

**Der Drei-Stufen-Test:
Auftragskonkretisierung per Prozedur**

Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit
des Drei-Stufen-Tests

—

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
an der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Sven-Erik Vespermann
aus München

Hamburg 2011

VERLAG
VON WOLFFRADT

Erstgutachter: Prof. Dr. Karl-Heinz Ladeur

Zweitgutachter: Privatdozent Dr. Wolfgang Schulz

Tag der mündlichen Prüfung: 26.1.2011

ISBN 978-3-9814285-0-6 (Online-Veröffentlichung)

ISBN 978-3-9814285-1-3 (gedruckte Version)

© Verlag von Wolfradt, Hamburg 2011. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hamburg im Jahre 2010 als Dissertation angenommen.

Ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Univ.-Prof. Dr. Karl-Heinz Ladeur, für die hervorragende Betreuung der Arbeit und die Erstellung des Erstgutachtens.

Ihm und Herrn Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D., verdanke ich über die von ihnen an der Universität Hamburg angebotenen Seminare das ausgeprägte Interesse an wissenschaftlicher Arbeit.

Besonderer Dank gebührt auch Herrn Privatdozent Dr. Wolfgang Schulz, Direktor des Hans-Bredow-Instituts, für die kurzfristige Erstellung des Zweitgutachtens. In diesem Zuge sei betont, dass die hervorragend sortierte Bibliothek des Hans-Bredow-Instituts einen maßgeblichen Beitrag zur Entstehung der Arbeit geleistet hat.

Ferner danke ich Herrn Univ.-Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute für die Leitung des Kolloquiums, das am 26. Januar 2011 stattfand.

Die Arbeit ist in wesentlichen Teilen in den Jahren 2007 bis Anfang 2009 und damit zeitlich parallel zu der Diskussion über die Einführung des Drei-Stufen-Tests und dessen staatsvertragliche Regelung geschrieben worden. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis September 2009 berücksichtigt. Durchführung und Ergebnisse der in der Folgezeit real durchgeführten Drei-Stufen-Tests bestätigen die Ergebnisse der Arbeit, konnten aber nicht mehr eingearbeitet werden.

Die Erstellung der Arbeit neben dem Referendariat machte umfassende Entbehrungen privater Art unumgänglich. Ich danke meinen Freunden und meiner Familie für die Nachsicht, die sie alle während dieser Zeit mit mir übten.

Ich widme die Arbeit meinen lieben Eltern, Ute und Horst-Dieter Vespermann, ohne deren vielfältige Unterstützung die Fertigstellung der Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Hamburg, im Januar 2011

Sven-Erik Vespermann

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	II
Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen.....	X
Teil A. Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
Teil B. Zu den Herausforderungen an die Ordnung des Rundfunks durch Digitalisierung ..	4
Teil C. Der Public Value Test der BBC	26
Teil D. Die Theorie der Prozeduralisierung und das Prinzip der Maßstabergänzung	50
Teil E. Anforderungen an das deutsche Verfahren zur Auftragskonkretisierung.	76
Teil F. Die gegensätzlichen Positionen und Ansätze zur Verfahrensgestaltung ..	104
Teil G. Die staatsvertragliche Regelung des Drei-Stufen-Tests, §§ 11 ff. RStV.	143
Teil H. Verfassungsmäßigkeit der staatsvertraglichen Regelung des Drei-Stufen-Tests ..	167
Teil J. Die Prüfung durch die Rechtsaufsicht	255
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	275
Literaturverzeichnis	296

Inhaltsverzeichnis

A. Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
B. Zu den Herausforderungen an die Ordnung des Rundfunks durch Digitalisierung.....	4
I. Staatsfreiheit als Grenze einfachgesetzlicher Auftragskonkretisierung	4
1. Verfassungsrechtlicher Funktionsauftrag / Bestands- und Entwicklungsgarantie	5
2. Das Verhältnis von Staatsfreiheit und gesetzlicher Auftragskonkretisierung.....	7
II. Auftragsgerechte Finanzierung bei relativer Unbestimmtheit des Auftrags	10
1. Programmentscheidungen als interne Auftragskonkretisierungen.....	10
2. Binnenkontrolle als strukturelles Problem?	11
III. Einflüsse des europäischen Rechts	13
1. Die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission	13
2. Ökonomischer Wettbewerb versus publizistischer Wettbewerb	15
3. Der Beihilfe-Kompromiss	17
a. Allgemeine Regeln für alle neuen oder geänderten digitalen Angebote	18
aa. Aufgreifkriterien	19
bb. Prüfungskriterien	19
cc. Berücksichtigung der Stellungnahmen Dritter.....	20
dd. Begründungspflicht	20
ee. Entscheidung und Veröffentlichung	20
ff. Kontrolle durch die Rechtsaufsicht	21
b. Besondere Regeln für digitale Zusatzangebote	21
c. Besondere Vorgaben für Telemedien	21
aa. Beschränkung der Beauftragung auf journalistisch-redaktionelle Angebote ..	21
bb. Weitere Einschränkungen	22
cc. Positiv/Negativ-Liste.....	22
dd. Festschreibung funktionsorientierter Kriterien	22
IV. Ansätze zur Konkretisierung des Auftrags bzw. Umsetzung des Kompromisses ..	23
V. Zu den folgenden Untersuchungsschritten	25

C. Der Public Value Test der BBC	26
I. Die Royal Charter als rechtliche Grundlage der BBC	26
1. Charter Review 2006/2007	27
2. Aufgabe und Funktion der BBC	28
3. Organisationsstruktur des britischen Rundfunksystems	29
a. Der BBC Trust	29
b. Das BBC Executive Board	30
c. Office of Communications (Ofcom)	31
II. Das Public Value Test-Verfahren	31
1. Ziele und Funktionen des Public Value Test-Verfahrens (PVT)	31
2. Überblick über den Verfahrensablauf	33
3. Der Ablauf des Public Value Tests im Einzelnen	34
a. Die Vorbereitung eines Antrags	36
b. Abstimmung des Verständnisses des Vorschlags	37
c. Erforderlichkeit des Public Value Tests	38
d. Bei Erforderlichkeit: Durchführung des PVT	39
aa. Das Public Value Assessment	40
(1) Methodik des Public Value Assessments	41
(a) Reichweite	42
(b) Qualität und Eigenständigkeit	42
(c) Einfluss und Auswirkungen	42
(d) Kosten-Nutzen-Verhältnis (value for money)	43
(2) Gesamt-Bewertung	43
(3) Weitere Informationsquellen	43
(4) Zusammenarbeit mit Ofcom	44
bb. Das Market Impact Assessment, MIA	44
(1) Gegenstand der Bewertung	45
(2) Vorbereitung des MIA-Prozesses	45
(3) Ablauf des MIA - Prozesses	45
(4) Vornahme der Analysen und Bewertungen	46
(5) Veröffentlichung des Endergebnisses und Zeitrahmen	47
e. Endergebnis des Public Value Tests	47

D. Die Theorie der Prozeduralisierung und das Prinzip der Maßstabsergänzung	50
I. Zum Inhalt des folgenden Abschnitts	50
II. Prozeduralisierung des Rechts	50
1. Definition des Begriffs der Prozeduralisierung	51
a. Definitionsansätze	51
b. Die Rücknahme der materiell-rechtlichen Vorgaben	54
c. Der Begriff der prozeduralen Arrangements	54
d. Die Normstruktur prozeduraler Arrangements	54
e. Das Prinzip der Normergänzung.	57
2. Zielrichtung der Prozeduralisierung des Verwaltungshandelns	61
III. Prozedurale Wirkungsweise des Public Value Tests	63
1. Prozedurale Elemente des Public Value Tests	64
a. Die Vor-Antragsphase	66
b. Bewertung des Verfahrens ab Antragseinreichung	68
c. Die vorläufige Entscheidung	71
d. Erörterung der vorl. Entscheidung / Endgültige Entscheidung	71
e. Die Erteilung bzw. Versagung der Genehmigung	72
2. Konkretisierende Wirkung des Public Value Tests	72
E. Anforderungen an das deutsche Verfahren zur Auftragskonkretisierung	76
I. Zum Begriff “Drei-Stufen-Test”	76
II. Zur Übertragbarkeit der Regeln des PVT auf Deutschland.	78
III. Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung des Testverfahrens in der BRD	80
1. Anforderungen an die Ausgestaltung aus dem Beihilfe-Kompromiss	80
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung.	81
a. Schaffung einer positiven Ordnung / Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit	81
b. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Ausgestaltungen	82
c. Abgrenzung / Einordnung des Drei-Stufen-Tests	83
d. Zur Weite des Ausgestaltungsspielraums	85
e. Besonderheiten des Drei-Stufen-Tests	91
IV. Regulierungsrelevante Fragen in Bezug auf den Drei-Stufen-Test	94
V. Bausteine produktiver Verfahren/Faktoren der Maßstabsergänzung	96
1. Begriffsbestimmung	96

2. Faktoren und Effekte	98
F. Die gegensätzlichen Positionen und Ansätze zur Verfahrensgestaltung	104
I. Die Ausgangslage: Multipolare Interessen drängen auf Berücksichtigung im RStV . . .	104
II. Ansätze zur Einführung eines deutschen Prüfverfahrens im Vorfeld d. 12. RÄndStV.	105
III. Der Vorschlag des ZDF	106
1. Erforderlichkeit der Durchführung des Prüfverfahrens / sog. Aufgreifkriterien	106
2. Verfahrensablauf	108
IV. Kritik und Bewertung des Modells des ZDF	109
1. Ähnlichkeiten und Abweichungen ggü. dem Public Value Test	109
2. Begründung des ZDF	111
3. Kritik des VPRT zum Modell des ZDF	111
4. Die Bewertung des Modells des ZDF durch H.G. Bauer / A. Bienefeld.	112
5. Eigene Bewertung	113
a. Ausgangspunkt: Der Drei-Stufen-Test als Prozess (der Auftragskonkretisierung).	113
b. Zur Begründung des Vorschlags des ZDF / Bewertung des Ansatzes	118
aa. Zur Bestands- und Entwicklungsgarantie und zu der Gefahr des Marktversagens	118
bb. Zur Beachtung der Strukturprinzipien	120
cc. Zu den weiteren Argumenten	120
(1) Nichtvorliegen der Faktoren der Maßstabergänzung.	121
(2) Nichtvorliegen der angestrebten Effekte der Maßstabergänzung	123
(3) Der Drei-Stufen-Test als Chance in Bezug auf die Zukunftsfähigkeit	124
6. Anforderungen an den Rundfunk-Gesetzgeber	125
V. Der Vorschlag des VPRT für ein Public Value Test-Verfahren	128
1. Zum Grundansatz des Modells des VPRT	128
2. Kernelemente des VPRT-Vorschlags für ein PVT-Verfahren	128
3. Anhörung Dritter / Anhörungsberechtigung	130
4. Verfahrensablauf.	130
a. Beratung der Intendantenvorlage	131
b. Einschaltung der Public Value-Kommission	131
c. Abschlussentscheidung des Gremiums, Rechtsaufsichtliche Prüfung und Feststellung	132

5. Verfahrensrechte betroffener Dritter.....	132
6. Vorschläge zur rechtlichen Gestaltung	133
VI. Kritik und Bewertung des Modells des VPRT	134
1. Kritik des ZDF am Vorschlag des VPRT.....	134
2. Eigene Bewertung des vom VPRT vorgeschlagenen Modells.....	135
a. Überschlägiger Vergleich mit dem Modell des ZDF	135
b. Beachtung der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben.....	135
aa. Vernachlässigung des Ziels der freien und individuellen Meinungsbildung?..	137
bb. Einführung der PVK als Verstoß gegen die Staatsfreiheit?	138
cc. Zur auftragskonkretisierenden Wirkung des Modells des VPRT.....	138
(1) Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen	138
(2) Begründung von Informationspflichten und Transparenz des Verfahrens...	139
(3) Das Bestehen von Verfahrensrechten betroffener Dritter	140
(4) Das Bestehen von Begründungspflichten	142
c. Fazit zum Modell des VPRT.....	142
G. Die staatsvertragliche Regelung des Drei-Stufen-Tests, §§ 11 ff. RStV.....	143
I. Ausgliederung digitaler Programme	143
II. Der neu definierte Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.....	145
1. Die Grundnorm, § 11 RStV	145
2. § 11d RStV, Telemedien.....	146
a. § 11d Absatz 1 RStV	146
b. § 11d Absatz 2 RStV	147
aa. Sendungen, § 11d Abs. 2 Nr. 1 RStV.....	148
bb. Sendungsbezogene Telemedien, § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV	148
cc. Weitere Telemedien, § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV	149
dd. Unbefristete Archive, § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV	150
c. § 11d Absätze 3 und 5 RStV.....	150
3. § 11e RStV, Satzungen, Richtlinien, Berichtspflichten	152
4. § 11f RStV, Telemedienkonzepte sowie neue oder veränderte Telemedien	153
a. § 11f Abs. 1 und 2 RStV - Konkretisierung durch Telemedienkonzepte	153
b. § 11f Abs. 3 bis 7 RStV - Der Drei-Stufen-Test (i.w.S.).....	154

aa. § 11f Abs. 3 RStV	154
bb. § 11f Abs. 4 RStV	155
cc. § 11f Abs. 5 RStV	156
dd. § 11f Abs. 6 RStV	157
ee. § 11f Abs. 7 RStV	157
II. Von den Anstalten vorzunehmende Ergänzungen /Ansatz des ZDF	158
1. Gegenstand des ZDF-Verfahrens / Aufgreiffrage	159
2. Anstaltsinterne Ergänzungen des Verfahrensablaufs	160
H. Verfassungsmäßigkeit der staatsvertraglichen Regelung des Drei-Stufen-Tests	167
I. Zur Notwendigkeit einer geeigneten organisatorischen Abstützung	167
II. Die anstaltsinterne Kontrolle durch den Rundfunk- bzw. Fernsehrat	168
III. Defizite der anstaltsinternen Kontrolle	171
1. Strukturelle Ungeeignetheit der Binnenkontrolle zur Angebotsbegrenzung	171
2. Zutagetreten der Defizite mit dem Entstehen der dualen Rundfunkordnung	172
3. Gegenseitige Beeinflussung / Wechselbezüglichkeit d. Säulen der dualen Ordnung.	176
a. Angleichung d. Angebotsinhalte in Folge des Wettbewerbs um Aufmerksamkeit.	177
b. Keine Kompensation des internen Steuerungsdefizits durch Wettbewerbsrecht ..	180
c. Nichtvorhandensein eines anderen institutionellen Korrektivs	182
4. Interventionsversuche des Rundfunkgesetzgebers	186
a. Gesetzliche Programmzahlbegrenzung	186
b. “Programmbezug” / “Programmbegleitung” als gesetzliche Begrenzung	193
IV. Verfassungswidrigkeit der anstaltsinternen Kontrolle bzgl. des Drei-Stufen-Tests ..	199
1. Zur Behandlung der Abwägungskriterien durch das Gremium	200
a. Unklarheit der Kriterien	201
b. Verzahnung der Kriterien	202
c. Normstruktur der dem Drei-Stufen-Tests zugrundeliegenden Vorschriften	205
d. Funktion des § 11f Abs. 4 Sätze 2 und 3 RStV	208
aa. Abwägungserhebliche Aspekte	208
bb. Behandlung individueller Belange, Bildung von Vorrangregeln	209
e. Ableitung von Gewichtungsvorgaben	210
aa. Aus Verfassungsrecht	210
(1) Besonders hohe Meinungsbildungsrelevanz	212

(2) Notwendigkeit der Vielfaltsicherung auch im Online-Bereich?	215
(3) Konsequenzen für die Bewertung des “Beitrags” zum publizistischen Wettbewerb	217
bb. Notwendigkeit der (Neu-) Bestimmung der Online-Aufgabe der Anstalten . . .	219
(1) Berücksichtigungsfähigkeit internettypischer Gefährdungslagen	220
(2) Konsequenzen für den Aufgabenbereich	221
(3) Konsequenzen für die Geeignetheit der binnenpluralen Gremienkontrolle . .	222
(4) Staatsvertragliche Anhaltspunkte für die Neubestimmung der Aufgabe	223
cc. Zu der Berücksichtigung der weiteren Aspekte in der Gesamtabwägung	224
(1) Der Aspekt der Kosten des Angebots	224
(2) Der Aspekt der marktlichen Auswirkungen - Vergleich mit dem Public Value Test	225
dd. Auswirkungen auf die Gesamtabwägung	226
2. Ungeeignetheit der anstaltsinternen Binnenkontrolle	227
3. Verstoß gegen den Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur	235
4. Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers / Notwendigkeit zur Externalisierung . .	236
V. Verfassungsmäßigkeit der weiteren Verfahrensvorschriften	238
1. Die staatsvertragliche Regelung der Aufgreiffrage, § 11f Abs. 3 RStV	238
2. Ausgestaltung der weiteren Verfahrensschritte	243
a. Zur Begründung von Informationspflichten	243
b. Zur Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen	245
c. Begründung von Verfahrensrechten / Behandlung von Verfahrensfehlern	247
aa. Das Konzept der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren	248
bb. Konsequenzen für die Behandlung von Fehlerfolgen	250
cc. Übertragung auf die formelle Komponente des Drei-Stufen-Tests	251
d. Begründungspflichten und Verfahrens-Transparenz	253
3. Zwischenergebnis	254
Teil J. Die Prüfung durch die Rechtsaufsicht	255
I. Die rechtsaufsichtliche Prüfung	255
II. Die Rechtsaufsicht über den Rundfunk in der Bundesrepublik Deutschland	256
1. Übersicht	256
2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Staatsaufsicht	256

3. Aufsichtsgegenstand	257
4. Aufsichtsmaßstab	258
5. Beschränkung des Aufsichtsmaßstabs	259
6. Grundsatz der Subsidiarität	262
7. Beschränkung der Aufsichtsmittel	262
8. Verfassungsrechtliche Qualifikation der Aufsichtsvorschriften	263
III. Die Rolle der Rechtsaufsicht im Rahmen des Drei-Stufen-Tests	264
1. Der Ansatz von R. Meyer	265
2. Der Ansatz von Kops/Sokoll/Bensinger	266
3. Bewertung der Ansätze	267
a. Grundsätzliche Übertragbarkeit gerichtl. Kontrollansätze auf d. Rechtsaufsicht...	267
b. Ausreichende Beachtung des Grundsatzes der Staatsfreiheit	269
4. Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität	273
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	275

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz, Absätze
a.E.	am Ende
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APR	Allianz Deutscher Produzenten - Film & Fernsehen
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BauGB	Baugesetzbuch
BR	Bayrischer Rundfunk
BBC	British Broadcasting Corporation
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.	der, die, das, des
DAB	Digital Audio Broadcasting
Ders.	Derselbe
d.h.	das heißt
Dies.	Dieselbe
DLM	Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten
DM	Deutsche Mark
Dok.	Dokument
DÖV	Die öffentliche Verwaltung

DST	Drei-Stufen-Test
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVB-H	Digital Video Broadcasting - Handhelds
DVB-T	Digital Video Broadcasting - Terrestrial
DWG	Deutsche-Welle-Gesetz
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
epd	Evangelischer Pressedienst
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
europ.	europäische (r/s)
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fort folgende
FG	Festgabe
FK	Funkkorrespondenz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSF	Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen e.V.
FuR	Film und Recht
G	Gesetz
GD	Generaldirektion
GDS	Gaelic Digital Service
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
g.h.M.	ganz herrschende Meinung
GS	Gedächtnisschrift
GVK	Gremiovorsitzendenkonferenz
GWG	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdbStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HDTV	High Definition Television
h.M.	herrschende Meinung

HR	Hessischer Rundfunk
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
Info.	Information, Informationen
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IP-TV	Internet Protocol Television
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
jew.	jeweilige, jeweiligen
JSG	Joint Steering Group
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KEF	Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten
KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich
Krit.	Kritisch
K&R	Kommunikation & Recht
lit.	Buchstabe
Lit.	Literatur
LMA	Landesmedienanstalt
MDR	Mitteldeutscher Rundfunk
MIA	Market Impact Assessment
MP	Media Perspektiven
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
M&K	Medien & Kommunikationswissenschaft
NDR	Norddeutscher Rundfunk
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	number (s)
Nr.	Nummer, Nummern
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.ä.	oder ähnliches
obj.	objektiv
Ofcom	Office of Communications
PVA	Public Value Assessment
PVK	Public Value Kommission
PVM	Public Value Management
PVT	Public Value Test
RA	Rechtsaufsicht
RÄndStV	Rundfunkänderungsstaatsvertrag
RÄndStV-E	Entwurf zum Rundfunkänderungsstaatsvertrag
RBB	Rundfunk Berlin-Brandenburg
RBG	Radio-Bremen-Gesetz
RFinStV	Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag
Rn.	Randnummer, Randnummern
RStV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien
RuF	Rundfunk und Fernsehen
S.	Seite (n), site (s)
SaarlMedG	Saarländisches Mediengesetz
sog.	sogenannt
std. Rprs.	ständige Rechtsprechung
str.	strittig, umstritten
StV	Staatsvertrag
SWR	Südwestrundfunk
TKG	Telekommunikationsgesetz
TM	Telemedium, Telemedien
TMG	Telemediengesetz
TU	Trust Unit
TV	Television
Tz.	Textziffer
u.	und
u.a.	unter anderem
ü.	über
UK	United Kingdom
Urt.	Urteil

U.-R.	Untersuchungsrahmen
usf.	und so fort
u.U.	unter Umständen
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VDZ	Verband Deutscher Zeitschriftenverleger
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
VKB	Verkündungsblatt
Vorb.	Vorbemerkung
VPRT	Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WDR	Westdeutscher Rundfunk
wiss.	wissenschaftlich, wissenschaftlichen
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
ZAK	Kommission für Zulassung und Aufsicht
z.B.	zum Beispiel
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

A. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Die Konvergenz der Medien und die zunehmende Verflechtung des deutschen Rechts mit dem zugleich wachsenden europäischen Rechtsverband stellen das deutsche Rundfunkrecht vor neue Herausforderungen. Insbesondere die Frage, inwiefern Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten von deren Auftrag umfasst sind, wirft in ihrer Beantwortung Schwierigkeiten auf. Dabei besteht aber, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der voranschreitenden Ausweitung des Online-Angebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ein Bedarf an einer hinreichenden Präzisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, da ein in diesem Bereich nur unzureichend präzisierter Auftrag - nicht zuletzt nach den Ankündigungen der Anstalten, eine „dritte Programmsäule“ aufbauen zu wollen - eine (mangels hinreichend präziser rechtlicher Vorgaben) nahezu ungebremste Expansion des öffentlich-rechtlichen Online-Angebots befürchten lässt.

