 zu. Trotz der vergleichsweise leicht zu behebenden verfassungsrechtlichen Defizitlage im Bayerischen Mediengesetz beseitigte der bayerische Gesetzgeber das Teilnehmerentgelt völlig und ersetzte die bisherige Förderung lokaler und regionaler Fernsehangebote durch die Einnahmen aus dem Teilnehmerentgelt durch eine solche aus Steuermitteln (Art. 23 BayMG). Dabei verkürzte er die vom Bundesverfassungsgericht gestattete Laufzeit des Teilnehmerentgelts um ein Jahr, um bereits zum 1. Januar 2008 zu einem Modell staatlicher Förderung zu wechseln¹⁷¹.

¹⁶⁹ BVerfGE 114, 371. Siehe dazu unter 3b).

¹⁷⁰ Ebd., S. 386 ff.

¹⁷¹ Vgl. hierzu Gesetz vom 10. Dezember 2007, GVBl S.903.

2. Restriktion des Teilnehmerentgelts durch verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung und anschließende Gesetzgebung

a) Das grundsätzliche Missverständnis um das Teilnehmerentgelt

Schon vor dem Zeitraum, den diese Rechtsprechungsanalyse betrifft, war das Teilnehmerentgelt als eines der umstrittensten Instrumente des bayerischen Medienrechts einem grundsätzlichen judikativen Missverständnis ausgeliefert. Das Teilnehmerentgelt wurde nicht als das verstanden, was es war, nämlich als Beitrag zur Finanzierung eines alternativen öffentlich-rechtlichen Rundfunksystem mit besonderem Schwerpunkt auf lokalen und regionalen Angeboten, sondern als eine Art von „Obolus“ für von der Landeszentrale genehmigte und in Kabelanlagen eingebrachte Programme. Dass das Rundfunksystem nach dem Bayerischen Mediengesetz aus von der Landeszentrale genehmigten *und* aus weiterverbreiteten Programmanteilen besteht und diese Gesamtveranstaltung Rundfunk durch das Teilnehmerentgelt (teil-)finanziert werden sollte, war dem Verwaltungsgerichtshof nicht zu vermitteln¹⁷². Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs engte die Teilnehmerentgeltspflicht auf von der Landeszentrale genehmigte Programme ein; eine bloße Weiterverbreitung sollte die Teilnehmerentgeltspflicht nicht begründen (anders der seinerzeitige Gesetzestext!). Der Gesetzgeber verstand sich im Jahr 1997 sogar dazu, das Gesetz in diese Richtung zu ändern, ohne Rücksicht darauf, dass der Verfassungsgerichtshof in seiner Grundlagenentscheidung aus dem Jahre 1986¹⁷³ das Teilnehmerentgelt nicht beanstandet hatte.

¹⁷² BayVGH, ZUM 1997, S. 571; vgl. dazu auch VG Würzburg, AfP 2005, S. 198 ff. (200) mit kritischer Anmerkung zu der vom Verwaltungsgerichtshof vorgenommenen Restriktion des die Teilnehmerentgeltspflicht begründenden Tatbestands (damals des Art. 38 Abs. 3 BayMG): „Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof begründet diese Rechtsmeinung nachfolgend auf achteinhalb Seiten, ohne den Begriff der verfassungskonformen Interpretation zu verwenden.“

¹⁷³ VerfGH 39, 96 ff.

b) Der Streit um die Teilnehmerentgeltvereinbarung

Vergleichsweise breiten Raum nimmt in der Rechtsprechung (und selbstverständlich in der sie begleitenden Literatur) der Fragenkreis der Qualifizierung des Teilnehmerentgelts als zivil- oder öffentlich-rechtlich und der damit zusammenhängende Problemkreis eines rechtswirksamen Abschlusses der Teilnehmerentgeltvereinbarung ein. Die Bezeichnung der Leistung als „Entgelt“ legt eigentlich einen zivilrechtlichen Charakter nahe, der ursprünglich dem Gesetzgeber auch vorschwebte¹⁷⁴. Bereits das Bayerische Oberste Landesgericht hat aber im Jahr 2001¹⁷⁵ dafür votiert, die Teilnehmerentgeltvereinbarung als öffentlich-rechtlichen Vertrag zu qualifizieren und in diesem Zusammenhang die seinerzeit noch vertretene Zwei-Stufen-Theorie abzulehnen. Für die Einordnung als öffentlich-rechtlich komme es auf den Gegenstand des Vertrags, nicht aber auf die Vertragspartner an; es könne also in diesem Zusammenhang auch dahingestellt bleiben, ob die Medienbetriebsgesellschaften, die für die Landeszentrale die Teilnehmerentgeltvereinbarungen abschlossen, als „Beliehene“ anzusehen¹⁷⁶ seien. Das Bayerische Oberste Landesgericht vertrat im Weiteren die Ansicht, dass es sich hier um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handle, denn die Vereinbarung sei auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu schließen und ihr Gegenstand sei einem vom öffentlichen Recht geordneten Sachbereich zuzurechnen.

In einer umfangreichen Entscheidung aus dem Jahre 2003¹⁷⁷ hat das Bayerische Oberste Landesgericht erneut den öffentlich-rechtlichen Charakter der Vereinbarung über das Teilnehmerentgelt bestätigt und gleichzeitig die seinerzeitigen Medienbetriebsgesellschaften dann doch als

¹⁷⁴ Siehe hierzu *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 23 (2011), Rdnr. 7, 9f. m. w. N.

¹⁷⁵ BayObLG Z 2001, 174 ff.

¹⁷⁶ Wesentlich forscher in dieser Einstufung BayVGH BayVBl. 2002, S. 82 ff.

¹⁷⁷ ZUM 2004, S. 218 ff.

beliehene Unternehmer qualifiziert¹⁷⁸. Folge dieser Einordnung war die Anwendbarkeit von Art. 57 VwVfG, wonach öffentlich-rechtliche Verträge der Schriftform bedürfen. Die Landeszentrale ist nicht wie der Bayerische Rundfunk durch Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG von der Geltung des Gesetzes ausgenommen. Das Gericht geht aber davon aus, dass bei den Teilnehmerentgeltvereinbarungen regelmäßig die Schriftform nicht eingehalten wird. Auf Grund dieser angenommenen rechtlichen Ausgangssituation lehnte das Gericht auch einen Ersatzanspruch ab, sei es auf Grund von in Betracht gezogener Anwendung der bereicherungsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, sei es auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Mag man dem noch Folge leisten, so ist doch Einspruch am Platz, soweit das Gericht im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Kontrahierungszwangs davon ausgeht, dass nicht jeder Kabelanschlussinhaber bzw. Betreiber einer Kabelanlage schlechterdings verpflichtet gewesen sei, eine Teilnehmerentgeltvereinbarung zu schließen. Das Gericht meint, dass es nach der Intention des Gesetzgebers jedem Teilnehmer frei stehen solle, die zusätzlichen Programme der Landeszentrale zu beziehen oder nicht¹⁷⁹. Das Gericht verkennt hierbei, dass die Zahlungsverpflichtung schon durch das Bereithalten eines Kabelanschlusses und die Einspeisung von Programmen bewirkt wird, die von der Landeszentrale veranstaltet werden. Die Medi-

¹⁷⁸ Ebd., S. 221 unter ausdrücklicher Berufung auf *Ossenbühl*, Rechtsfragen des Teilnehmerentgelts nach bayerischem Medienrecht, 2003, S. 17, obwohl Ossenbühl gerade die Einordnung der Kabel- bzw. Medienbetriebsgesellschaften als beliehene Unternehmen mangels eines Beleihungsakts ablehnt.

¹⁷⁹ Vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, ebd., S. 226: „Wollte er sie beziehen, so war Voraussetzung für den rechtmäßigen Bezug der Abschluss der entsprechenden Vereinbarung mit der örtlichen Kabelgesellschaft bzw. Medienbetriebsgesellschaft. Stattdessen konnte er aber auch den Bezug der in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft der Landeszentrale veranstalteten Programme ablehnen und es der Kabel- bzw. Medienbetriebsgesellschaft überlassen, durch technische Maßnahmen (durch den Einbau eines Filters) den Bezug dieser Programme ohne Vereinbarung auszuschließen.“

enbetriebsgesellschaften hatten keine technische Möglichkeit, entgeltpflichtige Programme aus dem Kabel zu nehmen, wenn eine Teilnehmerentgeltvereinbarung nicht zustande kam. Das Bayerische Oberste Landesgericht verfiel hier wiederum dem Irrtum, dem schon der Verwaltungsgerichtshof im Jahr 1997 erlag. Das Teilnehmerentgelt wird allein unter dem Aspekt der „Bezahlung“ des Bezugs vermeintlich entgeltpflichtiger Programme gesehen, nicht als Beitrag zur Schaffung und Unterhaltung eines leistungsfähigen, vielfältigen und ausgewogenen neuartigen öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Aus dem letztgenannten Gesichtspunkt heraus ist auch der Gedanke der Kontrahierungsfreiheit abzulehnen, wie er vom Bayerischen Obersten Landesgericht so nachdrücklich betont wird¹⁸⁰. Ein Kontrahierungszwang war schon vor der Formulierung von Art. 33 Abs. 3 BayMG in der bis Ende 2008 geltenden Fassung geltendes Recht, weil nur er die Garantie dafür abgab, dass der Beitrag zur Schaffung und Erhaltung des vielfältigen und ausgewogenen öffentlich-rechtlichen Rundfunks der Landeszentrale nicht Teilnehmern abverlangt wurde, die sich ihm nicht entgegensetzten, während andere in diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung auf Grund ihrer Verweigerungshaltung nicht eingebunden waren. Der Gleichheitssatz, der angesichts des öffentlich-rechtlichen Charakters der Teilnehmerentgeltvereinbarung zu beachten ist, hätte einem solchen Ergebnis im Wege gestanden¹⁸¹.

¹⁸⁰ Vgl. hierzu auch Art. 33 Abs. 3 BayMG in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung: „Wird in eine Kabelanlage, die unter Abs. 2 fällt, mindestens ein von der Landeszentrale nach Art. 26 Abs. 1 genehmigtes Rundfunkprogramm eingebracht, so hat bei Kabelanlagen der Deutschen Telekom AG der Inhaber des Kabelanschlusses (Teilnehmer), bei sonstigen Kabelanlagen der Betreiber eine Vereinbarung mit der Landeszentrale zu schließen.“

¹⁸¹ Siehe hierzu *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 33 (2004) Rdnr. 33a (ausgeordnet), die auch darauf verweisen, dass ein Verstoß gegen den Kontrahierungszwang nach Art. 38 Abs. 2 a.F. bußgeldbewährt gewesen wäre (ebd., Rn. 33c).

Die Vorstellung vom öffentlich-rechtlichen Charakter der Teilnehmerentgeltvereinbarung, meist auch gepaart mit der Bejahung eines Kontrahierungszwangs, hat sich später in Rechtsprechung und Literatur nahezu allgemein durchgesetzt, schon vor der Bestätigung durch den 2003¹⁸² eingeführten Art. 33 Abs. 3 BayMG. Dies gilt nicht von einer Reihe von Instanzgerichten¹⁸³, sondern auch vom Bundesgerichtshof¹⁸⁴. Die Bejahung des öffentlich-rechtlichen Charakters des Teilnehmerentgelts bedingt aber nicht zwingend, dass auch den seinerzeitigen Kabel- oder Medienbetriebsgesellschaften öffentlich-rechtlicher Charakter, etwa als beliebene Unternehmer oder durch Indienstnahme für öffentliche Zwecke, hätte zugesprochen werden müssen. Der öffentlich-rechtliche Charakter eines Vertrags bestimmt sich nach seinem Gegenstand, nicht nach den Parteien; dies konstatiert zu Recht das Bayerische Oberste Landesgericht vom 16. Juli 2001¹⁸⁵ (siehe dazu auch oben). Das bedeutet aber, dass auch öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Privaten möglich sind¹⁸⁶.

Gegen die Anschauung, die Kabel- oder Medienbetriebsgesellschaften seien beliebene Unternehmer (gewesen), spricht vor allem die Staatsferne des von der Landeszentrale veranstalteten Rundfunks. Ist klassischerweise ein Beliehener dazu da, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung mit hoheitlicher Gewalt wahrzunehmen und dabei funktionell in die Verwaltungsorganisation einbezogen zu werden, ohne dass dies jedoch organisatorisch der Fall ist, so trifft dies alles auf die Kabel- oder Medienbetriebsgesellschaften nicht zu, weil auch die Landeszentrale selbst als

¹⁸² Neubekanntmachung des Bayerischen Mediengesetzes vom 22. Oktober 2003, GVBl S. 799.

¹⁸³ Siehe dazu etwa LG München I, ZUM 2002, S. 234 ff.; VG Würzburg AfP 2005, S. 198 ff. (199); VG Regensburg, AfP 2003, S. 572 ff.

¹⁸⁴ BGH NVwZ 2003, S. 506 ff.

¹⁸⁵ Z RR 73/98, BayObLGZ 2001, S. 174 ff.

¹⁸⁶ BGHZ, 214 (215); BVerwG DVBl 1990, S. 154; Götz, JuS 1970, S. 1 (2); *Ossenbühl*, Rechtsfragen des Teilnehmerentgelts nach bayerischem Medienrecht, 2003, S. 20.

Grundrechtsträgerin, aber auch als grundrechtssichernde und vielfalts-ermöglichende Rundfunkveranstalterin nicht zur öffentlichen Verwaltung gerechnet werden kann. Bei der oben skizzierten Tätigkeit (des Vertragschlusses über das Teilnehmerentgelt) und auch sonst nahmen die genannten Gesellschaften keinerlei hoheitliche Aufgaben wahr und unterlagen darüber hinaus keiner Rechts- oder Fachaufsicht¹⁸⁷. Die in der Rechtsprechung immer wieder anzutreffende Qualifizierung¹⁸⁸ der Kabel- oder Medienbetriebsgesellschaften als beliehene Unternehmer oder als zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in Dienst genommene Private ist daher unzutreffend.

Als ein Hauptproblem im Zusammenhang mit der Charakterisierung der Teilnehmerentgeltvereinbarung als öffentlich-rechtlichem Vertrag ist die Einhaltung der Schriftform zu bezeichnen, wie sie in Art. 57 BayVwVfG für öffentlich-rechtliche Verträge vorgeschrieben ist. Angesichts der häufig formularmäßig vorgenommenen Vereinbarungen darf die Einhaltung der Formkautelen meistens angezweifelt werden. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass nicht erst seit der Neufassung von Art. 33 Abs. 2 bis 7 BayMG, aus dem dies zweifelsfrei hervorging, ein Kontrahierungszwang bestand, sondern dass das öffentlich-rechtliche Rundfunksystem nach dem Bayerischen Mediengesetz auch schon vorher von einem solchen ausging. Wird die Frage, ob die Medienbetriebsgesellschaften Beliehene oder in Dienst genommene Subjekte waren, richtigerweise mit Nein beantwortet, so hat sich die Frage einer Anwendbarkeit des Art. 57 VwVfG ohnehin sofort erledigt. Nach Art. 1 BayVwVfG unterfallen nur Behörden dem Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes; waren die Medienbetriebsgesellschaften keine Beliehenen oder ihnen gleichzustellende in Dienst genommene Private, so ist auch das Former-

¹⁸⁷ Siehe hierzu richtig *Bornemann*, BayVBl 2002, S. 84 ff.

¹⁸⁸ Außer den genannten Entscheidungen vgl. hierzu auch noch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 12.7.2001, BayVGh, DVBl. 1990, S. 936 ff.; in diese Richtung auch BGH NVwZ 2003, S. 506 f.

fordernis nach Art. 57 BayVwVfG nicht anzuwenden. Beharrt man aber auf der überlieferten Auffassung, dass der Gegenstand, nicht die vertragsschließenden Parteien über die Qualifikation eines Vertrages als öffentlich-rechtlich entscheiden, so ist darauf hinzuweisen, dass die Massenhaftigkeit der hier in Betracht kommenden Vertragsverhältnisse es nahe legt, die zivilrechtliche Konstruktion des „Vertragsverhältnisses auf Grund sozialtypischen Verhaltens“ heranzuziehen, für das zwei übereinstimmende Willenserklärungen ebenso wenig von Bedeutung sind, wie die Kanalisations- oder Dokumentationsfunktionen, die mit dem Schriftlichkeitserfordernis nach Art. 57 VwVfG verbunden werden¹⁸⁹. Für diejenigen, die aber die Lehre vom sozialtypischen Verhalten nach wie vor nicht als mit dem Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vereinbar ansehen, führt auch die Lehre vom konkludenten Verhalten zu demselben Ergebnis, wobei gegenteilige Äußerungen des anderen Teils, keinen Vertrag abschließen zu wollen, als *protestatio facto contraria* unwirksam sind. Die Rechtsprechung hat bereits anerkannt, dass verwaltungsrechtliche Verträge konkludent bzw. durch sozialtypisches Verhalten zustande kommen können und die Schriftform in diesem Fall nicht notwendig ist¹⁹⁰.

Das Bayerische Oberste Landesgericht folgt diesen zahlreichen Argumenten jedoch nicht¹⁹¹, zu denen auch noch die besonders weitgehende These tritt, durch Normierung des Teilnehmerentgelts durch Gesetz und Teilnehmerentgeltsatzung werde die Warnfunktion des Schriffterfordernis-

¹⁸⁹ Vgl. hierzu *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 33. (2004), Rdnr. 34 (ausgeordnet); zur zivilrechtlichen Lehre siehe auch *Palandt/Heinrichs*, BGB, 70. Aufl. 2011, Einführung vor § 145 Rdnr. 25 ff.; *Köhler*, BGB. Allgemeiner Teil, 30. Aufl. 2006, § 8 Rdnr. 26 ff.

¹⁹⁰ Siehe hierzu OLG München, ZUM 2002, S. 392 (393); dazu *Hepach*, ZUM 2002, S. 376 ff.; vgl. zum Ganzen auch *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 57 Rdnr. 6; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rdnr. 29.

¹⁹¹ Bayerisches Oberstes Landesgericht, ZUM 2004, S. 218 (226); dagegen VG Regensburg, AfP 2003, S. 572 (577).

ses überflüssig gemacht. Es will sogar einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch verweigern, weil das Teilnehmerentgelt in den entsprechenden Gesetzen und Satzungen speziell geregelt und an bestimmte Voraussetzungen gebunden sei und eventuell fehlende Tatbestandsmerkmale nicht durch die Anwendung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches ersetzt oder überflüssig gemacht werden könnten¹⁹². Auch die Überwindung des Formerfordernisses durch den Grundsatz von Treu und Glauben wird abgelehnt, obwohl ein gesetzlicher Kontrahierungszwang bestand¹⁹³.

3. Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung des Teilnehmerentgelts

a) Instanzgerichtliche Überprüfung

Zu Zeiten ihrer Geltung hat die Teilnehmerentgeltregelung auch mehrfach verfassungsrechtliche Überprüfungen erfahren, die von Instanzgerichten vorgenommen wurden. Eine bemerkenswert ausführliche findet sich in der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Ansbach¹⁹⁴. Das Verwaltungsgericht hielt die seinerzeit einschlägige Regelung des Art. 33 BayMG aber nicht für verfassungswidrig, so dass keine konkrete Normenkontrolle zum Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 GG) oder zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof (Art. 92 BV) in Betracht kam. Die Gesetzgebungszuständigkeit des Freistaats Bayern wurde der Rundfunkkompetenz der Länder entnommen, wonach auch eine funktionsgerechte Finanzierung zum Regelungskomplex des den Ländern zugewiesenen Rundfunkwesens gehört. Das Teilnehmerentgelt stellt danach auch

¹⁹² Ebd., S. 225.

¹⁹³ Siehe hierzu *Vesting*, Zum Rechtscharakter des Teilnehmerentgelts nach § 38 Abs. 2, 3 BayMG 1992, bzw. Art. 23 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 BayMG, 2001, S. 45.

¹⁹⁴ AfP 2005, S. 198 (202 ff.).

keine unzulässige „Sonderabgabe“ dar, so dass eine Durchbrechung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nach Art. 104 a ff. GG nicht vorliegt. Auch der Gleichheitssatz ist nicht verletzt, obwohl das Teilnehmerentgelt allein an Kabelanlagen anknüpft und nicht den Satellitendirektempfang und den terrestrischen Rundfunk berücksichtigt. Dies lag vor allem an der technischen Situation bei Einführung des Teilnehmerentgelts; terrestrische Frequenzen waren knapp und wurden vor allem vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk genutzt, während ein Satellitendirekttempfang noch nicht existierte. Als Anknüpfungsmedium war also nur das Kabel geeignet. Es stellt sich allenfalls die Frage nach einer Pflicht des Gesetzgebers zur Nachbesserung der gesetzlichen Lage. Das Gericht diagnostiziert aber für eine Heranziehung auch des terrestrischen und des Satellitenempfangs einen übermäßigen Inkassoaufwand, der zu einer Verminderung des Gesamtbetrags des Teilnehmerentgelts führen würde. Die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel würden eher verkürzt als ausgeweitet. Die zweite Alternative zur Herstellung von Gleichheit wäre die Abschaffung des Teilnehmerentgelts, das aber ohnehin im Auslaufen begriffen ist und bis dahin noch hingenommen werden kann. Zu Zeiten seiner Einführung war das Teilnehmerentgelt jedenfalls nicht gleichheitswidrig; dem Gesetzgeber wird man auch einen breiten Spielraum zuerkennen, inwieweit er „nachfassen“ möchte oder noch abzuwarten gedenkt.

**b) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom
26. Oktober 2005¹⁹⁵**

Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser relativ knapp gefassten Entscheidung zwar die Regelung über das Teilnehmerentgelt wegen eines Verstoßes gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) für grundgesetzwidrig gehalten, das Urteil ist aber, wie schon oben erwähnt,

¹⁹⁵ BVerfGE 114, 371 ff.

in der Praxis weitgehend folgenlos geblieben. Das Gericht hat auch die Entgeltart verfassungsrechtlich keineswegs verdammt, sondern nur die konkrete Ausgestaltung durch das Bayerische Mediengesetz und die Teilnehmerentgeltsatzung moniert; es sei gesetzlich nicht wirksam sichergestellt, dass in den Programmen der geförderten Anbieter die bestehende Meinungsvielfalt in gleichgewichtiger Weise zum Ausdruck komme. Der Gesetzgeber begnüge sich vielmehr zu Unrecht damit, dafür Sorge zu tragen, dass die begünstigten Programmangebote den im Allgemeinen bayerischen Medienrecht enthaltenen, auf die Veranstaltung privatwirtschaftlichen Rundfunks bezogenen Vorgaben entsprechen. Zwar besteht die öffentlich-rechtliche Trägerschaft der Landeszentrale; auch sei man bei der Angebotssituation möglicherweise nicht zu Unrecht vom Vorliegen mehrerer privatwirtschaftlich finanzierter Programmangebote ausgegangen, die miteinander zur Ausgewogenheit des Gesamtangebots führen können. Teilnehmerentgelte können aber nur erhoben und ausgekehrt werden, wenn Sicherheit darin besteht, dass den Kommunikationsinteressen aller Zahlungspflichtigen entsprochen wird. Dies bedingt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in den Programmangeboten gleichgewichtig repräsentiert ist. Hierfür sind gesetzliche Vorkehrungen durch den Landesgesetzgeber zu treffen, an denen es im konkreten Fall fehlt. Das Gericht verlangt einschlägige gesetzliche Regelungen zur Sicherung der gleichgewichtigen Vielfalt in den geförderten Programmen. Für die geförderten Anbieter werde auch nicht von der gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, besondere Anforderungen an eine plurale gesellschaftsrechtliche Zusammensetzung zu stellen oder einen Programmbeirat vorzusehen. Die allgemeine Verpflichtung der Landeszentrale, auf vielfältige Programmangebote hinzuwirken, reicht nicht aus, wenn in den dem Teilnehmerentgelt zu Grunde liegenden Normen keine besonderen Anforderungen an Vielfalt und Programme der geförderten Anbieter vorgesehen sind.

Angesichts der präzisen Postulate des Bundesverfassungsgerichts und des relativ schmalen Rügepotentials wäre es für den bayerischen Ge-

setzgeber ein Leichtes gewesen, die Regelungen über das Teilnehmerentgelt verfassungskonform auszugestalten. Jedoch war hierfür der politische Wille nicht vorhanden. Er zielte vielmehr auf Abschaffung der unpopulären Zahlungsverpflichtung. Die Nachfolgeregelung in Art. 23 BayMG setzt auf einfache Subventionierung aus dem Staatshaushalt, mit all den Gefahren und Abhängigkeiten, die eine solche Finanzierung auch mit sich bringt.

Die Verfassungsmäßigkeit des Teilnehmerentgelts spielt in späteren Entscheidungen der Instanzgerichte kaum mehr eine Rolle, weil sie durch das Bundesverfassungsgericht ausreichend geklärt scheint; eine Ausnahme bildet die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 16. März 2005¹⁹⁶, ohne dass hier Substantielles ausgesagt würde. Dasselbe gilt für das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 15. Dezember 2006¹⁹⁷. In diesem Urteil wird die geringfügige Höhe des Teilnehmerentgelts thematisiert und der zahlungsunwilligen Klägerin entgegengehalten, auch ihr gegenüber seien die relativ geringen Entgeltsätze in Rechnung gestellt worden; der gleichwohl insgesamt hohe Betrag der Forderung liege an der Zahl der von der Klägerin versorgten Wohneinheiten. Diese habe aber die Möglichkeit gehabt, das Entgelt auf die Wohnungseigentümergeinschaften bzw. auf die Mieter der Kabelanlage umzulegen.

4. Einzelprobleme aus der Rechtsprechung zum Teilnehmerentgelt

Die soeben genannte Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 15. Dezember 2006 nimmt unter anderem zu der Frage Stellung, ob von der Privilegierung der Deutschen Telekom AG im Hinblick auf die Entrichtung des Teilnehmerentgelts (siehe dazu oben unter 1) auch hundertprozentige Töchter der Deutschen Telekom AG profitieren und bejaht

¹⁹⁶ 7 BV 05.1115 – RO 3 K 04.1558.

¹⁹⁷ Au 7 K 04.863.

dies. Wie ebenfalls erwähnt, hat dies heute keine Bedeutung mehr, da die Deutsche Telekom AG die Kabelanlagen komplett an private Betreiber veräußert hat. In derselben Entscheidung wird klar gemacht, dass die seit 1999 bestehende Möglichkeit, das Teilnehmerentgelt durch Leistungsbescheid anzufordern, auch für Kabelanlagen gilt, die vor dem 1. Januar 1999 in Betrieb genommen wurden (dem Datum der Gesetzesregelung, mit der ein Leistungsbescheid möglich wurde). Ziel der Einführung dieser Regelung war, die Unsicherheit über den Abschluss eines Teilnehmerentgeltvertrags zu beheben, für den immer noch das Schriftformerfordernis herumsprengte. Der Sinn der Gesetzesänderung würde weitgehend zunichte gemacht, wollte man die Neuregelung des Leistungsbescheides nur für ab 1. Januar 1999 in Betrieb genommene Kabelanlagen gelten lassen. Selbstverständlich ist diese Problematik wie die sämtlichen Probleme um das Teilnehmerentgelt, soweit sie nicht als allgemein-rechtlich angesehen werden können, heute nicht mehr relevant.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 17. Februar 2006 ist nicht mehr auf der Höhe der Diskussion, wie sie zu diesem Zeitpunkt schon geführt wurde¹⁹⁸. Immerhin erkennt auch dieses Verwaltungsgericht mit der inzwischen herrschend gewordenen Meinung die Vereinbarung über das Teilnehmerentgelt als öffentlich-rechtlichen Vertrag an. Dass ein solcher auch von zwei Privatrechtssubjekten geschlossen werden kann, wird dagegen nicht erkannt; das Verwaltungsgericht vertritt die (wohl seinerzeit bereits überholte) These, dass die Kabel- bzw. Medienbetriebsgesellschaften bei der Einziehung des Teilnehmerentgelts als beliehene Unternehmer tätig wurden; eine Indienstnahme Privater schließt das Gericht dagegen aus. Bei seiner Auffassung beruft es sich auf den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof¹⁹⁹ und den Bundesgerichtshof²⁰⁰. Es hätte aber dem Gericht klar sein müssen, dass nach dem ur-

¹⁹⁸ Au 7 K 03.1830.

¹⁹⁹ BayVBl. 2002, S. 82.

²⁰⁰ NVwZ 2003, S. 506 ff.

ursprünglichen Konzept des Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetzes, aber auch des Bayerischen Mediengesetzes, die Kabel- bzw. Medienbetriebsgesellschaften als mittlere Ebene eines dreistufigen Aufbaus gesehen wurden. Allein die Trägerschaftseinrichtung Bayerische Landeszentrale für neue Medien war öffentlich-rechtlich ausgestaltet, Mittel- und untere Ebene (Anbieter) sollten aber einem vom Zivilrecht bestimmten Status angehören, sogar dann, wenn sie, wie im Fall des Teilnehmerentgelts, öffentlich-rechtliche Verträge abschlossen.

Von diesem Ausgangspunkt aus kommt aber das Verwaltungsgericht über Art. 1 Abs. 2 BayVwVfG und der Qualifizierung der Kabel- und Medienbetriebsgesellschaften als Behörden zur Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, insbesondere zu Art. 57 VwVfG, den es ganz schulmäßig mit einem ordnungsgemäßen Vertragsschluss (Angebot und Annahme) in Verbindung bringt, Es lässt weder ein Zurücktreten des Formzwangs auf Grund von Massenhaftigkeit zu (vergleiche aber etwa die Benutzung einer Daseinsvorsorgeeinrichtung, wie eines Schwimmbads, in öffentlich-rechtlichen Formen; hier wird beim Vertragsschluss auch keinerlei Schriftlichkeit verlangt) noch akzeptiert es einen Vertragsschluss in konkludenter Form oder auf Grund eines Kontrahierungszwangs. Da die Medienbetriebsgesellschaft auch niemals den Abschluss in formgültigen Teilnehmerverträgen gefordert habe, seien eventuelle Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung eines denkbaren gesetzlichen Schuldverhältnisses ausgeschlossen. Das Gericht übernimmt die These des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus seiner Entscheidung vom 22. Oktober 2003 (vgl. oben bei 2. b)), wonach es nach den ursprünglichen Regelungen des Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetzes und des Bayerischen Mediengesetzes den Teilnehmern freistehen sollte, ob sie die zusätzlichen Programme der Landeszentrale beziehen wollten oder nicht und dass notfalls ein Filter hätte eingebaut werden können, um die Teilnehmerentgeltspflicht zu beseitigen. Technisch ist dies allerdings nur für den Kabelnetzbetreiber, nicht für die Medienbetriebsge-

sellschaft möglich und verursacht davon abgesehen auch erhebliche Kosten.

Nach dem Verwaltungsgericht soll auch kein Erstattungsanspruch denkbar sein, es fehle an der erforderlichen Vermögensverschiebung. Das Teilnehmerentgelt knüpfe nicht an einer konkreten gegenständlichen Leistung der Landeszentrale oder einer Kabel- oder Medienbetriebsgesellschaft an, sondern nur an der abstrakten Möglichkeit, zusätzliche Programme der Landeszentrale zu empfangen. Ein Wert „für Programme“ könne aber nicht bestimmt werden, denn das satzungsgemäße Entgelt sei nicht am „Wert“ dieser „Leistung“ orientiert, sondern Finanzierungsmittel des von der Landeszentrale verantworteten Rundfunks.

In einer Reihe von Entscheidungen auch neueren Datums kommt die Unsicherheit der Rechtsprechung bei der Qualifizierung des Teilnehmerentgelts voll zum Ausdruck; vor allem der Umstand, dass private Anbieter damit gefördert werden sollen (nach Wegfall der Medienbetriebsgesellschaften und Auslaufen der Förderung der Landeszentrale aus Teilnehmerentgelten im Jahr 2001²⁰¹ sogar ausschließlich) und dass in der Amtlichen Begründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Bayerischen Mediengesetzes²⁰² Begriffe wie der der „Anschubfinanzierung“ und der der „Subventionierung“ verwendet werden, hat die Rechtsprechung auf Irrwege gebracht. Symptomatisch ist der Beschluss des Siebten Senats des Verwaltungsgerichtshofs vom 16. März 2004²⁰³. In diesem Fall ging es um die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und nachfolgender Klage gegen einen das Teilnehmerentgelt fordernden Leistungsbescheid. Der Verwaltungsgerichtshof bejahte die aufschiebende Wirkung der

²⁰¹ Vgl. Änderungsgesetz zum BayMG vom 24. Dezember 2001. GVBl. S. 1006. Siehe dazu auch Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 BayMG, der immer noch eine Finanzierung der Landeszentrale aus Entgelten vorsieht und entsprechend angepasst werden sollte.

²⁰² Vom 27. Dezember 1997, GVBl. S. 843.

²⁰³ VGH 57, 88.

Rechtsmittel, weil es sich beim Teilnehmerentgelt nicht um eine öffentliche Abgabe handle, deren Anforderung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO sofort vollziehbar sei. Das Gericht fährt fort, dass die in der genannten Vorschrift festgelegte Ausnahme von dem das Verwaltungsrecht beherrschenden Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen gegen belastende Verwaltungsakte von einem wichtigen Gemeinwohlinteresse bestimmt sei: Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Hand. Diese soll instand gesetzt werden, über die Mittel zu verfügen, deren es zur effektiven Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedarf. Die folgende Zitierung der Begründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Bayerischen Mediengesetzes verhindert, wie bereits bemerkt, dass das Gericht das Teilnehmerentgelt bestimmungsgemäß einschätzt. Nach Meinung des Gerichts steht die Subventionierung privater Anbieter im Vordergrund; daraus folge, dass es sich bei dem Teilnehmerentgelt nicht um Geldforderungen handelt, die ein Hoheitsträger für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötige und die deshalb den ausnahmsweisen Wegfall der aufschiebenden Wirkung rechtfertigten. Das Gericht erkennt nicht, dass das Teilnehmerentgelt sehr wohl einer öffentlichen Zweckbestimmung diene, nämlich der Schaffung und Aufrechterhaltung eines alternativen öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Bayern mit besonderen regionalen und lokalen Programmangeboten. Für das Gericht stellen Teilnehmerentgelte nur ausschließlich oder überwiegend Privaten zukommende Finanzmittel dar, für die es kein gewichtiges Gemeinwohlinteresse erkennt. Die anschließende Zitierung aus einem Gutachten von Ossenbühl²⁰⁴ ist als Argument zugunsten der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs untauglich, weil der Rundfunk der Landeszentrale zwar staatsfern ist (der von Ossenbühl verwendete Begriff „staatsfremd“ dürfte ungeschickt sein), aber es sich gleichwohl um ein öffentlich-rechtliches

²⁰⁴ Rechtsfragen des Teilnehmerentgelts nach bayerischem Medienrecht, BLM-Schriftenreihe Bd. 73, 2003, S. 49.

Rundfunksystem handelt, das Gemeinwohlaufgaben zu dienen bestimmt ist²⁰⁵.

Eigentlich sollte man meinen, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2005 die verfassungsrechtlichen Fragen um das Teilnehmerentgelt geklärt gewesen wären²⁰⁶. Gleichwohl finden sich auch nach diesem Judikat noch Entscheidungen, in denen klägerische Behauptungen über eine unzulässige Sonderabgabeneigenschaft des Teilnehmerentgelts und seine Gleichheitswidrigkeit aufgestellt werden, die die Gerichte zu Recht zurückweisen²⁰⁷. Zur Rechtsnatur des Teilnehmerentgelts wird allerdings nur eine negative Abgrenzung gewagt; auch kurz vor Auslaufen dieses Finanzierungsmittels findet die Justiz nicht die Kraft, diese Einnahmequelle der Landeszentrale zur Organisation und Finanzierung ihres Rundfunks in allen Landesteilen beherzt positiv zu umschreiben²⁰⁸.

Auf sicherem Terrain bewegen sich die Verwaltungsgerichte, wenn es um Gebühren für den Erlass von Leistungsbescheiden geht, im konkreten Fall also von Leistungsbescheiden zur Einforderung von Teilnehmerentgelten. In einem Urteil vom 16. Mai 2007 hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof über eine Klage zu entscheiden, bei der es weniger um

²⁰⁵ Vgl. hierzu auch treffend *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 33 (2004) Rdnr. 59 c ff.

²⁰⁶ Vgl. BVerfGE 114, 371 (383 ff.).

²⁰⁷ Vgl. hierzu BayVGh vom 24. April 2006, Az. 7 BV 05.739 und weitgehend gleichlautend vom 19. Juni 2006, Az. 7 BV 05.473.

²⁰⁸ „...Wegen des gesetzlich begründeten Zusammenhangs mit einer künftigen Gegenleistung stellt das Teilnehmerentgelt auch keine Sonderabgabe dar, die angesichts der Schutz- und Begrenzungsfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung an spezielle Zulässigkeitsvoraussetzungen gebunden wäre (vgl. BVerfG vom 18. April 2004, BVerfGE 110, 370/387 ff. m.w.N.) – Da das Grundgesetz keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen enthält (BVerfG vom 17. Juli 2003, BVerfGE 108, 186/215), bedarf es hier entgegen der Forderung des Klägers keiner weitergehenden Klärung der Rechtsnatur des Teilnehmerentgelts“ (Umdruck S. 4 bzw. S. 5).

den Leistungsbescheid selbst ging (19,20 Euro) als um die damit verbundene Gebührenhöhe von 50 Euro. Der Kläger trug vor, dass diese Gebühr weder zum geforderten Teilnehmerentgelt noch zum angefallenen Personal- und Sachaufwand in einem angemessenen Verhältnis stehe. Der Kläger ließ es bei der ersten Instanz nicht bewenden, die die Klage abschlägig verbeschieden hatte, sondern wandte sich auch an die Berufungsinstanz, also den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof. Dieser bezog sich auf Art. 22 Abs. 1 BayMG, wonach die Mindestgebühr 50 Euro, die Höchstgebühr 100.000 Euro betrug. Das Gericht geht dann insbesondere auf die bei der Festlegung von Gebühren zu beachtenden Grundsätze ein; der Gesetzgeber hat prinzipiell einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, wenngleich dieser nicht unbegrenzt ist. Insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Äquivalenzprinzip als Ausprägung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind zu beachten, so dass die Gebühren nicht an einem groben Missverhältnis zum Wert der ihnen zu Grunde liegenden Leistung stehen dürfen. Die Staatsleistung ist also zunächst einmal Grundlage der Gebühr; die darauf gestützten Kosten müssen sich zu dieser in eine vernünftige Relation bringen lassen. Auch der einzurechnende Verwaltungsaufwand muss diesen Prinzipien entsprechen, wobei aber ein weiterer Gestaltungsspielraum besteht, so dass weder der wirklichkeitsnähste, noch der gerechteste, noch der zweckmäßigste Maßstab gewählt werden müssen; das Äquivalenzprinzip ist auch nicht identisch mit dem Kostendeckungsprinzip, wonach die Gebühr von den jeweiligen Aufwendungen der Behörde begrenzt wird. Die zu entrichtende Gebühr kann bei einem entsprechenden Gesamtverwaltungsaufwand auch höher sein als die Grundforderung; der Ausgangsfall bietet hierfür ein charakteristisches Beispiel. Die Gebührenbemessung darf jedoch nicht unangemessen sein, also die Grenzen eines sachgemäßen Gestaltungsspielraums nicht überschreiten. Im Prozess wurde klargestellt, dass der Verwaltungsaufwand der Landeszentrale noch höher als die geforderten 50 Euro liege, so dass die Klage abgewiesen wurde.

Ein möglicherweise weniger teilnehmerentgeltrechtlich als verfassungsrechtlich bemerkenswertes Detail kam in zwei Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Würzburg zur Sprache²⁰⁹. In beiden Verwaltungsstreitsachen ging es um Teilnehmerentgeltforderungen für Hotels, wobei nicht so sehr die Qualifizierung von Hotelzimmern als „Wohneinheiten“ im Sinn der einschlägigen Rechtsvorschriften das Interesse erweckt als die Argumentation, dass in anderen Bundesländern Wohneinheiten in Hotels oder ähnlichen Einrichtungen nicht der Abgabepflicht unterworfen würden und deshalb der Gleichheitssatz verletzt sei. Die Gerichte greifen in diesem Zusammenhang auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurück²¹⁰, wonach der Gleichheitssatz die Träger öffentlicher Gewalt nur in ihrem konkreten Zuständigkeitsbereich bindet und der Gleichheitssatz nicht deshalb verletzt ist, weil ein anderes Land den gleichen Sachverhalt divergent behandelt. Föderalismus bedingt auch das Recht zur abweichenden Sachentscheidung, zum Experiment und zum Suchen eigener Regelungskonzepte.

²⁰⁹ Urteil vom 18. Dezember 2006, Az. Nr. W 1 K 06.744 und vom 18. Dezember 2006, Az. Nr. W 1 K 06.512; siehe dazu auch Urteil des VG Regensburg vom 30. Oktober 2006, Az. RO 3 K 06.1314.

²¹⁰ Vgl. etwa BVerfGE 21, 54 (68); 76, 1 (73); 79, 127 (158).

Teil IX:

Probleme der Rechtsaufsicht über den Rundfunk der Landeszentrale

1. Allgemeines

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist in der Bundesrepublik Deutschland aus gutem Grund staatsfern organisiert – das historische Menetekel des staatseigenen Propagandarundfunks im Dritten Reich Goebbelscher Prägung wirkte bei der Neuordnung des Rundfunks nach 1945 nach –, wobei Staatsferne in besonderem Maße Regierungsferne bedeutet. Denn von der Regierung dürften in aller Regel die Ingerenzen ausgehen, die in parteipolitischem Interesse Meinungsvielfalt- und -ausgewogenheit des Rundfunks bedrohen. Eine „Staatspflege“ im Sinne der Befestigung des Grundkonsenses über die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland und ihre staatlichen Organe ist aber nicht ausgeschlossen²¹¹, weil es letztendlich die freiheitliche Grundordnung des Staates ist, die auch die Rundfunkfreiheit garantiert. Das Alltagsgeschäft politischer Regierungsarbeit darf dagegen keinen bestimmenden Einfluss auf den Rundfunk gewinnen. Rundfunkanstalten und Landesmedienanstalten sind zwar juristische Personen des öffentlichen Rechts, aber staatsdistanziert und zumindest, was die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die Landeszentrale anlangt, auch Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit. Dies ist der Grund, warum Fälle eines rechtsaufsichtlichen Vorgehens gegen Träger öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland vergleichsweise selten sind.

Insofern sind die Vorgänge um Werbung für private Sportwetten in von der Landeszentrale verantworteten Programmen im Jahre 2004 bemerkenswert; in den daran anknüpfenden gerichtlichen Verfahren wurden zumindest Teilbereiche des Problemkomplexes einer Rechtsaufsicht über

²¹¹ Vgl. dazu ausführlich *Stettner*, ZUM 1995, S. 559 ff.

die Landeszentrale näher ausgelotet. Was den Rundfunk der Landeszentrale anlangt, kann es angesichts der verfassungsrechtlich festgelegten Trägerschaft der Landeszentrale (Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV) in diesem Zusammenhang nur um die Frage der Existenz und des Umfangs einer Rechtsaufsicht über die Landeszentrale selbst gehen; sie führt wiederum die Aufsicht über die privaten Anbieter, aus deren Beiträgen sie den von ihr verantworteten Rundfunk gestaltet²¹². Die Möglichkeiten eines rechtsaufsichtlichen Vorgehens gegenüber der Landeszentrale sind auch deshalb bedeutsam, weil die Landesmedienanstalten, insbesondere die Bayerische Landeszentrale für neue Medien, eine Art von Schutzschirm gegenüber staatlichen Ingerenzen errichten, die unmittelbar gegen die Programmanbieter gerichtet sein könnten. Die Kontrolle, ob die Anbieter die gesetzlichen Bestimmungen einhalten, ist aber nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BayMG (ausschließliche) Sache der Landeszentrale, so dass insofern von einer „Polizeifestigkeit“ der Rundfunkangebote im System des Rundfunks der Landeszentrale auszugehen ist, worin eine Parallele zur Polizeifestigkeit der Pressefreiheit erkennbar wird²¹³.

2. Das Judikat

In der soeben genannten Streitsache vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof ging es um die Beschwerde gegen den Sofortvollzug einer rechtsaufsichtlichen Weisung des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst, wonach die Landeszentrale jede

²¹² Siehe hierzu näher *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2006, S. 793 (794 f.).

²¹³ Siehe hierzu *Gundel*, Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen Rundfunksendungen im Konflikt mit der verfassungsrechtlichen Stellung der Landesmedienanstalten: Zur Frage der „Polizeifestigkeit“ der Rundfunkfreiheit am Beispiel aktueller Konflikte um die Durchsetzung des Glücksspielverbots, BLM-Schriftenreihe Bd. 95, 2010, S. 9 ff.; *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bd. 1, Art. 19 (2008) Rn. 37a ff.; a.A. BayVGH, Beschluss vom 9. Januar 2007 – 7 CS 06.2495, Umdruck S. 13.

Werbung für nicht-staatliche Sportwettenangebote in den von ihr verantworteten Rundfunkprogrammen zu unterbinden habe. Dem Streit lag ein Schreiben des Staatsministeriums vom 9. Mai 2006 zu Grunde, mit dem das Ministerium verlangte, dass Spotwerbung des Anbieters „betandwin“ im Programm des Deutschen SportFernsehens unverzüglich nach Befassung des Medienrats, spätestens jedoch bis 2. Juli 2006 als unzulässig zu unterbinden sei. Vorausgegangen war die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006²¹⁴, mit der das staatliche Sportwettenmonopol als mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit unvereinbar bezeichnet und für den Freistaat Bayern eine Übergangsregelung erlassen wurde. Für den Fall einer Weigerung oder des Untätigbleibens kündigte das Staatsministerium ein Vorgehen nach Art. 19 Abs. 2 Satz 2 a.F. BayMG (Ersatzvornahme) an. Die Landeszentrale, die schon früher keinen Anlass gesehen hatte, gegen Werbung für Sportwetten vorzugehen, weil speziell die in Betracht kommende Sportwette „betandwin“ behördlich genehmigt sei, so dass sie auch in Bayern beworben werden dürfe, legte das Problem der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (Gemeinsame Stelle Programm, Werbung und Medienkompetenz) zur Entscheidung vor, um eine zeitliche und inhaltlich abgestimmte länderübergreifende Verfahrensweise zu erreichen. Diese Vorgehensweise wurde vom Medienrat der Landeszentrale begrüßt; er sprach gleichzeitig die Erwartung aus, dass die Bemühungen der Landeszentrale in dieser Hinsicht von der Rechtsaufsicht anerkannt würden. Das Ministerium hatte mit Schreiben vom 23. Mai die Frist für die Befolgung der Weisung im Hinblick auf eine bevorstehende Behandlung der Sportwettenproblematik durch die Ministerpräsidentenkonferenz sowie zur Ermöglichung eines bundeseinheitlichen Vorgehens der Landesmedienanstalten bis 30. Juli 2006 verlängert. Am 21. Juli 2006 erhob die Landeszentrale Anfechtungsklage gegen die rechtsaufsichtliche Weisung vom 9. Mai 2006, geändert mit Schreiben vom 23. Mai 2006; daraufhin ordnete das Staatsmi-

²¹⁴ BVerfGE 115, 276 ff..

nisterium am 3. August 2006 die sofortige Vollziehbarkeit der Weisung an. Die Landeszentrale wiederum beantragte beim Verwaltungsgericht München am 4. August 2006 die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage gegen die rechtsaufsichtliche Weisung des Ministeriums. Das Verwaltungsgericht München stellte mit Beschluss vom 18. August 2006 die aufschiebende Wirkung der Klage wieder her; der angegriffenen Weisung stehe Art. 19 Abs. 2 Satz 3 a.F. BayMG entgegen, da unter dem Begriff der Programmangelegenheiten auch Werbung einzurechnen sei²¹⁵. Die dagegen eingelegte Beschwerde des Freistaats Bayern wurde vom Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen²¹⁶.

Der Entscheidung lag die Vorgängerfassung von Art. 19 Abs. 2 BayMG zugrunde, die nicht wie die heutige Fassung das Prinzip der Subsidiarität rechtsaufsichtlicher Maßnahmen enthielt, aber dafür ausdrücklich vorschrieb, dass Maßnahmen der Rechtsaufsicht in Programmangelegenheiten ausgeschlossen seien. Erst zum 1. Januar 2007 trat die Neuregelung von Art. 19 BayMG in Kraft, mit der die Rechtsaufsicht über die Landeszentrale an die für den Bayerischen Rundfunk erlassene Regelung des Art. 23a Bayerisches Rundfunkgesetz (ab 1. Januar 2007: Art. 24 Bayerisches Rundfunkgesetz) angepasst wurde. Der Verwaltungsgerichtshof stellt zu Recht auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der angegriffenen Weisung ab und schließt eine Möglichkeit nachträglicher Heilung aus, wobei sich ohnehin die Frage erhebt, ob das Vorgehen des Staatsministeriums nach der heutigen Fassung der Vorschrift zulässig gewesen wäre; richtigerweise ist dies wohl zu verneinen (siehe unten).

In der Altfassung war rechtsaufsichtliches Vorgehen (Aufforderung zur Beseitigung von Rechtsverstößen, ggf. Ersatzvornahme) „in Programmangelegenheiten“ ausdrücklich ausgeschlossen. Entgegen der Argumentation des Staatsministeriums sieht der Verwaltungsgerichtshof Werbung richtigerweise als Bestandteil des jeweiligen Programms an, wobei unter

²¹⁵ VG München, ZUM 2007, S. 72.

²¹⁶ BayVGH, ZUM 2007, S. 239.

Programm eine „planmäßige und strukturierte Abfolge von Sendungen und Beiträgen“ verstanden wird²¹⁷. Das Gericht rechnet zu Recht auch Werbezeit, die ein Rundfunkveranstalter oder -anbieter nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV Dritten für Werbung zur Verfügung stellt, zu dem vom jeweiligen Veranstalter der Anbieter rundfunkrechtlich zu vertretenden Gesamtprogramm, obwohl diese Werbebeiträge drittproduziert sind. Der Verwaltungsgerichtshof folgert dies aus der Verpflichtung von Rundfunkveranstalter oder -anbieter zur Trennung von Werbung und übrigen Programm oder anderen Programmteilen (§ 7 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 RStV). Der Verwaltungsgerichtshof stellt weiterhin fest, dass nach überwiegender Auffassung auch Werbesendungen der Programmfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unterfallen und nennt hier eine Reihe von Quellen. Die Konsequenz der Ausführungen besteht darin, dass der uneingeschränkte Ausschluss rechtsaufsichtlicher Maßnahmen in Art. 19 Abs. 2 Satz 3 a.F. BayMG auch die Rundfunkwerbung betraf²¹⁸.

Der Verwaltungsgerichtshof unterscheidet zwar im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die sachbezogene Berichterstattung, insbesondere wenn sie redaktionell gestaltet ist, von den zur Einnahmeerzielung verbreiteten Werbebotschaften, die einen geringeren Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung haben (aber auch einer solchen Wirkung nicht entbehren). Der Rundfunkgesetzgeber könnte also bei der Reichweite der staatlichen Rechtsaufsicht insoweit Unterscheidungen treffen, beispielsweise bei Werbung ein stärkeres rechtsaufsichtliches Zugreifen vorsehen, er ist dazu aber nicht verpflichtet. Die „begrenzte Staatsaufsicht über den Rundfunk“, die verfassungsjudikatorisch gefordert ist²¹⁹, muss nicht bis

²¹⁷ Siehe dazu BVerfGE 97, 298 (310), wobei als zusätzliches Merkmal des Programms noch die „längere Dauer“ genannt wird. Die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung wird vom Verwaltungsgerichtshof aber erstaunlicherweise nicht zitiert.

²¹⁸ Ebenso *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2006, S. 793 (796); in dieselbe Richtung auch für die Neufassung von Art. 19 *ders.*, ZUM 2008, S. 1 (9 f.).

²¹⁹ BVerfGE 57, 295 (326); 73, 118 (153).

zur Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen gehen; programminhaltliche Bewertungsspielräume darf sie wegen des Gebots der Staatsferne des Rundfunks ohnehin nicht umfassen. Das Gericht stellt fest, dass der Gesetzgeber in Programmangelegenheiten nicht nur auf die rechtsaufsichtliche Durchsetzung externer Grundrechtsschranken im Sinn von Art. 5 Abs. 2 GG verzichten darf, sondern auch die Differenzierung zwischen grundrechtlich stärker und schwächer geschützten Programmbestandteilen nicht zu übernehmen braucht²²⁰; diese Unterscheidung basierte auf den früher unternommenen Versuch, für rechtsaufsichtliche Maßnahmen zwischen vielfaltsgewährleistenden Ausgestaltungsgesetzen und externen Schrankenregelungen zu differenzieren. Dieser Ansatz ist aber inzwischen weitgehend als nicht zielführend aufgegeben worden; Programmangelegenheiten samt den sie ausgestaltenden Normen können von Schrankenregelungen nicht trennscharf abgegrenzt werden; das gesamte Rundfunkprogramm müsse jeder staatlichen Einwirkung entzogen bleiben.

Der Verwaltungsgerichtshof stellt sodann die Landeszentrale den Trägern mittelbarer Staatsverwaltung gegenüber, bei denen eine lückenlose Rechtsaufsicht nach Rechtsstaats- und Demokratieprinzip geboten ist. Für die „staatsfern“ organisierte Landeszentrale, die eigenverantwortlich ein aus privaten Beiträgen organisiertes Rundfunkprogramm verantwortet und Trägerin des Rundfunkgrundrechts nach Art. 111a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BV ist²²¹, ist eine ähnlich umfassende Rechtsaufsicht nicht zwingend „geboten“, wie das Gericht feststellt (es muss wohl heißen, nicht gestattet). Zu zurückhaltend ist auch die darauf folgende Formulierung „es liegt vielmehr nahe, sie ähnlich wie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nur einer beschränkten staatlichen Kontrolle zu unterwerfen“. Wenn die Landeszentrale staatsfern agieren soll, darf sie auch

²²⁰ Siehe dazu *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 19 (2008) Rn. 17.

²²¹ Verweis des Verwaltungsgerichtshofs auf VerfGH 58, 137 (144).

nicht durch eine umfassende Rechtsaufsicht erneut dem staatlichen Einfluss geöffnet werden. Der Verwaltungsgerichtshof meint, die beschränkte Rechtsaufsicht über die Landeszentrale aber noch weiter rechtfertigen zu müssen; ihre wesentlichen Aufgaben seien einem pluralistisch zusammengesetzten kollegialen Organ zugewiesen (Medienrat), was auch die verringerte Intensität der staatlichen Aufsicht rechtfertige. Der Verwaltungsgerichtshof weist im Übrigen noch darauf hin, dass das Institut der Rechtsaufsicht nach Art. a.F. 19 BayMG nicht funktionslos war, wenn man die Werbung aus der Rechtsaufsicht ausnahm. Es verblieb noch ein beträchtlicher Anwendungsbereich, in dem das Ministerium Verstöße der Landeszentrale gegen das Bayerische Mediengesetz (etwa die dort normierten Pflichtaufgaben) oder gegen sonstige Rechtsvorschriften (nicht medienspezifische Vorschriften, allgemeine Rechtsvorschriften) beanstanden konnte. So wäre etwa auch das schlichte Untätigbleiben der Landeszentrale, etwa im Fall des Verstoßes gegen Strafbestimmungen, ein Fall für die Rechtsaufsicht gewesen, ohne dass dies als Maßnahme in einer konkreten Programmangelegenheit hätte gewertet werden dürfen.

Die weiteren vom Verwaltungsgerichtshof angeführten Argumente überzeugen; so kann die spätere Fassung des Bayerischen Rundfunkgesetzes nicht für die Auslegung der früheren Norm des Art. 19 a.F. BayMG maßgeblich sein; der Verwaltungsgerichtshof sieht keinen Wertungswiderspruch darin, dass die Programmverantwortlichen der Landeszentrale im Falle eines unterlassenen Einschreitens gegen strafbare Inhalte von Sendungen möglicherweise ein Strafverfahren erwartet (vgl. §§ 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB), als Mitglieder des zuständigen Organs der Landeszentrale, des Medienrats, aber rechtsaufsichtliches Einschreiten nicht zu befürchten haben. Immerhin (es scheint so, als sähe der Verwaltungsgerichtshof dies als Vorteil an) könne gegen ein als strafbar angesehenes Verhalten von Programmverantwortlichen auf sicherheitlichem Wege eingeschritten werden, wobei der Verwaltungsgerichtshof richtigerweise Rundfunkanbieter oder Werbeunternehmen nennt (also nicht die Verantwortlichen in der Landeszentrale). Die Rundfunkfreiheit sei nicht generell

als polizeifest anzusehen, anders als die Pressefreiheit, die ein solches sicherheitsbehördliches Vorgehen gegen strafbare Äußerungen nicht zulasse, sondern nur die repressive Strafverfolgung gestatte²²².