Die Frage nach der zulässigen Ausdehnung der öffentlich-rechtlich finanzierten Anstalten im Online-Bereich betrifft Dritte (wie etwa die privaten Anbieter aus Rundfunk, Presse und die Internetwirtschaft) dabei in grundrechtsrelevanter Weise, da als Folgen einer unkontrollierten öffentlich-rechtlichen - und damit gebührenfinanzierten - Expansion der Anstalten in den Online-Bereich auch existentielle Bedrohungen für all diejenigen Akteure der Medien-Ordnung (wie etwa den Pressesektor) entstehen können, die ihre (Online-) Angebote privatwirtschaftlich finanzieren müssen.

Zum anderen stehen durch eine unreglementierte Ausweitung auch ein ganz erheblicher Anstieg des finanziellen Aufwands - und damit auch deutlich höhere Belastungen für den Gebührenzahler - zu befürchten. Gerade in Zeiten steigender Ausgaben des Bürgers zur Befriedigung grundlegender Lebensbedürfnisse steht aber auch die Höhe der Rundfunkgebühr in der allgemeinen Wahrnehmung auf dem Prüfstand. Sie wird darüber zum Politikum.

Zu selbigem wird die Gebührrfinanzierung auch aus widerstreitenden Rechtsauffassungen zwischen dem europäischen Recht und dem deutschen Verfassungsrecht. Während das europäische Recht aus ökonomisch-orientierter Sicht eine möglichst präzise gesetzliche Definition des Auftrags fordert, orientiert sich das deutsche Verfassungsrecht an seinem Leitgrundsatz, der Staatsfreiheit des Rundfunks, in dessen Folge den Anstalten Autonomiebefugnisse zuzugestehen sind, die einer präzisen gesetzlichen Definition des Auftrags entgegenstehen.

Probleme im Zusammenhang mit der Bestimmung des Aufgabenfelds öffentlich-rechtlicher Sender (gerade im Online- und Digitalbereich) sind kein rein deutsches Phänomen, sondern stellt sich im Zuge der fortschreitenden Entwicklung der Medien in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise vielerorts.¹ Im europäischen Rechtsraum hat Großbritannien (bzw. die BBC selbst) eine dort turnusmäßig anstehende Novation des Rundfunkrechts zum Anlass genommen, sich mit den skizzierten Problemen auseinanderzusetzen.

Ergebnis dieses Prozesses sind neben einem akzentuierteren Selbstverständnis der BBC und organisatorische Veränderungen auch die Einführung eines neuen Testverfahrens, dem sog. Public Value Test, der dort der Konkretisierung des Auftrags (insb. auch im Online- und Digitalbereich) dienen soll.² In Anlehnung an dieses „Vorbild“ wurde im Zusammenhang mit dem bereits angedeuteten Konflikt zwischen dem deutschen Rundfunkrecht und dem europäischen (Wettbewerbs-) Recht der Ruf nach einer Einführung eines solchen konkretisierenden Testverfahrens auch in Deutschland laut.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich vor diesem Hintergrund mit der Frage, inwieweit und in welcher organisatorischen und prozeduralen Einkleidung ein solches Testmodell in der Bundesrepublik in verfassungsgemäßer Weise zu einer Präzisierung des Auftrags führen kann.

Den Einstieg in die Untersuchung soll eine knappe Darstellung der wesentlichen verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Grundannahmen bezüglich der dualen Rundfunkordnung und der sich dadurch bzgl. der Angebotsausweitung im Online- und Digital-Bereich ergebenden Probleme bieten (Teil B.) Unter Berücksichtigung des auf dieser Grundlage vereinbarten sog. Beihilfe-Kompromisses geht es in dieser Arbeit nicht darum, die (bereits vielfach beschriebenen) widerstreitenden Ansichten zu der Frage der Beihilfe-Qualität der Rundfunkfinanzierung noch einmal aufzunehmen. Vielmehr soll Ziel dieser Arbeit u.a. sein, zu untersuchen, ob ein prozedurales Testverfahren, wie der Public Value Test, dazu geeignet ist, über dessen Durchführung eine Auftragskonkretisierung (gerade auch im Online-

¹ Zu Situation und Entwicklung in Großbritannien vgl. etwa: R. Collins, M&K 2007 (2), S. 164 ff.; S. Reese, Funktionsauftrag, 269 ff.; zur Situation in Frankreich und Großbritannien, M. Bullinger, Aufgaben, S. 56 ff. und B. Thomass, in: P. Donges/M. Puppis, Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 223 ff.; zur Entwicklung in den skandinavischen Ländern: O. Hultén, in: P. Donges/M. Puppis a.a.O., S. 170 ff.; für die Schweiz: J. Arnold, Onlinekommunikation als Public Service, S. 2 ff.; R. Weber, Service public und Regulierung in der Schweiz, in: P. Donges/M. Puppis a.a.O., S. 189 ff.; zur Situation in weiteren europ. Staaten: A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 255 ff.; B. Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, S. 109 ff.; zur internationalen Entwicklung der Medien (bis 1996): W. Hoffmann-Riem, Regulating Media, S. 1 ff. (bspw. United States, S. 11 ff.; Great Britain, S. 67 ff.)

² Vgl. dazu bspw. R. Collins, APuZ 9-10/2009, S. 32 (35): „Als Auslöser für die Einführung des Public Value Tests könnte die BBC-Regulierung (beziehungsweise Nicht-Regulierung) ihrer Internetaktivitäten betrachtet werden.“ (Unter Verweis auf die Ergebnisse des Graf-Reports).

Bereich) zu bewirken. Hierzu wird zunächst das britische Verfahren zur Auftragskonkretisierung, der Public Value Test, vorgestellt (Teil C.), um auf dieser Grundlage die Frage zu untersuchen, ob und wenn ja, wie es im Rahmen des Public Value Test-Verfahrens zu einer Konkretisierung des Auftrags kommt (Teil D.) Hierzu wird auf den Ansatz und die Wirkungsweise prozeduralen Rechts und das Prinzip der Maßstabsergänzung einzugehen sein. Die Erkenntnisse der diesbezüglichen Erörterung werden sodann mit den Ergebnissen der bereits durchgeführten Public-Value-Tests abgeglichen. Auf der Basis der gewonnenen Erkenntnisse werden unter Berücksichtigung von in Deutschland gegenüber Großbritannien veränderten (verfassungs-) rechtlichen Rahmenbedingungen (dazu vgl. Teil E.) die hierzulande diskutierten Ansätze zur Einführung des sog. Drei-Stufen-Tests vorgestellt und anhand der verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben bewertet (Teil F.). Sie hatten maßgeblichen Einfluß auf die staatsvertraglichen Neu-Regelungen des 12. RÄndStV, insbesondere auf die (Aus-) Gestaltung des Drei-Stufen-Tests (Teil G.). Kern der Arbeit ist die Auseinandersetzung mit der Frage, ob diese staatsvertragliche Regelung des Drei-Stufen-Tests verfassungsgemäß ist (Teil H.). Den Abschluß der Untersuchung bildet die Erörterung der Rolle und der Prüfungsmöglichkeiten der Rechtsaufsicht im Rahmen des Drei-Stufen-Tests, insbesondere hinsichtlich des Prüfungsgegenstands und der Prüfungstiefe (Teil J.).

In Konzentration auf die vorgenannten Fragestellungen ist nicht Gegenstand dieser Arbeit, die Diskussion um die Reichweite des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs³ vertieft aufzugreifen. Die vorliegende Arbeit geht im Rahmen der vorgenommenen Untersuchungen von einem weiten Verständnis des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit und damit davon aus, dass die Online- und (sonstige) Digital-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten grundsätzlich dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz unterfallen.⁴

³ Vgl. zu dieser Frage etwa die Arbeiten von: T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 53 ff.; U. Pappi, Teledienste, Mediendienste und Rundfunk, S. 63 ff.; J. Schulte-Kellinghaus, Rundfunkbegriff, S. 39 ff.; W. Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, S. 75 ff.; C. Bernard, Rundfunk als Rechtsbegriff, S. 89 ff.; J. Witt, Internet-Aktivitäten, S. 47 ff.

⁴ Zum weiten Verständnis der h.M. vgl.: H. Bethge, in: Sachs (Hrsg.), Art. 5 GG, Rn. 90a f.; C. Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Art. 5, Rn. 17; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Band I, Art. 5 Abs. 1 II Rn. 100; W. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5, Rn. 145, 149, 180; C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (438); R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (338); K. E. Hain, Gutachten, S. 34 f.; T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 85 sowie S. 53 ff. unter Darstellung anderer Ansichten; Ders., in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Anh. § 11 Rn. 15 ff.; C. Brenner, Zur Gewährleistung des Funktionsauftrags, S. 28.

B. Zu den Herausforderungen an die Ordnung des Rundfunks durch Digitalisierung

Die Digitalisierung und mit ihr die Diskussion um die Einführung neuer Dienste durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, wie etwa Online-Angebote, Handy-TV oder High Definition Television (HDTV), trifft auf eine gewachsene Rundfunkordnung⁵, in der sich für die Koexistenz des öffentlich-rechtlichen und des privatwirtschaftlichen Rundfunks Regeln herausgebildet haben, die das Funktionieren des dualen Systems in der Vergangenheit gewährleisten. Mit der Konvergenz der Medien und dem damit verbundenen Hinzutreten immer neuer Angebote und Übertragungsmöglichkeiten kommt es im Online-Bereich zu einem technischen Zusammenrücken der Kommunikate von Presse und Rundfunk, in dessen Folge sich die Online-Angebote von privaten Fernsehsendern und Zeitungsverlagen etc. einerseits und denen der öffentlich-rechtlichen Sender andererseits inhaltlich angleichen. Diese Entwicklung wirft im Rahmen der dualen Rundfunkordnung vor unterschiedlichen Hintergründen Probleme auf, die es zunächst, gleichsam als „Lastenheft“ für zu erarbeitende Lösungen, herauszuarbeiten gilt.

I. Staatsfreiheit als Grenze einfachgesetzlicher Auftragskonkretisierung

Mit der Erweiterung des Angebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten um Online- und Digital-Angebote stellt sich in der aktuellen Diskussion konkret die Frage, welche Formen von Diensten und Angeboten vom Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten umfasst sein sollen. Was zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gehört, ergibt sich aus den entsprechenden einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen.⁶ Gerade an solchen Rechtsgrundlagen, denen man eindeutig und handhabbar entnehmen könnte, welche neuen Dienste und Angebote (insbesondere im Online-Bereich) konkret zum Auftrag gehören, fehlt es aber. Daher wird immer häufiger eine einfachgesetzliche Konkretisierung des Auftrags (für diesen Bereich) gefordert.⁷

Eine solche Konkretisierung des Aufgabenbereichs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten muss sich an der verfassungsrechtlichen Funktion des Rundfunks orientieren und unterliegt zugleich verfassungsrechtlichen Restriktionen, wie der Staatsfreiheit.

⁵ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 24.

⁶ Vgl. näher T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 34.

⁷ Forderungen nach einer Konkretisierung des Auftrags gibt es nicht erst seitdem die Anstalten im Zuge d. Digitalisierung neue Dienste anbieten bzw. anbieten wollen. C. Degenhart weist zutreffend daraufhin, dass die Frage nach Art und Umfang des öffentlich-rechtlichen Rundfunks solange aktuell bleiben wird, solange er durch Gebühren oder andere Formen öffentlich-rechtlicher Geldleistungen finanziert wird. Vgl. Ders. in: ZUM 5/2000, S. 356 (356).

1. Verfassungsrechtlicher Funktionsauftrag / Bestands- und Entwicklungsgarantie

Die Notwendigkeit einer näheren Beschreibung dessen, was Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist, entstand (spätestens) mit dem Hinzutreten der privaten Rundfunkveranstalter und der damit verbundenen Entstehung der dualen Rundfunkordnung.⁸

Es stellte sich mit dem durch die Privaten erweiterten Rundfunkangebot konkret die Frage, welche Angebote von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erbracht werden sollen und ob, und wenn ja, welche Angebote ggf. den Privaten vorbehalten sind.

Während das Bundesverfassungsgericht hierzu in seiner vierten Rundfunkentscheidung zunächst feststellte, dass im dualen System den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Aufgabe der „Grundversorgung“ zukomme⁹, verwendete es diesen Begriff in der Folge allerdings nur noch selten und stellte stattdessen auf die Begriffe „klassischer Auftrag“¹⁰ und „Funktionsauftrag“ ab. Der „klassische Auftrag“ umfasse nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „neben seiner Rolle für die Meinungs- und Willensbildung, neben Unterhaltung und Information seine kulturelle Verantwortung.“¹¹ Der Begriff des Funktionsauftrags orientiert sich dagegen weniger an Inhalten, als an der Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. In erster Linie ist danach Funktion – und damit Aufgabe – des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, einen Beitrag zum demokratischen Willens- und Meinungsbildungsprozess und für das kulturelle Leben in der Bundesrepublik zu erbringen.¹² Der Funktionsauftrag lässt sich danach in (die folgenden) Einzelfunktionen untergliedern:¹³

⁸ Vgl. S. Reese, Funktionsauftrag, S. 145, auch zur Situation vor dem Hinzutreten der Privaten.

⁹ BVerfGE 73, 118 (118), 1. Leitsatz lit. a). Eine Definition dessen, was der Begriff „Grundversorgung“ beinhaltet, lieferte das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung jedoch nicht, so dass sich daher die zunächst umstrittene Frage stellte, was vom Begriff der Grundversorgung umfasst sein soll. Während eine Ansicht hierunter lediglich eine Art „Mindestversorgung“ sah (Vgl. dazu E. Kull, ZUM 1987, S. 355 (356f.); K. Seemann, ZUM 1987, S. 255 (260f.); C. Starck, NJW 1992, S. 3257 (3262f.)), verstand die entgegengesetzte Ansicht hierunter eine umfassende „Vollversorgung“ (Vgl. zu dieser Ansicht: M. Stock, NJW 1987, S. 217 (219ff.); E. Fuhr, ZUM 1987, S. 145 (151f.); H. Bethge, ZUM 1987, S. 199 (202)). Im Baden-Württemberg-Beschluß BVerfGE 74, 297 (326) lieferte das Bundesverfassungsgericht dann eine Beschreibung dessen, was es unter Grundversorgung versteht, nach und stellte ausdrücklich fest, dass darunter keine bloße Mindestversorgung zu verstehen sei. Die Grundversorgung umfasst danach drei Elemente: (1) Eine Übertragungstechnik, bei der ein Empfang der Sendungen für alle sichergestellt ist. (2) Der inhaltliche Standard der Programme im Sinne eines Angebots, das nach seinen Gegenständen und der Art ihrer Darbietungen oder Behandlung dem dargelegten Auftrag des Rundfunks nicht nur zu einem Teil, sondern voll entspricht. (3) Die wirksame Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt in der Darstellung der bestehenden Meinungsrichtungen durch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen.

¹⁰ Den Begriff des „klassischen Auftrags“ verwendete das Bundesverfassungsgericht erstmalig in der vierten Rundfunkentscheidung. Dort bezeichnete es den klassischen Auftrag als „Auftrag, der neben seiner Rolle für die Meinungs- und politische Willensbildung, neben Unterhaltung und über laufende Berichterstattung hinausgehender Information seine kulturelle Verantwortung umfasst.“ Vgl. BVerfGE 73, 118 (158).

¹¹ BVerfGE 90, 60 (90). Vgl. auch BVerfGE 73, 118 (158). Der klassische Funktionsauftrag lässt sich daher in die Programmbereiche Information, Bildung, Unterhaltung und Kultur unterteilen. Vgl. dazu R. Scheble, Perspektiven der Grundversorgung, S. 107.

¹² S. Reese, Funktionsauftrag, S. 84.

¹³ Vgl. C. Brenner, Zur Gewährleistung des Funktionsauftrags, S. 102.

Die Meinungsbildungsfunktion, die Integrationsfunktion, die Leitbildfunktion, den Kulturauftrag, die Innovationsfunktion, den Produktionsauftrag.¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht geht dabei davon aus, dass der Auftrag dynamisch an die Funktion(en) des Rundfunks gebunden ist.¹⁵ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk dürfe daher weder in programmlicher, finanzieller noch in technischer Hinsicht auf den gegenwärtigen Entwicklungsstand beschränkt werden.¹⁶ Vielmehr müsse das Programmangebot auch für neue Inhalte, Formate und Genres sowie für neue Verbreitungsformen offen bleiben (sog. Bestands- und Entwicklungsgarantie).¹⁷

Nimmt man die genannten drei Ansätze zur Beschreibung der verfassungsrechtlichen Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zusammen, so wird ersichtlich, dass es sich dabei jeweils (nur) um weite Aufgabenbeschreibungen, in Form von Zielvorgaben, handelt. Für die Umsetzung in konkrete Programmangebote und damit auch für die Beantwortung der Frage, ob die Bereitstellung eines bestimmten Online-Dienstes zum Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gehört oder nicht, kommt diesen Zielvorgaben zweifelsohne eine handlungsleitende Funktion zu.¹⁸ Vor dem Hintergrund der Digitalisierung und der damit verbundenen mannigfaltigen Möglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Anstalten, nunmehr auch im Bereich der neuen Medien oder des Digital-TV Dienste anzubieten, bedarf es aber einer weitergehenden, über die grobe (Ziel-) Beschreibung des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags hinausgehenden, auf einfach-gesetzlicher Ebene vorzunehmenden Konkretisierung des Auftrags.¹⁹

¹⁴ Zum Gegenstand der einzelnen Funktionen vgl. S. Reese, Funktionsauftrag, S. 85 ff.

¹⁵ Vgl. jüngst die Entscheidung des BVerfG vom 11.09.2007, Az.: 1 BvR 2270/05, Rn. 123 sowie BVerfGE 74, 297 (350 f.); 83, 238 (299).

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 11.09.2007, Az.: 1 BvR 2270/05, Rn. 123.; BVerfGE 74, 297 (350 f.); 83, 238 (298).

¹⁷ BVerfG, Urteil vom 11.09.2007, Az.: 1 BvR 2270/05, Rn. 123.; BVerfGE 83, 238 (299).

¹⁸ Das Gesetz zur Gründung der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Anstalt enthält eine allgemeine Aufgabenzuweisung, die ihr Art und Umfang ihres Aufgabenbereichs als Ausprägung des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags zuweist. Erfolgt keine speziellere (einfach-gesetzliche) Präzisierung, so kann (respektive muss) die Anstalt die allgemeine Aufgabenzuweisung unter Zuhilfenahme der verfassungsrechtlichen Vorgaben (insbesondere des Funktionsauftrags) selber konkretisieren. Vgl. zum Ganzen: K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 178.

¹⁹ Damit ist hier nicht gemeint, dass es sich zwingend um materielle Vorgaben handeln muss. Auf die Frage, in welcher Art und Weise eine solche gesetzliche Programmierung am besten zu erfolgen hat, wird unten näher eingegangen. Vgl. unten Teil B. IV. sowie Teil D. Zum Zusammenspiel der verfassungsrechtlichen Vorgaben und der einfach-rechtlichen Ausgestaltung vgl. näher: T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 34 ff.

Dies folgt zum einen aus der Verpflichtung des Gesetzgebers, wesentliche Entscheidungen in Bezug auf die Grundrechtsausübung selbst zu treffen.²⁰ Hierzu wird insbesondere die Frage zu zählen sein, inwieweit sich die Rundfunkanstalten mit ihren Angeboten in ein neues Medium ausdehnen können (ohne ihren verfassungsrechtlich vorgezeichneten Aufgabenbereich zu verlassen) bzw. müssen (um ihre verfassungsrechtliche Funktion erfüllen zu können).²¹ Einer Konkretisierung bedarf es aber auch deshalb, weil die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.09.2007 als „grünes Licht für die Entwicklung auch innovativer neuer Angebote im Internet“ ansehen²², ohne dass klar wäre, welche Grenzen die Anstalten sich hierbei setzen bzw. für sich als gesetzt ansehen. In Ansehung der Vielgestaltigkeit der Angebotsformen im Internet wird man kaum davon ausgehen können, dass jede der dort vorfindlichen Formen von Online-Angeboten mit der verfassungsrechtlichen Funktion des Rundfunks in Einklang zu bringen ist. Daher bedarf es gerade für diesen unübersehbar weiten Handlungs-Bereich einer (handlungsleitenden) Konkretisierung des Aufgabenfeldes, mithin des Auftrags.²³

2. Das Verhältnis von Staatsfreiheit und gesetzlicher Auftragskonkretisierung

Hinsichtlich einer gesetzgeberischen Auftragskonkretisierung²⁴ gilt es insbesondere auch den Grundsatz der Staatsfreiheit zu beachten.²⁵ Bereits in seiner ersten Rundfunkentscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass der Rundfunk als Instrument moderner Kommunikation nicht nur „Medium“, sondern „eminenter Faktor“ der öffentlichen Meinungsbildung ist.²⁶ Deshalb verlange Art. 5 GG, dass der Rundfunk weder dem Staat noch

²⁰ Dies folgt aus dem Gesetzesvorbehalt und der Wesentlichkeitstheorie, wonach die wesentlichen (grundrechtsrelevanten) Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst zu treffen sind. Vgl. dazu etwa: BVerfGE 57, 295 (320f.); 90, 60 (85); K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 156; H. Betghe, in: Sachs, Art. 5 GG Rn. 98; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 GG, Rn. 233; D. Dörr, in: MP 2005, 333 (338); M. Libertus, in: ZUM 1992, 224 (226).

Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Aufgabenpräzisierung nehmen an: M. Bullinger, Aufgaben, S. 14, 16; K. Thum, a.a.O., S. 345; C. Degenhart, AfP 2005, 493 (498f.); Ders., K&R 2000, 49 (57); A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 394; a.A.: W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 183 ff, 196; für einen prozeduralen Ansatz: T. Vesting, in: M&K 2001, 287 (304f.) sowie K.-H. Ladeur, in: M&K 2000, 93 (100).

²¹ Siehe dazu auch K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 291; K. E. Hain, Gutachten, S. 60, 64 Fn. 222.

²² Vgl. V. Wiedemann, in: ZUM 11/2007, S. 800 (804). Die Hervorhebung markiert ein Originalzitat von dort.

²³ Gleichwohl sind auch bei dieser Konkretisierung die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Rundfunkfreiheit zu berücksichtigen. Vgl. K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 109, 157 ff.

²⁴ Die Konkretisierung des Auftrags muss nicht zwingend durch den Gesetzgeber selbst erfolgen. Möglich ist (in einem gewissen Rahmen) auch eine Konkretisierung durch die Anstalten selbst. Vgl. K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 155. Für die Frage, was der Gesetzgeber selbst regeln muss, sind aber wiederum der Gesetzesvorbehalt und die Wesentlichkeitstheorie zu beachten.

²⁵ Insb. ist d. Staatsfreiheit in der Ausprägung d. Programmautonomie zu beachten. Vgl. S. Reese, Funktionsauftrag, S. 196; K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 157 ff., 346; K. E. Hain, Gutachten, S. 64 Fn. 222.

²⁶ BVerfGE 12, 205 (260).

einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird²⁷ und schließe aus, dass der Staat unmittelbar oder mittelbar eine Anstalt oder Gesellschaft beherrscht, die Rundfunksendungen veranstaltet.²⁸ Vielmehr sei sicherzustellen, dass alle gesellschaftlich relevanten Gruppen in den Organen der Rundfunkanstalten „Einfluß haben und im Gesamtprogramm zu Wort kommen können, und daß für den Inhalt des Gesamtprogramms Leitgrundsätze verbindlich sind, die ein Mindestmaß von inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleisten. Dies läßt sich nur sicherstellen, wenn diese organisatorischen und sachlichen Grundsätze durch Gesetz allgemein und verbindlich gemacht werden.“²⁹

Das Bundesverfassungsgericht verlangt daher vom einfachen Gesetzgeber³⁰, dass er Rechtsvorschriften erlässt, die der Rundfunkfreiheit zur Entfaltung ihrer Schutzfunktion verhelfen. Wenn das Bundesverfassungsgericht dabei als auszugestaltenden Aspekt auch den „Inhalt des Gesamtprogramms“³¹ anspricht, so gebietet der Grundsatz der Staatsfreiheit hier jedoch gesetzgeberische Zurückhaltung: Es ist dem Gesetzgeber danach gerade versagt, Inhalte von Rundfunksendungen detailliert vorzugeben, weil er hierüber einen – der Staatsfreiheit entgegenstehenden – und damit unzulässigen staatlichen Einfluß auf das Gesamtprogramm nehmen könnte.³² In ständiger Rechtsprechung geht das Bundesverfassungsgericht daher davon aus, dass Rundfunkfreiheit vor allem Programmfreiheit (Programmautonomie) ist.³³

Wenn der Grundsatz der Staatsfreiheit (in der Ausprägung der Programmautonomie) es dem einfachen Gesetzgeber damit nicht erlaubt, den Auftrag der Rundfunkanstalten durch detaillierte Vorgaben konkret vorzugeben³⁴, dann bedeutet dies allerdings nicht, dass der Gesetzgeber keinerlei gesetzliche Regelungen zur Konkretisierung des Auftrags vornehmen

²⁷ BVerfGE 12, 205 (262).

²⁸ BVerfGE 12, 205 (263). Bezogen auf den damit untersagten Einfluss des Staates wird im Folgenden von „Staatsfreiheit“ gesprochen, während unter „Freiheit des Rundfunks“ sowohl die untersagte Einflussnahme durch den Staat als auch durch gesellschaftliche Gruppen gefasst wird.

²⁹ BVerfGE 12, 205 (263). Das Bundesverfassungsgericht forderte damit die Schaffung einer „positiven Ordnung“ durch einfache Gesetze, die der Rundfunkfreiheit zur Durchsetzung ihrer Schutzziele verhelfen. Diese Gesetze dienen der sog. Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit. Vgl. zum Begriff der Ausgestaltung und zur Abgrenzung gegenüber Eingriffen in die Rundfunkfreiheit unten Teil E. II. 2. Zur (Dominanz der) objektiv-rechtlichen Dimension bei der Rundfunkfreiheit siehe K.H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 107, Rn. 68; Ders., AfP 2/1998, S. 141 (142 f.).

³⁰ Gemeint sind die Länderparlamente.

³¹ BVerfGE 12, 205 (263).

³² Daher spricht das Bundesverfassungsgericht konsequenterweise in inhaltlicher Hinsicht auch lediglich von „Leitgrundsätzen“. Vgl. BVerfGE 12, 205 (263).

³³ BVerfGE 90, 60 (86); 87, 181 (201); 59, 231 (258). Wörtlich heißt es in BVerfGE 90, 60 (86) weiter: „Sie [die Rundfunkfreiheit] gewährleistet, daß Auswahl, Inhalt und Gestaltung des Programms Sache des Rundfunks bleiben und sich an publizistischen Kriterien ausrichten können. Es ist der Rundfunk selbst, der aufgrund seiner professionellen Maßstäbe bestimmen darf, was der gesetzliche Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlangt.“

³⁴ Vgl. S. Reese, Funktionsauftrag, S. 196ff.; K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 157; V. Wiedemann, in: ZUM 11/2007, S. 800 (804).

darf; nur ist er hierbei gehalten, den Kernbereich der Autonomie der Anstalten (insb. die Programmautonomie) zu wahren.³⁵

Aus der insofern beschränkten materiell-gesetzlichen Determinierbarkeit des Auftrags³⁶ ergeben sich im Wesentlichen zwei Problemkreise: Die Problematik einer auftragsgerechten Finanzierung bei gleichzeitiger relativer Unbestimmtheit des Auftrags³⁷ und die (damit verbundene) Problematik der Gebührenfinanzierung (auch) vor dem Hintergrund des europarechtlichen Beihilfe-Rechts.³⁸

³⁵ Vgl. S. Reese, Funktionsauftrag, S. 196 ff.; M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (600 f.); K. E. Hain, Gutachten, S. 64.

³⁶ Vgl. dazu etwa M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (599 ff.)

³⁷ Vgl. hierzu C. Degenhart, in: ZUM 5/2000, S. 356 (360).

³⁸ Die beiden Problemkreise werden im Folgenden der Übersichtlichkeit halber getrennt behandelt. Sie greifen gleichwohl ineinander und werden insbesondere über die Entwicklungen im Online-Bereich und im Bereich sonstiger neuer Dienste, wie etwa dem Digitalfernsehen, zunehmend stärker verwoben.

II. Auftragsgerechte Finanzierung bei relativer Unbestimmtheit des Auftrags

1. Programmentscheidungen als interne Auftragskonkretisierungen

Konsequenz der Freiheit des Rundfunks ist (unter den gegenwärtigen Prämissen) auch eine Dualität des Rundfunk-Finanzierungsmodells. Während der ökonomisch orientierte private Rundfunk sich über Werbeeinnahmen finanziert, folgt aus der grundrechtlich geforderten Freiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die Notwendigkeit seiner finanziellen Unabhängigkeit gegenüber dem Staat einerseits³⁹ und gegenüber privaten Geldgebern andererseits.⁴⁰ Gleichwohl ist der Staat im Rahmen der von ihm zu schaffenden positiven Ordnung für den Bereich des Rundfunks verpflichtet, die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu gewährleisten (sog. Finanzierungsgarantie).⁴¹ Da die Finanzierung, als Ausfluß des Grundsatzes der Freiheit des Rundfunks, weder von staatlicher noch von privatwirtschaftlicher Seite erfolgen darf, entschied sich der Gesetzgeber für eine Finanzierung über eine von allen Nutzern des dualen Rundfunksystems zu bezahlenden Gebühr (sog. Gebührenfinanzierung).⁴² Diese Gebühr wird für die Gesamtveranstaltung des Rundfunks in Deutschland erhoben.⁴³ Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten muss dabei funktionsgerecht⁴⁴, d.h. zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausreichend sein. Damit hängt die Gebührenhöhe ihrerseits von der Weite ihres Auftrags ab.⁴⁵ Da die Konkretisierung des Auftrags durch den Landesgesetzgeber, aufgrund der dargelegten Zusammenhänge, keine präzise sein darf, ist es in gewissem Umfang Aufgabe der Rundfunkanstalten selbst, ihren Auftrag (näher) zu konkretisieren.⁴⁶

³⁹ BVerfGE 90, 60 (92).

⁴⁰ So sieht das Bundesverfassungsgericht bei anderen Finanzierungsarten als der Gebührenfinanzierung, die Gefahr einer Vielfaltsverkürzung. Vgl. BVerfGE 87, 181 (199).

⁴¹ St. Rspr. Vgl. etwa BVerfGE 90, 60 (90). Siehe auch K.E. Hain, Gutachten, S. 41 ff., m.w.N. auf S. 43.

⁴² Zu den Bedenken gegen eine *staatliche* Finanzierung vgl. G. Herrmann / M. Lausen, Rundfunkrecht, § 13, Rn. 42 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁴³ BVerfGE 31, 314 (330). Zum größten Teil dienen die Gebühren der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Teilpositionen werden aber auch für die Wahrnehmung der Kontrolle der Privaten verwendet, so etwa für die Kosten, die durch die Landesmedienanstalten entstehen, s. § 10 Abs. 1 RFinStV.

⁴⁴ BVerfGE 90, 60 (90).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 87, 181 (200f.): „Der Umfang der finanziellen Gewährleistungspflicht des Staates für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird (..) von ihrer Funktion umgrenzt. Diese liegt in ihren Grundzügen verfassungsrechtlich fest und wird durch die Rundfunkgesetze der Länder, die ihrerseits den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung tragen müssen, konkretisiert.“

⁴⁶ Das BVerfGE stellt hierzu in BVerfGE 90, 60 (91f.) fest: „In der Art und Weise der Funktionserfüllung sind die Rundfunkanstalten grundsätzlich frei. Die Bestimmung dessen, was die verfassungsrechtlich vorgegebene und gesetzlich näher umschriebene Funktion publizistisch erfordert, steht ihnen zu. Das ist der Sinn der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Sie bezieht sich in erster Linie auf Inhalt und Form der Programme.“

Als Folge davon sind die auf dieser Grundlage erfolgenden Programmentscheidungen als anstaltsinterne Auftragskonkretisierung (grundsätzlich) anzuerkennen und ihre Finanzierung auch über eine entsprechende Gebührenfestsetzung sicherzustellen.⁴⁷

2. Binnenkontrolle als strukturelles Problem?

Eine solche Finanzgewährleistung, die maßgeblich von anstaltsinternen Entscheidungen abhängt, kann naturgemäß nicht unbeschränkt gewährleistet werden. Die Beschränkung soll durch die sog. Binnenkontrolle erfolgen. Hierunter wird die anstaltsinterne Kontrolle der Einhaltung des Programmauftrags durch den Rundfunkrat⁴⁸ verstanden.⁴⁹

Mangels anderer geeigneter externer Gremien, kann auch die Kontrolle über die Inhaltsspezifisierung (gegenwärtig) nur anstaltsintern erfolgen. Daher kommt dem Rundfunkrat neben der Mitwirkung bei der Auftragskonkretisierung (durch den Erlass von Programmrichtlinien und über Empfehlungen an den Intendanten bzgl. der Programmgestaltung) zugleich auch eine Kontrolle über die inhaltliche Gestaltung des Programms zu.

Mit der inhaltlichen Gestaltung der Programme, die zugleich, wie dargestellt, die anstaltsinterne Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten darstellt, variieren auch die Kosten, so dass wesentliches Element einer wirksamen (Finanzierungs-) Kontrolle das Funktionieren der anstaltsinternen Kontrolle (Binnenkontrolle) ist.

Wenn die Effektivität der Binnenkontrolle nun mit überzeugenden Argumenten bezweifelt wird⁵⁰, so erscheint es auch als sehr wahrscheinlich, dass Mängel, die im Rahmen der anstaltsinternen Auftragskonkretisierung auftreten, durch die Binnenkontrolle nicht behoben

⁴⁷ Das BVerfG stellt hierzu einschränkend in BVerfGE 90, 61 (92) fest: „Das bedeutet aber weder, daß gesetzliche Programmbegrenzungen mit der Verfassung von vornherein unvereinbar wären, noch umgekehrt, daß jede Programmentscheidung einer Rundfunkanstalt finanziell zu honorieren wäre. Der öffentlichrechtliche Rundfunk hat im dualen System dafür zu sorgen, daß ein dem klassischen Rundfunkauftrag entsprechendes Programm für die gesamte Bevölkerung angeboten wird, das im Wettbewerb mit den privaten Veranstaltern standhalten kann. Auf die Verwirklichung von Programmen, die für diese Funktion nicht erforderlich sind, hat er von Verfassungs wegen keinen Anspruch. Vielmehr ist die Heranziehung der Rundfunkteilnehmer, die die Mittel für den öffentlichrechtlichen Rundfunk vor allem aufbringen müssen, nur in dem Maß gerechtfertigt, das zur Funktionserfüllung geboten ist (vgl. BVerfGE 87, 181 [201]).“

⁴⁸ Beim ZDF d. „Fernsehrat“, „Hörfunkrat“ beim Deutschlandradio. Im Folgenden für alle „Rundfunkrat“.

⁴⁹ Die Notwendigkeit der Beschränkung der Kontrolle auf eine (bloß) interne Selbst-Kontrolle lässt sich aus dem Grundsatz der Staatsfreiheit ableiten: Wenn aus der Staatsfreiheit folgt, dass die inhaltliche Gestaltung des Programms allein Sache der öffentlich-rechtlichen Anstalten ist (sog. Programmautonomie), darf auch die inhaltliche Kontrolle keine staatliche sein. Daher ist die Rechtsaufsicht auch keine Fachaufsicht, sondern nur als subsidiäre und eingeschränkte Rechtsaufsicht zulässig. Vgl. R. Wendt, in von Münch/Kunig, Art. 5 GG, Rn. 55; R. Ricker/P. Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, Teil D, Rn. 12f. sowie unten Teil J. II.

⁵⁰ Kritisch etwa K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 143. Vgl. bzgl. der Gemeinschaftsangebote der ARD auch die 20-teilige „Gremiendebatte“ in epd-medien. Zuletzt W. Hömberg, in epd (4) 2008, S. 6 (6ff.) mit Nachweisen zu den 19 anderen Beiträgen. Vertiefend zum Ganzen unten Teil H. IV.

werden (können) und daher auf die Angemessenheit der Gebühr durchschlagen⁵¹, wodurch letztlich grundrechtlich geschützte Interessen Dritter erheblich tangiert werden.

Allerdings setzen die Anstalten die Gebühren nicht selbst fest, so dass sich Mängel der Binnenkontrolle nicht unmittelbar auf die Gebührenhöhe auswirken. Vielmehr erfolgt die Gebührenfestsetzung über das dreistufige KEF-Verfahren.⁵² Im Hinblick auf die Kontrolle der Gebührenfestsetzung kommt dabei der ersten Stufe, der anstaltsinternen Bedarfsermittlung und damit auch der Binnenkontrolle, das wesentliche Gewicht für die auftragungsgemäße Gebührenfestsetzung zu: Ein Mangel bei der Binnenkontrolle würde über eine fehlerhafte Auftragskonkretisierung /-wahrnehmung zu einer fehlerhaften Bedarfsanmeldung und damit zu einem fehlerhaften Startwert für die Prüfung durch die KEF führen. Die KEF überprüft die Auftragsgemäßheit des angemeldeten Bedarfs, nicht aber Fehler bei der internen Auftragskonkretisierung.⁵³ Daher kann die KEF einen fehlerhaften Startwert nicht korrigieren. Ein solcher Fehler im Startwert ist daher weder im KEF-Verfahren noch im Rahmen der Festsetzung durch die Länder revidierbar⁵⁴ und würde zu einer nicht-auftragungsgerechten Überfinanzierung und damit zu einer unangemessenen Belastung des Bürgers sowie u.U. zu einer Wettbewerbsverzerrung führen.

Daher kommt der Binnenkontrolle - gerade auch für die Ermittlung der auftragungsgemäßen Finanzierung - ein ganz besonderes Gewicht zu. Auf die diesbezüglichen Probleme - gerade im Rahmen des Drei-Stufen-Tests - wird später näher einzugehen sein.⁵⁵

⁵¹ Und dann wegen der Nicht-Auftragungsgemäßheit zu einer Überfinanzierung (Überkompensation) oder zu einer Ausweitung des Angebots, über den Auftrag hinaus, führt.

⁵² Auf der ersten Stufe ermitteln die Rundfunkanstalten ihren finanziellen Bedarf für die Erfüllung ihres Auftrags. Diesen Bedarf melden sie der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (KEF), die auf der zweiten Stufe überprüft, ob die Bedarfsanmeldung in Übereinstimmung mit dem Auftrag steht und ob der daraus abgeleitete Finanzbedarf im Einklang mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt wurde. Die KEF übermittelt ihre Prüfungsergebnisse zusammen mit einem Vorschlag für die festzusetzende Gebühr an die Länder, die auf der dritten Stufe die Festsetzung durch Änderung des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) vornehmen, wobei sie von dem Vorschlag der KEF aus Gründen des Informationszugangs und der angemessenen Belastung der Rundfunkteilnehmer abweichen können. Vgl. BVerfGE 90, 60 (104) sowie das Urteil des BVerfG vom 11.09.2007, Az.: 1 BvR 2270/05, Rn. 141. Zum KEF-Verfahren vgl. auch D. Dörr, Programmvielfalt, S. 30 f.

⁵³ Vgl. hierzu auch J. Ukrow, in WiVerw 2003, S. 160 (164). Näher hierzu unten Teil H. III. 3. c.

⁵⁴ Die Abweichungsmöglichkeit der Länder beschränkt sich auf die genannten Szenarien. Programmliche und medienpolitische Zwecke scheiden aus. Vgl. Urteil des BVerfG vom 11.09.2007, Az.: 1 BvR 2270/05, Rn. 141. Daher dürfen die Länder gerade nicht eine (aus ihrer Sicht fehlerhafte) interne Auftragskonkretisierung über eine Gebührenkürzung „korrigieren“ oder durch die „Drohung“ mit einer solchen, Einfluss auf den Konkretisierungsprozess nehmen.

⁵⁵ Vgl. dazu unten Teil H. I. bis IV.