Die heutige Fassung von Art. 19 BayMG passt, wie bereits erwähnt, die Rechtsaufsicht über die Landeszentrale der über den Bayerischen Rundfunk an²²³. Die von der Verfassung gebotene Beschränkung der Aufsicht kann in Bayern angesichts der Grundrechtsträgerschaft der Landeszentrale und ihrer eigenverantwortlichen Rundfunkveranstaltung nach dem Muster des Bayerischen Rundfunks durchgeführt werden²²⁴. Der nunmehr durch Art. 19 n.F. BayMG positivierter Grundsatz der Subsidiarität folgt aus dem Prinzip größtmöglicher Eigenverantwortung der Landeszentrale, der auch für den Bayerischen Rundfunk gilt. Der kritische Programmbe- reich dürfte auch nach Streichung der Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 Satz 3 a.F. BayMG der Aufsicht (die nur eine Rechtsaufsicht sein kann) prinzipiell verschlossen sein; die teilweise vertretene Auffassung, der „evidente Rechtsverstoß“ könne rechtsaufsichtliches Einschreiten zulässig machen, scheidet an der Unmöglichkeit, den „evidenten Verstoß“ einigermaßen präzise zu umreißen²²⁵.

²²² Trotz Zitierung einer Reihe von Nachweisen zur mangelnden Polizeifestigkeit der Rundfunkfreiheit vermag die Unterscheidung in keiner Weise einzuleuchten. Sie könnte auch allein darin begründet sein, dass Pressefreiheit als liberales Grundrecht des 19. Jahrhunderts schon eine weitere Entwicklung erfahren hat als die junge Rundfunkfreiheit. Siehe dazu auch *Gundel*, Zur Polizeifestigkeit der Rundfunkfreiheit und anderen Fragen der staatlichen Aufsicht über den Rundfunksektor, BLM-Schriftenreihe Bd. 95 (2010), S. 9.

²²³ Siehe hierzu näher *von Coelln*, Zum Umfang der Rechtsaufsicht über die Bayerische Landeszentrale für neue Medien, BLM-Schriftenreihe Bd. 95 (2010), S. 59 ff.

²²⁴ Siehe hierzu *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2006, S. 793 (794); *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Art. 19 (2008), Rdnr. 10.

²²⁵ So auch *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2008, S. 1 (7 ff.).

Teil X:

Volksbegehren/Volksentscheid und Rundfunkwerbung

1. Allgemeines

Eine umfangreiche Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Popularklageverfahren) betrifft unter anderem Fragen der Ideenwerbung im Zusammenhang mit der Abhaltung eines Volksbegehrens und eines Volksentscheids²²⁶. Die Entscheidung betraf vor allem den Zustimmungsbeschluss des Bayerischen Landtags vom 21. März 2000 zu § 7 Abs. 8 RStV, wonach Werbung politischer, weltanschaulicher oder religiöser Art im Rundfunk unzulässig ist. Im Fokus der Popularklage waren auch weitere Vorschriften des bayerischen Landesrechts, die auf § 7 Abs. 8 RStV beruhen, so etwa Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BayMG (Verweisung auf § 7 RStV) sowie die analoge Vorschrift des Art. 4 BayRG. Hinzu kam noch § 1 der Wahlwerbesatzung der Landeszentrale in seinem damaligen Wortlaut, der in Absatz 2 bestimmte, dass die Überlassung von Sendezeit an Dritte zu Zwecken der sonstigen Werbung für politische Ideen in Rundfunkprogrammen und -sendungen unzulässig sei und dass dies auch für Volksbegehren, Volksentscheide, Bürgerbegehren und Bürgerentscheide gelte.

Nach Art. 98 Satz 4 BV, der verfassungsrechtlichen Grundlage für die bayerische Popularklage, hat der Verfassungsgerichtshof Gesetze und Verordnungen (des bayerischen Landesrechts) für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken. Diese Verfassungsbestimmung betrifft alle Vorschriften des bayerischen Landesrechts, auch den Zustimmungsbeschluss des Landtags, durch den im Verein mit seiner Bekanntmachung im Gesetz- und Verordnungsblatt § 7 Abs. 8 RStV

²²⁶ BayVerfGH 60, 131 ff = AfP 2007, S. 553 ff. = BayVBl 2008, S. 302 ff.

seine Geltungskraft in Bayern erhalten hat. Die Wahlwerbesatzung der Landeszentrale kann (wiewohl Satzung) ohne weiteres Gegenstand der Popularklage sein²²⁷. Das Problem, dass die durch Zustimmungsbeschluss des Landtags im bayerischen Landesbereich wirksam gewordene Vorschrift des § 7 Abs. 8 RStV einem Staatsvertrag der Länder angehört, wird durch den Verfassungsgerichtshof dahingehend gelöst, dass eine – hier zu unterstellende – Verfassungswidrigkeit eine Besonderheit des bayerischen Verfassungsrechts betrifft, nämlich die Möglichkeit der Volksgesetzgebung durch Volksbegehren und Volksentscheid und durch die einschlägige Feststellung die einheitliche Anwendung der wesentlichen Inhalte des Staatsvertrags unberührt bleibt, so dass keine Auswirkung auf die anderen Partner des Staatsvertrages zu befürchten ist²²⁸.

2. Gang der Entscheidung

Der Verfassungsgerichtshof hält die Popularklage für begründet, soweit sie das durch Zustimmungsbeschluss des Bayerischen Landtags vom 21. März 2000 umgesetzte Verbot politischer Werbung im Rundfunk anlässlich zugelassener Volksbegehren und Volksentscheide betrifft. Soweit der Rundfunkveranstalter solche Werbung senden möchte, ist er dazu berechtigt. Als unbegründet sieht der Verfassungsgerichtshof aber Rügen an, die Verfassungs- und Grundrechtsverstöße dahingehend behaupten,

²²⁷ Vgl. dazu *Knöpfle*, in: Nawiasky/Schweiger/Knöpfle, Die Verfassung des Freistaates Bayern Art. 98 (1992), Rdnr. 51; *Wolff*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2008, Art. 98 Rdnr. 17.

²²⁸ In § 63 Satz 3 RStV in der Fassung des Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags wird in Reaktion auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 25.5.2007 bestimmt, dass abweichende Regelungen zu § 7 Abs. 8 1. Variante RStV zur Umsetzung von Vorgaben der Landesverfassung (also beispielsweise der bayerischen Verfassungsentscheidung für Volksbegehren und Volksentscheid) zulässig sind.

dass der Gesetzgeber dem Beauftragten des Volksbegehrens keinen Anspruch eingeräumt hat, im Rahmen des auch bei Wahlen üblichen Umfangs Werbung zu zugelassenen Volksbegehren und Volksentscheiden im Rundfunk einzubringen und selbst Sendezeit im Rundfunk eingeräumt zu erhalten. Damit wird also eine Auffassung zurückgewiesen, die eine Verpflichtung der Veranstalter von Rundfunk (nicht eine Berechtigung) verfassungsrechtlich postuliert, politische Werbung anlässlich von zugelassenen Volksbegehren und von Volksentscheiden in das Programm aufzunehmen.

Die Herangehensweise des Verfassungsgerichtshofs an die Problematik ist konsequent; zunächst wird § 7 Abs. 8 Satz 1 RStV als grundsätzlich abschließende Regelung und als Verbot politischer Werbung im Rundfunk bewertet. Als einzige Ausnahme ist nach § 7 Abs. 8 Satz 4 RStV in Verbindung mit § 42 Abs. 2 und 3 RStV Parteienwerbung anlässlich von Wahlen zum Deutschen Bundestag und zum Europäischen Parlament zugelassen und das auch nur in bundesweit verbreitetem Rundfunk. Der Verfassungsgerichtshof muss zwar zugestehen, dass einige Landesgesetzgeber, darunter auch der bayerische, weitere Ausnahmen sowohl für die Wahlen zu den Landesparlamenten als auch für Kommunalwahlen gemacht haben und Wahlwerbung auch nicht auf bundesweit verbreiteten Rundfunk beschränken, geht darauf aber nicht näher ein; darüber hinausgehende Ausnahmen seien jedenfalls nicht zulässig. Dies macht den Leser einigermaßen ratlos; sind nun die vom Gesetzgeber bereits vorgenommenen Durchbrechungen von § 7 Abs. 8 Satz 1 RStV zulässig oder will sich der Gerichtshof nur nicht mit ihnen beschäftigen, weil sie nicht Prüfungsgegenstand sind? Als Ausnahmebestimmung entzieht sich die gesetzliche Regelung über die Zulässigkeit von Parteienwerbung im Rundfunk anlässlich von Wahlen einer analogen Anwendung, so dass

eine verfassungskonforme Auslegung von § 7 Abs. 8 Satz 1 RStV in Bezug auf Volksbegehren und Volksentscheide jedenfalls ausscheidet²²⁹.

Der Gerichtshof widmet sich dann dem Verhältnis von Rundfunkstaatsvertrag und Grundrecht aus Art. 111a Abs. 1 BV und qualifiziert die zu prüfende Regelung als Teil einer Ausgestaltungsgesetzgebung, deren der Rundfunk in Form einer positiven Ordnung bedarf. Für die Ausgestaltungsgesetzgebung konstatiert der Verfassungsgerichtshof zwar zunächst unter Berufung auf Vorentscheide eine weitgehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers²³⁰, will aber doch den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aus dem Freiheitsrecht heraus beschränken. Dabei stellt er ein Beziehungsgeflecht auf: je unmittelbarer und direkter staatliche Regelungen die Programmgestaltung beeinflussten (Beispiel § 7 Abs. 8 Satz 1 RStV), desto mehr seien sie aus der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit rechtfertigungsbedürftig. Der Verfassungsgerichtshof kommt also an dieser Stelle vor dem Bundesverfassungsgericht²³¹ zur Messung auch von Ausstattungsregelungen am Verhältnismäßigkeitsprinzip.

In Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf das Verbot von Werbung politischer Art in § 7 Abs. 8 Satz 1 RStV vermag der Verfassungsgerichtshof für die vorfindliche Regelung keine ausreichende Rechtfertigung zu erkennen; das Gebot der Ausgewogenheit des Gesamtprogramms, dem die Ausgestaltungsgesetzgebung (vorrangig) zu dienen hat, könne ein Werbeverbot unter den besonderen Verhältnissen der Werbung für

²²⁹ In Art. 5 Abs. 7 des Bayerischen Mediengesetzes, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. April 2009 (GVBl. S. 50), wird jetzt bestimmt, dass in landesweit, regional und lokal verbreiteten Rundfunkprogrammen Werbung aus Anlass eines zugelassenen Volksbegehrens und eines Volksentscheids eingebracht werden kann. Der Anbieter, der Sendezeit einräumt, muss aber auch Vertretern einer anderen Auffassung zu dem zugelassenen Volksbegehren und zu dem Volksentscheid auf Wunsch Sendezeit in einem angemessenen Verhältnis zur Verfügung stellen.

²³⁰ VerfGH 58, 277 (287).

²³¹ BVerfGE 121, 30 (64 ff.).

Volksbegehren und Volksentscheide nicht legitimieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn auch die verfassungsrechtliche Bedeutung der Volksgesetzgebung in Bayern ins Kalkül genommen wird. Die Werbung wird richtigerweise²³² als Teil des Programms angesehen; Werbefreiheit ist Teil der Programmfreiheit, obwohl Werbung von Dritten publiziert wird und damit Teil jenes Komplexes von Drittsendungen ist, zu denen etwa auch Sendungen von Kirchen und religiösen Gemeinschaften gehören. Die Argumentation stützt sich außer auf die verfassungsrechtlichen Prinzipien auch auf § 7 Abs. 2, 3 und 4 RStV, die ganz offensichtlich Werbung zum Programm rechnen.

Dieses Gesamtprogramm ist gemäß den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Rundfunk ausgewogen zu halten (vgl. Art. 111a Abs. 1 Satz 6 BV). Im Gegensatz zur Wirtschaftswerbung ist politische Werbung, insbesondere Parteienwerbung, im Hinblick auf Ausgewogenheit des Gesamtprogramms und Chancengleichheit mit Konfliktstoff behaftet.

Wenn allerdings der Verfassungsgerichtshof an dieser Stelle betont, Art. 24 Abs. 3 BayMG versage aus diesem Grund auch politischen Parteien das Recht, Rundfunksendungen anzubieten, so befindet er sich in dieser Uneingeschränktheit nicht mehr auf dem letzten Stand der Dinge. Art. 24 Abs. 3 Satz 3 BayMG lässt geringfügige mittelbare Beteiligungen von Parteien an Rundfunkangeboten ohne Stimm- und Kontrollrecht zu und steht damit jedenfalls im Einklang mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2008²³³. Diese Entscheidung gestattet es dem Gesetzgeber nur insoweit, Parteien die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an privaten Rundfunkunternehmen zu untersagen, als sie bestimmenden Einfluss auf die Programmgestaltung oder die Programminhalte nehmen können. Ein absolutes Verbot für politische Parteien, sich an privaten Rundfunkveranstaltungen zu beteiligen, ist dagegen verfassungsrechtlich unzulässig.

²³² Vgl. dazu oben I. Abschnitt, Teil VIII „Probleme der Rechtsaufsicht“.

²³³ BVerfGE 121, 30 (59, 64 f.).

Das Gericht bringt einerseits die politische Einflussnahme von Parteien auf den Rundfunk, andererseits aber den hierfür maßgeblichen Anlass in einen Konnex; ein unbeschränkter Zugang der Parteien zum Rundfunk ist nicht gegeben, in gewissen Fällen ist aber ein solches Zugangsrecht oder jedenfalls eine Zugangschance nicht völlig ausgeschlossen. Das Gericht bezieht sich dabei zunächst auf die Wahlwerbung, die in zeitlich eng begrenztem Umfang unter Berücksichtigung der Grundsätze der Chancengleichheit geordnet und vom redaktionellen Programm optisch oder akustisch getrennt die Ausgewogenheit des Gesamtprogramms nicht in Frage stellt (siehe auch § 42 Abs. 2 RStV; Art. 5 Abs. 5 BayMG). Die Legitimation für diese gesetzgeberische Grundentscheidung liegt einerseits in der Bedeutung von Wahlen und der Parteien für das demokratische Staatswesen, andererseits von Hörfunk und Fernsehen als Werbe- und Kommunikationsmedien im öffentlichen Meinungsbildungsprozess anlässlich von Wahlen. Der Verfassungsgerichtshof leitet aus der Berechtigung von Wahlwerbung in einleuchtender Weise eine Analogie ab, die auch für die Volksgesetzgebung den werbenden Zugang zum Rundfunk ermöglicht. Die Volksgesetzgebung habe zwar nicht die grundlegende Bedeutung von Wahlen, aber gleichwohl ein hohes verfassungsrechtliches Gewicht, was daran zu erkennen sei, dass Volksgesetzgebung und Parlamentsgesetzgebung von der Verfassung einander gleichgestellt würden. Da aber Quoren für den Erfolg von Volksbegehren eine große Rolle spielten (vgl. Art. 74 Abs. 1 BV, Art. 71 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 1 Nr. 2 LWG), bedürften Volksbegehren einer hohen Publizität, die auf Hörfunk und Fernsehen nicht verzichten könne. Der Verfassungsgerichtshof weist auch auf die vergleichsweise geringe Anzahl von bayerischen Volksbegehren in den vergangenen Jahrzehnten hin, die in einem durchschnittlich mehrjährigen Rhythmus stattfanden und sicherlich politische Werbung im Rundfunk nicht in unverträglicher Weise bewirkt hätten.

Den früher geäußerten Bedenken, das Gebot der Chancengleichheit sei wegen der Besonderheit der Volksgesetzgebung nicht zu erfüllen, weil es äußerst schwierig sei, bei Volksbegehren und Volksentscheiden Sende-

zeiten für die einzelnen Gruppierungen zu fixieren, hält der Verfassungsgerichtshof entgegen, dass die Problematik der Chancengleichheit hier nicht anders liege als wenn der Rundfunk im Rahmen seines Auftrags nach Art. 111a Abs. 1 Satz 3 BV in redaktioneller Weise über ein anstehendes Volksbegehren oder einen anstehenden Volksentscheid informiert. Auch hier gelte es, die Ausgewogenheit zu wahren. Nicht nur der Beauftragte des Volksbegehrens, auch die „Gegner“ müssten in angemessener Weise Werbung betreiben dürfen. Hier sei eine repräsentative Auswahl nicht zu vermeiden. Der Verfassungsgerichtshof sieht als Anhaltspunkt für eine dem verfassungsrechtlichen Chancengleichheitsgebot genügende Ausgestaltung des Werbegeschehens, wenn neben dem Beauftragten des Volksbegehrens den im Bayerischen Landtag vertretenen Parteien, soweit sie nicht selbst Initiatoren des Volksbegehrens sind, die Möglichkeit der Werbung für ihre Position zu dem gesetzgeberischen Vorhaben eingeräumt würde. Parteien als Initiatoren sind ohnehin werberechtigt²³⁴.

Dabei erkennt der Gerichtshof sehr klar, dass sich das Problem der Chancengleichheit nicht wie bei einem Wahlgeschehen durch die konkreten Wahlvorschläge im Wettbewerb quasi formal löst. Da eine ebenso wie bei der Volkswahl vom Prinzip formaler Gleichheit beherrschte Ausgestaltung des Werbegeschehens bei Volksbegehren nicht möglich ist und daher auch nicht von Rechts wegen erwartet werden kann, obliegt es „der

²³⁴ Der VerfGH ergänzt dies mit den folgenden Ausführungen: „Das würde dem in Art. 74 Abs. 4 BV konkretisierten Nebeneinander von Volksgesetzgebung und parlamentarischer Gesetzgebung Rechnung tragen, bei dem die Volksgesetzgebung eine „punktuelle Kontroll- und Oppositionsfunktion ... hat. Es entspräche auch der besonderen Bedeutung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG). Zugleich wäre sichergestellt, dass eine relevante Gegenposition zu der Gesetzesvorlage aus dem Volk angemessen zu Wort kommen kann. Sofern die Gesetzesvorlage ausnahmsweise den politischen Absichten aller im Landtag vertretenen Parteien entsprechen sollte, kann das im Übrigen zur Erledigung führen (Art. 66 Abs. 2 LWG.“

Entscheidung des Gesetzgebers oder der Träger des Rundfunks, ein Konzept zu entwickeln²³⁵.

Dies bedeutet aber, dass bei einem Schweigen des vorrangig zuständigen Gesetzgebers dem jeweiligen Träger von Rundfunk (Bayerische Landeszentrale für neue Medien bzw. Bayerischer Rundfunk, Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV/Art. 2 Abs. 1 BayMG bzw. Art. 2 BayRG) die Aufgabe auferlegt ist, ein Modell zu entwickeln, das den vom Verfassungsgerichtshof dargelegten Grundsätzen entspricht. Die Landeszentrale ist diesem Auftrag durch Erlass ihrer Satzung über die Werbung aus Anlass von Volksbegehren und Volksentscheid vom 8. Mai 2008 (VVS)²³⁶ nachgekommen. Als rechtliche Grundlage führt die Satzung eingangs Art. 25 Abs. 13 BayMG an (der gleichfalls genannte Art. 5 Abs. 5 Satz 5 BayMG betrifft nur die in Art. 8 VVS vorgenommene Änderung der Wahlwerbesatzung vom 4. Februar 1999²³⁷). Auch wenn Art. 25 Abs. 13 BayMG vorrangig inhaltliche Rundfunkangebote betrifft, so spricht doch nichts dagegen, auch eine Satzung über die Werbung aus Anlass von Volksbegehren und Volksentscheid darauf zu stützen, wenn richtigerweise auch Werbung als Teil des Gesamtprogramms gesehen (siehe dazu unter Teil IX) und die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs im konkreten Fall als verbindliche Richtschnur für die Interpretation von Art. 25 Abs. 13 BayMG herangezogen wird.

Da ein Volksbegehren zulassungspflichtig ist (vgl. dazu Art. 63, 64 LWG; Art. 67 BV in Verbindung mit Art. 64 LWG) und diese Zulassung im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit des Volksbegehrens erfolgt, kann Werbung nur für Volksbegehren stattfinden, die mit der Verfassung im Einklang stehen.

²³⁵ So wörtlich VerfGH., ebd., S. 147.

²³⁶ Vom 8. Mai 2008, StAnz Nr. 20, abgedruckt in *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, BayMG, Bd. 2, unter 3.2.10

²³⁷ StAnz Nr. 20, abgedruckt bei *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, ebd., unter 3.2.3.

All diese Ausführungen beziehen sich nur auf die Berechtigung von Veranstaltern von Rundfunk, politische Werbung anlässlich von zugelassenen Volksbegehren und Volksentscheiden in das Programm aufzunehmen; eine Verpflichtung der Veranstalter hierzu besteht jedenfalls nicht, so dass die weitergehenden Rügen über verfassungswidriges Schweigen des Gesetzes über eine Berechtigung des Beauftragten des Volksbegehrens, im Rahmen des auch bei Wahlen üblichen Umfangs Werbung für zugelassene Volksbegehren und Volksentscheide im Rundfunk einbringen und im Rundfunk Sendezeit in Anspruch nehmen zu können, vom Verfassungsgerichtshof verworfen wurden.

Teil XI:

Der entgeltfreie Kanal

1. Hintergrund

Im 6. Abschnitt des Bayerischen Mediengesetzes über Kabelanlagen sind unterschiedliche Rechte und Pflichten der Betreiber von Kabelanlagen aufgeführt; hierzu gehören Anzeigeverpflichtungen oder die Verpflichtung, eine Genehmigung bei der Weiterverbreitung bestimmter Rundfunkprogramme einzuholen. Auch die Pflicht zur Einhaltung der Vorschriften über die Kanalbelegung in Breitbandkabelnetzen ist zu nennen; hier ist zwischen Pflichtprogrammen und solchen, die der Betreiber der Kabelanlage unter Beachtung der in Art. 36 Satz 2 Nr. 1 bis 3 genannten Kriterien, im Übrigen nach freier Wahl einspeist, zu unterscheiden. Im Analysezeitraum ist eine relativ unscheinbare Verpflichtung zum Gegenstand der Entscheidung von Verwaltungsgerichten bis hin zum Bundesverwaltungsgericht geworden, nämlich die in Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG normierte Verpflichtung des Betreibers einer Kabelanlage mit einer Kapazität von mehr als 15 Kanälen, an die mehr als 5000 Wohneinheiten angeschlossen sind, auf Anforderung der Landeszentrale einen Fernsehkanal unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Satz 3 der Vorschrift regelt die Pflicht zur unentgeltlichen Bereitstellung eines Hörfunkkanals bei Kabelanlagen mit mindestens 20 Hörfunkkanälen, an die mehr als 50.000 Wohneinheiten angeschlossen sind. Die Vorschrift war vor der zu besprechenden Entscheidungskette noch nicht Gegenstand von Streitigkeiten. Als bedeutungsvoll hat sich vor allem Art. 33 Abs. 2 Satz 4 BayMG herausgestellt, wonach unentgeltliche Kanäle vorrangig für Angebote nach Art. 3 Abs. 5 Satz 2 BayMG (Aus- und Fortbildungskanäle) sowie für lokale oder regionale Angebote zu nutzen sind.

2. Die einschlägige Entscheidungskette zur Anforderung unentgeltlicher Fernsehkanäle

Am 28. Januar 2000 forderte die Landeszentrale von der Deutschen Telekom AG als damaliger Kabelnetzbetreiberin gemäß Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG in jedem Kabelnetz der Telekom in Bayern mit mehr als 5000 angeschlossenen Wohneinheiten einen entgeltfreien Fernsehkanal; die Telekom legte dagegen Widerspruch ein. Am 7. September 2001 forderte die Landeszentrale die Kabel Bayern als Rechtsnachfolgerin der Telekom und nunmehr zuständige Betreiberin auf, die einschlägigen Fernsehkanäle gemäß einer in der Anlage 1 des Bescheids aufgeführten Liste unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Die Landeszentrale begründete diese Anforderung mit Art. 16 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 BayMG. Die Kabel Bayern erhob dagegen ebenfalls Widerspruch. Die Argumentation bezog sich zum einen auf die fehlende Kompetenz des Landes zum Erlass von Art. 33 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 BayMG; die Unentgeltlichkeit der Inanspruchnahme widerspreche zum anderen dem bundesgesetzlichen Entgeltmaßstab für Telekommunikationsdienstleistungen, der keine unentgeltlichen Leistungen vorsehe. Weiterhin werde der Gleichheitssatz verletzt, da sich die Vorschriften nur auf Kabelnetzbetreiber, nicht auf Betreiber von terrestrischen Sendeanlagen und von Satellitensystemen beziehe. Verletzt seien weiterhin Berufsfreiheit und Eigentumsrecht der Kabelanlagenbetreiber. Weitere Einwendungen bezogen sich auf eine angeblich fehlerhafte Rechtsanwendung, wobei es insbesondere als unzulässig angesehen wurde, dass die Kabel Bayern rückwirkend zur Bereitstellung von Fernsehkanälen verpflichtet worden sei.

Am 12. Dezember 2002 wies die Landeszentrale den Widerspruch als unbegründet zurück. Ein Konflikt liege weder mit der Telekommunikationskompetenz des Bundes noch mit dem Telekommunikationsgesetz vor; Art. 33 Abs. 2 BayMG enthalte darüber hinaus eine verfassungsrechtlich zulässige Berufsausübungsregelung. Art. 14 Abs. 1 GG als Eigentumsgrundrecht sei von der Regelung nicht tangiert, da nur Umsatz- und Gewinnchancen betroffen seien. Auch der Gleichheitssatz sei nicht

verletzt, da für die differenzierenden Regelungen des Gesetzgebers Sachgründe vorlägen. Weder terrestrische Verbreitung noch die per Satellit könnten mit der über Kabelanlagen verglichen werden.

Mit Urteil vom 17. Februar 2005 hob das Verwaltungsgericht Ansbach auf Anfechtungsklage der Kabel Bayern den angegriffenen Bescheid der Landeszentrale in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 12. Dezember 2002 insoweit auf, als damit der Klägerin auferlegt wurde, vor dem 10. September 2001 (Datum der Zustellung des Ausgangsbescheids) unentgeltlich Fernsehkanäle zur Verfügung zu stellen; im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. Auf die zugelassene Berufung der klagenden Kabel Bayern hin wurde in Abänderung des Urteils der Vorinstanz der Bescheid der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. Dezember 2002 insgesamt aufgehoben. Trotz dieses für die Landeszentrale negativ erscheinenden Ergebnisses wurden Rechtsgrundlage und Vorgehensweise von den Gerichten nicht beanstandet mit der einen Ausnahme, dass der Heranziehungsbescheid nicht ausreichend darauf geachtet hatte, die in Art. 33 Abs. 2 Satz 4 BayMG vorgesehene Zweckbindung zugunsten von Aus- und Fortbildungskanälen sowie für lokale oder regionale Angebote strikt einzuhalten.

Dabei hat es der Verwaltungsgerichtshof zu Recht abgelehnt, die gesetzlich normierte Verpflichtung von Kabelanlagenbetreibern zur unentgeltlichen Stellung von Übertragungskapazitäten in irgendeiner Form der Telekommunikation zuzurechnen, sei es zu der hierfür bestehenden ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis des Bundes (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG), sei es zu dem Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzurechnenden Telekommunikations-Wirtschaftsrecht. Die in Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG verwendeten technischen Begriffe der Kabelanlage und des Kabelkanals können nicht den Zugang zur Telekommunikationskompetenz des Bundes vermitteln; die kompetenzielle Zuordnung richtet sich vielmehr nach

dem Gegenstand des Gesetzes²³⁸. Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG hat nicht die technischen Elemente des Übertragungsvorgangs zum Gegenstand (Netzkonfiguration, Frequenzuteilung), sondern legt den Betreibern von Kabelanlagen Lasten im Interesse der Einspeisung rundfunkrechtlich zu begünstigender Angebote auf. Somit ist eine programmbezogene und damit rundfunkrechtliche Regelung gegeben, die in den Kompetenzbereich der Länder fällt. Auch die Unentgeltlichkeit der Abgabe des Kabelkanals stellt keine telekommunikative Regelung dar, die etwa aus wettbewerblicher Sicht zur Verhinderung von Machtmissbrauch marktmächtiger Unternehmen erlassen worden wäre, sondern eine Klarstellung, dass für die Heranziehung von Kabelkanälen kein Ausgleichsanspruch und keine sonstige finanzielle Kompensation geleistet wird. Privatrechtliche Beziehungen zwischen Kabelanlagenbetreibern und ihren Nutzern sind davon nicht erfasst; es handelt sich um eine Verdeutlichung der entschädigungsrechtlichen Folgen der Heranziehung im Sinne von Art. 14 GG.

Dabei ist auch kein Grundrechtsverstoß seitens Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG ersichtlich. Der Gleichheitssatz wird im Verhältnis zu Satellitenbetrieb und terrestrischer Sendetechnik nicht verletzt, weil erstere für lokale und regionale Angebote regelmäßig keine Verwendung findet und die Inanspruchnahme terrestrischer Sendemöglichkeiten in analoger Technik eine sehr viel größere Belastung bedeutet hätte als die Inanspruchnahme eines Kabelkanals. Die zum Zeitpunkt des Erlasses des Urteils neu eingeführte digitale terrestrische Verbreitung (DVBT) von Fernsehprogrammen erzeugt nach Auffassung des Gerichts noch keinen Anspruch auf Nachbesserung des Gesetzes auf Grund des Gleichbehandlungsgebots (dies dürfte sich aber nach Ablauf von fünf Jahren seit Erlass der Entscheidung möglicherweise geändert haben). Das Gericht macht dies aber zu Recht von der Frage abhängig, ob die terrestrische Verbreitung über DVBT in technischer und wirtschaftlicher Sicht zur Verbreitung von Lokal- und

²³⁸ Vgl. dazu *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 70 Rdnr. 31 ff.

Regionalprogrammen in ähnlicher Weise geeignet ist wie das Kabel; es gesteht dem Gesetzgeber dabei einen Einschätzungsspielraum zu.

Im Zusammenhang mit der Würdigung des Eigentumsgrundrechts bejaht das Gericht die Einwirkung auf eigentumsfähige Rechtspositionen, geht also nicht davon aus, dass Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG nur zu einer Beschränkung wirtschaftlicher Entscheidungsmöglichkeiten führt. Vielmehr ist die Vorschrift durch Begrenzung privatautonomer und privatnütziger Verwendbarkeit einer eigentumskräftigen Rechtsposition als Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 zu werten. Es liegt jedoch nur eine sozialbindende Inhaltsbestimmung vor, die das Eigentumsgrundrecht zum Zwecke der Qualitäts- und Vielfaltssicherung ausgestaltet. Kompensatorische Maßnahmen musste der Gesetzgeber nicht vorsehen, weil sich die Eigentumsbeschränkung nicht als unverhältnismäßig darstellt. Die dem Gericht von den Kabelanlagenbetreibern genannte Summe von 500.000 Euro finanziellen Ausfalls per anno wird vom Gericht zwar für sich gesehen als wesentlich bewertet, nicht jedoch in dem für die Fallentscheidung maßgeblichen Gesamtverbund. Die danach notwendige wirtschaftliche Gesamtbetrachtung lasse die unentgeltliche Inanspruchnahme als hinnehmbar erscheinen, eine Aussage, der wahrscheinlich nicht jedermann, auch nicht jeder Wirtschaftstreibende, zustimmen wird.

Der Gerichtshof verdeutlicht aber diese Aussage im Nachhinein. Da diese Belastung nur Kabelanlagen mit einer Kapazität von mehr als 15 Kanälen betreffe, könne der Einnahmeausfall in keinem Fall mehr als ein Sechzehntel der Gesamterlöse betragen; gehe man davon aus, dass es vermöge der modernen Technik regelmäßig mehr als 30 Kanäle pro Kabelanlage sein werden, ist der Einnahmeausfall noch wesentlich geringer anzusetzen. Auch könne er auf die Endabnehmer abgewälzt werden; bei der unentgeltlichen Überlassung eines Fernsehkanals liegt darüber hinaus nur eine Nutzungsberechtigung, nicht eine vollständige und nichtumkehrbare Übertragung einer eigentumsähnlichen Verfügungsbefugnis vor. Schließlich sieht der Verwaltungsgerichtshof auch die Indienstrafe der Anlagenbetreiber nach Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG im Hinblick auf das

Grundrecht der Berufsfreiheit als unbedenklich an. Die Ziele im Aus- und Fortbildungsbereich sowie auf lokaler und regionaler Ebene, die damit angestrebt werden, seien so gewichtig, dass die vom Gesetzgeber gewählten Mittel nicht nur geeignet, sondern auch angemessen und zumutbar erscheinen.

Trotz der für die Landeszentrale so günstig erscheinenden Ausführungen des Urteils bis zu diesem Punkt²³⁹ musste sie eine Niederlage hinnehmen. Der Verwaltungsgerichtshof monierte einen über die Vorgabe in Art. 33 Abs. 2 Satz 4 BayMG hinausgehenden Eingriff, der als unverhältnismäßig anzusehen und deshalb rechtlich unzulässig gewesen sei. Die vom Verwaltungsgerichtshof zugrundegelegte Rechtsauffassung ist zwar nicht zu beanstanden. Es ist natürlich richtig, dass die Forderung nach einer unentgeltlichen Zurverfügungstellung eines Fernsehkanals durch den Kabelbetreiber nur durch zu dem in der genannten Vorschrift umrissenen Zwecken zulässig ist (Aus- und Fortbildungsangebote, lokale oder regionale Angebote). Das in der Vorschrift zu findende Adverb „vorrangig“ ist nur auf Aus- und Fortbildungsangebote zu beziehen, so dass als sonstige zulässige Angebote ausschließlich Lokal- oder Regionalangebote in Frage kommen. Auch wenn Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayMG von „einem“ Fernsehkanal spricht, so ist damit nur die Obergrenze genannt, die den zu Gunsten der im Gesetz genannten Zwecke gestatteten Eingriff begrenzt. Keineswegs ist damit gemeint, dass immer ein ganzer Kanal angefordert werden könne und müsse, wenn dies nach den gesetzlichen Zwecken nicht notwendig ist. Eine Heranziehung dieser Kanäle kann ausschließlich für die speziellen Programmangebote nach Art. 33 Abs. 2 Satz 4 BayMG erfolgen. Insoweit besteht Einverständnis mit der Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs.

Jedoch nimmt der Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung eine nicht unbedingt zwingende Position hinsichtlich der von der Anforderung eines entgeltfreien Kanals umfassten Werbemöglichkeiten ein. Der Gerichtshof

²³⁹ Umdruck S. 18.

sieht offenbar nur die „normalen Werbeinseln“ als mitefassen an. Dabei wird aber unberücksichtigt gelassen, dass § 46a RStV Werbeerleichterungen für lokale und regionale Programme gestattet und diese Ermächtigungen von Art. 8 Abs. 2 BayMG auch in bayerisches Landesrecht umgesetzt worden sind. Es ist deshalb durchaus naheliegend, auch diese erweiterten Werbemöglichkeiten (etwa mehrstündige Teleshoppingfenster) als Gegenstand einer unentgeltlichen Kanalanforderung zu betrachten, da diese eine wesentliche Finanzierungsmöglichkeit für die Betreiber von Lokal- und Regionalsendern darstellten. Zu sehen ist allerdings auch, dass auch Programmstrecken von lokalen und regionalen Anbietern an nationale Veranstalter ohne Kabelplatz gleichsam untervermietet wurden, was als Abart einer Zulieferung nach Art. 3 Abs. 4 BayMG interpretiert wurde. Aber auch hier darf der Finanzierungswert einer solchen Handlungsweise nicht ganz unterschätzt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof war demgegenüber sehr rigide. Da seiner Auffassung nach die Inanspruchnahme der Kanäle zeitlich nicht auf das für Nutzungen nach Art. 33 Abs. 2 Satz 4 BayMG zulässige Maß beschränkt wurde, sei die Anforderung der Landeszentrale rechtswidrig gewesen. Die Werbeerleichterungen nach Art. 8 Abs. 2 BayMG wurden in seine Betrachtungen nicht einbezogen. Es ist somit offen geblieben, bis zu welchem Punkt Werbung als Finanzierungsinstrument des lokalen/regionalen Rundfunks quasi untrennbarer Programmbestandteil der lokalen/regionalen Programme ist und ab welchem Punkt werbliche Drittsendungen, die Deckungsbeiträge zum Budget des lokalen/regionalen Anbieters erbringen, mit dem Gedanken des entgeltfreien Kanals nicht mehr vereinbar sind. Es war aber dies im Grunde die Hauptfrage des ganzen Verfahrens, die sicherlich nicht hätte offen gehalten werden dürfen.

Da im Urteil die Revision nicht zugelassen wurde, erhob die Landeszentrale Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesverwaltungsgericht, die

allerdings zurückgewiesen wurde²⁴⁰. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte den Zulassungsgrund einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Die Rechtssache warf nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts keine Frage des revisiblen Rechts auf, die im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts revisionsgerichtlicher Klärung bedurft hätte. Das von der Landeszentrale angesprochene Problem, ob nicht auch eine Teilaufhebung des von der Kabel Bayern angefochtenen Anforderungsakts möglich gewesen wäre, beantwortet das Bundesverwaltungsgericht unumwunden mit ja. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO sieht für den Fall der Anfechtungsklage eine Aufhebung des umstrittenen Verwaltungsakts und des etwaigen Widerspruchsbescheids insoweit vor, als der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Diese danach mögliche und gebotene (Teil-)Aufhebung eines Verwaltungsakts kommt auch bei Verletzung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit durch den angefochtenen Verwaltungsakt zum Zuge. Eine Ausnahme ist allerdings dann gegeben, wenn die rechtlich nicht zu beanstandenden Teile des Verwaltungsakts in einem so engen Zusammenhang mit den rechtlich mangelhaften stehen, dass nur eine einheitliche Aufhebung möglich ist. Dies ist aber je nach Grunde liegender Sachlage zu entscheiden. Eine solche teilweise Aufhebung kann auch im Fall eines Ermessensaktes stattfinden. Damit befand sich das Gericht sicherlich auf dem gesicherten Boden allgemein anerkannter verwaltungsrechtlicher Prinzipien.

Die zweite Revisionsrüge der Landeszentrale bezog sich auf einen Verfahrensmangel (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Für eine ausreichende Bezeichnung des Verfahrensmangels verlangt das Gericht eine substantiierte Darlegung sowohl in den ihn begründenden Tatsachen als auch in der rechtlichen Würdigung. Die Einwendung der Landeszentrale, das Gericht habe den Untersuchungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO verletzt, weil es nicht aufgeklärt habe, in welchem Umfang die in

²⁴⁰ Beschluss vom 30. Mai 2006, BVerwG 6 B 28.06.

Anspruch genommenen Kanäle den in Art. 33 Abs. 2 Satz 4 BayMG genannten Zwecken gedient hätten, weist das Gericht zurück. Der Verwaltungsgerichtshof habe vielmehr eine teilweise Aufhebung erwogen, sie aber als nicht in Betracht kommend zurückgewiesen. Es fehlte an Anhaltspunkten, dass sich einzelne der begünstigten Programme mit einem Angebot zufrieden gegeben hätten, das der Zweckbindung nach Art. 33 Abs. 2 Satz 4 BayMG gänzlich entsprach. Das Bundesverwaltungsgericht sieht die Verfahrensrüge schon deshalb nicht als ausreichend begründet an, weil die Landeszentrale in ihrer Beschwerdebegründung nicht substantiiert dargelegt hat, dass man bei einer weiteren Aufklärung zumindest auf ein Programm gestoßen wäre, das den gesetzlichen Vorgaben gänzlich entsprochen hätte. Diese Argumentation erscheint durchaus nachvollziehbar.

Das Gericht kann in der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs auch keinen Verstoß gegen die Hinweispflicht nach § 86 Abs. 3 VwGO erkennen. Die Hinweispflicht verlangt nicht, dass das Gericht vorab den Parteien seine Rechtsauffassung oder seine rechtliche Würdigung mitteilt; dies würde die abschließende Beratung präjudizieren. Das Gericht war also nicht gehalten, die Landeszentrale darauf hinzuweisen, dass die Rechtswidrigkeit ihres Bescheides in einer übermäßigen, vom Gesetzeszweck nicht gedeckten Inanspruchnahme der unentgeltlichen Kanäle bestehen könne. Es lag auch keine unzulässige Überraschungsentscheidung vor, weil in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof auch auf die Frage eingegangen wurde, ob die begünstigten Programme die ihnen zugewiesenen Übertragungsmöglichkeiten ausschließlich für Aus- und Fortbildungsangebote nutzen.

Teil XII:

„extra radio“ – Neue Staffel

1. „extra radio“ – Eine unendliche Geschichte?

Wer sich mit der Entwicklung des bayerischen Medienrechts seit der Etablierung des von der Landeszentrale getragenen und verantworteten Rundfunks beschäftigt, kommt an „extra radio“ nicht vorbei. Die Entscheidungsserie vor bayerischen Gerichten, einschließlich Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof, interessiert heute weniger als der Schlusspunkt, die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung²⁴¹. Der Versuch der Landeszentrale, den Vorgaben des Bayerischen Mediengesetzes am Einfrequenz-Standort Hof zur Durchsetzung zu verhelfen und das dort praktizierte „harte“ Frequenzsplitting durch ein von einer Anbiertergemeinschaft oder -gesellschaft gestaltetes Gesamtprogramm zu ersetzen, um dem Lokalfunk eine ausreichende wirtschaftliche Basis zu vermitteln, schlug infolge der erbitterten Gegenwehr des um seine Selbstständigkeit fürchtenden Lokalsenders „extra radio“, fehl. Das Bundesverfassungsgericht selbst sprang dem Anbieter bei, indem es auch für Bayern die Anbieter als die eigentlichen Programmveranstalter ansah. Es sprach ihnen demgemäß rundfunkgrundrechtlichen Schutz zu, gerade auch im Auswahlverfahren bei der Organisation neuer Rundfunkprogramme.

Auch bei der nunmehr zu besprechenden neuen Staffel von Prozessen zwischen der Landeszentrale und dem Lokalsender „extra radio“ sind die Fronten im Wesentlichen dieselben geblieben. Zurzeit der Prozessfolge sendete „extra radio“ nach wie vor im harten Frequenzsplitting neben seinem Konkurrenten Neue Welle Antenne Hof (früher: Radio Euroherz)

²⁴¹ BVerfGE 97, 298 (312 ff.); zum Ganzen auch *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, 2002, S. 109 ff.

auf derselben Frequenz 88,0 MHz in zum Teil stundenweiser Trennung, wobei der Hauptanteil der Sendezeit bei Neue Welle Antenne Hof lag, was allerdings durch die Wertigkeit der „extra radio“ zugestandenen Sendestunden teilweise wieder ausgeglichen wurde.

2. Erstinstanzliche und Beschwerdeentscheidungen

Der Rechtsstreit reicht bis ins Jahr 1996 zurück, als die Landeszentrale Anträge von „extra radio“ auf Erteilung einer Sendelizenz für die Jahre 1996 bis 2004 im Umfang der Hälfte der Gesamtsendezeit, hilfsweise in bisherigem Umfang (vier Stunden) ablehnte, weil „extra radio“ keine Anbietergemeinschaft mit Neue Welle Antenne Hof eingehen wollte. Das Verwaltungsgericht Bayreuth erließ auf Klage von „extra radio“ im Jahr 1997 ein Verbescheidungsurteil²⁴², in dem es einen Anspruch von „extra radio“ bejahte, als selbstständiger Programmanbieter auf der Frequenz 88,0 MHz senden zu können, ohne in eine Anbietergemeinschaft mit Neue Welle Antenne Hof eintreten zu müssen. Da der Landeszentrale bei der Vergabe von Sendezeit Ermessen zustehe, sah sich das Gericht außerstande, die Landeszentrale zu konkreten Handlungen zu verpflichten. Es hielt das bisherige Frequenzsplitting aber ebenso für weiterhin zulässig, wie die damit zusammenhängende Verteilung von Sendezeit. Das Verwaltungsgericht Bayreuth behandelte einen im Jahr 2002 gestellten Antrag nach § 123 VwGO auf Zurverfügungstellung weiterer Sendezeit durch die Landeszentrale zwar als zulässig, jedoch nicht als begründet. Es lehnte einen Anordnungsanspruch ab. Das Gericht bezog sich dabei auf die „extra radio“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁴³ und die diese aufnehmende Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs²⁴⁴. Damit sei geklärt, dass auch die Rundfunkanbieter

²⁴² Urteil vom 12. November 1997 – B 6 K 96.317.

²⁴³ BVerfGE 97, 298 (312 ff.).

²⁴⁴ Urteil vom 26. Oktober 2001 – Vf. 69-VI-90.

ter bayerischen Rechts Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit seien. Die Landeszentrale wird aber nach wie vor als letztverantwortliche Trägerin des Rundfunks im Sinne des Bayerischen Mediengesetzes und Trägerin des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BV bezeichnet. Daraus folgt für das Gericht, dass die Landeszentrale im Rahmen ihrer verfassungs- und gesetzmäßig ausgeübten Kompetenzen bei der Organisation privater Rundfunkprogramme einen weiten Ermessensspielraum besitze, der nur durch das Rundfunkgrundrecht der Anbieter und das Willkürverbot begrenzt werde (die Verhältnismäßigkeit wird nicht genannt, ergibt sich aber der Sache nach aus der wechselseitigen Zuordnung von Rundfunkgrundrecht der Landeszentrale einerseits, Anbietergrundrecht andererseits). Das Gericht zitiert anschließend wörtlich die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 26. Februar 1997²⁴⁵, einem vor der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangenen Beschluss, der der Landeszentrale einen weiten Ermessensspielraum zuerkennt, dessen Grenzen erst dann überschritten sind, wenn ein Anbieter in unverhältnismäßiger Weise benachteiligt ist. Eine solche rechtswidrige Benachteiligung vermag die Kammer aber in der bisherigen Sendezeitausstattung der Antragstellerin nicht zu erkennen. Der Satz, es spreche viel dafür, es bei den bisherigen Sendezeiten zu belassen und der mehrfache Hinweis auf die Ermessensfehlerfreiheit der Erwägungen der Landeszentrale wirkt als Bestätigung der Entscheidungen der Letzteren, auch wenn das Gericht feststellt, dass die Landeszentrale nicht gehindert gewesen sei, der Antragstellerin auch mehr oder bessere Sendezeiten zuzubilligen. Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit der Antragstellerin sei jedenfalls nicht verletzt, so dass schon ein Anordnungsanspruch zu verneinen sei.

²⁴⁵ Az. 7 B 93.2122.

Der Verwaltungsgerichtshof bestätigte in seiner Beschwerdeentscheidung vom 4. Juni 2002²⁴⁶ vollinhaltlich²⁴⁷ den weiten Ermessensspielraum der Landeszentrale, wobei allerdings Willkürverbot und Verhältnismäßigkeit einzuhalten seien. Die Notwendigkeit ihrer Beachtung betont auch die „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und die ihr folgende Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs; die gegebenenfalls entgegengesetzten Grundrechtspositionen sind im Wege wechselseitigen Ausgleichs (praktische Konkordanz) auszugleichen. Der Verwaltungsgerichtshof sieht hier keinen Fehler der Vorinstanz.

Die Beschwerdeentscheidung war aber nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs primär schon unzulässig, da durch den Rechtsvertreter der Antragstellerin ein konkreter Antrag nicht fristgerecht gestellt worden war. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 16 Abs. 1 VwGO kam nicht in Betracht, weil seitens der Antragstellerin nicht nachzuweisen war, dass ihr Prozessbevollmächtigter ohne Verschulden an der rechtzeitigen Stellung seines Antrags gehindert war. Es lag vielmehr ein dem Prozessbevollmächtigten zuzurechnendes schuldhaftes Versäumnis darin, dass er sich auf die bejahende Antwort einer Mitarbeiterin zu der Frage verließ, ob ein Antrag bereits gestellt worden sei und nicht selbst durch Beiziehung von Prozessakte oder vorausgehendem Schriftsatz vom Vorhandensein eines hinreichenden Antrages überzeugte.

Die Hauptsacheentscheidung erster Instanz²⁴⁸ hob allerdings den Bescheid der Landeszentrale vom 8. September 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7. Mai 2005 auf und verpflichtete sie, „extra radio“ zusätzlich zu den eingeräumten Sendestunden auf der UKW-Frequenz 88,0 MHz mit den zugeordneten Füllsenderfrequenzen weitere Sendezeit zur Verfügung zu stellen. Das Gericht legt dar, dass das publizistische Gewicht der beiden konkurrierenden Sender „extra radio“ und

²⁴⁶ 7 CE 02.899.

²⁴⁷ Vgl. Umdruck S. 9.

²⁴⁸ VG Bayreuth, Urteil vom 19. Juni 2006, B 3 K 05.513.

Neue Welle Antenne Hof in etwa gleich sei; wenn bei Neue Welle Antenne Hof die redaktionelle Umsetzung der Berichterstattung aufwendiger und professioneller stattfinde, so sende „extra radio“ mit einfacheren Mitteln ein Programm, das durch ausgeprägte Lokalität und Hörernähe überzeuge. Nach Auffassung der Kammer müsste also der Klägerin und der Beklagten eine etwa gleiche Sendezeit zustehen. Da im letzten Genehmigungsbescheid der Klägerin nur sechs Stunden Sendezeit (von 12 Uhr bis 18 Uhr) genehmigt wurden, was lediglich eine Erhöhung der Sendezeit um zwei Stunden bedeute, liege Ermessensfehlerhaftigkeit vor. Die von der Landeszentrale vorgetragenen Argumente für ihre Entscheidung („Gründe der Programmkontinuität“, „Sicherstellung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Angebote“, „wirtschaftlich notwendige organisatorische und wirtschaftliche Verbindung der Jugendfrequenz 94,0 MHz zu dem Hauptangebot auf der UKW-Frequenz 88,0 MHz“) können das Gericht nicht überzeugen. Das Gericht rügt in diesem Zusammenhang vor allem die Argumentation der Landeszentrale, wonach „extra radio“ nicht bereit sei, mit Neue Welle Antenne Hof in einer Anbietergemeinschaft zusammen zu arbeiten. Dies wird insbesondere vom Gericht als nicht sachgerecht angesehen, da zwischenzeitlich gerichtlich geklärt sei, dass die Verpflichtung, eine Anbietergemeinschaft einzugehen, bei Anbietern entfalle, die sich in der Vergangenheit wie „extra radio“ bereits bewährt hätten²⁴⁹. Die Argumentation mit der Programmkontinuität wird von der Kammer – wohl nicht zu Unrecht –, deshalb verworfen, weil dies mit der Tatsache einer Neuausschreibung nicht in Einklang zu bringen sei. Das Gericht schließt mit der Forderung nach einer „gleichwertigen Aufteilung der Sendezeiten“, wobei es an dieser Stelle einräumt, dass von dieser Aufteilung im Hinblick auf die Verbindung mit der Jugendfrequenz 94,0 MHz gewisse Abstriche gemacht werden dürften²⁵⁰. Die derzeitige Auftei-

²⁴⁹ Die Kammer nennt in diesem Zusammenhang das VG Bayreuth, Urteil vom 12.11.1997, B 6 K 96.317; weiterhin den BayVGh, ZUM 1990, S. 983, sowie den BayVerfGH, BayVBl. 2002, S. 365.

²⁵⁰ Umdruck S. 17.

lung der Sendezeit entspreche aber weder dem Grundsatz der Ausgewogenheit noch dem der praktischen Konkordanz im Hinblick auf die rundfunkgrundrechtlichen Positionen der beiden Konkurrenten. Keine Gnade fand auch vor den Augen des Verwaltungsgerichts das Argument der Landeszentrale von der „Sicherstellung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Angebote“, da auch die Landeszentrale anerkannt habe, dass „extra radio“ die Anforderungen im Hinblick auf die organisatorische und finanzielle Ausstattung erfülle.

3. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Der Verwaltungsgerichtshof ließ mit Beschluss vom 23. März 2007 die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Bayreuth zu; einen vom Verwaltungsgerichtshof am 24. Oktober 2007 erlassenen Vergleichsbeschluss²⁵¹, mit dem die Erhöhung der Sendezeit von „extra radio“ um zwei Stunden täglich vorgeschlagen wurde, lehnten sowohl die beigeladene Neue Welle Antenne Hof als auch die Landeszentrale ab; „extra radio“ äußerte sich hierzu zunächst nicht.

Am 11. Januar 2008 beantragte „extra radio“, unter Abänderung des ursprünglichen Klageantrags, im Wege des Eilverfahrens die Landeszentrale zu verpflichten, ihr für alle am 30. Januar 2004 ausgeschriebenen Frequenzen die Sendegenehmigung zu erteilen. Sie wolle nur mehr eine vollständige Lizenzerteilung, wie sie in der Ausschreibung vorgesehen sei, nicht eine Hilfsentscheidung über ein Mehr an Sendestunden. Diese Antragserweiterung solle auch als neuer Eilantrag verstanden werden. In der derzeitigen beschränkten Sendezeit könne sie ihre Meinungs- und Rundfunkfreiheit kaum realisieren, weil abzüglich der üblichen und erwarteten Musikbeiträge nur sehr wenige Wortbeiträge untergebracht werden könnten. Die momentane Begrenzung der Sendezeit verhindere auch

²⁵¹ 7 B 06.2960.

eine wirtschaftliche Arbeitsweise. Sie sei auch permanent der Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs ausgesetzt.

Das Gericht lehnte den Antrag ab²⁵² und bezweifelte bereits, ob der Eilantrag von „extra radio“ zulässig sei; er sei jedenfalls unbegründet. Insbesondere zweifelte das Gericht sehr stark an der Eilbedürftigkeit des Antrags; die Antragstellerin hatte schon zuvor mehrmals Eilanträge gestellt und wieder zurückgenommen, was zu Recht als Indiz gewertet wurde, dass möglicherweise eine besondere Dringlichkeit nicht bestand. Im streitgegenständlichen Eilverfahren hatte sie dann überraschenderweise den bisherigen Antrag dahingehend umgestellt, dass es nicht mehr um eine Erhöhung der Sendezeit auf der Frequenz 88,0 MHz gehe, sondern um eine uneingeschränkte Zuweisung aller ausgeschriebenen Frequenzen (88,0 MHz, 94,0 MHz und 97,3 MHz samt jeweiligen Füllsenderfrequenzen). Der Verwaltungsgerichtshof konnte nicht erkennen, dass eine besondere Dringlichkeit gerade dafür bestehen sollte, dass nach jahrelangen gerichtlichen Auseinandersetzungen das ursprüngliche Rechtsschutzziel (Erhöhung der Sendezeit) nicht mehr existieren und eine uneingeschränkte Zuteilung von Sendezeit sofort erforderlich sein sollte. Die Landeszentrale hat im Hauptsacheverfahren der Klageänderung gemäß § 91 Abs. 1 VwGO auch widersprochen. Der Verwaltungsgerichtshof prognostizierte, dass diese Klageänderung auch nicht als sachdienlich erachtet werden könne. Eine Sachdienlichkeit der Klage liege deshalb nicht vor, weil die geänderte Klage unzulässig sei; „extra radio“ habe den Klagegegenstand vor dem Verwaltungsgericht Bayreuth auf Sendezeiten auf der Frequenz 88,0 MHz eingeengt. Das Verwaltungsgericht Bayreuth hat sein Verpflichtungsurteil ebenfalls ausschließlich auf die Frequenz 88,0 MHz mit zugeordneten Füllsendefrequenzen beschränkt.

Das Gericht weist schließlich noch zu Recht darauf hin, dass es im Streitfall um eine Ermessensentscheidung der Landeszentrale gehe, und dass das Gericht das begehrte Recht nur dann selbst gewähren könne, wenn

²⁵² Beschluss vom 30. Mai 2008, 7 AE 08.375.

es zur Erreichung des Zweckes dringend erforderlich ist. Das sei aber hier nicht der Fall.

Die Berufungsentscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs²⁵³ führte zur Aufhebung des Urteils der Vorinstanz (Verwaltungsgericht Bayreuth) und zur Abweisung der Klage.

Das Gericht geht zunächst zu Gunsten von „extra radio“ davon aus, dass die Erklärung vom 11. Januar 2008 (Klageänderung) den ursprünglichen Antrag auf Erhöhung der Sendezeiten nicht zurück nehmen, sondern hilfsweise aufrecht erhalten wollte. Sodann legt das Gericht systematisch richtig zunächst dar, dass beide Kontrahenten (Neue Welle Antenne Hof und „extra radio“) die medienrechtlichen Voraussetzungen für eine Zulassung in finanzieller, organisatorischer, personeller und technischer Hinsicht erfüllten. Eine Differenzierung ist hier noch nicht notwendig; es geht allein um die Erfüllung zwingender Voraussetzungen nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 BayMG. Qualitative Gesichtspunkte sind erst bei der bei echtem Frequenzsplitting vorzunehmenden Verteilung von Sendezeiten unter mehreren zuzulassenden Anbietern von Bedeutung.