III. Einflüsse des europäischen Rechts

1. Die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission

Wegen des Anwendungsvorrangs des Europäischen Rechts vor dem deutschen Recht⁵⁶ stellt sich auch die grundsätzliche Frage, inwieweit das deutsche Rundfunkrecht und insbesondere die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks am europäischen Gemeinschaftsrecht zu messen ist.⁵⁷

Als Fortentwicklung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) ist das Recht der Europäischen Union (das „Europarecht“) an dem Ziel des grenzübergreifenden und freien Wettbewerbs orientiert⁵⁸ und sieht daher staatliche Beihilfen grundsätzlich als unzulässig an.⁵⁹ Als die Europäische Kommission ab dem Jahre 2002 mehrere Beschwerden zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland erhielt⁶⁰, stellte sich (nun auch in praxi⁶¹) die Frage, ob die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Anstalten eine (grundsätzlich unzulässige) Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG darstellt. Nach einer diesbezüglichen Anhörung der Bundesrepublik gelangte die Kommission zu der (vorläufigen) Auffassung, dass es sich bei der geltenden Finanzierungsregelung um eine Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG handelt.⁶² Bei Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung ist die Vereinbarkeit der Rundfunkfinanzierung über Gebühren mit dem Gemeinsamen Markt anhand des Art. 86 Abs. 2 EG, dem Amsterdamer Protokoll und der sog. Rundfunkmitteilung zu bewerten.⁶³ Damit eine Beihilfe gemäß Art. 86 Abs. 2 EG als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann, müssen drei Bedingungen erfüllt sein⁶⁴:

(i) Die betreffende Dienstleistung muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und von dem Mitgliedstaat als solche klar definiert sein (Definition).

⁵⁶ Zum Vorrang u. zum Verhältnis des deutschen (Verfassungs-)Rechts zum europäischen Recht vgl. allg. die Solange – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 37, 271 (271ff.) und 73, 339 (339 ff.) sowie speziell zu der vorliegenden Problematik: D. Dörr, in: epd (34/35) 2008, S. 3 (3); Ders., FK 48/2008, S. 3 (4); K.-E. Hain, JZ 2008, S. 128 (135) Fn. 81 a.E.; Ders., Gutachten, S. 18 m.w.N.

⁵⁷ Umfassend zu dieser Frage die Dissertation von G. Schwendinger, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher Rundfunkfinanzierung (Siehe dazu das Literaturverzeichnis).

⁵⁸ Vgl. dazu insbesondere Art. 2, 3 und 4 EG sowie für Dienstleistungen Art. 49 ff. EG.

⁵⁹ Vgl. Art. 87 Abs. 1 EG. In den Abs. 2 und 3 finden sich Ausnahmetatbestände.

⁶⁰ Vgl. dazu im Einzelnen: Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (67ff.).

⁶¹ Die Erörterung dieser Frage hatte in der Literatur frühzeitig eingesetzt. Jüngst hat sich K. Thum mit dieser Frage auseinandergesetzt. Vgl. ders. in: NVwZ 2007, S. 521 (521ff.) m.w.N.

⁶² Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (75). Vgl. zur Sicht der Kommission etwa D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (3).

⁶³ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (217). Vgl. hierzu auch die Besprechung der Entscheidung der Kommission von D. Krausnick, in: ZUM 11/2007, S. 806 (807f.); D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (3 f.).

⁶⁴ Rundfunkmitteilung, Rn. 29; Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (218); vgl. auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (3 f.).

(ii) Das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Ausführung der Dienstleistung beauftragt worden sein (Beauftragung).

(iii) Die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags - im vorliegenden Fall das Verbot staatlicher Beihilfen – muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen Aufgaben verhindern, und die Freistellung von diesen Regeln darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (Verhältnismäßigkeitskriterium).⁶⁵

Durch die Übertragung dieser Kriterien auf die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland erhält die Kommission die Möglichkeit, den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Hinblick auf eine hinreichend klare Beauftragung und das Vorliegen „offensichtlicher Fehler“ zu überprüfen.⁶⁶ Zwar ergibt sich aus dem Amsterdamer Protokoll, dass den Mitgliedsstaaten bei der Gestaltung der Rundfunkfinanzierung ein gewisser Freiraum eingeräumt ist, was dazu führt, dass Umfang und Tiefe der Prüfung durch die Kommission beschränkt sind.⁶⁷ Zugleich muss es der Kommission aber möglich sein, die Finanzierung auf mögliche Überkompensationen⁶⁸ hin zu überprüfen, was wiederum eine präzise Kenntnis dessen erfordert, was der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten umfasst und was nicht.⁶⁹

Auf der Grundlage dieser Prämissen gelangte die Europäische Kommission im Rahmen des Beihilfe-Verfahrens zu dem Ergebnis, dass die derzeitige Auftragsdefinition zwar im Hinblick auf die allgemeine Programmtätigkeit hinreichend präzise und klar sei,⁷⁰ dagegen aber im

⁶⁵ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (218), wörtliche Wiedergabe. Die Anwendung dieser Kriterien auf die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten findet sich in der Rundfunkmitteilung. Danach muss die Kommission prüfen, ob (1) es sich bei den Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Anstalten um klar definierte, auf deren Auftrag erwachsene Aufgaben handelt, ob (2) die Erfüllung dieses Auftrags von den deutschen Behörden offiziell übertragen wurde und eine angemessene Kontrolle der Erfüllung des Auftrags stattfindet und (3) ob die Finanzierung verhältnismäßig ist und nicht zu unnötigen Wettbewerbsverzerrungen führt. Vgl. zu Details, K (2007) 1761 endg., Rn. (219).

⁶⁶ Vgl. W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 7. Zum Verständnis solch „offensichtlicher Fehler“ vgl.: Europäische Kommission K (2007) 1761 endg. Rn. (220).

⁶⁷ Vgl. W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 7; K. E. Hain, Gutachten, S. 15.

⁶⁸ Zu verstehen als positive Differenz dessen, was die Anstalten an Gebührengeldern erhalten, gegenüber den Kosten, die ihnen durch die Wahrnehmung ihrer Aufgabe (ihres Auftrags) entstehen.

⁶⁹ W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 7.

⁷⁰ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (224). Diesbezüglich akzeptiert die Kommission auch die „breit gefasste“ Definition des § 11 RStV und deren Präzisierung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

Hinblick auf die digitalen Zusatzkanäle⁷¹ und die Mediendienste⁷² als nicht hinreichend präzise anzusehen sei.

Die Kommission bemängelte, neben dem Fehlen einer diesbezüglich hinreichend präzisen Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags, auch das Fehlen einer angemessenen „Beauftragung“⁷³ und stellte hinsichtlich der bereits im Anhörungsverfahren geäußerten „Zweifel daran, ob die Erfüllung des öffentlichen Auftrags durch die Rundfunkanstalten wirksamer Kontrolle unterliegt“⁷⁴, ausdrücklich fest, dass die internen und externen Kontrollmechanismen „nur dann wirklich hinreichend wirksam funktionieren, wenn der öffentliche Auftrag hinreichend klar und genau bestimmt ist.“⁷⁵

2. Ökonomischer Wettbewerb versus publizistischer Wettbewerb

Bei Betrachtung des wettbewerbs-orientierten Ansatzes der Europäischen Kommission, mit der dargestellten Konsequenz, einen möglichst präzise definierten Auftrag zu benötigen, um sicherzustellen bzw. überprüfen zu können, dass keine Wettbewerbsverzerrung durch eine nicht auftragsgerechte Finanzierung entsteht, tritt zugleich der Unterschied der Rechtsauffassung der Europäischen Kommission gegenüber den Grundannahmen des Bundesverfassungsgerichts (und auch des deutschen Rundfunk-Gesetzgebers) bzgl. des Konkurrenzverhältnisses zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbietern offen zu Tage:⁷⁶

Während das Ziel des Ansatzes der Europäischen Kommission die Sicherstellung eines freien ökonomischen Wettbewerbs ist, geht das Bundesverfassungsgericht, hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Säulen des dualen Systems zueinander, von einem Vorrang des publizistischen Wettbewerbs aus⁷⁷: Nachdem es in der sog. Niedersachsen-Entscheidung von 1986 zunächst bzgl. der jeweiligen (Vielfalts-) Anforderungen festgestellt hatte, dass „solange und soweit die Grundversorgung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wirksam gesichert ist“, es gerechtfertigt erscheine, „an die Breite des Programmangebots und die

⁷¹ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (225).

⁷² Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (236).

⁷³ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (252).

⁷⁴ Ebenda. Vgl. zu der Begründung zu dieser Ansicht der Europäischen Kommission dort auch die Rn. (141 ff.)

⁷⁵ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (258).

⁷⁶ Deutliche Unterschiede sieht V. Wiedemann, in: ZUM 11/2007, S. 800 (804f.). W. Schulz betont, dass trotz der Gegensätzlichkeiten sich aber kein „manifeste Widerspruch“ ergebe, da die Kommission eine prozedurale Vorgehensweise grundsätzlich europarechtlich gebilligt habe. Vgl. Ders., Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 15.

⁷⁷ Vgl. dazu auch M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (596 ff.).

Sicherung gleichwertiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk⁷⁸, präzisierte es im Baden-Württemberg-Beschluß von 1987 das Verhältnis auch hinsichtlich neuer Medien (jenseits der Grundversorgung) und bezog zugleich Stellung zu den Auswirkungen der Dualität auf den (kommerziellen) Wettbewerb: Es könne (generell) in der dualen Rundfunkordnung „die Ergänzung des bisherigen Angebots der öffentlich-rechtlichen Anstalten um Programme privater Anbieter nur dann einen Sinn haben, wenn das Hinzutreten weiterer Veranstalter und Programme die Rundfunkversorgung insgesamt verbessert (..)“ Eine solche Verbesserung hänge zum einen davon ab, dass eine höhere Zahl von Programmen angeboten wird und zum anderen komme es auf die Konkurrenz zwischen diesen Programmen an.⁷⁹ Bzgl. der damit vom Bundesverfassungsgericht erstmalig angesprochenen Konkurrenzverhältnisse zwischen privaten Anbietern und öffentlich-rechtlichen Anstalten differenzierte es in der Folge zwischen dem publizistischem Wettbewerb⁸⁰ einerseits und dem ökonomischem Wettbewerb andererseits. So heißt es zum publizistischen Wettbewerb in derselben Entscheidung wörtlich: „Dem Nebeneinander von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk liegt (unter anderem) der Gedanke zugrunde, dass der publizistische Wettbewerb zwischen beiden sich anregend und belebend auf das inländische Gesamtangebot auswirken und Meinungsvielfalt auf diese Weise gestärkt und erweitert werde.“⁸¹ Zu der Frage der Konkurrenz im ökonomischen Sinne führt das Bundesverfassungsgericht an gleicher Stelle, mit Blick auf die sich aus Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG stellenden Anforderungen an ausgestaltende Gesetze, aus: „Marktchancen können eine Frage wirtschaftlicher, nicht aber der Meinungsfreiheit sein.“⁸² In Bezug auf den Gedanken des Konkurrenzschutzes stellt es sodann fest: „Gewiß muß ein privater Anbieter, um im Programmwettbewerb bestehen zu können, wirtschaftlich lebensfähig sein. Insofern kann es gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber diese Vorbedingungen zu sichern sucht. Im Rahmen seiner Ausgestaltungsbefugnis darf er dazu jedoch nicht den Weg einer Einschränkung des publizistischen Wettbewerbs wählen.“⁸³

⁷⁸ BVerfGE 73, 118 (118), 1. Leitsatz lit. b).

⁷⁹ BVerfGE 74, 297 (331 f.).

⁸⁰ Näher zu diesem Begriff: W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 172.

⁸¹ BVerfGE 74, 297 (332).

⁸² BVerfGE 74, 297 (335).

⁸³ BVerfGE 74, 297 (336).

Kennzeichnend für das Verhältnis der beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung zueinander ist, aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, damit der grundsätzliche Vorrang des publizistischen Wettbewerbs vor dem ökonomischen.⁸⁴

Dabei geht es allerdings auch nicht um eine Verdrängung der Privaten. Vielmehr liegt diesem Ansatz der Gedanke der sog. strukturellen Diversifizierung⁸⁵ zugrunde, wonach davon ausgegangen wird, dass das Rundfunksystem in seiner Funktionalität dadurch gestärkt wird, dass Schwächen der einen Säule durch Stärken der anderen ausgeglichen werden und sich beide Säulen (über den publizistischen Wettbewerb) in publizistisch-qualitativer Hinsicht wechselseitig ergänzen und befruchten.⁸⁶ Konsequenz dieser Ansicht ist (auch), dass dem privaten Rundfunk im dualen System eine über die bloße Ergänzung hinausgehende Funktion zukommt. Daher darf - trotz Vorrangs des publizistischen Wettbewerbs - ein öffentlich-rechtliches Angebot nicht darauf gerichtet sein, ein privates zu verdrängen.⁸⁷

3. Der Beihilfe-Kompromiss

Nach dem vorstehend Festgestellten bestehen zwischen der Ansicht der Europäischen Kommission und der, vom Bundesverfassungsgericht geprägten, deutschen Rechtsauffassung im Wesentlichen zwei Gegensätze: Zum einen fordert der Ansatz der Europäischen Kommission eine hinreichend präzise gesetzliche Beschreibung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, während eine solche nach deutschem Recht nur eingeschränkt zulässig ist.⁸⁸ Zum anderen geht das Europäische Recht (zumindest die gegenwärtige Rechtsauffassung der Europäischen Kommission) von einem Vorrang des ökonomischen Wettbewerbs vor dem publizistischen aus, während es im deutschen Recht umgekehrt ist.

Diese Gegensätzlichkeiten stellen sich (in der Theorie) zwar nur solange als Problem dar, wie man die Rundfunkfinanzierung überhaupt als dem europäischen Beihilfe-Regime unterstellt ansieht. Jedoch kann der deutsche Gesetzgeber in praxi – auch unter Verweis auf seine

⁸⁴ Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung des Konkurrenzverhältnisses vgl. auch T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 243 f. Die Beurteilung dieser Frage (die im Hinblick auf Online-Angebote noch gesondert vorzunehmen ist) wirkt sich bei der konkreten Ausgestaltung und Handhabung des Testverfahrens, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit der Einbeziehung und der Gewichtung von Drittinteressen im Rahmen der Entscheidung, aus. Vgl. zum Ganzen Teil H. IV. 1. e.

⁸⁵ Vgl. zu diesem Begriff W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 292 ff sowie M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (596 ff.); Ders., MP 12/2007, S. 602 (604); T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 244 ff.

⁸⁶ Vgl. hierzu W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 172 f. sowie S. 292 ff. sowie W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 17 ff.

⁸⁷ T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 244 ff.; W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 226; K. E. Hain, Gutachten, S. 65 f.

⁸⁸ Siehe oben Teil B. I. 2.

abweichende Rechtsauffassung⁸⁹ – nicht ignorieren, dass die Europäische Kommission an Verfahren wie das Beihilfe-Verfahren für die Bundesrepublik verbindliche Entscheidungen knüpfen kann, die dann, wenn kein Einvernehmen zu erzielen wäre, vor dem EuGH zu überprüfen wären.

Um eine solche Auseinandersetzung zu vermeiden, wurde zwischen der Bundesregierung (stellvertretend für die Länder) und der Europäischen Kommission ein Kompromiss zur Beilegung des Streits im Beihilfe-Verfahren (betreffend die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten) vereinbart.⁹⁰ Mit ihrer Entscheidung vom 24. April 2007 stellte die Europäische Kommission das Beihilfe-Verfahren gegen die Bundesrepublik, auf der Grundlage der von der Bundesrepublik unterbreiteten förmlichen Zusage, die geltende Finanzierungsregelung zu ändern, ein.⁹¹ In der Annahme der Zusagen Deutschlands durch die Kommission lag zugleich die Vereinbarung eines Kompromisses bzgl. der divergenten Rechtsauffassungen (sog. Beihilfe-Kompromiss). Danach wurde für Mediendienste und digitale Zusatzangebote die Einführung eines Testverfahrens vereinbart, dessen Durchführung zu einer Präzisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für die betreffenden Bereiche führen soll.

Für die Einführung dieses Testverfahrens sieht der Beihilfe-Kompromiss die folgenden (Rahmen-) Bedingungen vor⁹², die die Landesgesetzgeber im Rahmen der Verhandlungen zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄndStV) zu berücksichtigen hatten:⁹³

a. Allgemeine Regeln für alle neuen oder geänderten digitalen Angebote

Die Länder werden im Rundfunkstaatsvertrag das Verfahren zur Beauftragung für alle neuen Angebote der öffentlich-rechtlichen Anstalten konkretisieren.⁹⁴ Dazu werden die öffentlich-

⁸⁹ Siehe hierzu die Mitteilung der Bundesregierung an die Kommission, abgedruckt in FK (6) 2007, S. 28 ff.

⁹⁰ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (4). Zur Entwicklung vgl. näher M. Eifert/H. Eicher in: Hahn/Vesting, RStV, § 11, Rn. 22 ff., 28 ff. und 31a sowie K. E. Hain, Gutachten, S. 17.

⁹¹ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., vor Rn. (1).

⁹² Die dazu folgende Darstellung ist inhaltlich den Rn. (328)-(341) des Beihilfe-Kompromisses entnommen. Sie hat eine strukturierte Darstellung der Anforderungen an das Testverfahren zum Ziel und weicht daher (in der Reihenfolge der Wiedergabe der Anforderungen) vom Beihilfe-Kompromiss ab. Es erfolgt hier *keine* identische Wiedergabe des exakten Wortlauts aus dem Beihilfe-Kompromiss. Gleichwohl entsprechen notwendig viele Passagen (nahezu) dem Originalwortlaut. Eine weitere strukturierte Darstellung findet sich bei W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 10 bis 13. Vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei D. Krausnick, in: ZUM 11/2007, S. 806 (807ff.).

⁹³ Inwieweit eine detaillierte gesetzliche Regelung des Testverfahrens notwendig ist, hängt wiederum von der Reichweite des Gesetzesvorbehalts bzw. der Wesentlichkeit des Regelungsgegenstands ab. Für eine erfolgreiche Umsetzung des Beihilfe-Kompromisses kam es zudem aber auch darauf an, die Vorgaben, die die Europäische Kommission im Beihilfe-Kompromiss abegesenet hat, auch (aus der Sicht der Kommission) einzuhalten und nicht durch eine allzu „deutsche Lesart“ zu verwässern und damit die Chance des Kompromisses zu vertun. Zur Rechtsverbindlichkeit der deutschen Zusagen vgl. K.E. Hain, Gutachten, S. 18.

⁹⁴ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328), Satz 3.

rechtlichen Anstalten verpflichtet, für alle neuen und veränderten digitalen Angebote einen dreistufigen Test durchzuführen.⁹⁵

aa. Aufgreifkriterien

Nicht jede Änderung eines Online- oder anderen Digitalangebots erfordert die Durchführung des Prüfverfahrens.⁹⁶ Die staatsvertragliche Regelung soll hierzu vorsehen, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten in Satzungen und Richtlinien transparente und überprüfbare Kriterien entwickeln und niederlegen, wann ein neues Angebot vorliegt und das Testverfahren greift.⁹⁷ Bei der Erstellung dieser Satzungen und Richtlinien sollen folgende Kriterien berücksichtigt werden:

- Die Bedeutung des Vorhabens für den publizistischen Wettbewerb.
- Die finanzielle Relevanz des Vorhabens.
- Die geplante Dauer des Vorhabens.
- Das Bestehen vergleichbarer Angebote, die von den Anstalten bereits angeboten werden (und damit aus Sicht der Nutzer austauschbar sind).⁹⁸

bb. Prüfungskriterien

Die drei Stufen werden gesetzlich festgelegt.⁹⁹ Es ist durch die Rundfunkanstalten für jedes Angebot zu prüfen,

- (1) dass das Angebot zum öffentlichen Auftrag gehört und damit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer Gesellschaft entspricht und
- (2) dass es in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt und
- (3) dass der Aufwand für die Erbringung des Angebots vorgesehen ist.¹⁰⁰

⁹⁵ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328), Satz 4. Es sei denn, die Durchführung des Testverfahrens ist (etwa aufgrund eines geringen Umfangs der Änderung) nicht erforderlich. Siehe zu den „Aufgreifkriterien“ sogleich im Text.

⁹⁶ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (329), Satz 1.

⁹⁷ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (329), Satz 2.

⁹⁸ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (329), Satz 3.

⁹⁹ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328), Satz 5.

¹⁰⁰ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328), Satz 5.