Auch diese Entscheidung betont den Ermessens- und Gestaltungsspielraum der Landeszentrale bei der Organisation von Rundfunk auf einer Frequenz²⁵⁴; dieser Gestaltungsspielraum wird zu Recht als von werten- und prognostischen Elementen geprägt angesehen. Das Gericht rekurriert allerdings deutlicher als die Vorinstanz auf die „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁵⁵ und die wenig einsichtige Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 30. Mai 2005²⁵⁶. Der Landeszentrale wird dabei ins Stammbuch geschrieben, dass die Beachtung der rundfunkgrundrechtlichen Rechtsposition der

²⁵³ Urteil vom 30. November 2009, 7 B 06.2960.

²⁵⁴ Umdruck S. 12 ff.

²⁵⁵ BVerfGE 97, 298 (312 ff.).

²⁵⁶ VerfGH 58, 137 (144) = BayVBl. 2005, S. 689; vgl. dazu ausführlich unter I. Abschnitt, Teil I.

Anbieter im Zulassungsverfahren nicht nur die Beachtung des Gleichheitssatzes und des darin beheimateten Willkürverbots impliziert, sondern auch verlangt, dass die Landeszentrale den Anspruch der Anbieter, eigenverantwortlich am publizistischen Wettbewerb teilnehmen zu können, angemessen berücksichtigt. Auch die Existenzsicherung der Bewerber ist von Bedeutung, wobei aber wirtschaftliche Entwicklungen in einen größeren Prognosespielraum eingebunden sind als andere Sachgesichtspunkte.

Eine darauffolgende nähere Untersuchung der Sendezeitverteilung unter Einbeziehung der Wertigkeit der zugewiesenen Sendestunden (Werbepotential) ergibt, dass die Verteilungsentscheidung der Landeszentrale nicht ermessensfehlerhaft ist. Dies ist nicht zuletzt Folge des Umstands, dass Neue Welle Antenne Hof durch Werbeeinnahmen die ihr ebenfalls zugewiesene und allein nicht tragfähige Jugendfrequenz mitfinanzieren muss. Neue Welle Antenne Hof wird wirtschaftlich als leistungsfähiger angesehen, um einen Sendebetrieb auch bei wirtschaftlich schwierigeren Zeiten unter gleichbleibender Qualität aufrechterhalten zu können. Das Gericht sieht es zu Recht nicht als ermessensfehlerhaft an, dass zwischen Finanzkraft und Programmkontinuität im Sinne eines dauerhaft hochwertigen Programmangebots ein Junktim besteht.

Der Verwaltungsgerichtshof geht an dieser Stelle auch auf die früher so strittige Frage der Zusammenarbeit in einer Anbietergesellschaft ein. Die Bereitschaft zur Zusammenarbeit sei zwar grundsätzlich positiv zu würdigen (Art. 25 Abs. 4 Satz 2 BayMG, § 8 Abs. 2 Nr. 7 Hörfunksatzung), die Klägerin habe ihre Bereitschaft zur Zusammenarbeit aber nicht in jeder Hinsicht abgelehnt. Die Zusammenarbeit von Altanbietern auf einer Lokalrundfunkfrequenz dürfe nur gefordert werden, wenn dies entsprechend den Mindestanforderungen an die Programmqualität lokalen Hörfunks unabdingbar, oder es notwendig sei, um Rundfunk unter tragfähigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen überhaupt betreiben zu können. Der Verwaltungsgerichtshof betont aber auch, dass die fehlende Bereitschaft zur Zusammenarbeit nicht immer ein unzulässiger Gesichtspunkt sei;

nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dürfe er nur nicht von vorne herein zur Ablehnung des betreffenden Anbieters führen.

Abschließend betont der Verwaltungsgerichtshof die Unzulässigkeit der Klageänderung, soweit sie versuchte, auch die Zuteilung der Jugendfrequenzen in den Prozess einzuführen; es könne in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob überhaupt die volle Einbeziehung der Sendezeit auf der Frequenz 88,0 MHz vom ursprünglichen Klageantrag gedeckt sei. Die Klägerin habe ohnehin keinen Anspruch auf Zuteilung weiterer Sendezeiten.

4. Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juli 2010

Im Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juli 2010²⁵⁷ wurde über die von „extra radio“ eingelegte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 30. November 2009 entschieden. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Das Schwergewicht der Nichtzulassungsbeschwerde lag auf der Behauptung von Verfahrensmängeln, die aber vom Bundesverwaltungsgericht allesamt als nicht durchschlagend angesehen wurden. Die doppelt begründete Grundsatzrüge gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO blieb gleichfalls ohne Erfolg, weil die Klägerin zum Teil Rechtsfragen der Auslegung nicht revisiblen Rechts gerügt hatte oder, soweit sie auf Bundesverfassungsrecht rekurrierte, nicht ausreichend darlegte, gegen welche Norm der Bundesverfassung verstoßen wurde (in Betracht kommt nur Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und inwieweit sich bei der Auslegung der Verfassungsnorm Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen, die nicht schon aufgrund bisheriger oberstgerichtlicher Rechtsprechung geklärt sind. Es reicht nicht aus, dass eine Norm des Landesrechts als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen wird (hier Art. 25 Abs. 4 Satz 2, Art.

²⁵⁷ BVerwG 6 B 12.10.

26 Abs. 1 Nr. 3 BayMG). Die Klägerin hat keine Rüge dahingehend formuliert, inwieweit eine zutreffende (und bisher nicht gefundene) Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu einem anderen Ergebnis führen würde, als die vom Berufungsgericht gefundene Auslegung der genannten Normen.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht nur in Konsequenz der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts feststellt, dass sich die Programmanbieter nach bayerischem Landesmedienrecht auf die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG berufen können, sondern – im Judikat des Bundesverfassungsgerichts nicht so klar zum Ausdruck kommend²⁵⁸ – auch die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (das Bundesverwaltungsgericht schreibt irrtümlich „Bayerische Landesanstalt für Medien“). Man erinnere sich, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2005²⁵⁹ der Landeszentrale in merkwürdiger Aufspaltung der Grundrechtsgarantie (Bundes- und Landesgrundrechtsverbürgung schützen bei richtigem Verständnis dasselbe Grundrecht), den Rundfunkanbietern den Schutz der Bundesgarantie (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien aber nur

²⁵⁸ BVerfGE 97, 298 (314): „Dieser Grundrechtsbeachtungsanspruch steht den Bewerbern um eine Lizenz in Bayern auch gegenüber der BLM zu. Ungeachtet ihrer staatsfernen und pluralistischen Konstruktion tritt sie ihnen als Teil der öffentlichen Gewalt entgegen und ist jedenfalls insofern grundrechtsverpflichtet. Dass sie möglicherweise in ihrer Eigenschaft als rechtliche Trägerin der privaten Rundfunkangebote selbst den Schutz dieses Grundrechts genießt, steht dem nicht entgegen. Eine abschließende Klärung dieser Frage verlangt der Fall nicht. Denn selbst wenn der BLM auch im Verhältnis zu den privaten Rundfunkanbietern der Schutz der Rundfunkfreiheit zukäme, wäre sie nicht davon entbunden, den Grundrechtsschutz auf der Anbieterseite zu beachten. Insoweit gilt nichts anderes als sonst bei der Notwendigkeit eines Ausgleichs von Berechtigungen mehrerer Grundrechtsträger aus ein und demselben Grunde.“

²⁵⁹ Vgl. den Nachweis bei Fn32.

den Schutz aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BV zuerkennen wollte. Mittlerweile finden sich in der Judikatur aber auch Passagen, wo auch für die Bayerische Landeszentrale für neue Medien seitens des Verfassungsgerichtshofs Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als verfassungsrechtliche Quelle ihres Rundfunkgrundrechts genannt wird²⁶⁰.

²⁶⁰ Siehe dazu auch von Hutten, Rundfunkfreiheit und Programmfreiheit nach bayerischem Verfassungsrecht und Grundgesetz – das Ende des bayerischen Sonderwegs?, 2006, S. 144 ff.

Teil XIII:

Der Fall Anbieter X.

1. Allgemeines

Eine Kette von Entscheidungen der bayerischen Verwaltungsgerichte betrifft den Inhaber X. eines Lokalradiosenders im Raum München, den dieser auf einer Frequenz zusammen mit zwei anderen Anbietern im Wege des Frequenzsplittings betrieb. Die Sendegenehmigung von X. lief im Jahr 2000 aus. Dieses Auslaufen war von einer Reihe von Gerichtsentscheidungen begleitet, mit denen der Anbieter trotz erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten und sie begleitender Folgeumstände (Steuer- und Sozialabgabenrückstände, vollstreckungs- und strafrechtliche Vorkommnisse) versuchte, weiterhin auf Sendung zu bleiben. Dabei ist intervenierend auch ein verwaltungsgerichtliches Urteil zu nennen, das die Klage des Anbieters gegen eine gewerberechtliche Untersagung gemäß § 35 GewO abwies, sowie als Schlusspunkt eine Popularklageentscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahre 2003, mit der Rügen gegen den für die Verweigerung der Sendegenehmigung maßgeblichen Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Sätze 2 und 3 BayMG für unbegründet erklärt wurden.

2. Einzelne markante Gerichtsurteile zum Fall des Anbieters X.

a) Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 28. Februar 2000²⁶¹

Der Beschluss, der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erging, betraf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs von X. Dieser Widerspruch richtete sich gegen den Bescheid der Landeszentrale, mit dem einem bundesweiten Satellitenhör-funkkanal eine Münchner terrestrische UKW-Lokalfrequenz als Stützfrequenz zugewiesen wurde. Sogleich hatte X. nach § 123 VwGO im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt, die Landeszentrale solle den bundesweiten Hörfunksender auf der Münchner terrestrischen Lokalfrequenz 104,0 abschalten und nicht vor dem 30. November 2000 und vor einer Neuorganisation des Radiobetriebs auf neuen oder in Betrieb befindlichen terrestrischen UKW-Frequenzen in München senden lassen. X. argumentierte, er bewerbe sich seit 1983 um die Zuteilung einer eigenen 24-stündigen Münchner terrestrischen UKW-Frequenz. Seine Anträge seien immer abgelehnt worden mit der Begründung, weitere Frequenzen seien nicht vorhanden. Er sei durch die Entscheidung in seinem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt. Mit dem Antrag an das Verwaltungsgericht München strebte er an, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs betreffend die Münchner Frequenz wieder herzustellen.

Die Landeszentrale beantragte, seinen Antrag abzulehnen. Sie beabsichtige nicht, in München eine weitere Frequenz im lokalen Hörfunkbereich zu organisieren, so dass jede denkbare Rechtsbeeinträchtigung von X. ausscheide. Von der Vergabe der UKW-Frequenz 104,0 als Stützfrequenz werde er nicht betroffen, da ihm begrifflich nach § 17 der Hörfunksatzung eine solche nicht zugewiesen werden könne.

²⁶¹ M 3 E 99.4586.

Der Antrag wurde als zulässig und überwiegend auch als begründet angesehen. Dafür war aber die seinerzeitige Rechtslage ausschlaggebend, die eine absolute Priorität für lokale oder regionale Hörfunkprogramme im Fall verfügbarer Übertragungskapazitäten vorsah. Erst wenn Frequenzen nicht in Anspruch genommen wurden, waren sie für die Vergabe an bundesweit sendende Rundfunkunternehmen frei. Das Gericht bezog sich in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Fall „extra radio“²⁶² und wies die (frühere) Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs als mit dem Grundgesetz unvereinbar zurück, bei der Vergabe von Übertragungskapazitäten stehe der Landeszentrale nach Art. 111a BV Ermessen zu, das nur durch den Gleichheitssatz und das in ihm verankerte Willkürverbot begrenzt werde. Das Gericht beanstandete, dass die seinerzeitige gesetzliche Regelung in Art. 3 Abs. 5 BayMG keine Vorgaben enthielt, in welchem Anteilsverhältnis Frequenzen auch über den lokalen und regionalen Bereich hinaus vergeben werden konnten und welche Auswahlgrundsätze hier zu beachten waren. Es schloss daraus, dass eine Vergabe über lokale und regionale Anbieter hinaus nur zulässig war, wenn die eigentlichen Destinatäre erschöpft waren. Das Gericht hielt daher den Antrag auf eine einstweilige Anordnung für begründet, insoweit die Einbeziehung der Frequenz 104,0 München in das bereits angelaufene Neuordnungsverfahren beantragt war. Die Frequenz sei im Sinne der seinerzeitigen Regelung der Hörfunksetzung verfügbar.

Die Entscheidung ist in vielfacher Hinsicht überholt; zum einen sticht die seinerzeitige Betonung terrestrischer (analoger) Hörfrequenzen ins Auge, die heute nicht mehr aktuell ist. Zum anderen ist nicht verständlich, inwieweit das Gericht bei der Zuweisung von Stützfrequenzen an bundesweite Hörfunkprogramme bzw. an Satellitenhörfunkprogramme zwischen „eigenen“ und „fremden“ Programmen unterscheiden will und hier eine Wettbewerbssituation befürchtet. Die Landeszentrale konnte selbst-

²⁶² BVerfGE 97, 298 (313).

verständlich zu dieser Zeit (und im Bereich des Hörfunks noch heute) bundesweite Programme zulassen. Der beigeladene bundesweite Satellitenhörfunk war auch von der Landeszentrale zugelassen, so dass die vom Gericht angenommene „Wettbewerbssituation“ zwischen „eigenen“ und „fremden“ Programmen nicht entstehen kann.

b) Verwaltungsgericht München, Urteil vom 28. Mai 2001²⁶³

Die Entscheidung, die ebenfalls die oben genannte Stützfrequenz betraf, erging unter einer grundlegend geänderten Rechtslage. Am 1. August 2000 wurde durch das Gesetz zur Änderung des Bayerischen Rundfunkgesetzes und des Bayerischen Mediengesetzes vom 25. Juli 2000²⁶⁴ in Art. 3 Abs. 2 BayMG ein Satz 2 eingefügt, wonach die Landeszentrale drahtlose UKW-Hörfunkfrequenzen auch für die Verbreitung von Hörfunkprogrammen vorsehen kann, die zur landesweiten oder bundesweiten Verbreitung über Satellit oder in Breitbandkabelnetzen bestimmt sind. Satz 1 dieses Absatzes, wonach die der Landeszentrale zugeordneten drahtlosen UKW-Hörfunkfrequenzen für eine landesweite Hörfunksenderkette oder für lokale oder regionale Hörfunkprogramme genutzt werden, hat damit eine Ergänzung auf gleicher Ebene gefunden. Dies wird vom genannten Urteil auch erkannt, das sich für seine Auffassung auch auf die Amtliche Begründung der Gesetzesänderung²⁶⁵ beruft.

Anders als in der unter a) wiedergegebenen Entscheidung verlangt das Gericht jetzt auch nicht zusätzliche Maßgaben des Gesetzgebers; die Entscheidung, wie viele derartige Frequenzen im UKW-Bereich München als Stützfrequenzen zu vergeben seien, wird in das organisatorische Ermessen der Beklagten gestellt, das vom Gesetzgeber nicht mehr eingegrenzt werden könne. Für eine fehlerhafte, insbesondere willkürliche Ent-

²⁶³ M 29 K 00.5525, M 3 K 00.5525.

²⁶⁴ GVBl. S. 488.

²⁶⁵ LT-Drcks. 14/3326, S. 9.

scheidung seien bei der Zuweisung lediglich einer Frequenz als Stützfrequenz im Bereich München Anhaltspunkte nicht erkennbar. Der Anbieter X. habe kein Hörfunkprogramm betrieben, das landes- oder bundesweit über Satellit oder in Breitbandkabelnetzen hätte verbreitet werden sollen oder zur Verbreitung bestimmt gewesen wäre; auch eine diesbezügliche Absicht lag nicht vor. Damit habe er schon von vorne herein die Voraussetzungen für die Zuteilung einer Stützfrequenz nicht erfüllt. Die Vergabe der Stützfrequenz an ein drittes Unternehmen könne ihn damit nicht in seinen Rechten beeinträchtigen.

c) Verwaltungsgericht München, Urteil vom 20. November 2001²⁶⁶

Die nunmehr zu besprechende Entscheidung ist keine medienrechtliche im eigentlichen Sinn sondern eine gewerberechtliche; sie betrifft den Bescheid des Landratsamts München vom 24. November 1999, mit dem das Landratsamt dem Anbieter X. das Herstellen und Anbieten von Rundfunksendungen, das Herstellen von Werbespots und deren Erwerb (Akquisition) und deren Vermittlung, das Herstellen von sonstiger Werbung und deren Erwerb (Akquisition) und deren Vermittlung, ferner die Ausübung eines jeden anderen Gewerbes, sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person untersagte. Hintergrund der Gewerbeuntersagung waren vielfache Zahlungsrückstände aus schuldrechtlichen Verbindlichkeiten oder Sozialversicherungsbeiträgen, Strafbefehle wegen vollendeten oder versuchten Scheckbetrugs, fehlende Erklärungen über Einkommens- und Umsatzsteuer, zahlreiche Zwangsvollstreckungsanträge, wobei die Zahlungen erst geleistet wurden, als der Gerichtsvollzieher vor der Tür stand, Steuerrückstände sonstiger Art, Strafbefehle wegen Vorenthaltung von Arbeitsentgelt oder nicht fristgerechter Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen. Darauf stützte das

²⁶⁶ M 16 K 00.5591.

Landratsamt München seine Qualifizierung des Anbieters als unzuverlässig; die seit Ende August 1998 zu verfolgende Entwicklung seines steuer-, sozialversicherungs-, vollstreckungs- und strafrechtlichen Verhaltens zeige trotz zeitweiliger Verbesserung, dass es ihm an Willen und Fähigkeit mangle, sein Gewerbe einwandfrei zu führen. Die Unzuverlässigkeit wurde auch darin gesehen, dass der Kläger sich weigere, seinen Gläubigern Einblick in seine Vermögensverhältnisse zu gewähren, obwohl er dazu verpflichtet sei. Das Landratsamt war der Auffassung, die von ihm ins Feld geführten Tatsachen rechtfertigten die Prognose, dass der Anbieter für alle Gewerbe unzuverlässig sei. Auch der Verdacht der Hinterziehung von Einkommens-, Gewerbe- und Umsatzsteuer bestätigte sich. Zeitweise liefen bis zu 92 Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Anbieter. Im Jahr 2000 erging darüber hinaus ein Urteil des Amtsgerichts München wegen zweier sachlich zusammentreffender Fälle der Urkundenfälschung, jeweils in Tateinheit mit versuchtem Betrug, das auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten lautete, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Gegen den Untersagungsbescheid erhob der Anbieter am 15. Dezember 1999 Widerspruch, der mit Bescheid vom 16. Oktober 2000 von der Regierung von Oberbayern als unbegründet zurückgewiesen wurde. Die am 27. November 2000 erhobene Klage zum Verwaltungsgericht München wurde von diesem als unbegründet abgewiesen. Die Landeszentrale war zwar nicht gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 GewO zu der beabsichtigten Gewerbeuntersagung angehört worden, dieser Verfahrensmangel wurde jedoch nachträglich durch Schreiben des Landratsamts an die Landeszentrale vom 16. Oktober 2001 gemäß Art. 45 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 BayVwVfG geheilt.

In einem bemerkenswerten Abschnitt²⁶⁷ setzt sich das Verwaltungsgericht mit der Frage auseinander, ob § 35 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GewO überhaupt eine tragfähige Rechtsgrundlage für die Untersagung einer Rund-

²⁶⁷ S. 17 des Umdrucks.

funkanbieterstätigkeit ist. § 35 Abs. 8 GewO bestimmt nämlich, dass gegen Gewerbetreibende, die für ihre Tätigkeit einer Erlaubnis bedürfen, die im Falle der Unzuverlässigkeit entzogen werden kann, durch Rücknahme oder Widerruf der Erlaubnis einzuschreiten ist. § 35 GewO ist in seinen Absätzen 1 bis 7a dann nicht anzuwenden. Das Bayerische Mediengesetz enthält nun zwar seit der Bekanntmachung vom 26. Januar 1999²⁶⁸ eine Genehmigungspflicht für das Verbreiten von Rundfunkangeboten (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 BayMG). Art. 26 BayMG heutiger Fassung ermöglicht auch den Widerruf (von der Rücknahme ist nicht die Rede; hier kommt Art. 48 VwVfG in Betracht). Das Verwaltungsgericht weist aber zu Recht darauf hin, dass damit zwar wesentliche, aber wohl kaum alle Erscheinungsformen gewerblicher Unzuverlässigkeit erfasst werden (für mangelnde Rechtstreue auf dem Gebiet des Medienrechts und für die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit ist allerdings Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 BayMG einschlägig). Das Gericht wirft aber nunmehr die Frage auf, ob Art. 25 Abs. 1 Satz 1 BayMG (Verpflichtung zur Genehmigung der Verbreitung von Rundfunkangeboten) überhaupt rechtswirksam ist, da § 1 Abs. 1 GewO (Gewerbefreiheit) Einschränkungen nur insoweit zulässt, als sie sich aus der Gewerbeordnung selbst oder aus später erlassenen Bundesgesetzen ergeben (Prinzip der kodifikatorischen Erschöpfung des Kompetenztitels nach Art. 72 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Recht der Wirtschaft –). Durch Landesrecht könne die Erlaubnispflichtigkeit eines Gewerbes nicht begründet werden. Das Gericht übersieht hier aber möglicherweise, dass das Bundesverfassungsgericht selbst im FRAG-Urteil²⁶⁹ im Rahmen der „positiven Ordnung“, die der Gesetzgeber für die Veranstaltung von Rundfunk zu schaffen hat, eine Erlaubnispflicht für private Rundfunkveranstaltung vorgesehen hat, für die die Kompetenz des Landesgesetzgebers gegeben sein muss. Im Endeffekt kam es aber auf diesen Fragenkreis nicht an, weil der Anbieter X.

²⁶⁸ GVBl. S. 8.

²⁶⁹ BVerfGE 57, 295 (326).

nicht auf Grund von Genehmigungen nach Art. 25 Abs. 1 Satz 1 BayMG sendete, sondern von Vereinbarungen, die zwischen ihm und einer Medienbetriebsgesellschaft geschlossen worden waren und die nur der Genehmigung der Landeszentrale bedurften. Solche privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte sah das Gericht zu Recht nicht als von § 35 Abs. 8 Satz 1 GewO erfasst an.

Das Gericht hielt auf Grund fehlender Gewähr für die künftig ordnungsgemäße Ausübung seines Gewerbes und einer rechtsfeindlichen Einstellung des Klägers seine Unzuverlässigkeit für gegeben und begründete auch das Recht zur Untersagung einer Tätigkeit als Vertretungsberechtigter oder Betriebsleiter eines Gewerbetreibenden damit, dass er noch lange nach eingetretener wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit seine Absicht zeigte, weiterhin im Wirtschaftsleben tätig zu sein.

Im Umfeld der gegen den Anbieter ausgesprochenen Gewerbeuntersagung und des Auslaufens seiner Sendeberechtigung zum 30. November 2000 ist noch eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 24. September 2002 bemerkenswert²⁷⁰, mit der der Anbieter noch Jahre danach versuchte, Programmänderungen bei den konkurrierenden Münchner Lokalradios auf den terrestrischen UKW-Frequenzen zu verhindern. Das Verwaltungsgericht hielt alle Klagen für unzulässig, weil ihm das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Auch ein Obsiegen des Klägers würde seine Rechtstellung nicht verbessern, weil er auf Grund der bestandskräftigen Entscheidung über die Gewerbeuntersagung sowohl als Vertretungsberechtigter als auch am selbstständigen Betrieb eines Gewerbes gehindert sei. Eine Wiedergestattung seiner Sendetätigkeit sah das Gericht als unwahrscheinlich an, selbst wenn ihm eine erneute Zulassung als Programmanbieter glücken würde, könne keine Aussage über die dann bestehende Rundfunkstruktur im Raum München getroffen werden, insbesondere auch nicht darüber, ob der Kläger weiterhin in dem von ihm früher belegten Programmbereich tätig werden könne und wolle. Auch die

²⁷⁰ M 17 K 00.126, M 17 K 00.178, M 17 K 00.292.

Sendetätigkeit seiner Konkurrenten könne jetzt noch nicht abgeschätzt werden. Eine Entscheidung im streitgegenständlichen Verfahren sei für den Anbieter nur von theoretischer Bedeutung und damit derzeit nutzlos.

d) Verwaltungsgericht München, Urteil vom 13. März 2002²⁷¹

Zum 30. November 2000 lief die Sendeberechtigung des Anbieters X. aus. Schon im Januar des Jahres teilte die Landeszentrale ihm, wie anderen Anbietern, mit, dass sie eine Neuorganisation im drahtlosen Hörfunk München plane. Dem Anbieter X. wurde Gelegenheit gegeben, entsprechende Anträge bis 14. Februar 2000 zu stellen. Dies geschah trotz der am 24. November 1999 durch das Landratsamt München erlassenen Gewerbeuntersagung, weil diese zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestandskräftig war. Der Kläger beantragte die Zuteilung einer 24-stündigen terrestrischen UKW-Lokalfrequenz in München sowie die Verbesserung der Sendebedingungen auf der UKW-Frequenz 89,0 gegenüber den Splitting-Partnern auf dieser Frequenz. Die Landeszentrale wies den Anbieter X. darauf hin, dass aus dem Verfahren betreffend die Gewerbeuntersagung durch das Landratsamt München eine Reihe von Kenntnissen über wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft des Antragsstellers herrührten, die erhebliche Bedenken hinsichtlich der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen nach Art. 26 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BayMG erweckten. In einem ausführlichen Schriftwechsel zwischen der Landeszentrale und dem Anbieter X. wurden diese Einwände diskutiert. Der Anbieter stellte am 29. Mai 2000 beim Verwaltungsgericht München den Antrag, die Landeszentrale im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihn in alle Organisationsgespräche hinsichtlich der laufenden Neuorganisation für den terrestrischen Hörfunk in München einzubeziehen und einzuladen, ihn über alle bisherigen Informationen und Unterlagen im Zusammenhang mit den laufenden neuen Organisationsmaßnah-

²⁷¹ M 29 K 00.6005.

men zu unterrichten und ihm alle diesbezüglichen Unterlagen genauso auszuhändigen, wie dies gegenüber den anderen Altanbietern geschehe. Weiterhin stellte er den Antrag, ihn gegenüber den anderen Anbietern nicht zu benachteiligen und dafür Sorge zu tragen, dass die „bisherige negative Beschlussentwicklung im Hörfunkausschuss“ (Zitat aus einem Schriftsatz des Anbieters X.) ein Ende nehme.

Das Verwaltungsgericht hielt alle Anträge für unzulässig, weil sie mit § 44a VwGO nicht zu vereinbaren seien. Der Antragsteller fordere Handlungen, die samt und sonders Verfahrensschritte der Landeszentrale im Rahmen der Vorbereitung einer Entscheidung über die Neuorganisation im drahtlosen Hörfunk München beträfen. Wenn durch solche Verfahrenshandlungen Rechte des Antragstellers verletzt würden, könne er Einwände gegen die abschließende Entscheidung geltend machen, soweit sie ihm gegenüber eine Beeinträchtigung enthalte. Am 12. Oktober 2000 lehnte der Medienrat die Anträge des Klägers ab; zur Begründung wurde insbesondere auf den hohen Schuldenstand und die schlechte Zahlungsmoral des Klägers hingewiesen. Er erfülle nicht die Genehmigungsvoraussetzungen nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayMG; insbesondere im Hinblick auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Klägers seien die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben. Gegen den entsprechenden Bescheid legte der Kläger am 21. Oktober 2000 Widerspruch ein, der mit Widerspruchsbescheid vom 23. November 2000 zurückgewiesen wurde. Nach einer Reihe von Anträgen im Eilverfahren, mit denen der Anbieter beantragte, ihm im Wege der einstweiligen Anordnung die Sendegenehmigung im bisherigen Umfang über den 30. November 2000 hinaus vorläufig zu verlängern, die samt und sonders erfolglos blieben, erhob der Anbieter am 19. Dezember 2000 Klage gegen den Bescheid der Landeszentrale vom 19. Oktober 2000 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 23. November 2000. Sein Antrag lautete zunächst, den Bescheid der Landeszentrale vom 19. Oktober 2000 aufzuheben und die Landeszentrale zu verpflichten, ihm zu genehmigen, zusammen mit anderen das von ihm bereitgestellte Hörfunkangebot über

die UKW-Hörfrequenz 89,0 MHz in München, wie bis zum 30. November 2000 geschehen, zu verbreiten.