Der Begriff des publizistischen Wettbewerbs wird in der Gesetzesbegründung weiter konkretisiert.¹⁰¹ Dabei sind die folgenden Punkte einzubeziehen:

- Umfang und Qualität der vorhandenen, frei zugänglichen Angebote
- Marktrelevante Auswirkungen des geplanten Angebots
- Die meinungsbildende Funktion des vorgesehenen Angebots (die unterhaltende Elemente einschließen kann) angesichts bereits vorhandener Angebote.¹⁰²

cc. Berücksichtigung der Stellungnahmen Dritter

Die staatsvertragliche Regelung wird vorsehen, dass Dritte Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten¹⁰³ sowie dass sich die internen Gremien der öffentlich-rechtlichen Anstalten vor ihrer Entscheidung mit den Stellungnahmen Dritter zu den marktlichen Auswirkungen befassen müssen.¹⁰⁴

dd. Begründungspflicht

Im Staatsvertrag wird den öffentlich-rechtlichen Anstalten auferlegt, dass die Begründungen zu dem Vorhaben nach Durchführung der Prüfung hinreichend konkret sind, um der zuständigen Aufsicht aber auch Dritten eine Beurteilung des Angebots zu ermöglichen.¹⁰⁵

ee. Entscheidung und Veröffentlichung

Die Selbstverpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Anstalten für das jeweilige Angebot werden nach Genehmigung durch die Aufsichtsgremien in den amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder veröffentlicht.¹⁰⁶

¹⁰¹ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328), Satz 6.

¹⁰² Ebenda.

¹⁰³ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (331), Satz 1.

¹⁰⁴ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (331), Satz 2.

W. Schulz, stellt in diesem Zusammenhang fest: „Eine Rechtsstellung Dritter soll dadurch nicht entstehen.“ Vgl. Ders., Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 11. Bei dieser Feststellung handelt es sich nicht um eine Aussage, die dem Beihilfe-Kompromiss zu entnehmen wäre. Dieser Satz entstammt der Mitteilung der Bundesregierung vom 28. Dezember 2006. Er wurde aber im Rahmen der Formulierung der Entscheidung der Kommission zum Beihilfe-Kompromiss gerade nicht übernommen. R. Meyer, Drei-Stufen-Test, geht auf S. 62 f. davon aus, dass dieser Satz dennoch Bestandteil des Beihilfe-Kompromisses geworden ist. Die Begründung zum 12. RÄndStV stellt auf S. 22 nunmehr fest, dass durch die Anhörungen keine „subjektiven Rechte Dritter begründet“ werden.

¹⁰⁵ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (330).

¹⁰⁶ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (332), Satz 1.

ff. Kontrolle durch die Rechtsaufsicht

Die Länder werden im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.¹⁰⁷

b. Besondere Regeln für digitale Zusatzangebote

Für digitale Zusatzangebote gelten zusätzlich besondere Regeln. So wird der künftige Rundfunkstaatsvertrag hinsichtlich der digitalen Zusatzkanäle beispielhafte Programmkategorien einführen, um die bestehenden Anforderungen des allgemeinen Programmauftrags weiter zu konkretisieren.¹⁰⁸ Die öffentlich-rechtlichen Anstalten werden darüber hinaus gesetzlich verpflichtet, ein Programmkonzept unter Bezugnahme auf diese Programmkategorien zu entwickeln. Dieses Programmkonzept wird den zuständigen Gremien zur Genehmigung vorgelegt und sodann in den amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder veröffentlicht.¹⁰⁹

c. Besondere Vorgaben für Telemedien

Das Testverfahren („Beauftragungsverfahren“) findet auch im Hinblick auf die Konkretisierung des öffentlichen Auftrags für Telemedien Anwendung¹¹⁰, wobei folgende Besonderheiten gelten:

aa. Beschränkung der Beauftragung auf journalistisch-redaktionelle Angebote

Die Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Anstalten wird staatsvertraglich auf journalistisch-redaktionelle Angebote begrenzt. Dies umfasst auch journalistisch-redaktionell veranlasste Angebote wie beispielsweise Internet-Chats.¹¹¹

¹⁰⁷ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (332), Satz 2.

¹⁰⁸ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (335), Satz 1. Dort wird zunächst festgestellt, dass als Schwerpunkte des allgemeinen Programmauftrags „Information“, „Bildung“ und „Kultur“ anzusehen sind. Diese Begriffe werden dann in den Sätzen 2 bis 4 spezifiziert: Bei dem Schwerpunkt „Information“ könnte sich der Staatsvertrag auf Programmkategorien wie Nachrichten, politische Information, Regionales, aber auch Sport beziehen. In die Kategorie „Bildung“ wären Wissenschaften und Technik, Kinder und Jugend, Erziehung, Geschichte, Religion, Naturkunde usw. möglich. Der Schwerpunkt „Kultur“ könnte durch die Bezugnahme auf Programmkategorien wie Bühnenstücke, Musik, Architektur, Philosophie, Literatur, Kino usw. ausgefüllt werden.

¹⁰⁹ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (336). Auch diesbezüglich sieht der Kompromiss eine Kontrolle durch die Rechtsaufsicht vor. So heißt es in Rn. (336) Satz 3: „Die Länder werden im Rahmen der Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen der Anstalten auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.“

¹¹⁰ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (337).

¹¹¹ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (338). Der Begriff „journalistisch-redaktionell“ soll in der staatsvertraglichen Begründung konkretisiert werden und sich aus dem durch die Rechtsprechung bereits konkretisierten Begriff in anderen Gesetzen ableiten.

bb. Weitere Einschränkungen

Die flächendeckende lokale Berichterstattung soll nicht Bestandteil des öffentlichen Auftrags sein. Werbung und Sponsoring bleiben ausgeschlossen. Darüber hinaus werden die öffentlich-rechtlichen Anstalten gesetzlich verpflichtet, in Selbstverpflichtungen Regeln zu entwickeln, die sicherstellen, dass Verweisungen von ihren Angeboten nicht unmittelbar zu direkten Kaufaufforderungen führen. Die öffentlichen Rundfunkanstalten sind künftig gehalten, für sendungsbegleitende Angebote die betreffende Sendung und den zeitlichen Bezug in den Konzepten für diese Angebote transparent zu machen.¹¹²

cc. Positiv/Negativ-Liste

Es soll zudem eine Positiv/Negativ-Liste von Telemedien erstellt werden, die illustrativen Charakter haben und auch Angebote bezeichnen soll, die nicht vom Auftrag erfasst sind, wie etwa E-Commerce.¹¹³

dd. Festschreibung funktionsorientierter Kriterien

Im Staatsvertrag werden Kriterien festgeschrieben, denen die Vorhaben der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Bereich der Online-Angeboten dienen müssen. Diese Kriterien beziehen sich auf Funktionen, die gerade durch das Online-Angebot der öffentlich-rechtlichen Anstalten erfüllt werden müssen, um den Auftrag der Anstalten unter Bedingungen des Medienwandels zu erfüllen.¹¹⁴ Solchermaßen funktionsorientierte Kriterien sind beispielsweise:

- Allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft zu ermöglichen.
- Minderheiten adäquaten Zugang zu Angeboten zu verschaffen.
- Bürgern den Nutzen der neuen digitalen Angebote nahe zu bringen.
- Glaubwürdige Orientierungshilfe bei neuen digitalen Diensten zu bieten.
- Medienkompetenz zu fördern.
- Rundfunksendungen dem Wandel der Mediennutzung entsprechend zu begleiten.¹¹⁵

¹¹² Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (341).

¹¹³ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (339).

¹¹⁴ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (340).

¹¹⁵ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (340) Satz 3.

IV. Ansätze zur Konkretisierung des Auftrags bzw. Umsetzung des Kompromisses

Die vorstehend dargestellten Anforderungen des Beihilfe-Kompromisses waren vom deutschen Rundfunkgesetzgeber, namentlich durch die Länder, bis zum 1. Juni 2009¹¹⁶ in deutsches Recht umzusetzen. Da die Vorgaben im Beihilfe-Kompromiss in vielerlei Hinsicht nicht detailliert sind, sondern nur einen Rahmen für die weitere Gestaltung darstellen, kam den Ländern die Aufgabe zu, unter Beachtung der Vorgaben des Beihilfe-Kompromisses¹¹⁷ einerseits und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an die (Aus-)Gestaltung¹¹⁸ der Rundfunkordnung andererseits, einfach-gesetzliche Regeln bzgl. der Durchführung und Organisation des Drei-Stufen-Tests zu erlassen.¹¹⁹

Unabhängig von dieser „Dualität der Anforderungen“ ist im Hinblick auf die Art und Weise einer einfach-gesetzlichen Konkretisierung des Auftrags schon seit längerem umstritten, wie eine solche gesetzestechnisch zu erfolgen hat. Während eine Ansicht die Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch eine materiell-gesetzlich engere Beschreibung des Auftrags erreichen möchte¹²⁰, ist nach anderer Ansicht die Konkretisierung des Auftrags im Wege der regulierten Selbstregulierung¹²¹ anzustreben.¹²²

Die letztgenannte Ansicht verzichtet dabei auf das Setzen enger materieller Maßstäbe zugunsten prozedural-organisatorischer Vorgaben: Es soll danach lediglich ein regulativer Rahmen vorgegeben werden, innerhalb dessen d. öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Wege einer internen Entscheidungsfindung (Selbstregulierung) eigenständig eine zielorientierte Lösung erarbeiten. Im Gegensatz zur reinen Selbstregulierung wird vom

¹¹⁶ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (324) Sätze 2 und 3. (Umsetzungs-Datum danach: 24.04.2009. Der Staatsvertrag trat aber, mit Einverständnis d. Kommission, erst z. 1.6.2009 in Kraft. Näher dazu K. E. Hain, Gutachten, S. 17.)

¹¹⁷ D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (4).

¹¹⁸ Zu der Frage, ob es sich bei der einfach-gesetzlichen Regelung des Drei-Stufen-Tests um eine Ausgestaltung oder einen Eingriff handelt und welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an die einfach-gesetzlichen Regelungen sich dadurch ergeben, vgl. unten Teil E. II. 2.

¹¹⁹ W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 44, stellt hierzu zutreffend fest, dass der Beihilfe-Kompromiss die Ausgestaltung des Verfahrens zwar weitgehend den Anstalten überlasse, dies aber nicht bedeute, dass das Verfahren nicht staatsvertraglich weiter als dort vorgesehen ausgestaltet werden könne. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (4) stellt klar: „Spielraum [für Abweichungen] bestand für die Länder mithin nur außerhalb der verbindlichen Zusagen (..)“. Anforderungsverschärfungen sind mithin grds. möglich. Näher zu solchen „Übererfüllungen“: K. E. Hain, Gutachten, S. 18 ff.

¹²⁰ Vgl. M. Bullinger, Aufgaben, 108 ff.; J. Ukrow in WiVerw 2003, 160 (172 f.). In diese Richtung geht auch der jüngst von K. Thum gemachte Vorschlag, die Eingrenzung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im online-Bereich durch eine Regelbeispieltechnik vorzunehmen. Vgl. Ders. Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 179.

¹²¹ Vgl. zum Konzept der regulierten Selbstregulierung insb. die Aufsätze in: Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, insb. die Beiträge von D. Grimm (S. 9 ff.); K.-H. Ladeur (S. 59 ff.); B. Holznagel (S. 81 ff.); A. Voßkuhle (S. 197 ff.) und E. Schmidt-Aßmann (S. 253) sowie W. Schulz/T.Held, Regulierte Selbstregulierung als moderne Form des Regierens, S. A-4 ff.

¹²² Vgl. B. Holznagel, Funktionsauftrag, S. 129f.; M. Eifert, Programmauftrag, S. 32 f., 44, 90 f., K.H. Ladeur, in: M&K 2000, S. 93 (100 f.); H. Rossen-Stadtfeld, in: M&K 2002, 481 (488 f.).

Gesetzgeber bei der regulierten Selbstregulierung ein gesetzlicher Rahmen¹²³ vorgegeben, der (mit dem Ziel der Prozesssteuerung) in der Regel prozedurale und/oder organisatorische Regelungen umfasst.¹²⁴ Diese sollen die Entscheidungsfindung im Sinne der Zielvorgaben unterstützen und das Ergebnis in den Korridor der im Sinne der Zielvorgabe zulässigen Entscheidungen lenken.¹²⁵

Im deutschen Rundfunkrecht, gerade im Bereich der Regelungen zur Konkretisierung des Auftrags, geht die Entwicklung zunehmend stärker in Richtung solch prozedural-organisatorischer Lösungsansätze.¹²⁶ Auch der Beihilfe-Kompromiss zielt (zumindest) mit der Einführung des Drei-Stufen-Tests in diese Richtung.¹²⁷ Vor dem Hintergrund, dass der Grundsatz der Staatsfreiheit (in der Ausprägung der Programmautonomie) ohnehin keine präzise materielle Auftragskonkretisierung zulässt¹²⁸, wird im Folgenden der prozedural-organisatorische Ansatz favorisiert.¹²⁹

¹²³ Der Gesetzgeber kann diesbezüglich Rahmen-, Struktur- und auch Zielvorgaben aufstellen. S. nur F. Becker, *Kooperative und konsensuale Rechtssetzung*, S. 50: „Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für definierte öffentliche Belange wird realisiert, indem der gesellschaftlichen Selbstregulierung über die normale Rechtsordnung hinausgehende Rahmen-, Struktur- oder Zielvorgaben gemacht bzw. staatliche Interventionsbefugnisse für den Fall gegenwärtiger Selbstregulierungsergebnisse bereit gehalten werden.“

¹²⁴ Vgl. dazu etwa W. Schulz/T.Held, *Regulierte Selbstregulierung als moderne Form des Regierens*, S. A-9 sowie zur Prozeduralisierung des Rechts unten Teil D. II.

¹²⁵ Näher zur regulierten Selbstregulierung mit Blick auf den Drei-Stufen-Test: K. E. Hain, *Gutachten*, S. 69 f.

¹²⁶ Ein Beispiel hierfür ist die Einführung des § 11 Abs. 4 RStV, der seit dem Inkrafttreten des 7. RÄndStV (1. April 2004) vorsieht, dass die Rundfunkanstalten selbst Regelungen (Satzungen und Richtlinien) zur Konkretisierung ihres Auftrags zu erlassen haben. Vgl. hierzu M. Eifert/H. Eicher, in: *Hahn/Vesting, RStV*, § 11, Rn. 72 f.; S. Reese, *Funktionsauftrag*, S. 238 ff.

¹²⁷ K. E. Hain, *Gutachten*, S. 69 f. Hierzu steht allerdings die Forderung der EU-Kommission nach einer präzisen (materiell-rechtlichen) Definition des Auftrags in einem gewissen Gegensatz.

¹²⁸ Vgl. hierzu auch oben Teil B. I. 2.

¹²⁹ Damit soll hier aber noch nichts über die Kapazität, respektive Tauglichkeit, eines solchen Ansatzes zur Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten festgestellt werden. Diese Frage wird später näher untersucht. Siehe dazu unten Teil D. III. sowie Teil E. III. 2.

V. Zu den folgenden Untersuchungsschritten

Das prozedural-organisatorische Urmodell für eine Konkretisierung des Auftrags einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt über ein Testverfahren ist der in Großbritannien von der BBC eingesetzte Public Value Test (PVT). Dieses Testverfahren stand in einer gewissen Weise auch Pate für die in der Bundesrepublik diskutierten Vorschläge zur Einführung eines auftragskonkretisierenden Testverfahrens.¹³⁰ Das Verfahren des Public Value Tests soll daher im folgenden Kapitel in knapper Form vorgestellt werden (Teil C.).¹³¹ Um später diskutieren zu können, wie ein Testverfahren in der Bundesrepublik auszugestalten ist (vgl. Teile E.-J.), bedarf es zudem näherer Erkenntnisse darüber, ob und wenn ja, wie es im Rahmen der Durchführung eines solchen Testverfahrens „technisch“ zu einer Auftragskonkretisierung kommt. Hierzu soll sodann ein Blick auf Konstruktion und Wirkungsweise prozeduralen Rechts geworfen werden. (Teil D.)

Da der Public Value Test, im Gegensatz zu dem in der Bundesrepublik gerade erst eingeführten Testverfahren, bereits auf vier praktische Einsätze zurückblicken kann¹³², ergibt sich über eine Auswertung der Ergebnisse dieser durchgeführten Verfahren auch die Chance, die theoretischen Überlegungen zur prozeduralen Wirkungsweise am praktischen Fall abzugleichen.¹³³

¹³⁰ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (3 f.); D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5); K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886).

¹³¹ Es bestehen jedoch zwischen dem Public Value Test der BBC und dem in der Bundesrepublik Deutschland einzuführenden Drei-Stufen-Test erhebliche Unterschiede. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5); K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886). Näher dazu unten in Teil E. I.

¹³² Vgl. unten Teil D. III. 2. Mittlerweile wurden auch in Deutschland erste Test-Verfahren durchgeführt. Hierauf wird später zurückgekommen. Vgl. Teil H. IV. 2.

¹³³ Vgl. unten Teil D. III. 2.

C. Der Public Value Test der BBC

Der im Jahre 2006/2007 von der BBC eingeführte Public Value Test stellt ein Verfahren zur Konkretisierung des Auftrags der BBC dar, das bei näherer Betrachtung sehr komplex ist. Die Zusammenhänge aber auch die Funktion einzelner Verfahrensschritte erschließen sich nur bei Kenntnis der rechtlichen und organisatorischen Grundlagen des britischen Rundfunksystems und der tatsächlichen Gründe für die Einführung des Tests, so dass der Vorstellung des Public Value Tests ein knapper Überblick (über für das Verständnis des Tests wesentliche Umstände) vorangestellt werden soll.

I. Die Royal Charter als rechtliche Grundlage der BBC

Das Rechtssystem Großbritanniens basiert, im Gegensatz zu demjenigen der meisten europäischen Staaten, nicht auf einer geschriebenen Verfassung¹, weswegen auch das britische Rundfunksystem, anders als das der Bundesrepublik Deutschland, nicht auf einer verfassungsrechtlichen Grundlage steht.² Rechtliche Grundlage des britischen Public Service - Hauptsenders³, der British Broadcasting Corporation (BBC) ist vielmehr ein Regierungsakt, die sogenannte Royal Charter.⁴ Die Royal Charter wird ergänzt durch ein konkretisierendes Abkommen, welches zwischen der Regierung und der BBC ausgehandelt wird, das sog. BBC Agreement.⁵

Die Royal Charter existiert als konstituierende Rechtsgrundlage der BBC seit 1926.⁶ Sie ist jeweils nur für einen begrenzten Zeitraum gültig. Die letzte Royal Charter galt beispielsweise ab dem 1. Mai 1996 und lief zum 31. Dezember 2006 aus.⁷ Bevor eine Charter ausläuft, wird regelmäßig ein Prozess durchgeführt, der sich mit der Frage der (Neu-) Gestaltung der zukünftigen Charter befasst. Dieser Prozess wird als Charter Review bezeichnet.⁸

¹ S. Reese, Funktionsauftrag, S. 269.

² Ebenda.

³ Neben der BBC gibt es mit Channel 4 noch einen weiteren öffentlich-rechtlichen Sender in Großbritannien, der im vorliegenden Kontext aber nicht näher zu untersuchen ist.

⁴ Die Charter ist abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/charter_agreement/royalchartersealed_sept06.pdf.

⁵ Das BBC Agreement wird zumeist auch schlicht als Agreement bezeichnet. Beide Formen werden im Folgenden als gleichbedeutend verwendet. Das Agreement ist abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/charter_agreement/bbcagreement_july06.pdf.

⁶ Vgl. die Vorbemerkungen vor Artikel 1 der Royal Charter. Inhaltlich ist sie in etwa vergleichbar mit dem deutschen Rundfunkstaatsvertrag, denn sie enthält, wie der RStV im Hinblick auf die deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Angaben zu Programmauftrag, Struktur und Finanzierung der BBC.

⁷ Vgl. Vorbemerkungen vor Artikel 1 der Royal Charter.

⁸ Vgl. etwa R. Woldt, in: MP 12/2006, S. 598 (601 ff.); Vgl. zu Details der Charter Review auch die eigens von der BBC dafür eingerichtete Website: <http://www.bbccharterreview.org.uk/>.

1. Charter Review 2006/2007

Die turnusmäßige Novation der Royal Charter zum 1. Januar 2007 stand im Zeichen einer seit Ende der 80er Jahre andauernden Diskussion bezüglich der Legitimität und Finanzierung der BBC.⁹ Durch den massiven Anstieg an alternativen Angeboten, beispielsweise die zunehmende Anzahl privater (und damit kostenfreier) Anbieter im Zuge der Einführung des Kabelfernsehens, wurde der Anspruch der BBC auf die Lizenzgebühr¹⁰ zunehmend in Frage gestellt.¹¹ Daneben traten Bedenken über mögliche nachteilige Effekte einer zu beobachtenden BBC-Expansion auf die Gewährleistung von Pluralismus und Meinungsvielfalt.¹² Nicht zuletzt bestanden auch in Großbritannien wettbewerbs- und europarechtliche Bedenken gegen eine allzu großzügige Finanzierung öffentlich-rechtlicher (Rundfunk-) Unternehmen.

Als Reaktion auf den öffentlichen Druck und zur Sicherung ihres institutionellen Status adaptierte die BBC das „public value“-Konzept, das öffentliche Dienstleistungen als Wert der (bzw. Nutzen für die) Allgemeinheit begreift.¹³ Der Ansatz geht dabei in seinen Grundzügen auf den Wirtschaftswissenschaftler Mark H. Moore zurück, der das sog. „Public Value Management“ als Alternative zu den etablierten verwaltungsrechtlichen Steuerungskonzepten entwickelt hatte.¹⁴ Die BBC übernahm diesen Ansatz (teilweise) und modifizierte ihn in ihrem der Neuausrichtung dienenden Konzept-Papier „Building Public Value“.¹⁵ Sie griff hiermit die skizzierten Probleme der BBC auf und entwickelte das „public value“-Konzept zu einem hauseigenen Selbststeuerungsansatz weiter. Überdies erkannte die BBC in der Adaption des „public value“-Gedankens auch die Chance, über das Motto „Building Public Value“ zugleich einen Leitfaden für die eigene zukünftige Ausrichtung und Entwicklung zu erhalten.¹⁶ Dieses, vom Management der BBC entwickelte, neue Konzept wurde als

⁹ R. Kaumanns/V. Siegenheim/E. Knoll, BBC - Value for Money & Creative Future, S. 12 u. S. 72 ff.

¹⁰ Sog. „licence fee“, entspricht (in der Sache) der deutschen Rundfunkgebühr.

¹¹ R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (165).

¹² Ebenda.

¹³ R. Woldt, in: MP 12/2006, S. 598 (599); R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (164 f.).

Die BBC hat im Rahmen ihrer Bemühungen, sich auf die veränderte Situation einzustellen und auf den öffentlichen Druck zu reagieren, eine Vielzahl von Managementkonzepten ausprobiert, bevor schließlich der im Juni 2004 neu angetretene Generaldirektor der BBC, Mark Thompson, das Konzept des „public value“ einführt. Eine umfassende Darstellung des Wandels unter Nachzeichnung der unterschiedlichen Konzepte bieten R. Kaumanns/V. Siegenheim/E. Knoll, BBC - Value for Money & Creative Future, S. 15 ff.

¹⁴ Vgl. R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (164, 169). Danach stellt das Konzept des „Public Value Management“ (PVM) einen alternativen Steuerungsansatz zur „klassischen Verwaltung“ („command & control“) und dem „new public management“ dar. Einzelheiten hierzu können in diesem Rahmen nicht vertieft werden. Daher sei zum PVM auf M. Moore, „Creating Public Value“ und zur modernen Verwaltungsrechtsdogmatik, neuen Steuerungsansätzen und auch speziell zum „new public management“ auf die von W. Hoffmann-Riem und E. Schmidt-Aßmann herausgegebenen „Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts“ verwiesen.

¹⁵ Vgl. die Veröffentlichung der BBC: „Building Public Value - renewing the BBC for a digital world.“

¹⁶ R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (165).

richtungsweisender Modernisierungsschritt vom (damaligen) Aufsichtsgremium, den BBC Governors¹⁷ begrüßt und in seiner Umsetzung mitgetragen. Das „public value“-Konzept der BBC bildete auch die Grundlage für die Neuerungen der Royal Charter.

Um diesem Konzept im Rahmen des Charter Review-Prozesses Rechnung zu tragen, wurden gegenüber der vorherigen Charter verschiedene Veränderungen erforderlich. Hierzu zählen vor allem folgende Maßnahmen:

- Die Ersetzung der BBC Governors durch den BBC Trust.¹⁸
- Eine klarere Trennung der Aufsicht über die BBC (Aufgabe des BBC Trust) vom Management der BBC (Aufgabe des BBC Executive Board).¹⁹
- Die Einführung eines Public Value Tests.²⁰

2. Aufgabe und Funktion der BBC

Die BBC dient nach Art. 1 Abs. 1 Royal Charter öffentlichen Interessen: Hauptaufgabe der BBC ist die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe (Auftrag), Art. 1 Abs. 2 Royal Charter. Dieser öffentliche Auftrag wird in Artikel 4 Royal Charter beschrieben. Art. 4 Royal Charter lautet:

The Public Purposes of the BBC are as follows—

(a) sustaining citizenship and civil society;

(b) promoting education and learning;

(c) stimulating creativity and cultural excellence;

(d) representing the UK, its nations, regions and communities;

(e) bringing the UK to the world and the world to the UK;

(f) in promoting its other purposes, helping to deliver to the public the benefit of emerging communications technologies and services and, in addition, taking a leading role in the switchover to digital television.

¹⁷ Nach Abschluss des Review-Prozesses ist mit der neuen Charter an die Stelle der BBC Governors der BBC Trust als Aufsichtsorgan getreten. Hierzu sogleich in Teil C. I. 3. a.

¹⁸ Dabei wurde die Kontinuität der bisherigen Arbeit der BBC Governors dadurch gesichert, dass ein Teil der etablierten Mitglieder im Amt bestätigt wurde und diese nunmehr als Mitglieder des BBC Trust fungieren.

¹⁹ Die neue Royal Charter trennt in diesem Zuge das Management der BBC (Aufgabenbereich des sog. BBC Executive Boards), stärker von der Kontrolle und Aufsicht der BBC, welche (zukünftig) in der Verantwortung des BBC Trust bzw. der externen Regulierungsbehörde Ofcom liegen. R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (165).

²⁰ R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (165).

Bei der Erfüllung dieses Auftrags ist die BBC zur Gewährleistung von Pluralismus und Meinungsvielfalt verpflichtet.²¹ Im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland steht die BBC dabei unter der vollen Weisungsgewalt des Staates, wobei sie jedoch faktisch (dennoch) eine weitgehende Unabhängigkeit von der britischen Regierung erlangt hat.²²

3. Organisationsstruktur des britischen Rundfunksystems

Zwischen dem britischen und dem deutschen Rundfunkrecht bestehen (auch) in organisatorischer Hinsicht Unterschiede. Die für den Public Value Test maßgeblichen Organe sind der BBC Trust, das BBC Executive Board und die Regulierungsbehörde Ofcom. Die Regelungen hinsichtlich der wichtigsten Aufsichtsorgane der BBC, dem BBC Trust und dem BBC Executive Board, befinden sich in den Artikeln 7 ff. der Royal Charter.²³

a. Der BBC Trust

Die Kontrolle der Einhaltung des Auftrags oblag bis zur Novelle der Royal Charter am 31.12.2006 dem sog. Board of Governors.²⁴ Das Board of Governors war ein zwölfköpfiges Gremium, das als Vertretung der Interessen der Gebührenzahler fungierte.²⁵ Seine Aufgabe war u.a. auch die Ernennung des Generaldirektors der BBC sowie die Abstimmung und Kontrolle der vom BBC Management entwickelten Unternehmensstrategie.²⁶ Insofern hatte das Board of Governors, als Mitgestalter der BBC-Unternehmenspolitik einerseits und als Kontrollorgan der BBC andererseits, eine konfliktträchtige Doppelrolle.²⁷ Mit der nunmehr geltenden 9. Charter ist das Board of Governors abgelöst worden durch den sog. BBC Trust.²⁸

²¹ B. Holznagel, Rundfunkrecht in Europa, S. 110.

²² S. Reese, Funktionsauftrag, S. 270.

²³ Diese internen Organe der BBC sollen zunächst betrachtet werden, bevor später auf die externe Regulierungsbehörde, das Office of Communications (Ofcom) eingegangen wird. Vgl. dazu unten C. I. 3. c.

²⁴ S. Reese, Funktionsauftrag, S. 270.

²⁵ R. Kaumanns/V. Siegenheim/E. Knoll, BBC - Value for Money & Creative Future, S. 32. Das Board of Governors war in etwa mit dem Rundfunkrat der deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vergleichbar.

²⁶ Ebenda.

²⁷ R. Kaumanns/V. Siegenheim/E. Knoll, BBC - Value for Money & Creative Future, S. 32.

²⁸ Konstitutionelle Regeln hinsichtlich des BBC Trust (sowie des BBC Executive Board) finden sich in den Artikeln 7 bis 11 Royal Charter. Weitere, spezielle Regelungen hinsichtlich des BBC Trust finden sich in den Artikeln 12 bis 27 Royal Charter.

Der BBC Trust ist personell und strukturell stärker vom BBC Management losgelöst²⁹, so dass er, neben der Übernahme der bisherigen Aufgaben des Board of Governors, in der Lage sein soll, gegenüber der Öffentlichkeit deutlich umfassender Rechenschaft abzulegen.³⁰

Die Hauptaufgaben des BBC Trust liegen zum einen in der strategischen Ausrichtung der BBC³¹ und zum anderen in der Aufsicht und Kontrolle über das BBC Executive Board.³² Der BBC Trust ist daher (bewusst) unabhängig vom BBC Executive Board organisiert.³³ Ausdrücklich stellt die Royal Charter in Artikel 8 fest, dass die Mitglieder des BBC Trust und die des BBC Executive Board nicht (als Einheit) zusammenwirken dürfen. Entscheidungen, die der Trust trifft sind zudem abschließend und für das Executive Board bindend.³⁴

Eine der Hauptaufgaben des BBC Trust ist auch die Vertretung des öffentlichen Interesses.³⁵ Hierzu gehören die Berücksichtigung der Interessen der Gebührenzahler und die Kontrolle über die Einhaltung und Umsetzung des öffentlichen Auftrags durch die BBC.³⁶ Hierbei hat der BBC Trust u.a. auch die wettbewerblichen Einflüsse der Aktivitäten der BBC auf den übrigen Markt zu berücksichtigen.³⁷ Das Hauptkontrollinstrument hierzu ist der Public Value Test.³⁸ Der Trust entscheidet bzgl. neuer oder geänderter Angebote, ob er eine Testdurchführung für erforderlich hält. Für den Fall, dass er einen Public Value Test für erforderlich hält, obliegt dem BBC Trust auch die Durchführung des Tests.³⁹

b. Das BBC Executive Board

Das BBC Executive Board ist das Exekutiv-Organ der BBC. Ihm obliegt das Management und (mithin) die operationelle Verantwortung (soweit sie nicht der BBC Trust Unit⁴⁰ untersteht). Dies umfasst die Verantwortung für die Services (Angebote) der BBC⁴¹, die

²⁹ R. Collins, APuZ 9-10/2009, S. 32 (35): „Institutionell ist der Trust deutlicher von der BBC-Geschäftsführung (jetzt BBC-Vorstand) getrennt, als es die Rundfunkräte vorher gewesen sind. Seine Funktion ist ausdrücklich regulativ; (...)“. Der BBC Trust besteht aus zwölf von der BBC unabhängigen Mitgliedern (die sog. Trustees). Sie werden nach einem offenen Bewerbungsverfahren auf Vorschlag von Ministern von der Königin ernannt. Vgl. näher hierzu etwa T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 354 f.

³⁰ R. Kaumanns/V. Siegenheim/E. Knoll, BBC - Value for Money & Creative Future, S. 33.

³¹ Vgl. Artikel 24 Abs. 1 (a) Royal Charter.

³² Vgl. Artikel 7 Royal Charter.

³³ Vgl. Artikel 9 Abs. 1 Royal Charter.

³⁴ Vgl. Artikel 9 Abs. 2 Royal Charter.

³⁵ Vgl. Artikel 12 Royal Charter.

³⁶ Vgl. Artikel 22 Royal Charter.

³⁷ Vgl. Artikel 23 (e) Royal Charter.

³⁸ R. Collins, APuZ 9-10/2009, S. 32 (35).

³⁹ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 6 f., Nr. 2.5. ff.

⁴⁰ Die BBC Trust Unit ist ein Administrativ-Organ, das verwaltungstechnisch aus der BBC ausgegliedert ist, dem BBC Trust untersteht und diesen unterstützt. Vgl. Art. 43 Royal Charter.

⁴¹ Vgl. Artikel 7 Royal Charter.

diesbezügliche journalistisch-kreative Arbeit und die Finanzen, soweit bestimmte finanzielle Bereiche nicht direkt dem BBC Trust oder der BBC Trust Unit unterfallen.⁴²

c. Office of Communications (Ofcom)

Das Office of Communications (Ofcom) wurde durch den Office of Communications Act 2002 als Aufsichtsbehörde für den Kommunikationssektor in Großbritannien begründet. Es hat Kontrollbefugnisse in den Bereichen Fernsehen, Radio, Telekommunikation und kabellose Kommunikation.⁴³ Nach § 3 (1) Office of Communications Act 2003 sind die Hauptaufgaben von Ofcom die Interessen der Bürger im Hinblick auf Kommunikationsbelange und die Interessen von Nutzern bestimmter Märkte, durch die Sicherstellung von Wettbewerb, zu sichern.⁴⁴ Auch im Hinblick auf den Public Value Test kommt Ofcom mit der Durchführung des Market Impact Assessments eine wesentliche Funktion zu.⁴⁵ Ofcom wird, als von der BBC unabhängige Aufsichtsbehörde, in Bezug auf die Bewertungen des Markteinflusses das nötige Markt- und Fachwissen sowie die erforderliche Unvoreingenommenheit zugetraut, um die Marktanalyse durchzuführen.⁴⁶

II. Das Public Value Test-Verfahren⁴⁷

1. Ziele und Funktionen des Public Value Test-Verfahrens (PVT)

Ziel der Ein- und Durchführung des Public Value Tests ist eine Präzisierung des Auftrags der BBC im Bereich der public service-Angebote.⁴⁸ Hierzu sollen bei zukünftigen (geplanten) Änderungen und Erweiterungen des öffentlich-rechtlichen Angebots der BBC die öffentlichen Interessen (insgesamt) eine verstärkte Berücksichtigung finden. Das mit der Charter Review eingeführte neue Rundfunk-Regulierungssystem will dabei insbesondere auch Drittinteressen stärker in die Bestimmung des Auftrags der BBC (und die Kontrolle der Aufgabenerfüllung)

⁴² Vgl. Artikel 38 Royal Charter.

⁴³ Detaillierte Informationen zum Office of Communications sind auf dessen Website verfügbar; abrufbar unter: <http://www.ofcom.org.uk/>.

⁴⁴ Vgl. Clause 3 (1) Communications Act 2003, abrufbar unter: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030021_en_2.

⁴⁵ Clause 30 (1) BBC Agreement.

⁴⁶ Vgl. V. Henle, in: epd medien, (92) 2007, S. 3 (5).

⁴⁷ Im Folgenden wird an bestimmten Stellen zur Verdeutlichung der Abläufe zwischen dem Public Value Test im weiteren Sinne (i.w.S.) und dem Public Value Test im engeren Sinne (i.e.S.) unterschieden. Unter Public Value Test (i.w.S.) wird im Folgenden das gesamte Verfahren von der Anmeldung der Änderung bis endgültigen Entscheidung über die Genehmigung des Antrags durch den Trust verstanden. Der Begriff „Public Value Test (i.e.S.)“ betrifft dagegen die eigentliche Abwägung zwischen Markteinfluss und öffentlichem Nutzen. Soweit „Public Value“ Test ohne Zusatz verwendet wird, ist d. Verfahren im weiteren Sinne gemeint.

⁴⁸ Die BBC bietet auch kommerzielle Services an. Diese bleiben im Folgenden außer Betracht, da deren Untersuchung im Hinblick auf die Fragestellung der vorliegenden Arbeit keinen Erkenntnisgewinn brächte.

integrieren. Dem Public Value Test kommt dabei, über die durch ihn vorgenommene Abwägung zwischen dem öffentlichen Nutzen/Wert⁴⁹ eines BBC-Services und dem Eingriff in die Interessen anderer (z.B. der Gebührenzahler, aber auch denen von privaten Rundfunkanbietern), in Bezug auf die Auftragskonkretisierung die Schlüsselfunktion zu.

Hierbei ist es allerdings nicht Ziel des Public Value Tests, jedwede Ausweitung bzw. Entwicklung der BBC (generell) zu unterbinden. Demgemäß stellt das neue BBC Agreement auch ausdrücklich klar, dass die BBC auch zukünftig in der Lage sein soll, ihre Public Services an Veränderungen bzgl. des Medienmarktes, Veränderungen technischer oder kultureller Art oder an veränderte oder sich neu entwickelnde Publikumserwartungen anzupassen.⁵⁰ Allerdings dürften erhebliche („signifikante“) Anpassungsprozesse der BBC an die Veränderungen der Informationsgesellschaft nicht unkontrolliert und unbeschränkt erfolgen. Veränderungen an public services der BBC müssten vielmehr Gegenstand einer vollständigen und öffentlichen Überprüfung sein.⁵¹

Das Mittel zu dieser Überprüfung ist nach Clause 23 Paragraf 2 BBC Agreement der Public Value Test. Es ist vorgesehen, dass er vom BBC Trust immer eingesetzt wird, bevor das BBC Executive Board signifikante Änderungen an den öffentlichen BBC Services (Public Services) vornimmt.⁵²

⁴⁹ Der englische Begriff „value“ wird in deutschen Publikationen zum PVT und zum Drei-Stufen-Test zumeist mit „Wert“ übersetzt. Dem Begriff „Wert“ wohnt aber ein statisches Element inne, das dem dynamischen Funktionsauftrag der Anstalten, mithin auch der dynamischen Funktion von public services, und damit dem eigentlichen Nutzen für die Bürger (und auch für die Gesellschaft als Ganzes), durch die public services / öffentlich-rechtlichen Angebote, nicht gerecht wird. Hier wird davon ausgegangen, dass der Begriff „Nutzen“ diese dynamische Funktion besser ausdrückt. Entsprechend wählen auch R. Collins, APuZ 9/10-2009, S. 32 (35): „Nutzen für die Allgemeinheit“ und Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingung, bspw. S. 12 ff. (durchgängig) diesen Begriff.

⁵⁰ Vgl. Clause 23 (1) BBC Agreement.

⁵¹ Vgl. Clause 23 (2) BBC Agreement.

⁵² Vgl. Clause 25 (1) BBC Agreement.

2. Überblick über den Verfahrensablauf

Das Public Value Test - Verfahren beginnt damit, dass das BBC Executive Board eine Änderung eines BBC Public Services plant und diese Änderung beim BBC Trust anmeldet. Aufgrund der Anmeldung entscheidet der Trust, ob ein Public Value Test erforderlich ist oder ob die geplante Änderung auch ohne die Durchführung des Tests erfolgen kann (bspw. bei nur marginalen Änderungen). Entscheidet der BBC Trust, dass ein Public Value Test erforderlich ist, so umfasst der dann folgende Prozess, neben der Veröffentlichung des Angebots und der Durchführung von Anhörungen hierzu, zunächst zwei Elemente:

- Das sog. Public Value Assessment (PVA)

Das Public Value Assessment ist ein Prozess zur Bewertung des durch das neue Angebot zu erwartenden öffentlichen Nutzens⁵³. Das Public Value Assessment wird vom BBC Trust durchgeführt.

- Das sog. Market Impact Assessment (MIA)

Das Market Impact Assessment liefert eine Bewertung der zu erwartenden Einflüsse des neuen Services auf betroffene wirtschaftliche Märkte.⁵⁴ Zuständig für die Durchführung des Market Impact Assessments ist Ofcom.