Das Gericht behandelte die Klage zwar als zulässig, aber als unbegründet. Die Ablehnung wurde als von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 3 Halbsatz 2 BayMG getragen angesehen. Die Verbreitung eines Angebots wird von der Landeszentrale nur dann genehmigt, wenn der Anbieter erwarten lässt, dass er auf Grund seiner finanziellen, organisatorischen, personellen und technischen Ausstattung in der Lage ist, sein Angebot für den Genehmigungszeitraum aufrecht zu erhalten. Eine Verlängerung der Genehmigung kann nur dann erfolgen, wenn nicht wichtige Gründe für eine Neuverteilung der Sendezeiten sprechen. Das Gericht kann in der Prognoseentscheidung der Landeszentrale keinen Fehler erkennen, wonach der Kläger auf Grund seiner hohen Zahlungsverpflichtungen und seiner offensichtlichen Zahlungsschwierigkeiten in der Vergangenheit für die Zukunft nicht die Gewähr bietet, für den gesamten Genehmigungszeitraum den finanziellen Hintergrund für die Aufrechterhaltung des Angebots zu bieten. Das Gericht misst richtigerweise die finanzielle Leistungsfähigkeit nicht am untersten Level eines möglichen Programms und weist darauf hin, dass der Kläger nicht nur in der Vergangenheit, sondern auch zum Zeitpunkt der Prognose der Landeszentrale unter erheblichen finanziellen Schwierigkeiten gelitten hatte. Das Gericht macht insbesondere deutlich, dass eine vom Kläger im Widerspruchsverfahren vorgelegte Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht zu einer positiven Prognose für den beantragten Sendezeitraum führen könne. Neben der Widersprüchlichkeit der dort genannten Zahlen könnten die außerordentlich positiven Aussagen der Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit Geltung beanspruchen, in der aber der Kläger unstrittig unter erheblichen Zahlungsproblemen gelitten hatte. Das Gericht lehnt auch Grundrechtsverletzungen durch die Entscheidung der Landeszentrale ab, weil diese Entscheidung auf Art. 26 BayMG gestützt sei, der als allgemeines Gesetz im Sinn von Art. 5 Abs. 2 GG zu werten sei. Auch andere Grundrechte seien nicht verletzt, weil die Rundfunkfreiheit aus Art.

5 GG als Spezialgrundrecht gegenüber Art. 12 und 14 GG anzusehen sei. Im Übrigen stünden auch die letztgenannten Grundrechte unter Gesetzesvorbehalt²⁷².

Gegen diese Entscheidung stellte der Kläger Antrag auf Zulassung der Berufung zum Verwaltungsgerichtshof²⁷³. Beim Verwaltungsgerichtshof bestanden jedoch keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts. Die von der Landeszentrale getroffene Prognoseentscheidung konnte nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs gemäß Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 Halbsatz 2 BayMG auf die erheblichen finanziellen Schwierigkeiten des Anbieters gestützt werden. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass für die Verlängerung einer Genehmigung nach Art. 26 Abs. 1 Satz 3 BayMG dieselben Voraussetzungen zu erfüllen sind, die für eine Neugenehmigung nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 BayMG, insbesondere auch nach Nr. 3 der Vorschrift, bestehen. Im entschiedenen Fall wurde ohnehin ab dem 30. November 2000 eine Neuorganisation der Hörfrequenzen im Münchner Raum vorgenommen, also ab dem Zeitpunkt, an dem die Altgenehmigungen ausliefen. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu den finanziellen Schwierigkeiten des Anbieters konnten durch dessen Antrag auf Zulassung der Berufung nicht erschüttert werden. Hinsichtlich der rundfunkgrundrechtlichen Wertung kommt der Verwaltungsgerichtshof wiederum zum selben Ergebnis wie das Verwaltungsgericht, wobei er aber offen lässt, ob die

²⁷² Anders als die oben zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 20. 11. 2011, M 16 K 00.5591 über die Untersagung der Anbietertätigkeit von X. nach § 35 GewO behandelt das Verwaltungsgericht in seinem inmitten stehenden Urteil offensichtlich die Rundfunkanbieterstätigkeit als ausschließlich nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu beurteilenden beruflichen Spezialfall, so dass § 35 GewO gar nicht zur Anwendung hätte kommen können. Der einzige Weg zur Beendigung der Anbietertätigkeit von X. vor Ablauf des Sendezeitraums wäre der Widerruf der Genehmigung der von ihm mit der zuständigen Medienbetriebsgesellschaft getroffenen Vereinbarung gewesen. Vgl. dazu auch II. Abschnitt, Nr. 11.

²⁷³ Beschluss vom 11. November 2002, 7 ZB 02.1658.

Genehmigungsvoraussetzungen nach Art. 26 BayMG als gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit oder als Eingriffsregelung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG anzusehen sind, wobei die zuerst genannte Alternative wohl vorzuziehen ist²⁷⁴.

e) Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 28. Januar 2003²⁷⁵

Die Nichtberücksichtigung des Anbieters X. bei der Neuorganisation der lokalen UKW-Frequenzen München ab dem 30. November 2000 beruhte vornehmlich auf dessen wirtschaftlichen Problemen, daneben auch auf seiner grundsätzlich rechtsfeindlichen Einstellung. X.'s Versuche, über den 30. November 2000 hinaus ein Rundfunkprogramm im Lokalradio München zu veranstalten, gipfelten in der Anrufung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, bei dem er im Wege der Popularklage nach Art. 98 Satz 4 BV beantragte, die Verfassungswidrigkeit von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Sätze 2 und 3 BayMG festzustellen. Der Verfassungsgerichtshof behandelte die Popularklage als unzulässig, soweit sie gleichheitswidriges, willkürliches Vollzugshandeln der Landeszentrale behauptete. Ein fehlerhafter Vollzug gesetzlicher Vorschriften führte nicht dazu, dass diese selbst verfassungswidrig sind; hier ist vielmehr der Rechtsschutz bei den Fachgerichten zu suchen. Der Verfassungsgerichtshof behandelte die Popularklage auch insoweit als unzulässig, als der Antragsteller vorbrachte, Art. 26 BayMG verstoße „gegen die kartellrechtlichen Ziele des § 1 GWB“.

Seltsamerweise moniert der Gerichtshof aber hier nicht eine Überschreitung des Prüfungsrahmens. Nach Art. 98 Satz 4 BV hat der Verfassungsgerichtshof nämlich Gesetze und Verordnungen (des bayerischen Landesrechts) für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht (sic: der Bayeri-

²⁷⁴ Vgl. dazu näher Fn. 283.

²⁷⁵ Popularklageentscheidung, Vf. 10-VII-02.

schen Verfassung) verfassungswidrig einschränken. In ständiger Rechtsprechung prüft der Verfassungsgerichtshof im Rahmen zulässiger Grundrechtsrügen auch, ob die angegriffenen Regelungen mit anderen Normen der Bayerischen Verfassung vereinbar sind, auch wenn diese keine Grundrechte beinhalten²⁷⁶. Eine Prüfung von bayerischem Landesrecht am Maßstab eines Bundesgesetzes, wie es das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ist dagegen dem Verfassungsgerichtshof schon von vorne herein versagt; hier würde in die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts (abstrakte und konkrete Normenkontrolle; Verfassungsbeschwerde; Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und 4a GG) eingegriffen.

Der Verfassungsgerichtshof betrachtet die Popularklage auch als unzulässig, soweit eine Verletzung von Art. 111 BV gerügt wurde, weil diese Vorschrift das Grundrecht der Pressefreiheit beinhaltet und deshalb kein in Frage kommender Prüfungsmaßstab für die rundfunkrechtliche Regelung in Art. 26 BayMG sei. Im Übrigen wurde die Popularklage hinsichtlich ihrer Rügen von Art. 101 (freie Entfaltung der Persönlichkeit), 103 (Freiheit der Person) und 111a Abs. 1 BV (Rundfunkfreiheit) als zulässig angesehen.

Soweit die Popularklage zulässig war, wurde sie vom Verfassungsgerichtshof aber nicht als begründet angesehen. Die angegriffenen Regelungen des Bayerischen Mediengesetzes verletzen nicht das Grundrecht auf Rundfunkfreiheit.

Zunächst bezieht sich der Verfassungsgerichtshof auf die „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und deren Übernahme für das bayerische Verfassungsrecht durch die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs²⁷⁷. Anschließend wird festgestellt, dass Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV gebiete, in Bayern Rundfunk in öffentlicher

²⁷⁶ Siehe dazu VerfGH 51, 94 (99); 52, 47 (56); VerfGH BayVBl. 2002, S. 558.

²⁷⁷ Zitiert wird hier VerfGH 54, 165 (170 f.).

Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft zu veranstalten, und dass die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs weiterhin Gültigkeit besitze, dass in Bayern ein duales System aus öffentlich-rechtlichem Rundfunk und Privatrundfunk ausgeschlossen sei. Die Landeszentrale als letztverantwortliche Trägerin des Rundfunks im Sinn des Bayerischen Mediengesetzes wird als Trägerin des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BV bezeichnet (die seltsame Diktion des Verfassungsgerichtshofs im Urteil vom Mai 2005²⁷⁸, wonach die Landeszentrale Trägerin des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 111a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BV sei, die Anbieter aber das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG inne hätten, wird hier also initiiert, ohne darauf einzugehen, dass hier ein und dasselbe Grundrecht durch zwei Verbürgungen, landes- oder bundesrechtlicher Natur, geschützt wird). Der Landeszentrale wird auch weiterhin ein Einfluss auf Programmgestaltung und -verantwortung zuerkannt²⁷⁹; der verfassungsrechtlichen Stellung der Landeszentrale entspreche ihre eigene Rechtsetzungskompetenz in Gestalt der Satzungsautonomie²⁸⁰. (Wie aber bereits dargestellt wurde²⁸¹, hat sich der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung zur Gewinnspielsatzung nach Kräften bemüht, diese Satzungsautonomie auf den engeren Rahmen zu reduzieren, der für Rechtsverordnungen geschaffen wurde, also insbesondere auf Einhaltung der Kautelen nach Art. 80 GG, der schon nach seinem Wortlaut auf Rechtsverordnungen, nicht auf Satzungen zugeschnitten ist). Der Verfassungsgerichtshof vergisst aber bei diesen grundsätzlichen Ausführungen nicht, dass den privaten Rundfunkanbietern der Schutz des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vorenthalten werden dürfe, das Grundrecht vielmehr bei der Auslegung und Anwendung von Art. 111a BV Be-

²⁷⁸ Vgl. dazu ausführlich unter Teil I.

²⁷⁹ Verweisung auf VerfGH 43, 170 (181); 46, 191 (198).

²⁸⁰ Hinweis auf VerfGH 54, 165 (170 f.).

²⁸¹ Siehe dazu Teil I. Abschnitt III.

achtung finden müsse. Die Grundrechtsnorm der Bayerischen Verfassung sei aus diesem Grund dahingehend zu interpretieren, dass auch den privaten Anbietern das Grundrecht auf Rundfunkfreiheit zustehe.

Die nächsten Ausführungen des Verfassungsgerichtshofs gelten der positiven Ordnung, die zur Garantie von Meinungsvielfalt und -ausgewogenheit im Rundfunk zu schaffen ist und die vor allem die Bildung privater oder öffentlicher Meinungsmacht verhindern soll. Für jede Form privater Rundfunkbetätigung ist eine Zulassungsprüfung geboten, die der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit dient und daneben nur die Überprüfung allgemeiner Voraussetzungen (Geschäftsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des Antragstellers) zulässt.

Im Folgenden wird zwischen Ausgestaltungs- und Beschränkungsgesetzen unterschieden; Schranken der Rundfunkfreiheit nach bayerischem Recht ergäben sich vor allem aus Art. 111a Abs. 1 Sätze 2-6 BV; darüber hinaus sei der Rundfunkfreiheit die Bindung an die allgemeinen Gesetze inhärent. Die angegriffenen Regelungen hielten sich innerhalb dieser Schranken²⁸².

Die angegriffene Regelung des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayMG wird vom Gericht in diesem Zusammenhang als Schranke der Rundfunkfreiheit eingeordnet; sie soll dafür sorgen, dass der einzelne Rundfunkanbieter die erforderliche Zuverlässigkeit im Hinblick auf finanzielle, organisatorische, personelle und technische Voraussetzungen besitzt und die Gewähr bietet, dass das für den Genehmigungszeitraum von regelmäßig acht Jahren auch so bleibt²⁸³. Damit soll einerseits wirtschaftliche Abhän-

²⁸² Der Verfassungsgerichtshof formuliert an dieser Stelle (S. 10 des Umdrucks) kryptisch „...Die angegriffenen Regelungen halten sich innerhalb dieser Schranken, weil sie der Durchsetzung allgemeiner Gesetze dienen.“ Richtig formuliert müsste es doch wohl heißen: „...weil sie allgemeine Gesetze sind“.

²⁸³ Es wurde schon oben bei Fn. 274 darauf hingewiesen, dass eine Qualifizierung als Ausgestaltungsregelung der Sache angemessener ist, weil insbesondere auch die zeitliche Befristung der Pluralismussicherung im weitesten Sinne dient und damit das Rundfunkgrundrecht gleichsam „in Form bringt“, ihm also nichts

gigkeit vermieden, andererseits aber auch eine bestmögliche Auslastung der Kapazitäten garantiert werden. Der Gerichtshof vergisst nicht zu betonen, dass die Vorschrift sich weder gegen bestimmte Meinungen richte, noch Sonderrecht gegen den Prozess freier Meinungsbildung darstelle; damit sei sie also als allgemeines Gesetz im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 2 GG zu werten.

Die nach dem Bundesverfassungsgericht für die Schrankenregelung nach Art. 5 Abs. 2 GG ebenfalls obligatorische Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der angegriffenen Vorschrift enthaltenen Regelung. Die Norm ermögliche es der Landeszentrale, ihre Ordnungsaufgaben zu erfüllen, sie sei zur Erreichung des Gesetzeszwecks erforderlich, ein weniger belastendes, aber in gleicher Weise wirksames Mittel, um die notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Rundfunkbetriebs zu sichern, sei nicht ersichtlich. Die Vorschrift sei auch angemessen, es sei letztlich selbstverständlich, dass Rundfunkanbieter die genannten Voraussetzungen erfüllen müssten, bevor sie erwarten könnten, eine Genehmigung ihrer Rundfunkangebote zu erhalten und in das Rundfunksystem der Landeszentrale aufgenommen zu werden.

Auch Art. 26 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BayMG finden die Billigung des Verfassungsgerichtshofs; die Begrenzung der Genehmigung auf regelmäßig acht Jahre bietet den Ausgleich zwischen Planungssicherheit und dem Bedürfnis nach Zugangsoffenheit und Programmflexibilität. Die Begrenzung der Genehmigung macht es möglich, dass die Landeszentrale bei Fehlentwicklungen nach Genehmigungsablauf gegensteuert. Der Verfassungsgerichtshof verteidigt auch zu Recht die in Art. 26 Abs. 1 Satz 2 BayMG enthaltene Ermessenskompetenz der Landeszentrale bei der Frage, ob eine Genehmigung verlängert wird. Der Antragsteller verkenne,

an Grundrechtssubstanz wegnimmt, wie dies bei einer Beschränkungsregelung der Fall wäre. Siehe dazu auch *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 26 (2011) Rdnr. 10 ff.

dass in dieser Situation der Genehmigungsverlängerung oder Neuerteilung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Rundfunkanbieter das Grundrecht der Rundfunkfreiheit in besonderer Weise zur Seite stehe²⁸⁴. Weiterhin hat die Landeszentrale, wie bei all ihren Entscheidungen, das Willkürverbot nach Art. 118 Abs. 1 BV und die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze über Entschließungs- und Auswahlermessen (siehe Art. 40 BayVwVfG) zu beachten. Die Verhältnismäßigkeit dieser Regelung wird vom Verfassungsgerichtshof zu Recht bejaht.

Die angegriffenen Vorschriften kommen auch nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV in Konflikt; die Grundsätze der Normenklarheit, der Bestimmtheit der Regelung, der Messbarkeit und Vorhersehbarkeit sind eingehalten. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Landeszentrale prognostisch tätig werden muss. Diese Prognose ist keineswegs willkürlich oder nach Beliebigkeit zu treffen; sie muss rechtsgebunden sein und kann von der Fachgerichtsbarkeit auf Grund der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale überprüft werden. Auch gegen die sonstigen in der Vorschrift verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe „in der Regel“, „wichtige Gründe“ sind Einwände aus dem Bestimmtheitsgebot nicht zu erheben; gerade das sich rasch entwickelnde Medium Rundfunk mit seinen vielfältigen tatsächlichen und rechtlichen Problemen kann gesetzgeberisch nicht eine Durchnormierung bis ins Einzelne erfahren, die doch wieder Fehlstellen hinterließe. Der Gesetzgeber darf und soll sogar den Weg unbestimmter Rechtsbegriffe gehen, die im Zusammenhang mit den sonstigen Regelungen des Bayerischen Mediengesetzes und dessen Zielsetzungen präzisiert werden können. Der Verfassungsgerichtshof billigte im Übrigen ausdrücklich die Auffassung, dass die „wichtigen Gründe“ nach Art. 26 Abs. 1 Satz 3 BayMG, die einer Verlängerung der Genehmigung über den Acht-Jahres-Zeitraum hinaus entgegenstehen,

²⁸⁴ BVerfGE 97, 298 (310 ff.); VerfGH 54, 165 (370 f.).

von ähnlichem Gewicht sein müssen, wie die Genehmigungswider-rufgründe²⁸⁵.

Nicht nachvollziehbar ist dagegen die Entscheidung des Verfassungsge-richtshofs im Weiteren bezüglich der Prüfung, ob die angegriffenen Rege-lungen das Grundrecht auf Berufsfreiheit verletzen. Der Verfassungsge-richtshof zieht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG (Stufenlehre)²⁸⁶ im berufsrechtlichen Anwendungsbe-reich des Art. 101 BV (der Artikel tritt nach bayerischem Recht für die Berufsfreiheit ein) entsprechend heran. Demgemäß qualifiziert er die angegriffenen Vorschriften als subjektive Zulassungsvoraussetzungen, die zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinwohl-guts zulässig sind. Der Verfassungsgerichtshof weist darauf hin, dass ein Interesse eines Rundfunkanbieters, von der Beachtung der gesetzlich angeordne-ten Voraussetzungen befreit zu werden, nicht schwerer wiegen kann, als das hohe Interesse der Allgemeinheit, dass der einmal aufgenommene Rundfunkbetrieb im Genehmigungszeitraum störungsfrei, insbesondere ohne finanzielle Probleme abläuft. Eine Unverhältnismäßigkeit der Rege-lungen wird nicht gesehen.

Es wurde aber zuvor bereits darauf hingewiesen²⁸⁷, dass nach der bun-desverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung²⁸⁸ die Zulassungsvoraus-setzungen für Private zur Eröffnung und Fortführung eines Rundfunkbe-triebs in der von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geforderten „positiven gesetzli-chen Ordnung“ verankert und damit mittelbar verfassungsrechtlichen Ursprungs sind. Eine berufsrechtlich/gewerberechtliche Qualifizierung ist ihnen deshalb nicht adäquat. Die berufstypischen Merkmale der Tätigkeit eines Rundfunkunternehmers werden vielmehr ebenfalls von Art. 5 Abs. 1

²⁸⁵ Siehe dazu *Bornemann/v.Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Art. 26 (2011), Rdnr. 54.

²⁸⁶ BVerfGE 7, 377 ff.

²⁸⁷ Siehe dazu auch II. Abschnitt, Nr. 11.

²⁸⁸ Unter BVerfGE 57, 295 (319 ff.).

Satz 2 GG umfasst, weil sonst landesrechtliche Berufszulassungsregelungen für Rundfunkunternehmer an der bundesrechtlichen Ausschöpfung der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Art. 72 Abs. 2 GG durch die Gewerbeordnung und andere Wirtschaftsverwaltungsgesetze scheitern müssten. Auf dieses Problem geht aber der Verfassungsgerichtshof in keiner Weise ein; er stellt Berufsgrundrecht und Eigentumsgrundrecht in seiner Prüfung gleichrangig dem Rundfunkgrundrecht zur Seite, während zumindest das Berufsgrundrecht für Rundfunkunternehmer durch die Garantie freier Rundfunkausübung verdrängt wird.

II. Abschnitt:

Vergleich. Medienrechtliche Rechtsprechung zum alternativen öffentlich-rechtlichen bayerischen Rundfunk einst und jetzt

1. Ziele eines Vergleichs: Analyse von Entscheidungsstrukturen, Auffindung von Tendenzen bei der Aufstellung von Entscheidungslinien und Entlarvung von Widersprüchlichkeiten

Der zweite Abschnitt dieser gutachtlichen Analyse ist einem Vergleich der Rechtsprechung zum bayerischen alternativen öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus der Zeitspanne von 2000 bis 2010 mit der Rechtsprechung aus früheren Perioden (1984 bis 1992; 1992 bis 2000) gewidmet. Der Bezug zum alternativen bayerischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk der Landeszentrale stellt die einigende Klammer dar. Weitgehend sind es auch Judikate bayerischer Gerichte, die verglichen werden sollen; der Rechtswegestaat, den das Grundgesetz errichtet hat, führt aber trotz bayerischem Ausgangspunkt gelegentlich auch zu einem Bundesgericht, sei es, dass es sich um die oberste Instanz (Revisionsgericht) in Verwaltungsstreitigkeiten mit bundesrechtlichem Anknüpfungspunkt oder des § 48 RStV (Bundesverwaltungsgericht) oder – ausnahmsweise – auch in Zivilrechtsachen handelt (Bundesgerichtshof), sei es, dass es außerhalb des Kreises der Fachgerichtsbarkeiten steht (Bundesverfassungsgericht). Die Gerichte sind seit Start des alternativen bayerischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks dieselben geblieben, was aber nicht den Schluss auf eine ungebrochene Konsistenz der Rechtsprechung nahelegen darf. Zum einen haben die Personen gewechselt, die die entsprechenden Entscheidungen gefällt haben oder fällen, zum anderen hat der Gesetzgeber

mehrfach das bayerische alternative Rundfunkmodell weiterentwickelt, so etwa durch Ersetzung des ehemaligen Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetzes zum 1.12.1992 durch das Bayerische Mediengesetz, womit ein Zeichen gesetzt wurde, dass das Erprobungs- und Experimentierstadium nunmehr überwunden ist. Weitere nicht unbedeutende Veränderungen betrafen die Einfügung einer Vorschrift über Pilotprojekte und Betriebsversuche im Jahr 1996 (ursprünglich Art. 35 a, nunmehr Art. 30 BayMG) und die Entlassung der eine privatrechtliche Ebene unterhalb des hoheitlichen Apparats der Landeszentrale bildenden ehemaligen Kabel- oder Medienbetriebsgesellschaften aus ihren gesetzlichen Rechten und Pflichten ab dem 01.01.1997. Dadurch wurde das ursprünglich dreistufige Modell (Landeszentrale, Medienbetriebsgesellschaften, Anbieter) zu einem zweistufigen, ausschließlich öffentlich-rechtlichen Konstrukt umgebildet. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk der Landeszentrale unter Einbeziehung privater Anbieter war aber von Anfang an umstritten und musste sich ebenfalls von Anfang an der judikatorischen Kontrolle der Gerichte stellen, deren Rechtsprechung sicherlich die juristische Durchdringung gefördert, allerdings auch Brechungen herbeigeführt hat, die der Gesetzgeber so nicht ins Auge gefasst hatte. Zu erinnern ist an die Rechtsprechung des 25. Senats des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, dessen permanente Attacken gegen das von ihm niemals verstandene neue Rundfunkmodell und die Trägerschaft der Landeszentrale im Grunde nur eine Abart des Kampfs Don Quichottes mit den Windmühlensflügeln darstellten. Mangels positiver Akzente blieben sie letztlich ohne fortwirkende Bedeutung²⁸⁹.

Mit dem Übergang der Zuständigkeit vom 25. Senat des Verwaltungsgerichtshofs auf den 7. Senat im Jahre 1996 (1. Januar) mündete die bayerische Rechtsprechung zum Medienrecht in ruhigere, weitgehend von fach- und sachkundiger Interpretationsarbeit geleitete Judikatur. Gleich-

²⁸⁹ Siehe hierzu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 73, S. 12 ff., 97 ff.

wohl erhielt in dieser Phase das bayerische alternative Rundfunkmodell seinen eigentlichen großen Schlag durch die „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁹⁰, die mit der ursprünglichen Vorstellung aufräumte, hier werde ein Modell praktiziert, das im Grunde dem Bayerischen Rundfunk nachgebildet sei und bei dem eine öffentlich-rechtliche Trägereinheit unter Einbeziehung privater Anbieter ohne Veranstalterstatus Rundfunk organisiere, der das Gebot des Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV öffentlich-rechtlicher Trägerschaft und öffentlicher Verantwortung einhalte. Während in der Zeit bis zum Übergang der Zuständigkeit auf den 7. Senat des Verwaltungsgerichtshofs die verfassungsrechtlichen Grundlagen des neuen Rundfunks sowohl von den privaten Klageparteien als auch gerichtlicherseits immer wieder in Zweifel gezogen wurden²⁹¹, wird die Verfassungsmäßigkeit des alternativen öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Bayern inzwischen kaum mehr bestritten, was aber nicht bedeutet, dass die Folgen von „extra radio“ bereits ausgestanden wären. Wie sich mehrfach in der vorstehenden Analyse von medienrechtlichen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und auch des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs²⁹² gezeigt hat, ist die durch „extra radio“ geschaffene rundfunkgrundrechtliche Subjektivität der Anbieter in ihrem Verhältnis zu möglicherweise gegenläufigen Programmvorstellungen der Landeszentrale, die selbst auch als Trägerin des Rundfunkgrundrechts anzusehen ist, alles andere als geklärt. Insbesondere bei der Neuorganisation der Rundfunkversorgung in Teilbereichen des Staatsgebiets kann die Trägerschaft der Landeszentrale und die von ihr wahrzunehmende öffentliche Verantwortung nicht als gewährleistet angesehen werden, wenn sie nicht in der Schlussphase eines solchen Organisationsverfahrens ihre Konzepte auch gegen den Willen der betroffenen Anbieter durchsetzen kann. Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV ist nach wie vor geltendes

²⁹⁰ BVerfGE 97, 298 ff.

²⁹¹ Trotz der grundlegenden Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 1986, VerfGH 39, 96 ff.

²⁹² VerfGH 58, 137 ff.

Verfassungsrecht und weder vom Bundesverfassungsgericht noch vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof jemals in seiner Gültigkeit bezweifelt worden. Ist die Vorschrift aber gültig, muss sie auch Auswirkungen im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis zwischen Landeszentrale und Anbietern besitzen. Inzwischen scheint es, dass jedenfalls die Fachgerichte wieder stärker die Bedeutung des Willens der Landeszentrale in einschlägigen Verfahren anerkennen, auch wenn derartiges eher seismographisch fühlbar ist²⁹³.

Angesichts der doch sehr massiven Brüche, die das bayerische alternative Rundfunkmodell in Gesetzgebung und Rechtsprechung aufweist, sind größere Rechtsprechungsketten, die sich über Jahre fortsetzen, nicht häufig; einen gleichwohl bestehenden Teilbereich stellt das Problemfeld des Teilnehmerentgelts dar, auf dem sich aber die Rechtsprechung nur langsam hinsichtlich Qualifizierung und rechtlicher Grundlage auf eine einigermaßen einheitliche Linie vorarbeitete. Dabei schlug man aber einen Kurs ein, der in einem zentralen Punkt (im Kriterium, ein Teilnehmerentgelt könne nur dann gefordert werden, wenn ein von der Landeszentrale genehmigtes Programm eingespeist würde) verfassungs- und einfacher-rechtlich nicht zu halten war²⁹⁴. Gleichwohl übernahm der Gesetzgeber diesen Ansatz bei Änderung des Bayerischen Mediengesetzes und verkannte damit, dass das Teilnehmerentgelt der Finanzierung des gesamten Rundfunks der Landeszentrale diene, wozu auch die Weiterverbreitung anderwärts genehmigter und veranstalteter Rundfunkprogramme gehört.

Andere Konstrukte der bayerischen Medienrechtsprechung waren dagegen offenbar personell bedingt und verschwanden mit dem Ausscheiden der betreffenden Justizpersonen bzw. dem Übergang der Zuständigkeit an den 7. Senat des Verwaltungsgerichtshofs. Dies gilt etwa für die seltsame Rechtsprechung des 25. Senats des Verwaltungsgerichtshofs,

²⁹³ Siehe hierzu I. Abschnitt, Teil XII 2.