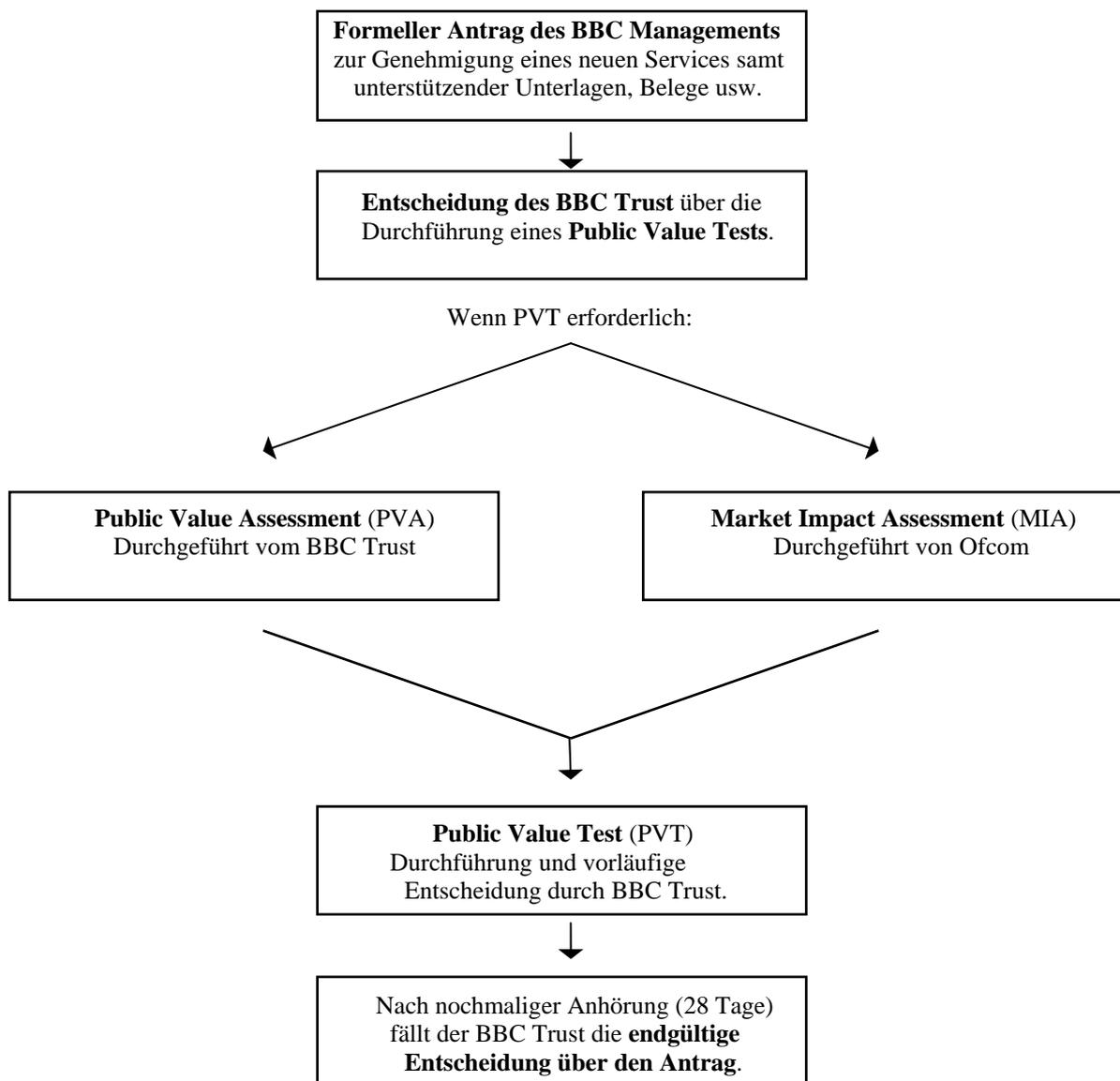
Nach Abschluss dieser beiden, in der Regel parallel ausgeführten Bewertungen, werden die Ergebnisse veröffentlicht. Der BBC Trust berücksichtigt diese Ergebnisse bei seiner Entscheidungsfindung und kommt darüber zunächst zu einer vorläufigen Schlussfolgerung hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit des betreffenden Antrags. Dieser vorläufigen Schlussfolgerung liegt eine Abwägung zugrunde - der Public Value Test im engeren Sinne: Der BBC Trust muss für eine stattgebende Entscheidung davon überzeugt sein, dass jeder zu erwartende nachteilige Einfluss auf den Markt, über den zu erwartenden öffentlichen Nutzen der Änderung, gerechtfertigt ist. Nach einer weiteren Beratungszeit, von in der Regel 28 Tagen, fällt der BBC Trust eine endgültige Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit. Insgesamt soll das gesamte Genehmigungsverfahren nicht länger als sechs Monate dauern.

⁵³ R. Collins, APuZ 9-10/2009, S. 32 (35).

⁵⁴ Ebenda.

Einen Überblick über diese Schritte des Public Value Tests liefert das folgende Diagramm.

Abbildung 1:⁵⁵ Vereinfachte Übersicht über den Ablauf des PVT

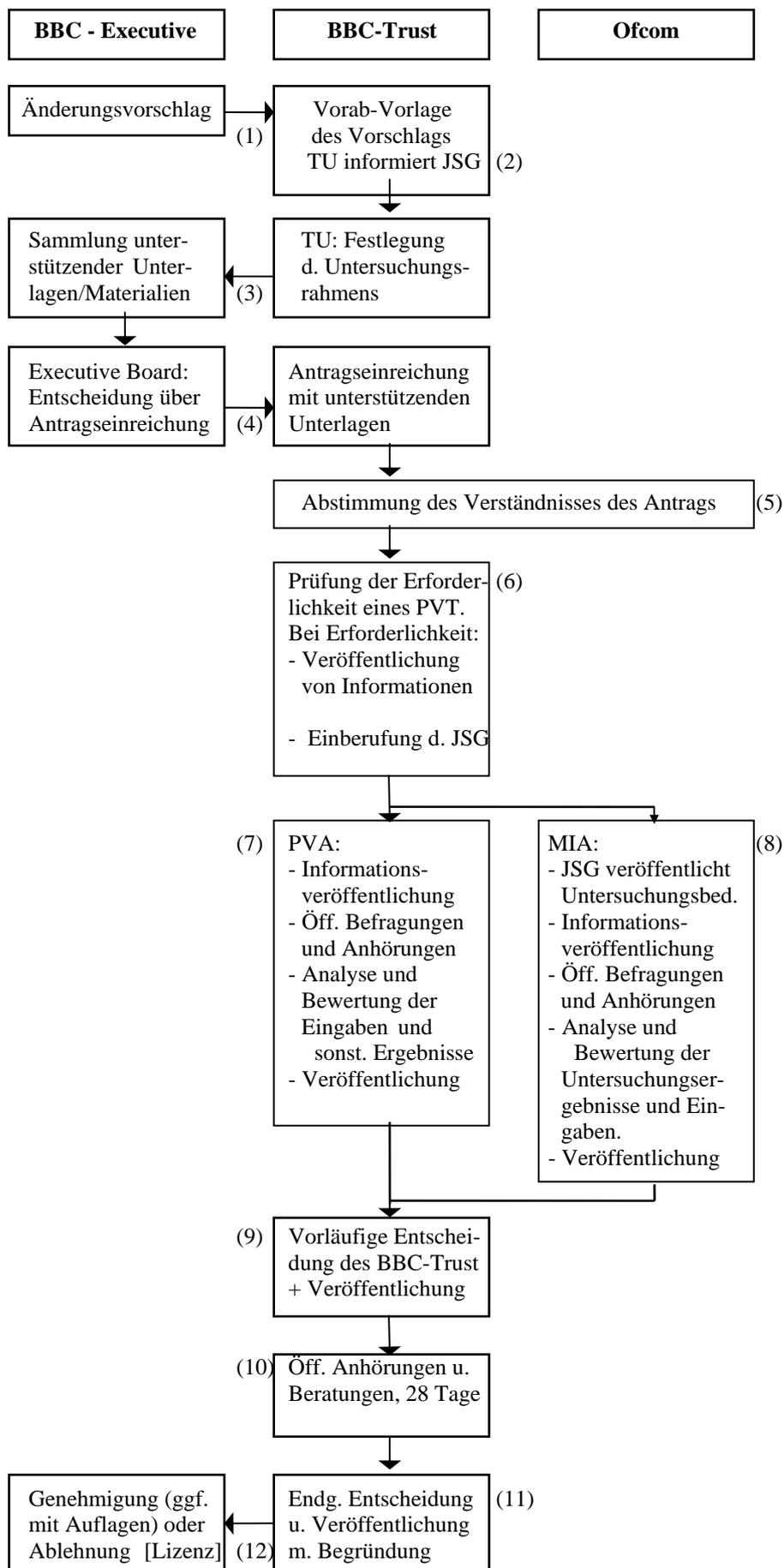


3. Der Ablauf des Public Value Tests im Einzelnen

Für spätere Überlegungen zur Funktionsweise auftragskonkretisierender Verfahren bedarf es einer näheren Betrachtung des Verfahrensablaufs. Einen Einstieg hierzu bietet die nachfolgende abgedruckte detailliertere Übersicht zum Ablauf des Verfahrens, die den weiteren diesbezüglichen Überlegungen zugrunde liegt.

⁵⁵ Darstellung des Diagramms in Anlehnung an das Diagramm 1 in der Veröffentlichung des BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 5.

Abbildung 2: Ablauf des Public Value Tests



a. Die Vorbereitung eines Antrags⁵⁶ - Verfahrensschritte (1) bis (4)

Das BBC Executive Board muss für jede geplante und potentiell erhebliche (signifikante) Änderung an BBC Public Services eine Genehmigung beantragen.⁵⁷ Daher wird ein Public Value Test in der Regel erst als Folge eines Antrags des BBC Executive Boards an den BBC Trust zum Einsatz kommen. Das Verfahren sieht vor, dass Anträge zu geplanten Änderungen durch geeignete Unterlagen, Belege und anderweitige Nachweise „unterstützt“ werden⁵⁸, die dann vom BBC Trust und von Ofcom bei der Bewertung des Vorschlags bzw. der Genehmigung berücksichtigt werden.⁵⁹

Um eine optimale Informationsgrundlage für den späteren Public Value Test zu gewährleisten, stimmt der BBC Trust den Untersuchungsrahmen für die Sammlung geeigneter Unterlagen mit dem BBC Executive Board *schon im Vorfeld* eines jeden Antrags ab. Dazu benötigt der Trust schon vorab Informationen über das geplante Angebot. Das Verfahren sieht dazu vor, dass das BBC Executive Board⁶⁰ schon eine Übersicht über die beabsichtigten Änderungen sowie über die durchzuführenden Untersuchungen beim BBC Trust einreicht, bevor es (überhaupt) mit der eigentlichen Sammlung und Zusammenstellung der Nachweise und Belege zur Unterstützung des nachfolgenden Genehmigungsantrags beginnt (1+2).⁶¹ In diesem Rahmen soll das BBC Management auch eine vorläufige Bewertung des wahrscheinlichen Markteinflusses erstellen und an den Trust leiten.⁶²

⁵⁶ Dem Antrag auf Genehmigung einer Veränderung oder Einführung eines public services, der dann das Prüfverfahren in Form des Public Value Tests auslöst, geht in der Regel eine Phase der Vorbereitung des Antrags voraus. Zu dieser sog. „Pre-PVT-Phase“ vgl. auch die Veröffentlichung der BBC Governors Unit: Interim rules for the conduct of the Public Value Test, S. 5, Nr. 1.3.1.

Soweit hier und im Folgenden auf die „interim rules“ verwiesen wird, so handelt es sich um den Vorläufer der Veröffentlichung des BBC Trust „Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT“. Inhaltlich sind die Dokumente im Hinblick auf das Verfahren nahezu identisch. Die Neuveröffentlichung berücksichtigt jedoch die zwischenzeitlich erfolgte Ersetzung der BBC Governors durch den BBC Trust. Wegen der inhaltlichen Deckungsgleichheit und da die Hälfte der bisher durchgeführten PVT-Verfahren (2 von 4) nach den Regeln der „interim rules“, aber schon vom BBC Trust, durchgeführt wurden, sind auch die „interim rules“ nach wie vor als Nachweis bzgl. des Verfahrensablaufs (und auch bzgl. der Entwicklung des Verfahrens) geeignet. Vgl. zum Ganzen auch die Hinweise des BBC Trust in der Veröffentlichung: „BBC high definition television channel: Public Value Test provisional conclusions“, Ziffern 1.8 und 1.9, Seite 4.

⁵⁷ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 4, Nr. 1.5.

⁵⁸ Vgl. BBC Governors, Summary of the Public Value Test, S. 1.

⁵⁹ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 8, Nr. 3.3.

⁶⁰ Manche Verfahrensschritte werden nicht direkt vom BBC Executive Board vorgenommen, sondern von anderen, dem Executive Board nachgeordneten Managementbereichen. Dies wird im Folgenden nicht näher unterschieden, da es für die später untersuchte Wirkungsweise des PVT keine Relevanz besitzt. Details lassen in der Veröffentlichung der BBC Governance Unit (Vorgängerin der heutigen BBC Trust Unit): „Interim Rules“ ersehen. Vgl. dort bspw. S. 10.

⁶¹ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 8, Nr. 3.4.

Dies soll insbesondere eine Übersicht über die beabsichtigten Änderungen (nebst Beweggründen u. Zeitplan) sowie Unterlagen über durchzuführende Untersuchungen (auch in Bezug auf den Markteinfluss und bereits existierende BBC-Services mit denen der neue Service verglichen werden kann) umfassen.

⁶² Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 11, Nr. 3.2.4.

Die eingereichten Unterlagen werden vom BBC Trust mit Ofcom, unter Einberufung der gemeinsamen Steuerungsgruppe (JSG)⁶³, erörtert und abgestimmt (2). Auf der Grundlage dieser Abstimmung legt die Trust Unit den Untersuchungsrahmen fest (3) und erteilt sodann (wenn die eingereichten Vorabunterlagen hierfür ausreichend sind) dem BBC Executive Board eine Genehmigung zur Sammlung der den Antrag unterstützenden Unterlagen.⁶⁴

Erst nach Sammlung entsprechender Informationen entscheidet das BBC Executive Board endgültig darüber, ob der Antrag bzgl. der Änderung beim BBC Trust zur Genehmigung eingereicht werden soll (4). Im Falle der Einreichung muss der Antrag eine Beschreibung der geplanten Änderung beinhalten⁶⁵, die insbesondere Erläuterungen zum Umfang der geplanten Änderung und zu dem dafür erforderlichen Budget enthält. Ihm sind zudem die gesammelten Unterlagen und Nachweise zur Unterstützung sowie eine vorläufige Bewertung des Markteinflusses beizufügen.⁶⁶

b. Abstimmung des Verständnisses des Vorschlags - Verfahrensschritt (5)

Nachdem der BBC Trust den Antrag zur Genehmigung eines neuen oder geänderten Services erhalten hat, erfolgt im nächsten Verfahrensschritt eine Abstimmung des Verständnisses des Antragsinhalts (sog. agreed service description).⁶⁷ Dies soll sicherstellen, dass die Bewertungen des geplanten Angebots (durch den BBC Trust und durch Ofcom) auf einer einheitlichen Grundlage vorgenommen werden.⁶⁸

⁶³ Die Joint Steering Group besteht aus drei Mitgliedern von Ofcom und drei Mitgliedern des BBC Trust. Sie ist verantwortlich für: Die Gestaltung und Veröffentlichung des Aufgabengebiets für den MIA, die Abstimmung der möglicherweise für die Bewertung relevanten Märkte, die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Durchführung des MIA, die Aufstellung eines Zeitplanes für die Durchführung des MIA. Vgl. zum Ganzen: Clause 29 (4) – (7) BBC Agreement.

⁶⁴ Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 10, Nr. 3.1.4; BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 9, Nr. 3.5.

⁶⁵ Diese soll die Schlüsselinformationen und wesentlichen Details der beabsichtigten Änderungen BBC umfassen. Vgl. Governance Unit, Interim Rules, S. 12, Nr. 3.3.2. Mit eingereicht werden auch bereits abgeschlossene Erhebungen zu Auswirkungen und Akzeptanz des Vorschlags sowie ein Entwurf der noch durchzuführenden Untersuchungen. Vgl. dazu H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (6).

⁶⁶ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 9, Nr. 3.8; Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 12, Nr. 3.3.2.

⁶⁷ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 9, Nr. 3.9.

⁶⁸ Ebenda. Eine genaue Abstimmung des Verständnisses des Vorschlags liegt dabei insbesondere im Interesse der BBC-Executive, denn Eigenschaften des Angebots, die nicht eindeutig in der abgestimmten Beschreibung enthalten sind, werden bei der Genehmigung nicht berücksichtigt.

c. Erforderlichkeit des Public Value Tests - Verfahrensschritt (6)

Nach Abschluss der vorbezeichneten Schritte wird der Antrag vom BBC Trust auf seine Genehmigungsfähigkeit hin überprüft. Hierbei stellt sich dem Trust zunächst die Frage, ob die Durchführung eines Tests überhaupt erforderlich ist.⁶⁹ So wird bei nur marginalen Veränderungen des Angebots regelmäßig die Durchführung eines aufwendigen Testverfahrens mit öffentlichen Anhörungen etc. nicht erforderlich sein. Das Verfahren sieht dazu vor, dass die Durchführung des Tests grundsätzlich dann nicht erforderlich ist, wenn es um sog. „non-service“-Aktivitäten geht, also solche Angebote der BBC, die keine „public services“ sind.⁷⁰

Dagegen soll ein Public Value Test grundsätzlich dann erforderlich sein, wenn das BBC Executive Board Entscheidungen über erhebliche Änderungen bzgl. solcher BBC Angebote treffen will, die dem BBC Public Service zuzurechnen sind.⁷¹ Dies kann sowohl die Einführung eines neuen Public Services sein, als auch die Beendigung eines bislang schon existierenden Public Services.⁷² Public Services der BBC sind in diesem Sinne alle durch die BBC zur Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags angebotenen Services.⁷³ Dies umfasst die im Bereich des United Kingdom verbreiteten BBC TV- und Radio-Kanäle und die BBC online services.⁷⁴

Hinsichtlich solcher BBC Aktivitäten, die danach dem Public Service zuzurechnen sind, ist für Erforderlichkeit der Testdurchführung maßgeblich, ob die geplante Änderung bzw. der neue Service eine „signifikante“ Änderung bzw. Ergänzung des bisherigen BBC Public Service Angebots darstellt oder nicht.⁷⁵

⁶⁹ Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 5, Nr. 1.3.1 und S. 12, Nr. 3.4.1. Vgl. dazu auch H.G. Bauer/A. Bienefeld, Der Public Value Test, in: FK (49) 2007, S. 3 (6).

⁷⁰ Umkehrschluss aus Clause 25 (1) BBC Agreement. Aber der Trust kann auch in diesem Fall entscheiden, dass es angebracht ist, einen PVT einzusetzen.

⁷¹ Clause 25 (1) BBC Agreement.

⁷² Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 6, Nr. 2.1.

⁷³ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 6, Nr. 2.3.

⁷⁴ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 6, Nr. 2.3. Nicht zu den Public Services zählen daher solche, die kommerziell sind, die zum BBC World Service gehören, die auf Ersuchen einer Behörde ausgeführt und finanziert werden oder die vorrangig an Nutzer außerhalb des United Kingdom gerichtet sind. Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 6, Nr. 2.3; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 8/9, Nr. 2.1.5.

⁷⁵ Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 8, Nr. 2.1.1 und 2.1.2.

Ob ein Änderungsvorschlag das Kriterium der Signifikanz erreicht, entscheidet der BBC Trust⁷⁶ unter Berücksichtigung der folgenden Gesichtspunkte:⁷⁷

- Einfluss der Änderung⁷⁸
- Finanzielle Auswirkungen der Änderung
- Neuheit/Innovation der Änderung
- Dauer/Bindungswirkung der Änderung

Kommt der BBC Trust danach zu dem Ergebnis, dass ein bestimmter Vorschlag einen Public Value Test nicht erfordert, kann er (je nach Art und Umfang des konkreten Vorschlags) entweder

- die Entscheidung über die beabsichtigte Änderung zurückverweisen an das BBC Executive Board zur eigenständigen Genehmigung - oder -
- die geplante Änderung durch ein angepasstes Zulassungsverfahren berücksichtigen.⁷⁹

d. Bei Erforderlichkeit: Durchführung des PVT

Für den Fall, dass der Trust die Erforderlichkeit eines Public Value Tests feststellt, kündigt er die Durchführung des Public Value Tests öffentlich an⁸⁰ und beruft die gemeinsame Steuerungsgruppe (JSG) ein.⁸¹ Sodann stellt er einen Zeitplan für den Ablauf des Public Value Tests-Verfahrens (i.w.S.) auf, der für alle Beteiligten verbindlich ist. Grundsätzlich soll das gesamte Public Value Test-Verfahren (i.w.S.) innerhalb von sechs Monaten beendet sein.⁸²

Darüber hinaus veröffentlicht der Trust mit Beginn des Public Value Tests auch alle bzgl. des Vorschlags relevanten Informationen.⁸³ Die Veröffentlichung soll insbesondere den Antrag des BBC Executive Boards und die agreed service description umfassen.

⁷⁶ Vgl. Clause 25 (2) BBC Agreement.

⁷⁷ Vgl. Clause 25 (2) Subparagraphs (a) bis (d) BBC Agreement.

⁷⁸ Bezogen auf den Umfang, in dem die Änderung voraussichtlich Rezipienten und Dritte betreffen wird.

⁷⁹ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 10, Nr. 4.2.

⁸⁰ Die Ankündigung erfolgt durch die BBC Trust Unit, die auch eine Zusammenfassung des Vorschlags veröffentlicht. Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 12, Nr. 3.4.2; H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (6).

⁸¹ Vgl. Clause 29 BBC Agreement.

⁸² Vgl. Clause 27 (1) BBC Agreement. Anpassungen sind im Einzelfall möglich.

⁸³ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 10, Nr. 4.4; H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (6).

Diesen „Vorbereitungshandlungen“ folgen dann mit dem Public Value Assessment (PVA) und dem Market Impact Assessment (MIA) zwei zentrale Elemente des Public Value Tests⁸⁴, die für den späteren Public Value Test (i.e.S.) - die eigentliche Abwägung - die wesentlichen Informationsquellen (und damit zugleich die wesentlichen Entscheidungsmaßstäbe) darstellen.⁸⁵

aa. Das Public Value Assessment - Verfahrensschritt (7)

Gegenstand des Public Value Assessments⁸⁶ ist eine Bewertung des durch das geplante Angebot zu erwartenden öffentlichen Nutzens.⁸⁷ Das PVA dient dabei vor allem als Informationsquelle für den BBC Trust: Über die gewonnenen Informationen sollen Maßstäbe für die spätere Abwägungs-Entscheidung bereitgestellt bzw. generiert werden. Letztlich dient das PVA damit (als ein Teilaspekt) dazu, festzustellen, inwiefern die vorgeschlagene Änderung zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags der BBC beiträgt.⁸⁸

Wesentlicher Bestandteil des Public Value Assessments ist die Durchführung öffentlicher Anhörungen bzw. Befragungen.⁸⁹ Dieser Schritt dient dazu, möglichst viele Erkenntnisse über die Aspekte des öffentlichen Nutzens⁹⁰, die für den jeweiligen Vorschlag von Bedeutung sind, zu erlangen, um sie in der Bewertung des Vorschlags berücksichtigen zu können (Erweiterung der Informationsbasis).⁹¹

Im Rahmen der Anhörungen werden die Interessenvertreter der vom geplanten Angebot möglicherweise tangierten Gruppen (z.B. von Minderheiten, Gebührenzahlern, aber auch Hörerräte ect.) angehört bzw. befragt.⁹² Die Anhörung der Vertretungen dauert üblicherweise

⁸⁴ R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (166).