²⁹⁴ Vgl. dazu unter I. Abschnitt, Teil VIII. 2 a.

wonach die Zulassung von Rundfunkanbietern durch die Landeszentrale im Konnex mit der Ablehnung anderer Bewerber erfolge und somit eine einheitliche Gesamtentscheidung darstelle²⁹⁵. Diese Rechtsprechung machte jeden Bewerber um eine Sendelizenz gleichzeitig zum klagebefugten Adressaten der eigentlich anderen gegenüber zu fällenden Entscheidung und ließ dadurch die für Drittklagen bestehende Notwendigkeit entfallen, ein subjektives Recht nachzuweisen, dessen Verletzung zumindest möglich sein musste. Die Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten für die Anbieter war enorm und wahrscheinlich auch Sinn der Konstruktion.

Bei einem Vergleich fallen aber auch Rechtsprechungsbereiche ins Auge, bei denen dieselbe Kategorie von Rechtsakten zur Prüfung ansteht (Normenkontrollentscheidungen), auch ungefähr derselbe zeitliche Hintergrund vorliegt und trotzdem eine ganz unterschiedliche Vorgehensweise zu diagnostizieren ist. Dies gilt insbesondere für die Entscheidungen über die Gewinnspielsatzung und die Hörfunksatzung²⁹⁶. Während das erstgenannte Judikat in wenig überzeugender Weise versucht, die Satzungsgebung der Landeszentrale neuartigen, angeblich aus dem Demokratieprinzip folgenden Regeln zu unterwerfen, verbleibt die letztgenannte in den bewährten und überkommenen Bahnen der Dogmatik zum untergesetzlichen Rechtsetzungsinstrument der Satzung.

Besonders bemerkenswert ist, wie Probleme, die schon vor Jahrzehnten blitzartig auftauchten und keiner vertieften richterlichen Entscheidung zugeführt wurden, jetzt wieder die Gerichte beschäftigen. Der ZUFFA-Fall, der den Versuch des Produzenten jugendschutzrelevanter Filme zum Gegenstand hat, eine Herausnahme seiner Produktion aus dem Programm des Deutschen SportFernsehens gerichtlich anzugreifen²⁹⁷,

²⁹⁵ Siehe dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 191 ff.

²⁹⁶ Siehe hierzu I. Abschnitt, Teil III. und Teil IV; vgl. auch II. Abschnitt, 9.

²⁹⁷ Siehe hierzu I. Abschnitt, Teil II.

hat eine Parallele in dem seinerzeitigen Rechtsstreit um eine Aufforderung der Landeszentrale an einen Anbieter, keine Werbung für Scientology zu schalten, was diesen bewog, den einschlägigen Spot aus seiner Werbung herauszunehmen. Dies veranlasste wiederum den seinerzeit zuständigen 25. Senat des Verwaltungsgerichtshofs zu relativ tollkühnen Schlüssen über die Klagebefugnis des Werbekunden²⁹⁸. Inzwischen ist die Problematik sogar bis zum Bundesverfassungsgericht gedungen²⁹⁹. Das Gericht wird gehalten sein, festzustellen, ob die grundrechtliche Stellung von Drittproduzenten ebenso von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgesichert ist, wie das nach der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung zum Presse-Grosso für alle diejenigen gilt, die auch im weiteren Umfang an der Herstellung und dem Vertrieb von Zeitungen beteiligt sind³⁰⁰. Ebenso sind Fragen einer Anwendbarkeit des Grundrechts der Berufsfreiheit zu lösen³⁰¹.

2. Parameter der Vergleichsarbeit

Wie schon bei den früheren Rechtsprechungsanalysen³⁰² hat auch die Analyse der Rechtsprechung für die Jahre 2000 bis 2010 im Wesentlichen die Urteile von Obergerichten zum Gegenstand, wobei auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zu diesen gerechnet wird, weil er, soweit nur Landesrecht im Spiel ist, letztinstanzlich entscheidet. Die Entscheidungen von erstinstanzlichen Justizorganen bleiben dabei nicht ausgeblendet, werden aber nur beispielhaft und nur dort herangezogen, wo

²⁹⁸ Vgl. dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 66 ff.

²⁹⁹ Siehe hierzu BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2010, 1 BvR 2783/10, ZUM 2011, S. 234 ff.

³⁰⁰ BVerfGE 7, 346 (354 ff.).

³⁰¹ Vergl. wiederum I. Abschnitt, Teil II.

³⁰² Siehe dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72.

es dem Verständnis des Gesamtzusammenhangs dient. Dass auch Bundesgerichte nicht ausgeklammert werden, wurde bereits bemerkt. Der Zusammenhang eines Streitfalls mit dem Rundfunk der Landeszentrale ist maßgeblich für die Einbeziehung in die Analyse, nicht ob es sich um ein bayerisches oder um ein Bundesgericht handelt. Wie schon für die ersten beiden untersuchten Rechtsprechungsperioden konstatiert wurde, herrschen nach wie vor Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vor. Die Flüchtigkeit des Mediums lässt es regelmäßig nicht zu, abzuwarten, bis die Entscheidung in der Hauptsache ergeht, was häufig eine Jahresfrist in Anspruch nehmen würde und deshalb meist gar nicht beabsichtigt ist. Dies hat allerdings den Nachteil, dass im Eilverfahren ergehende Entscheidungsbegründungen zwangsläufig häufig verkürzt sind und bei ihnen die Folgenabwägung im Vordergrund steht, während die materiellen Probleme eher gestreift oder jedenfalls nicht abschließend aufgearbeitet werden.

Allgemeine verwaltungsrechtliche Probleme oder solche prozessualer Art ohne medienrechtlichen Bezug sind nicht Gegenstand dieser Analyse oder des Vergleichs.

3. Heterogenität der Streitigkeiten im dritten Analysezeitraum

Gegenüber den vorausgehenden Rechtsprechungsperioden zeichnet sich die der Jahre 2000 bis 2010 dadurch aus, dass die Materien, die von den Gerichten entschieden werden mussten, zwar alle mit dem Rundfunk der Landeszentrale zusammenhingen, aber gleichwohl sehr unterschiedliche Wurzeln hatten. Natürlich geht es nach wie vor wesentlich um Streitigkeiten, bei denen Anbieter beteiligt sind (die in den Analysezeitraum hinein reichenden Streitigkeiten um das Teilnehmerentgelt haben allerdings vor allem Inhaber von Kabelanschlüssen oder Kabelanlagenbetreiber als Beteiligte der stattfindenden Prozesse), aber hier tauchen neue Problemfelder auf, die früher keine oder kaum eine Rolle gespielt haben, insbe-

sondere der Jugendschutz. Daneben ist auch mit dem Bereich der Gewinnspiele ein neues Streitfeld eröffnet, das der Verwaltungsgerichtshof ausführlich in einer Normenkontrollentscheidung behandelt hat. Die Frage, ob die Axel Springer AG Pro7/SAT1 übernehmen durfte, war sicherlich ebenfalls eine singuläre Fallkonstellation, zumal die starke Stellung der KEK (Kommission zur Ermittlung des Konzentrationsbereichs im Medienbereich) ein Produkt der neueren Gesetzgebung ist und in den früheren Rechtsprechungsperioden keine Rolle spielte. Durchaus ungewöhnliche Fallkonstellationen zeigen sich auch in einer Popularklage zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof wegen des Ausschlusses von Rundfunkwerbung für ein mit Volksbegehren und Volksentscheid verfolgtes Anliegen, in dem Streit der Landeszentrale mit ihrer Rechtsaufsichtsbehörde über Zulässigkeit und Umfang aufsichtlicher Maßnahmen sowie im Fragenkomplex, der sich mit dem Stichwort „entgeltfreier Kanal“ verbindet³⁰³. Demgegenüber verlief die Fortsetzung des „extra radio“-Streits in den bisher bereits gewohnten Bahnen, kann also nicht als Eröffnung eines neuen Problemfeldes gewertet werden³⁰⁴.

4. Entwicklungsbestimmende Faktoren im neuen Rechtsprechungszeitraum im Vergleich zu den früher untersuchten Perioden

Die äußeren Randbedingungen der Rechtsentwicklungen von 2000 bis 2010 sind nicht sehr verschieden von denen, die die beiden vorherigen Perioden begleitet haben. Politischer, gesellschaftlicher, ökonomischer Wandel lassen das Medium Rundfunk selbstverständlich nicht aus ihrem Bannkreis; auch die telekommunikative Technik bleibt nicht stehen, mag sie auch nicht mehr so revolutionär auf den Plan treten, wie dies Mitte der 70er bis Ende der 90er Jahre der Fall war. Was aber für die neue Periode

³⁰³ Vgl. dazu I. Abschnitt, Teile IX, X und XI.

³⁰⁴ Vgl. dazu I. Abschnitt, Teil XII.

charakteristisch ist und in den früheren Perioden nicht in dieser Art und Weise der Fall war, ist die Abkoppelung nicht nur der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien, sondern auch aller anderen Landesmedienanstalten von selbstbestimmten Entscheidungen über bundesweit verbreiteten Rundfunk. Durch den Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag des Jahres 2007 ist das von der KEK und KJM (Kommission für den Jugendmedienschutz) vorgezeichnete Modell einer Zentralisierung und Entpluralisierung von Zulassung und Rundfunkaufsicht durch Einführung der ZAK (Kommission für Zulassung und Aufsicht) und der GVK (Gremienvorsitzendenkonferenz) vollendet worden. Zwar handeln diese Kommissionen formal nur als Organe der zuständigen Landesmedienanstalt, die die gefassten Entscheidungen nach außen zu vollziehen und zu vertreten hat. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass vor allem das plural zusammengesetzte Gremium der Landeszentrale, der Medienrat, entmachtet wurde, obwohl Art. 111a Abs. 2 Satz 2 BV die Beteiligung der gesellschaftlich relevanten Gruppierungen an der Aufsicht über den Rundfunk verlangt. Unter allen Organen der Landeszentrale wird nur der Medienrat den Vorgaben dieser Verfassungsnorm gerecht³⁰⁵. Die ZAK ist dagegen nur Versammlung der Vollzugsorgane der Landesmedienanstalten³⁰⁶. Hinter der vom 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag geschaffenen Einsetzung der ZAK verbirgt sich daher neben anderen Fragwürdigkeiten³⁰⁷ ein spezifisch aus Art. 111a Abs. 2 Satz 2 resultierendes Problem, das bis heute ungelöst ist.

³⁰⁵ Siehe hierzu auch *Bornemann/v.Coelln/Hepach/ Himmelsbach/Lörz*, Bayerisches Mediengesetz, Bd. 1, Art. 12 Rdnr. 19.

³⁰⁶ Vgl. § 35 Abs. 3 RStV: „Die Landesmedienanstalten entsenden jeweils den nach Landesrecht bestimmten gesetzlichen Vertreter in die ZAK; eine Vertretung im Fall der Verhinderung ist durch den gesetzlichen Vertreter zulässig.....“

³⁰⁷ Vgl. dazu *Stettner*, in: Fechner (Hrsg.), Pluralismus, Finanzierung und Konvergenz als Grundfragen des Rundfunkrechts, Medienrechtliche Schriften Bd. 8, 2010, S. 9, 27 ff.

5. Die besondere Rolle der Gerichte bei Herausbildung und Entwicklung des bayerischen Medienrechts

Das bayerische Medienrecht wurde als neuartige Materie selbstverständlich zunächst vom Gesetzgeber konzipiert und von der Literatur von Anfang an intensiv begleitet. Gleichwohl ist, wie bereits erwähnt, es im Grunde ein Recht, das sich vor allem justiziell formiert und weiterentwickelt hat. Anbieter und Gerichte, ja das Leben waren erfinderischer, als es sich der Gesetzgeber wohl je hat träumen lassen. Aus diesem Grund kann das bayerische Medienrecht eigentlich nur profund aus der judikatorischen Formung durch die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte verstanden werden, die diese Rechtsmaterie in steter Bewegung halten, wobei ihnen die durchaus Streitigkeit nicht abgeneigten Anbieter helfen. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass das bayerische Medienrecht auch einem schnellen Alterungsprozess unterliegt, der es verbietet, sich von der justiziellen Entscheidungskette abzukoppeln. Rechtsprechungsanalyse wird auch in Zukunft dasjenige sein, was die Erkenntnis des bayerischen Medienrechts am allermeisten fördert.

Wirft man einen Blick auf die Position einzelner Gerichte, die das bayerische Medienrecht maßgeblich bestimmt haben, so stechen hier einerseits der Verwaltungsgerichtshof und andererseits der Verfassungsgerichtshof ins Auge und zwar, so muss man wohl für die Rechtsprechungsperiode 2000 bis 2010 konstatieren, mit inzwischen vertauschten Rollen. Während der Verwaltungsgerichtshof bis zum Wechsel der Senatszuständigkeit vom 25. Senat auf den 7. Senat in absoluter Ferne zum neuen Medienmodell, um nicht zu sagen Feindschaft verharrte und sich dabei zu Entscheidungen treiben ließ, die einen Punkt erreichten, an dem es nicht mehr weiter ging³⁰⁸ (Richterpensionierung und Zuständigkeitswechsel beseitigten den unerträglichen Zustand), so sind seitens des 7. Senats zwar auch „kapriziöse“ Entscheidungen ergangen (die Normenkontroll-

³⁰⁸ Siehe hierzu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, Oktober 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 97 ff.

entscheidung zur Gewinnspielsatzung dürfte hier an vorderster Stelle stehen³⁰⁹), die Grundlagen des bayerischen alternativen Rundfunksystems hat er aber nicht mehr in Frage gestellt. In der Judikatur des 7. Senats fehlt jedenfalls die permanente Anzweiflung der verfassungsrechtlichen Grundlagen des neuen Rundfunks einschließlich des Versuchs, diesem Rundfunkmodell das Leben so schwer wie möglich zu machen. Dieser Senat judiziert *lege artis*, also mit den Mitteln der juristischen Auslegungsmethodik. Dass hier auch Entscheidungen ergehen, die man nicht in dieser Form oder mit diesem Inhalt erwartet hätte, liegt gleichwohl in der Natur der Sache. Ein Beispiel hierfür bietet der Streit um den entgeltfreien Kanal, in dem jedenfalls die Landeszentrale mit der ergangenen Entscheidung offenbar nicht gerechnet hatte oder mehr Aufklärung erwartet hätte³¹⁰. Während aber in der Zeit der Judikatur des 25. Senats die Landeszentrale immer wieder genötigt war, ihr Recht beim Verfassungsgerichtshof zu suchen und dort auch fand³¹¹, stellt sich die heutige Situation fast umgekehrt dar; der Verfassungsgerichtshof, der offenbar nach wie vor unter dem Schock der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts leidet, erscheint geradezu peinlich bemüht, sich nicht nochmals eine Rüge aus Karlsruhe einzuhandeln, gehe dies auch auf Kosten einer notwendigen Weiterentwicklung des alternativen bayerischen Rundfunkmodells und der sinnvollen Umsetzung der durch den „extra radio“-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vorgezeichneten Maßgaben³¹².

Ein weiterer Punkt, der gegenüber früheren Rechtsprechungsperioden ins Auge sticht, ist inzwischen wieder die unbedingte Anerkennung der Auto-

³⁰⁹ Siehe hierzu I. Abschnitt, Teil III.

³¹⁰ Vgl. hierzu I. Abschnitt, Teil XI.

³¹¹ Siehe dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, Oktober 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 9 Fn. 6 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

³¹² Siehe dazu Teil I 5. der vorstehenden Rechtsprechungsanalyse.

rität des Verfassungsgerichtshofs. Der permanente Versuch des 25. Senats des Verwaltungsgerichtshofs, der Bindungskraft der Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs zu entgehen, führte zu einem jahrelangen Konflikt, der weder dem Ansehen des Verfassungsgerichtshofs noch dem des 25. Senats des Verwaltungsgerichtshofs gut tat und gleichzeitig im Grunde an eine der zentralsten Festlegungen der Bundesrepublik nach 1949 rührte, nämlich die unbedingte Beachtlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und nicht nur solcher des Bundesverfassungsgerichts, sondern auch der Landesverfassungsgerichte.

Soweit in seltenen Fällen Bundesgerichte in Streitigkeiten eingeschaltet werden, die eine Wurzel im Rundfunk der Landeszentrale besitzen (Bundesverwaltungsgericht, Bundesverfassungsgericht, gelegentlich auch Bundesgerichtshof) scheint deren Grundansatz von größerer Modellferne gekennzeichnet zu sein als der der bayerischen Gerichte; dieser Schluss wird jedenfalls durch eine Wortwahl niedergelegt, die einen zentralen Punkt des alternativen bayerischen Rundfunkmodells, nämlich die Grundrechtsberechtigung der Landeszentrale, betrifft. Diese wird allenfalls als Möglichkeit angedeutet, aber keineswegs als feststehend angenommen³¹³.

6. Die Landeszentrale als Zentrum des von ihr getragenen und verantworteten Rundfunks

Nach wie vor ist die Bayerische Landeszentrale für neue Medien Zentrum und Seele des von ihr getragenen und verantworteten Rundfunks. Dies gilt trotz der bedeutsamen Änderungen, die sich zwischenzeitlich vollzogen haben. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass der ursprünglich dreistufige Aufbau des neuen Rundfunks mit der Landeszentrale als

³¹³ Siehe hierzu BVerfGE 97, 298 (314); BVerwG ZUM 2000, S. 79 (82); vgl. dazu auch schon *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, ebd., S. 88/89.

öffentlich-rechtlicher Trägerin, der auch die öffentliche Verantwortung für den neuen Rundfunk zukommt, mit einer von den Kabel- oder Medienbetriebsgesellschaften besetzten Mittelstufe und einer Basis, die sich aus den privatrechtlich operierenden Anbietern konstituiert, auf ein zweistufiges Modell reduziert wurde, in dem zwischen der Landeszentrale und Anbietern ausschließlich öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen herrschen und die Mittelebene ersatzlos weggefallen ist. Dies könnte als eine Stärkung der Stellung der Landeszentrale angesehen werden, bringt aber bei genauer Betrachtung keinen Zuwachs an Rechtsmöglichkeiten für diese, weil auch zu Zeiten der rechtlichen Einbindung der Kabel- und Medienbetriebsgesellschaften deren Verträge mit den Programmanbietern der Genehmigung durch die Landeszentrale bedurften. Im Übrigen ist auch die enorme Einbuße an Bestimmungs- und Entscheidungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, die sich aus der faktischen Entföderalisierung des Rechtsregimes für bundesweit verbreitete Rundfunkprogramme dadurch ergeben hat, dass zentrale Kommissionen über Zulassung und Aufsicht, Vereinbarkeit mit den Antikonzentrationsbestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags, Jugendschutz und Zuweisung von Übertragungskapazitäten sowie Belegung von Plattformen entscheiden (vgl. § 36 RStV). Der Umstand, dass diese Kommissionen formal als Organe der zuständigen Landesmedienanstalt fungieren und die Ausführungskompetenz bei diesen verblieben ist, ersetzt in keiner Weise den Verlust an Entscheidungsautonomie, der mit dem 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag abgeschlossen wurde, nachdem schon vorher KEK und KJM wichtige Entscheidungsbereiche übernommen hatten. Betroffen ist dabei vor allem der plural besetzte Medienrat, der allein der Verfassungsnorm des Art. 111a Abs. 2 Satz 2 BV entspricht, wonach die gesellschaftlich relevanten Gruppierungen an der Aufsicht über den Rundfunk teilhaben³¹⁴.

Im innerbayerischen Rechtsraum wiegt besonders schwer das Faktum, dass seit der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

³¹⁴ Vgl. dazu oben bei Fn. 305, 306.

der Landeszentrale selbstständige Grundrechtsträger in Form der Anbieter gegenüberreten, deren Grundrechtsberechtigung verfassungsgerichtlich eindeutig anerkannt wurde, während die der Landeszentrale immer noch mehr oder weniger in der Schwebe ist. Aber auch, soweit die Landeszentrale als Grundrechtsträger anerkannt wird (so durch den Bayerischen Verfassungsgerichtshof) ist die Frage des Ausgleichs der miteinander möglicherweise konfligierenden Grundrechtsberechtigungen der Anbieter einerseits, der Landeszentrale andererseits (so insbesondere bei der Neuorganisation von lokalem und regionalem Rundfunk in den unterschiedlichen Regionen des Staatsgebiets) im Grunde nicht voll geklärt: Solange die Rechtsprechung, insbesondere die des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, daran festhält, dass die Grundrechtsberechtigung der Landeszentrale aus dem Rundfunkgrundrecht nur eine unter anderen ist und sich bei Grundrechtskonflikten ohne Privilegierung einem Abwägungsprozess mit der Rundfunkgrundrechtlichkeit von Alt- und Neuanbietern aussetzen muss, kann von einer echten Trägerschaft der Landeszentrale im Grunde keine Rede sein. Damit wird aber die Weitergeltung von Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV ausgehöhlt, obwohl der normative Fortbestand dieser Verfassungsnorm weder vom Bundesverfassungsgericht noch vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof jemals bezweifelt wurde und die Vorschrift der Bayerischen Verfassung auch die Verfassungsreformen der Jahre 1998 und 2003 unangetastet überstand. Die bayerische Verfassungsrechtsprechung war bisher nicht bereit, diese normative Diskrepanz zwischen Geltungsanspruch von Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV und gegenläufigen Grundrechtsansprüchen von Anbietern zu beseitigen. Sie wäre dazu eher imstande, wenn sie berücksichtigen würde, dass die Rundfunkgrundrechtlichkeit der Anbieter letztendlich von der Schaffung der Trägereinheit Landeszentrale abhängig ist und in diesem arbeitsteiligen System, das der bayerische Gesetzgeber mit seiner Mediengesetzgebung geschaffen hat, die Grundrechtsberechtigungen funktional so verteilt sind, dass die Landeszentrale ihre Trägerschaft auch real durchsetzen kann.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Trägerschaftsprobleme schon zu Beginn des neuen Rundfunks eine zentrale Rolle in der Rechtsprechung gespielt haben, aber in einer ganz anderen Variante. Der seinerzeit zuständige 25. Senat des Verwaltungsgerichtshofs war immer wieder bemüht, die reale Trägerschaft der Landeszentrale anzuzweifeln; dies geschah in unterschiedlichen Varianten, die hier nur cursorisch aufgezählt werden sollen. Zum einen wurde das der Landeszentrale zur Verfügung stehende Instrumentarium in seiner Effektivität angezweifelt (vgl. vor allem Art. 15 MEG, jetzt Art. 16 BayMG) oder moniert, dass die Landeszentrale es nicht entsprechend einsetze. Der Trägerschaft der Landeszentrale wurde zum anderen auch dadurch zu Leibe gerückt, dass der Verwaltungsgerichtshof immer wieder Anbieterrechte herausarbeitete, die letztendlich die Trägerschaft der Landeszentrale eingrenzen sollten³¹⁵. In Abwägungsentscheidungen im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes wurde der Rundfunk der Landeszentrale als minderwertig und durch Printmedien substituierbar eingeschätzt³¹⁶ oder ihrem Rundfunkgrundrecht mit dem erhobenen Zeigefinger des Missbrauchs zu Leibe gerückt, der zur Verwirkung führen könne³¹⁷. Bei der Ableitung entgegenstehender Anbieterrechte versuchte der Verwaltungsgerichtshof unter der Ägide des 25. Senats stets, diese als einfachrechtliche zu konstruieren, um mit der Rundfunkfreiheit der Landeszentrale nicht in Konflikt zu kommen; dabei

³¹⁵ Siehe hierzu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 56, 77.

³¹⁶ *Stettner*, ebd., S. 22; warum dann die Schöpfer des Grundgesetzes das vor dem Hintergrund des Rundfunkverbots des Dritten Reichs entstandene Grundrecht auf Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt.) eingeführt haben, bleibt unerfindlich, kann man doch immer auf die Presse ausweichen, die Frage ist nur, ob der Erfolg derselbe ist.

³¹⁷ *Stettner*, ebd., S. 36, 141; dass Art. 18 GG eine eigene Vorschrift über die Grundrechtsverwirkung enthält, die aus gutem Grund die Entscheidung über eine Grundrechtsverwirkung wegen Missbrauchs beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert, wird vom Verwaltungsgerichtshof schlicht und einfach ignoriert.

wird großzügig übersehen, dass sowohl das seinerzeitige Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz ein typisches grundrechtseffektuiendes Organisations- und Verfahrensgesetz war, wie es heute das Bayerische Mediengesetz ist. Das Auseinanderdividieren von Grundrecht und grundrechtsrealisierendem Organisationsgesetz war künstlich und verfehlte Funktion und Geist der vom Gesetzgeber geschaffenen Regelung. Auffallend ist auch, wie sehr sich der Verwaltungsgerichtshof in dieser Zeit darum bemühte, Verfahrensobligationen in materielle subjektive Rechte umzumünzen oder die wirtschaftlichen Interessen der Anbieter den programmlichen Zielen der Landeszentrale vorzuordnen, was vom Verfassungsgerichtshof mehrfach zurückgewiesen wurde³¹⁸. Eine weitere Variante, um die Trägerschaft der Landeszentrale zu beschneiden, waren massive Vorgaben des Verwaltungsgerichtshofs bis hin zu genauen Anweisungen hinsichtlich Stunde und Minute, wann Sendezeit für Werbung stattfinden müsse; der Verwaltungsgerichtshof fühlte sich an diesem Unterfangen weder durch den Grundsatz der Gewaltenteilung noch durch das Prinzip der Staatsfreiheit des Rundfunks gehindert³¹⁹. Als Höhepunkt in der Negierung der Trägerschaft der Landeszentrale durch den 25. Senat des Verwaltungsgerichtshofs darf die Entscheidung vom 30.3.1992 bezeichnet werden³²⁰. Hier wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen einen von der Landeszentrale für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakt (Anordnung) wieder hergestellt, weil es den Programmen der Landeszentrale an einer substanziellen Trägerschaft fehle. „Für die sofortige Vollziehbarkeit einer Teilregelung im Rahmen eines insgesamt – weiter bestehenden – verfassungswidrigen Zustands, ist ein anerkennenswertes Interesse nicht gegeben.“ Die fehlende Trägerschaft wurde darin gesehen, dass die Landeszentrale nicht über ausreichend

³¹⁸ Vgl. VerfGH 45, 80 (84); 45, 149 (155).

³¹⁹ Siehe dazu *Stettner*, ebd., S. 28/29.

³²⁰ Abgedruckt in ZUM 1992, S. 378 mit Anm. Kresse, ZUM 1992, S. 353; dazu auch *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 97 ff.

Befugnisse zur Steuerung des Rundfunks verfüge, bzw. diese nicht einsetze. Dass mit dieser Argumentation der gesamte Rundfunkbetrieb der Landeszentrale hätte lahm gelegt werden können, weil jeder ihrer Anordnungen das Interesse an einer sofortigen Vollziehbarkeit hätte bestritten werden können, ist offensichtlich. Mit dem Personal- und Zuständigkeitswechsel vom 25. zum 7. Senat ist diese Rechtsprechung ebenfalls außer Dienst gestellt worden.

Hingewiesen sei noch auf eine weitere Alternative, mit der Trägerschaft der Landeszentrale und ihre Grundrechtsberechtigung eingeschränkt werden könnte und die vom Bundesverwaltungsgericht stammt³²¹. Das Bundesverwaltungsgericht möchte offenbar, soweit es der Landeszentrale überhaupt eine Grundrechtsberechtigung und damit Trägerschaftspotential einräumt, dieses nur für die „unmittelbare Programmgestaltung“ gelten lassen. Im Übrigen soll die Landeszentrale auf eine „diskrete Letztverantwortung“ beschränkt werden. Was dies allerdings im Einzelnen bedeuten würde, wird nicht näher ausgeführt.

Trägerschaft und Grundrechtsberechtigung der Landeszentrale werden jedenfalls zumindest formal von den bayerischen Gerichten inzwischen voll anerkannt, auch wenn sich gerade der Verfassungsgerichtshof noch nicht dazu durchgerungen hat, daraus auch substantielle Konsequenzen zu ziehen³²².

Es ist aber noch klar zu stellen, dass bei aller Anerkennung der Grundrechtsberechtigung von Landesmedienanstalten, hier vorrangig der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien, diese nicht dazu dienen kann, dass Landesmedienanstalten gestützt auf grundrechtliche Verbürgungen gegeneinander Verwaltungsprozesse führen oder gar Verfassungsrechtsbehelfe einlegen, wie dies im Verfahren um das Deutsche SportFernse-

³²¹ BVerwG, ZUM 2000, S. 79 (83).

³²² Siehe hierzu I. Abschnitt, Teil I, S. 19 ff.

hen geschah³²³. Der Grundrechtsschutz soll die Landesmedienanstalten als Schirm der von ihnen zugelassenen Anbieter (Veranstalter) gegen staatliche Ingerenzen absichern und nicht als Mittel genutzt werden, wechselseitig missliebige Entscheidungen zu bekämpfen. Die realen Voraussetzungen eines solchen Vorgehens dürften allerdings auch heute beseitigt sein, weil einseitige Zulassungsentscheidungen betreffend bundesweiten Rundfunk durch die neue Zulassungsstruktur (ZAK, KEK, KJM, GVK, siehe oben) unmöglich gemacht worden sind.

7. Die Rechtstellung der Anbieter

Bei Schaffung des alternativen öffentlich-rechtlichen Rundfunks der Landeszentrale durch das Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz sollte der öffentlich-rechtliche Rundfunk des bayerischen Rundfunks Pate stehen; die Vorstellung einer starken Trägereinheit, die den Rundfunkbetrieb wahrnahm, war leitbildgebend; so wie der Bayerische Rundfunk Programmproduktionen außer Hauses vergibt („outsourcing“), sollte die Landeszentrale aus Beiträgen privater Anbieter ihren Rundfunk gestalten. Anders allerdings als dies für den Bayerischen Rundfunk der Fall ist, war es von Anfang an nicht vorgesehen, dass die Landeszentrale selbst Programme produziert; ihr Rundfunk war aus den Angeboten privater Programmproduzenten zu organisieren. Es entsprach dem Vorbild gebenden Konzept des Bayerischen Rundfunks, dass Träger des Rundfunkgrundrechts ausschließlich die Bayerische Landeszentrale für neue Medien sein sollte, die als Veranstalter des neuen Rundfunks firmierte. Die Grundrechtstellung der Anbieter sollte der privater Programmproduzenten entsprechen, die dem Bayerischen Rundfunk Programme entweder als Auftragsarbeiten oder im Verkaufswege zuführen. Die Stellung der Anbieter vor „extra radio“ war im Übrigen keineswegs eine rechtlose; sie konn-

³²³ Siehe dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72., S. 130 ff.

ten Gleichheitssatz und Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch der Landeszentrale gegenüber geltend machen, allerdings nicht das Rundfunkgrundrecht (siehe dazu im Folgenden unter 11.). Inwieweit ihnen berufsgrundrechtlicher Schutz zuzuerkennen war, ist von der Rechtsprechung noch nicht eindeutig beantwortet worden, der Verfassungsgerichtshof hatte in seiner Leitentscheidung zum alternativen bayerischen Rundfunkmodell den berufsgrundrechtlichen Schutz des Rundfunkunternehmers wegen Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV verneint³²⁴. Der Verwaltungsgerichtshof hat unter der Zuständigkeit des 25. Senats (getreu seiner Tendenz zur Aufwertung der Anbieterrechte) sehr wohl den Grundsatz der Berufsfreiheit zugunsten der Anbieter herangezogen³²⁵. Die Frage ist für die Analyseperiode 2000 bis 2010 wieder virulent geworden, weil hier sogar das Bundesverfassungsgericht neben rundfunkgrundrechtlichem Schutz die Möglichkeit der Anwendung des Berufsgrundrechts zugunsten eines durch eine Anordnung der Landeszentrale mittelbar betroffenen Programmproduzenten in den Raum gestellt hat³²⁶.

Seit „extra radio“ ist jedenfalls, wie erwähnt, die rundfunkgrundrechtliche Absicherung der Anbieter nach bayerischem Recht verfassungsgerichtlich *res facta*. Die Landeszentrale, deren Rundfunkgrundrecht von den Bundesgerichten allenfalls für möglich gehalten wird³²⁷ (Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht) muss mit einer Fülle neuer Grundrechtsträger rechnen. Nach der schon öfters zitierten Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs steht sie in ihren programmlichen Zielsetzungen den Anbietern vollkommen gleich. Allenfalls durch Abwägung (praktische Konkordanz) kann ein Ergebnis erzielt werden,

³²⁴ Siehe hierzu VerfGH 39, 96 (150).

³²⁵ Siehe hierzu VGH BayVBl. 1998, S. 17 (18) und dazu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 52/53.

³²⁶ Siehe dazu I. Abschnitt, Teil II 1. b) cc) und Teil III 2 c).

³²⁷ Siehe dazu oben bei 5.

das möglicherweise auch die Programm- oder Organisationsvorstellungen der Landeszentrale als vorrangig behandelt. Dies muss aber keineswegs immer so der Fall sein. Angesichts der Offenheit dieses Vorgangs und des Fehlens einer Skala, die für die Güterabwägung bestimmend sein könnte (eine Crux, die das Bundesverfassungsgericht seit seiner Option für das Verfahren der Güter- und Interessenabwägung im Lüth-Urteil³²⁸ begleitet), dürfte sich quasi eine Herrschaft der Richter bei der Programmgestaltung ergeben. Eine Abhilfe würde nur geschaffen werden, wenn man ein Regel-/Ausnahmeverhältnis zugunsten der Programm- und Organisationsvorstellungen der Landeszentrale anerkennen würde, die nur im Ausnahmefall und bei entsprechend gewichtigen Gründen den gegenläufigen Zielsetzungen der Alt- und Neuanbieter zu weichen hätte.

Wenn aber ein solches Konzept für die Verfassungsgerichte (insbesondere für den Bayerischen Verfassungsgerichtshof, der das Damoklesschwert der „extra radio“-Entscheidung nach wie vor über sich verspürt) nicht akzeptabel sein sollte, wäre seitens der Gerichte doch auf alle Fälle mehr darauf zu achten, ob nicht der Gesetzgeber den Grundrechtskonflikt bereits in einer die wechselseitigen Rechtsstellungen adäquat berücksichtigenden Weise entschieden hat. Gerade im bekannten „extra radio“-Fall, aber auch der dem vorliegenden Analysezeitraum angehörenden Entscheidungskette zum Fernsehfenster für München im Programm RTL wurde massiv gegen den Grundsatz verstoßen, dass es der Gesetzgeber ist, der vorrangig Grundrechtskollisionen in adäquater Weise aufzulösen hat und dass nicht einfach über die gesetzlichen Ausgestaltungsnormen hinweg auf die „nackten“ Grundrechte durchgegriffen werden darf³²⁹. Die für die Rechtsprechung nicht nur im „extra radio“-Fall, sondern insbesondere in der Entscheidungskette zum Fernsehfenster für München im Programm RTL charakteristische Attitüde, Gesetzesnormen zu vernachlässi-

³²⁸ BVerfGE 7, 198 ff.

³²⁹ Siehe hierzu I. Abschnitt, Teil I 4. und Fn. 30.

gen, weil vermeintlich die Sicherung eines pluralistischen Rundfunks gegenüber der vom Gesetzeszweck verfolgten wirtschaftlichen Saturierung der Anbieter Vorrang genieße, vergisst zum einen, dass Pluralismus sehr schnell ein Ende haben kann, wenn die vom Gewinn abhängigen Rundfunkunternehmer den Konkurrenzdruck nicht durchstehen. Die gerichtliche Haltung führt zum anderen dazu, dass Gerichte meinen, die wirtschaftliche Situation von Anbietern selbst einschätzen und Gesetznormen hintan stellen zu können, in denen der Gesetzgeber höchst vorsorglich eine Zusammenarbeit anordnet, um in den kleinen Räumen, die lokaler oder regionaler Rundfunk versorgt, nicht eines Tages vom Pluralismus in der Vergangenheit sprechen zu müssen. Dass im Übrigen mangelnde Beachtung von geschriebenem Gesetzesrecht des Bayerischen Mediengesetzes gegenüber der vermeintlich von den Gerichten unmittelbar zu lösenden Grundrechtskonkurrenz zwischen Landeszentrale, Alt- und Neuanbietern auch das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts gegenüber nachkonstitutionellem formellem Gesetzesrecht bzw. die Verpflichtung zur Richtervorlage nach Art. 92 BV verletzt, sollte eigentlich den Gerichten selbstverständlich sein, muss aber offenbar immer wieder eingeschärft werden.

8. Prognosen des Gesetzgebers oder der Landeszentrale und gerichtliche Kontrolle

Die Zulassung von Anbietern zum Rundfunkbetrieb ist auch stets mit prognostischen Einschätzungen verbunden, weil zum einen das Programmangebot des betreffenden zugelassenen Anbieters für den Genehmigungszeitraum nachhaltig aufrechterhalten werden soll und zum anderen die Bejahung dieses Erfordernisses nicht nur von der Persönlichkeit des Anbieters oder von seiner Umgebung abhängig ist, sondern zentral von seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Es ist schon vorstehend klar geworden, dass die Gerichte dazu neigen, diese Dinge nicht ausreichend zu berücksichtigen, sondern meinen, dem Anbieter auch weiterhin eine Sendetätigkeit im bisherigen Umfang ermöglichen zu sol-

len, weil dies dem pluralistischen Meinungsbild zuträglich ist. Die Bedeutung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wird dabei häufig nicht ausreichend gewürdigt. Regelmäßig dürfte auch davon auszugehen sein, dass Gerichte die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Anbietern nur sehr begrenzt beurteilen können, insbesondere was zukünftige Verläufe anlangt. Hierzu fehlen ihnen nicht nur Unterlagen, sondern auch ökonomische Kenntnisse.

Es geht aber nicht nur um Prognoseentscheidungen der Landeszentrale, wenn diese die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Anbieters negativ einschätzt, sondern auch um gesetzgeberische Prognosen. Diese dürfen von den Gerichten nicht einfach negiert werden, wobei einem solchen Vorgehen gleichsteht, wenn judikatorisch das Vorhandensein einer gesetzgeberischen Prognose nicht erkannt wird. Die Leitentscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum alternativen bayerischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk³³⁰ geht hier vorbildlich vor, indem sie immer wieder betont, dass der Gesetzgeber die Funktionsfähigkeit des neuen Rundfunkmodells zwar unter einen Experimentiervorbehalt gestellt habe, gleichwohl aber prognostisch nicht fehlgelegen habe, wenn er davon ausgehe, dass die Landeszentrale über ausreichend Steuerungsbefugnisse verfüge. Es könne also erprobt werden, ob unter der Geltung der Regelungen des Bayerischen Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetzes öffentlich-rechtliche Trägerschaft und öffentliche Verantwortung gewährleistet sei³³¹. Sowohl im „extra radio“-Fall als auch in der Entscheidungskette zum Fernsehfenster für München im Programm RTL sind dagegen gesetzgeberische Prognosen, wonach ein hartes Frequenzsplitting an einem Einfrequenzstandort zu wirtschaftlichen Unzuträglichkeiten führt und durch eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft zu ersetzen ist, bzw. in *einem* Verbreitungsgebiet aus denselben Gründen ein lokales Fernsehfensterprogramm und ein lokales Fernseh-

³³⁰ VerfGH 39, 96.

³³¹ Siehe dazu VerfGH, ebd., S. 142ff.

programm nicht in Konkurrenz, sondern gemeinschaftlich durch eine Anbietergesellschaft oder -gemeinschaft gestaltet werden sollten, ignoriert worden. Der eigenverantwortlichen Teilnahme von Anbietern am publizistischen Wettbewerb wurde demgegenüber durch die Gerichte der Vorrang eingeräumt, wobei treibende Motivation war, ein vorhandenes pluralistisches Rundfunkangebot nicht durch den Zwang zur Zusammenarbeit in seiner Vielfalt zu reduzieren. Ein solches Vorgehen ist auf jeden Fall unzulässig, weil es dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzesbindung der Justiz widerspricht. Sollte sich die Prognose des Gesetzgebers als unhaltbar herausstellen, ist ein Nachbessern des Gesetzgebers angezeigt; gerichtlicherseits stünde der Weg der Richtervorlage offen. Dass aber an Einfrequenzstandorten oder in kleinräumigen Versorgungsgebieten zu viel Wettbewerb tödlich sein kann, ist sicherlich keine gesetzgeberische Erwägung, die sich vorhalten lassen müsste, prognostisch unhaltbar zu sein. Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass etwa am Sendestandort Hof (Einfrequenzstandort) nach wie vor keine Anbietergemeinschaft existiert und gerade der Anbieter, der sich am meisten gegen seine Einbeziehung in eine solche Kooperation wehrte, bislang überlebt hat³³². Die gesetzgeberischen Prognosen sind aber auch nur als Vorzeichnung typischer Verläufe gemeint; selbst wenn sie sich in dem einen oder anderen Fall nicht bewahrheiten sollten, bleiben die darauf gestützten Normen anwendbar. Darin offenbart sich der Grundsatz, dass eine gesetzgeberische Prognose so lange Wirkung zeitigt, als die ex ante vorgenommene Vorausschau, die ihr zugrunde liegt, nicht unhaltbar war. Offenbart sich die Unrichtigkeit der gesetzgeberischen Prognose ex post, so wird dadurch eine daraus

³³² Siehe dazu I. Abschnitt, Teil XII. Allerdings hat dieser Anbieter nach jeder Genehmigungsperiode (erfolglos) versucht, mehr Sendezeit zu erhalten mit der Begründung, das Überleben sei mit der wenigen Sendezeit nicht möglich. Auch sind dem Frequenzpartner, der nach professionelleren Standards (und damit kostenaufwändiger) arbeitet als extra radio, angesichts der unattraktiven wirtschaftlichen Verhältnisse die meisten Gesellschafter abhanden gekommen, die zur Vielfalt beitragen sollten.

geschützte Norm nicht ohne weiteres unwirksam; der Gesetzgeber ist möglicherweise aber gehalten, nachzubessern³³³. Dass die Gerichte eine solche Norm im Wege des Vorlageverfahrens vom Verfassungsgericht überprüfen lassen können, ist für formelle (nachkonstitutionelle) Gesetznormen nicht ausgeschlossen.

9. Diskrepanzen bei den rechtlichen Anforderungen an Satzungen

Die Analyse von medienrechtlichen Entscheidungen im Zeitraum 2001 bis 2010 geht auch auf zwei Normenkontrollentscheidungen ein, die zum einen die Gewinnspielsatzung und zum anderen eine Vorschrift der Hörfunksatzung betreffen. Erstere stammt aus dem Jahr 2009, letztere aus dem Jahr 2006. Beide sind vom 7. Senat des Verwaltungsgerichtshofs erlassen worden, zeigen aber einen ganz unterschiedlichen Duktus³³⁴. Die ältere Entscheidung schlägt vor allem im Hinblick auf die Rechtsgrundlage der Satzung, aber auch den Satzungserlass die jedem Verwaltungsjuristen bekannten Wege ein; da es um einen Eingriff in das Grundrecht der Rundfunkfreiheit von Anbietern geht (Anordnung von Zwangskooperationen zur Verbesserung der Kosten oder Erlössituation) musste auf Grund der seit dem Facharzt-Urteil³³⁵ praktizierten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung das Wesentlichkeitsprinzip beachtet werden, das einen Parlamentsvorbehalt für die grundlegenden Entscheidungen im Gemeinwesen beinhaltet, wozu insbesondere die Zulassung von Grundrechtseingriffen von nicht nur ganz peripherer Art gehört. Satzungen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts unterliegen keinem so strikten Delegationszwang, wie er in Art. 80 GG für Rechtsverordnungen vorgesehen ist, die auf Grund von Bundesgesetzen durch

³³³ Siehe dazu *Stettner*, Rundfunkstruktur im Wandel, 1988, S. 21 ff.

³³⁴ Vgl. dazu I. Abschnitt, Teil III und Teil IV.

³³⁵ Vgl. BVerfGE 33, 125 (148 ff.).

Organe der unmittelbaren Verwaltung erlassen werden. Soweit allerdings Satzungen Grundrechtseingriffe vorsehen oder ermöglichen, muss eine normative Grundlage vorhanden sein, die dem soeben umrissenen Parlamentsvorbehalt entspricht. Dies war nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs bei der angegriffenen Vorschrift der Hörfunksatzung nicht der Fall, sodass die angegriffene Satzungsbestimmung für nichtig erklärt wurde.

Die drei Jahre später ergangene Entscheidung zur Gewinnspielsatzung weist leider nicht die Stringenz auf, die an sich von Rechtsprechung und Wissenschaft im Zusammenhang mit der rechtlichen Behandlung der beiden Formen administrativer Normsetzung (Rechtsverordnung einerseits, Satzung andererseits) bereits erreicht ist. Sie behandelt Satzungen so, als bedürften sie einer Delegationsnorm, die nahezu deckungsgleich den Anforderungen zu entsprechen hat, die Art. 80 für Rechtsverordnungen aufstellt und ignoriert dabei, dass der Erlass von Satzungen ursprünglich (d.h. in der Phase des Erlasses des Grundgesetzes) als Emanation von Selbstverwaltungsrechten positiv gesehen wurde. Der Satzungserlass wurde deshalb auch nicht unter die Restriktionen gestellt, die man für Rechtsverordnungen als notwendig ansah, waren diese doch nach wie vor mit dem traumatischen Erlebnis des Ermächtigungsgesetzes vom März 1933 behaftet.

Aber nicht nur diese Verquickung dogmatisch an sich seit langem gut herausgearbeiteter und von einander abgegrenzter Formen administrativer Normsetzung stört, noch mehr ist es die Annahme, das Demokratieprinzip, das an sich im Grundgesetz seine letztgültige Ausprägung erfahren hat, sei dynamisch zu sehen und verlange, dass die Gremien von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die zum Satzungserlass befugt sind, wiederum demokratischen Anforderungen gerecht werden müssten, was für das maßgebliche Gremium der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien, den Medienrat, nicht der Fall sei. Dieser ist entsprechend dem Prinzip pluralistischer Repräsentanz gruppenspezifisch konstruiert, folgt also dem Gedanken der Vertretung der relevanten

gesellschaftlichen Gruppen und nicht dem Egalitätsgebot, das für eine demokratische Wahl leitbildgebend ist. Dabei wird aber verkannt, dass dem Demokratieprinzip im Zusammenhang mit dem Satzungserlass und mit der Einführung des Parlamentsvorbehalts bereits Genüge getan ist. Wenn nämlich eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, die das Wesentlichkeitsprinzip befolgt und die zentralen Weichenstellungen auch im Zusammenhang mit dem Satzungserlass dem Gesetzgeber reserviert, was für Grundrechtseingriffe nahezu immer der Fall sein muss, wird dem Demokratiegedanken kein Abbruch getan, wenn Administrativorgane diese Ermächtigung zum Grundrechtseingriff auf gesetzmäßigem Wege durch Satzungserlass ausnutzen. Im Gegenteil, es würde der Prärogative des demokratischen Gesetzgebers Abbruch tun, wollte man verlangen, dass nunmehr demokratisch gewählte Gremien juristischer Person des öffentlichen Rechts (wie es sie bei den Gemeinden beispielsweise gibt) nochmals über die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen und sonstigen wesentlichen Satzungsgegenständen entscheiden. Diese Fragen sind seitens des Parlaments geklärt und bedürfen nicht nochmals einer (pseudo-)demokratischen Legitimation, sondern ausschließlich des (hier normativen) Vollzugs.

Auch das Staatsfernegebot des Rundfunkgrundrechts zwingt zu keiner anderen Einschätzung. Im Grunde würde es besser als Gebot der Regierungsferne bezeichnet, weil darin seine eigentliche Funktion besteht. Jedenfalls entzieht es Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht der Gesetzgebung, denn einerseits ist die Ausgestaltung des Grundrechts durch eine positive gesetzliche Ordnung verfassungsrechtlich vorgegeben und andererseits untersteht auch das Rundfunkgrundrecht wie die anderen Teilfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG dem beschränkenden Gesetzgeber, der allerdings die spezifischen Bedingungen nach Art. 5 Abs. 2 GG einzuhalten hat. Hierbei gelten für das Rundfunkgrundrecht keine anderen Regeln als für die restlichen Kommunikationsfreiheiten des Artikels. Ist die Einhaltung von Art. 5 Abs. 2 GG zu bejahen, so sind Satzungsermächtigungen der Mediengesetze mit keinen anderen Problemen behaftet als sie sonst für

autonome Rechtssetzung juristischer Personen auftreten. Insbesondere sind sie nicht wieder selbständig auf Einhaltung von Demokratiegebot und Gebot der Staatsferne des Rundfunks abzurufen.

10. Das „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“

Im Fall „ZUFFA UK Ltd.“ hat die Landeszentrale zum ersten Mal verlangt, dass unter ihrer Trägerschaft ausgestrahlte Programmbestandteile dem „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“ entsprechen müssten, wobei dieser Begriffskomplex mit den verfassungsrechtlichen Aussagen von Art. 111a Abs. 1 Sätze 4-6 BV begründet und ausgefüllt wird. Bekanntlicherweise muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk, soweit er Anstaltsrundfunk ist, das Kriterium der Grundversorgung erfüllen, das aber wohl bisher eher so verstanden wurde, dass bestimmte Programmkategorien repräsentiert sein müssen (Bildung, Information, Beratung, Unterhaltung; siehe dazu § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV; weiterhin § 2 Abs. 2 Nr. 14-16 RStV). Das „Leitbild des öffentlich verantworteten und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betriebenen Rundfunks“ sagt demgegenüber aus, dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk auch eine gewisse inhaltliche Qualität aufweisen muss, die für (originär) privaten Rundfunk nicht in dieser Form vorgeschrieben ist. Der von der Landeszentrale betriebene Rundfunk würde also trotz der Zulassung privater Angebote qualitative Anforderungen an die Programminhalte stellen, wie sie der sonstige private Rundfunk in der Bundesrepublik Deutschland nicht zu erfüllen hat. In den vergangenen Perioden medienrechtlicher Rechtsprechung ist eine solche qualitative Anforderung an die von der Landeszentrale verantworteten Programme, soweit zu sehen ist, nicht aufgestellt worden, obwohl der Rückgriff auf Art. 111a Abs. 1 Sätze 2-4 BV solches durchaus nahegelegt hätte. Vermutlich wollte man es den privaten Rundfunkanbietern in der Startphase nicht noch schwerer machen als dies seinerzeit ohnehin der Fall war. Der Ver-

waltungsgerichtshof hatte unter der Ägide des 25. Senats allerdings das Paradoxon kritisiert, dass im bayerischen alternativen Rundfunkmodell „kommerzielle“ private Programme ohne weiteres zu öffentlich-rechtlichen würden³³⁶. Dieses obiter dictum war allerdings nicht weiterführend, denn der Tonfall, in dem es geäußert wurde, stufte schon von vornherein jeden privat gestalteten Rundfunk herab, der aber selbstverständlich nicht von vornherein und notwendig mit Qualitätsmängeln behaftet sein muss. Selbstverständlich kann es nur um die einzelne Rundfunksendung gehen, die dem von der Landeszentrale neuerdings propagierten Leitbild zu entsprechen hat. Folgt man der Auffassung der Landeszentrale, so sind die Verfassungsvorgaben des Art. 111a Abs. 1 Sätze 4-6 BV für den von ihr getragenen Rundfunk bindend, mochten sie auch in der bisherigen Praxis der Landeszentrale nicht die Beachtung gefunden haben, die ihnen zustehen würde. Es ist aber selbstverständlich nicht zu übersehen, dass auch Art. 5 Abs. 1 und 2 des Bayerischen Mediengesetzes programmliche Grundsätze enthalten, die allerdings hinter denen von Art. 111a Abs. 1 Sätze 4-6 zurück bleiben, insbesondere was die Verherrlichung von Gewalt, sowie Darbietungen, die das allgemeine Sittlichkeitsgefühl grob verletzen, betrifft.

Allerdings muss darauf geachtet werden, dass nunmehr mit dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag staatsvertragliche Regelungen existieren, die seitens des Freistaats Bayern zu beachten sind. Da aber für die „nicht offensichtlich schwer jugendgefährdende Fernsehsendung“ der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag eine Lücke lässt³³⁷, könnte die neue Rechtsfigur den öffentlich-rechtlichen Charakter des von der Landeszentrale betriebenen Rundfunks verstärken, der ohnehin seit der „extra radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der Nivellierung

³³⁶ Siehe hierzu *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, BLM-Schriftenreihe Bd. 72, S. 98/99.

³³⁷ Vgl. dazu *Bornemann*, ZUM 2010, S. 1 ff. sowie oben bei Fn. 47.

der Grundrechtsberechtigung der Landeszentrale gegenüber den Anbietern zunehmend zu verschwinden droht.

11. Berufsgrundrechtlicher Schutz für Rundfunkanbieter?

Es ist schon mehrmals darauf hingewiesen worden, dass die Rechtsprechung teilweise nicht ausreichend erkennt, wie wichtig gerade für die dauerhafte Existenz eines pluralistischen Rundfunkangebots die wirtschaftliche Sicherung der Anbieter ist. Ein im Augenblick noch blühendes vielfältiges und ausgewogenes Meinungsbild kann schnell sein Ende finden, wenn ein wirtschaftlicher Vernichtungswettbewerb zwischen den Anbietern eintritt. Das Bemühen der Landeszentrale, derartige Konkurrenzen durch Kooperation der Anbieter gar nicht erst entstehen zu lassen oder zu beenden, ist von der Rechtsprechung immer wieder nicht ausreichend gewürdigt worden, die Entscheidungskette zum Fernsehfenster für München im Programm RTL³³⁸ gibt im Analysezeitraum 2000 bis 2010 davon beredtes Zeugnis. Mag aber der judikatorische Blick für die praktische Relevanz wirtschaftlicher Gegebenheiten teilweise unzureichend sein, so gilt dies nicht für die grundrechtliche Seite der wirtschaftlichen Betätigung. Hier schwankt die Rechtsprechung immer wieder, ob den Rundfunkunternehmen neben dem heute ihnen allgemein zuerkannten Rundfunkgrundrecht auch die Sicherung durch das Berufsgrundrecht zugestanden werden soll. Der Verfassungsgerichtshof hat dies, wie schon früher erwähnt, in seiner Leitentscheidung im 39. Band³³⁹ abgelehnt, der Verwaltungsgerichtshof hat dies in den Zeiten der Zuständigkeit des 25. Senats bejaht³⁴⁰. Die spätere Rechtsprechung ist wechselnd, erkennt aber in keinem Fall, welche unerwünschte Konsequenz die Bejahung des berufsgrundrechtlichen Schutzes für das einfach gesetzliche Medienrecht

³³⁸ Vgl. dazu I. Abschnitt, Teil I.

³³⁹ VerfGH 39, 96 (150).

³⁴⁰ VGH BayVBl. 1988, S. 17 (19).

hat. Es ist gemeindeutsches Medienrecht, dass die Zulassung von Privaten zur Veranstaltung von Rundfunk einer Lizenzierung bedarf; diese Notwendigkeit ist Teil der vom Bundesverfassungsgericht geforderten positiven Ordnung, mit der der Gesetzgeber den Rundfunkbetrieb auszustatten hat³⁴¹. Die insoweit erforderliche medienrechtliche Genehmigung ist eine solche des Landesrechts.

Die Aktivierung des Berufsgrundrechts in diesem Zusammenhang würde aber bedeuten, dass Rundfunk auch eine gewerberechtliche Komponente besitzt. Damit wäre aber dann auch die Kompetenz für das Gewerberecht zu berücksichtigen, die nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zwar eine konkurrierende Kompetenz ist, aber vom Bund kodifikatorisch ausgenutzt wurde (Art. 72 Abs. 1 GG). Die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung im 57. Band geforderte Genehmigung des privaten Rundfunkbetriebs würde dann nicht auf landesrechtlicher Basis erlassen werden können. Vorzuziehen ist demgegenüber die Auffassung, dass die gewerbliche Seite privaten Rundfunkbetriebs ausschließlich durch Art. 5 Abs. 1 GG abgesichert ist, so dass keine gewerberechtlichen Bezüge kompetenziell zu beachten sind. Dies dürfte auch der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am ehesten entsprechen³⁴².

Im ZUFFA-Fall scheint das Bundesverfassungsgericht allerdings auch eine berufsgrundrechtliche Prüfung vorzunehmen³⁴³. Dies könnte dann berechtigt sein, wenn der ZUFFA das Rundfunkgrundrecht nicht zusteht, weil sie nicht wie vom Bundesverfassungsgericht im Fall des Pressegrosso entschieden, eine typischerweise rundfunkbezogene Hilfs-(Produzenten-)Tätigkeit ausübt. Es ist denkbar, dass sie ihre Produkte auch auf anderem Wege (etwa über das Internet oder per DVD) vermarktet und dass die rundfunkmäßige Verbreitung nur eine Alternative unter anderen ist. Wird die ZUFFA aber nicht durch das Rundfunkgrundrecht geschützt,

³⁴¹ Vgl. dazu BVerfGE 57, 295 (319 ff.).

³⁴² Siehe hierzu I. Abschnitt, Teil XIII 2 c).

³⁴³ Siehe dazu I. Abschnitt, Teil II 1 b) cc).

so ist ihr zwar berufsgrundrechtlicher Schutz zuzuerkennen. Ein Eingriff der Landeszentrale in den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit scheidet gleichwohl aus, weil die Landeszentrale keine berufsbezogenen Akte setzt.