⁸⁵ Beide Bewertungen werden üblicherweise parallel ausgeführt (vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 5, Nr. 1.3.1.) und werden hier nur der Übersichtlichkeit halber nacheinander beschrieben.

⁸⁶ Das Public Value Assessment wird von der BBC Trust Unit erstellt (Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 13, Nr. 4.2.1.), wobei der Ablauf in der Regel von der Joint Steering Group beaufsichtigt wird. Vgl. dazu BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 12, Nr. 5.1.

⁸⁷ Vgl. Clause 28 (1) BBC Agreement. Siehe auch R. Collins, APuZ 9-10/2009, S. 32 (35).

⁸⁸ Vgl. dazu H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (6).

⁸⁹ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 12, Nr. 5.3; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 12, Nr. 4.3.3; H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (6).

⁹⁰ Natürlich dient das Verfahren ggf. auch dazu, Kenntnisse im Hinblick auf gegenteilige Effekte zu erlangen.

⁹¹ Da die BBC gesetzlich verpflichtet ist, die Gleichberechtigung positiv zu fördern⁹¹, erfolgt im Rahmen des PVA auch ein sog. Equality Impact Assessment, um den potentiellen Einfluss der beantragten Veränderung für die Gleichberechtigung im Hinblick auf die unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen zu bewerten. Vgl. dazu BBC Trust, Guidance on the conduct of the PVT, Seite 12, Nr. 5.2.

⁹² Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 12, Nr. 5.3. Der BBC Trust stellt den Vorschlag des BBC Managements öffentlich zur Debatte. Neben der Berücksichtigung der eingehenden Stellungnahmen und sonstigen Eingaben, kann der Trust auch Organisationen, betroffene Unternehmen und Experten befragen. Siehe dazu: H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (6).

28 Tage, wobei diese Frist im Einzelfall verkürzt oder verlängert werden kann.⁹³ Nach Abschluss der Anhörungen erfolgt eine Analyse aller im Rahmen der Anhörungen bzw. Befragungen erfolgten Eingaben. Diese Analyse wird (später) zeitgleich mit dem Ergebnis des parallel von Ofcom durchgeführten Market Impact Assessment veröffentlicht.⁹⁴

(1) Methodik des Public Value Assessments

Aufgabe der BBC ist die Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags.⁹⁵ Ziel des Public Value Assessments ist in diesem Kontext, den Nutzen des geplanten Angebots zu bewerten, den dieses - im Falle seiner Umsetzung - für die Erfüllung des Auftrags mit sich bringen würde.⁹⁶ Der Auftrag der BBC, dessen Umsetzung auch das neue Angebot dienen soll, ist durch Article 4 (a) bis (f) Royal Charter über die dort genannten sechs Zielwerte, jedoch nur recht allgemein beschrieben. Im Rahmen des Public Value Assessments werden daher zur Bestimmung des öffentlichen Nutzens des neuen Angebots für den Auftrag neben diesen Auftrags-Zielwerten auch Aspekte wie bspw. die Erwartungen der Gebührenzahler und die externen Marktentwicklungen mit in die Bewertung einbezogen.⁹⁷ Das PVA umfasst grundsätzlich eine Bewertung

- des Nutzens für die Gebührenzahler;
- des Nutzens für die Gesellschaft als Ganzes;
- des Nutzens im Verhältnis zu den Kosten des Angebots.⁹⁸

Wohl weil eine (näher eingrenzende) *abstrakte* Beschreibung dessen, was den „public value“ eines neuen Angebots ausmacht, im Sinne einer Definition, schwierig zu erstellen ist, wird zur näheren Bestimmung des konkreten öffentlichen Nutzens eines Angebots auf eine Bewertung der (Standard-) Faktoren, die regelmäßig Einfluss auf den öffentlichen Nutzen eines Angebots haben, abgestellt.⁹⁹

⁹³ BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 13, Nr. 4.3.3.

⁹⁴ Vgl. zum Ganzen die Veröffentlichung des BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, a.a.O., Seite 12 f. Um sich den erforderlichen Überblick für eine Bewertung des öffentlichen Nutzens verschaffen zu können, entscheidet der BBC Trust auch, ob er die für das Public Value Assessment erforderlichen Untersuchungen selber vornimmt oder ob er zusätzlichen externen Expertenrat einholt.

⁹⁵ Vgl. Artikel 3 (1) und (2) Royal Charter.

⁹⁶ Vgl. Clause 28 (1) BBC Agreement.

⁹⁷ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 13, Nr. 5.9; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 14, Nr. 4.4.3.

⁹⁸ Vgl. Clause 28 (2) (a) - (c) BBC Agreement.

⁹⁹ Vgl. V. Henle, in: epd medien (92) 2007, S. 3 (3).

Als solche Faktoren des Öffentlichen Nutzens¹⁰⁰ werden danach angesehen: Die Reichweite des Angebots, seine Qualität, sein Einfluss und das Verhältnis von Kosten und Nutzen.¹⁰¹

(a) Reichweite¹⁰²

Der Parameter „Reichweite“ bewertet die zu erwartende Nutzung des geplanten Angebots über einen vorgegeben Zeitraum. Z.B. den durchschnittlichen Anteil der Erwachsenen, die den Service mindestens einmal pro Woche nutzen.¹⁰³

(b) Qualität¹⁰⁴ und Eigenständigkeit

Das Public Value Assessment berücksichtigt im Rahmen der Bewertung des öffentlichen Nutzens auch die (voraussichtliche) Qualität des Vorschlags. Hierbei berücksichtigt der Trust auch, inwieweit das geplante Angebot gegenüber schon existierenden oder anderen vorgeschlagenen Angeboten besonders bzw. eigenständig ist.¹⁰⁵

(c) Einfluss und Auswirkungen¹⁰⁶

Der Einfluss bzw. die Auswirkungen einer Änderung werden anhand von zwei Unterkriterien beurteilt: Dem Nutzen für den Verbraucher und dem Nutzen für die Gesellschaft.¹⁰⁷

- Der Nutzen für den Verbraucher: Dieses Unterkriterium bewertet den Nutzen, den ein individueller Nutzer als persönlichen „Ertrag“ aus der Nutzung des geplanten Services zieht.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Im Englischen: "Drivers of the public value". Die exakte Definition eines jeden dieser Faktoren des Öffentlichen Nutzens (im Englischen "value driver") werden über das PVA bestimmt und können, je nach Art des Vorschlags, variieren. Ähnlich wie hier übersetzen H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (7).

¹⁰¹ R. Collins, in: M&K 2007 (2), S. 164 (167).

¹⁰² In den englischen Veröffentlichungen der BBC als "reach" bezeichnet.

¹⁰³ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 14, Nr. 5.14.

¹⁰⁴ In den englischen Veröffentlichungen als "quality" bezeichnet.

¹⁰⁵ Vgl. BBC Governors, Summary of the Public Value Test, S. 1.

¹⁰⁶ In den englischen Veröffentlichungen als "impact" bezeichnet.

¹⁰⁷ Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 15, 4.4.3; BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 14/15, Nr. 5.18.

¹⁰⁸ Ein solcher Nutzen wird zum Beispiel darin gesehen, dass Nutzer einen neuen Service einnehmend oder faszinierend finden. Vgl. dazu die Veröffentlichung des BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 15, Nr. 5.18.

- Der Nutzen für die Gesellschaft: Dieses Unterkriterium bewertet den Nutzen, den das geplante Angebot für die Gesellschaft als Ganzes mit sich bringt.¹⁰⁹

(d) Nutzen-Kosten-Verhältnis (value for money)¹¹⁰

Dieser Faktor bewertet das Kosten-Nutzen-Verhältnis der beabsichtigten Änderung (vor dem Hintergrund einer effizienten Erreichung der beabsichtigten Ziele).¹¹¹

(2) Gesamt-Bewertung

Sind alle Einzelfaktoren ermittelt, erfolgt eine abschließende Gesamtbewertung, die dann als Ergebnis das „Public Value Assessment“ hat. Im Rahmen dieser Gesamtbewertung werden alle genannten Faktoren (und im Einzelfall ggf. auch weitere Faktoren) berücksichtigt. Hierbei sind auch Alternativen (alternative Angebote, Angebotsveränderungen etc.) mit in die Bewertung einzubeziehen.¹¹²

(3) Weitere Informationsquellen

Neben der Informationsgewinnung über Anhörungen kommen als weitere Informationsquellen bspw. Vorhersagen bzgl. der Nachfrage, Pilotprojekte, weitere qualitative und quantitative Untersuchungen (wie z.B. Konsumentenbefragung und Verbraucherforschung), externe Marktanalysen und unabhängige Experten-Beratung in Betracht.¹¹³

¹⁰⁹ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, a.a.O., Seite 15, Nr. 5.18. Dies soll danach z.B. der Fall sein, wenn ein Service zu einer besser „funktionierenden“ Demokratie oder zu einem besseren Verständnis und Respekt zwischen zwei unterschiedlichen Gemeinschaften führen würde.

¹¹⁰ In den englischen Veröffentlichungen der BBC als "cost and value for money" bezeichnet.

¹¹¹ Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 15, 4.4.3. Es werden hier auch die finanziellen Einflüsse mit berücksichtigt, die sich ergeben, wenn die geplante Veränderung nicht vorgenommen würde bzw. wenn statt des beantragten Services ein alternatives Angebot realisiert würde (Vgl. die Veröffentlichung der BBC Governors, Summary of the Public Value Test, aaO, S.1; Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 15, 4.4.3.).

¹¹² H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (7).

¹¹³ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 15, Nr. 5.22. Der Trust kann auch ggü. dem BBC Executive Board zu den eingereichten Unterlagen entsprechende Nachfragen stellen. Falls der Trust dies für erforderlich hält, kann er auch eine Kommission mit zusätzlichen Untersuchungen beauftragen.

(4) Zusammenarbeit mit Ofcom

Während des gesamten Public Value Assessments steht der Trust in Verbindung mit Ofcom.¹¹⁴ Ziel dieser Kooperation ist sicherzustellen, dass die Ergebnisse des Public Value Assessments und des Market Impact Assessment zusammen eine hinreichende Informationsbasis bereitstellen, auf der der Trust den Vorschlag dann vollständig und umfassend bewerten kann.

Trotz der Kooperation zwischen dem BBC Trust und Ofcom verfolgen das Public Value Assessment und das Market Impact Assessment unterschiedliche Zielrichtungen, so dass die jeweiligen Schlussfolgerungen und Bewertungen der Ergebnisse (des BBC Trust über das Public Value Assessment und von Ofcom über das Market Impact Assessment) unabhängig voneinander vorgenommen werden.¹¹⁵

bb. Das Market Impact Assessment, MIA - Verfahrensschritt (8)

Das Market Impact Assessment¹¹⁶ bewertet den wirtschaftlichen Einfluss des vorgeschlagenen Services. Hierbei werden die Einflüsse auf Konsumenten und die Anbieter von anderen Angeboten und die betroffenen Märkte berücksichtigt.¹¹⁷ Die Durchführung des Market Impact Assessments obliegt dem Office of Communications (Ofcom)¹¹⁸ und ist damit (auch) organisatorisch aus der BBC ausgegliedert.¹¹⁹ Während der Durchführung des Market Impact Assessments wird Ofcom von der Joint Steering Group beaufsichtigt.¹²⁰

¹¹⁴ Vgl. zu Details dieser Zusammenarbeit die gemeinsame Veröffentlichung des BBC Trust und von Ofcom, Memorandum of Understanding, insbesondere zum MIA die Seiten 5 f. und 21 ff.

¹¹⁵ Ofcom/BBC Trust, Memorandum of Understanding, S. 21.

¹¹⁶ S. dazu auch d. Darstellungen u. Erläuterungen bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 106 ff.

¹¹⁷ Bewertet werden beispielsweise die Auswirkungen auf Preis und Auswahl, sowie die wahrscheinlichen Auswirkungen auf Wettbewerb und Marktentwicklung. Vgl. die Veröffentlichung von Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 1.2; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 17, 5.1.1.

¹¹⁸ Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 17, 5.2.1.

¹¹⁹ Henle sieht den Grund für die Externalisierung des MIA in mangelndem Vertrauen in die marktevaluierende Kompetenz der BBC. Vgl. V. Henle, in: epd medien, (92) 2007, S. 3 (5).

¹²⁰ Vgl. Clause 30 (5) und Clause 29 (6) BBC Agreement.

(1) Gegenstand der Bewertung

Im Rahmen des Market Impact Assessments werden sowohl die „negativen“ (bspw. Substitutionseffekte) als auch „positive“ Markt-Effekte mit in die Bewertung einbezogen.¹²¹ Es wird dabei u.a. auch berücksichtigt, dass es durch die Kostenfreiheit der public service-Angebote zu Auswirkungen auf die gesamte Absatzkette des Medienmarktes (also auch auf dem vorgeschlagenen Service weit vor- oder nachgelagerte Vertriebsstufen) kommen kann.¹²² Effekte gegenüber anderen „public services“ der BBC werden im Rahmen des Market Impact Assessments nicht bewertet, wohl aber solche gegenüber deren „commercial services“.¹²³

(2) Vorbereitung des MIA-Prozesses

Bevor die Durchführung des Market Impact Assessments beginnt, ist sicherzustellen, dass sowohl Ofcom als auch die Interessenvertreter (möglicherweise) betroffener Gruppen¹²⁴ über ausreichende Informationen bzgl. des geplanten Angebots verfügen.¹²⁵ Zu Beginn des Market Impact Assessments wird daher der Antrag des BBC Executive Boards, ggf. mit den ihn unterstützenden Unterlagen, veröffentlicht.¹²⁶ Ofcom erstellt zeitgleich eine Übersicht zum Untersuchungsumfang für das Market Impact Assessment und legt diese der Joint Steering Group vor.¹²⁷ Mit der Zustimmung der Joint Steering Group zum vorgeschlagenen Untersuchungsumfang beginnt eine dreimonatige Frist zu laufen, innerhalb derer das Market Impact Assessment beendet werden muss.¹²⁸

(3) Ablauf des MIA - Prozesses

Das MIA beginnt mit der Aufforderung zur Abgabe von Eingaben (Stellungnahmen) an Unternehmen und Interessenvertretungen.¹²⁹ Für die Eingaben besteht dann eine Frist von vier Wochen.¹³⁰ Die Anhörungen und Befragungen dienen dazu, die Informationsgrundlage des Entscheidungsträgers zu verbreitern.¹³¹ Neben eigenen Untersuchungen kann Ofcom im

¹²¹ Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 1.6; H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (7).

¹²² Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 1.8.

¹²³ Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 1.10.

¹²⁴ In der Regel dürften beispielsweise die Vertreter der Privaten Rundfunkanbieter zu informieren sein.

¹²⁵ Vgl. die Veröffentlichung von Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 2.1. Zu den inhaltlichen Mindestanforderungen an die Informationen vgl. Punkt 2.2.

¹²⁶ Vgl. die Veröffentlichung von Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 2.6.

¹²⁷ Der englische Begriff „terms of reference“ soll hier mit „Untersuchungsumfang“ übersetzt werden.

¹²⁸ Vgl. Clause 31 (1) BBC Agreement.

¹²⁹ Als Leitfaden veröffentlicht Ofcom dazu auch einen Fragenkatalog. Vgl. H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (8).

¹³⁰ Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 2.12. Hierbei werden die Interessenvertretungen auch dazu aufgefordert, ihre Stellungnahmen durch unterstützende Materialien zu untermauern.

¹³¹ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (8).

Rahmen der Zusammenarbeit mit dem Trust auch auf dessen Unterlagen zugreifen.¹³² Da die Abgrenzung zwischen den Untersuchungsbereichen des Public Value Assessments und des Market Impact Assessments sich nicht immer trennscharf vornehmen lässt, ist die enge Kooperation von Ofcom und BBC Trust bzgl. der Informationssammlung beabsichtigt; auch um sicherzustellen, dass sich die Untersuchungsergebnisse sinnvoll ergänzen und nicht unnötig überschneiden.¹³³

(4) Vornahme der Analysen und Bewertungen¹³⁴

Ofcom stützt sich bei seiner Analyse zum einen auf die Informationen der BBC selbst (als bestem Kenner der Materie), des weiteren auf Marktforschungsergebnisse, auf die Stellungnahmen der Interessenvertretungen und die dazugehörigen Diskussionsergebnisse etc. sowie auf eigene Untersuchungen und ggf. zusätzlichen Expertenrat.¹³⁵ Um zu analysieren, wie sich ein geplantes Angebot auf den Markt auswirkt, nimmt Ofcom in der Regel folgende Prüfschritte vor:

- Feststellung der Angebote, die durch die geplante Änderung betroffen wären.
Die Untersuchung bezieht sich dabei auf Angebote in dem betreffenden Markt selbst und in verwandten Märkten.¹³⁶
- Analyse der Annahme/Nutzung des geplanten Angebots durch die Rezipienten.¹³⁷
- Statische Analyse des Markteinflusses: Bewertung des Einflusses auf den Markt, der, ohne die Reaktion der Konkurrenten, allein durch die Einführung bzw. Änderung des Angebots entsteht.¹³⁸

¹³² Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 2.12. Dies gilt auch umgekehrt.

¹³³ Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 2.17. Die Kooperation beschränkt sich dabei nicht auf die Sammlung von Informationen. Sie umfasst auch Berechnungen und Analysen bzgl. möglicher Modifikationen hinsichtlich des Vorschlags der BBC. Entsprechend wird auch die Vorlage der Abschlussberichte bzgl. des PVA und des MIA so koordiniert, dass diese gleichzeitig veröffentlicht werden. Vgl. auch H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (8).

¹³⁴ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 107 f., stellen die Methodik des MIA am Beispiel des iPlayers (näher) dar.

¹³⁵ Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 3.2.

¹³⁶ Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 3.13. Ofcom weist darauf hin, dass es hierbei nicht um eine Marktdefinition (wie etwa bei § 10 TKG) geht, um wettbewerbliche Dominanz zu bemessen (vgl. z.B. dazu § 11 TKG, wo die Dominanzschwelle bei „beträchtlicher Marktmacht“ liegt, bzw. im GWB nach dem dortigen § 19 bei einer „marktbeherrschenden Stellung“).

¹³⁷ Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 3.15.

¹³⁸ Hierbei werden insbesondere die substituierenden aber auch die positiven Effekte des Services auf den Markt bewertet. Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 3.18.

- Analyse der dynamischen Faktoren. Hierzu zählt insbesondere die wahrscheinliche Reaktion der Wettbewerber auf das neue bzw. geänderte Angebot.¹³⁹
- Bewertung weiter entfernt liegender Einflüsse.¹⁴⁰
- Analyse möglicher Modifikationen des Vorschlags.¹⁴¹

(5) Veröffentlichung des Endergebnisses und Zeitrahmen

Während der Durchführung des Market Impact Assessments wird Ofcom zwar durch die Joint Steering Group (JSG) beaufsichtigt. Gleichwohl trifft Ofcom aber die Entscheidungen und Bewertungen hinsichtlich des Markteinflusses eigenständig und unabhängig. Dementsprechend wird der MIA-Abschlussbericht auch von Ofcom (allein) veröffentlicht. Der Bericht enthält, als Ergebnis des Market Impact Assessments, die Bewertung des zu erwartenden Markteinflusses der Änderung.¹⁴² Die Veröffentlichung des Berichts erfolgt zeitgleich mit der Veröffentlichung des PVA-Abschlussberichts durch den BBC Trust. Das Market Impact Assessment soll (parallel zum Public Value Assessment) grundsätzlich in 3 Monaten abgeschlossen sein.¹⁴³

e. Endergebnis des Public Value Tests

Der BBC Trust berücksichtigt die Ergebnisse der Abschlussberichte des PVA und des MIA bei seiner Entscheidung.¹⁴⁴ Die Entscheidung erfolgt dann in Form einer Abwägung¹⁴⁵, bei der der Trust die Ergebnisse des PVA denen des MIA gegenüberstellt¹⁴⁶: Er wägt den öffentlichen Nutzen gegen den Markteinfluss ab. Um in Hinblick auf den neuen bzw. geänderten Service, respektive den Antrag des BBC Executive Boards, zu einer stattgebenden Entscheidung zu kommen, muss der BBC Trust davon überzeugt sein, dass jeder nachteilige

¹³⁹ Hierzu gehören insbesondere die Berücksichtigung von Anpassungen wie z.B. Reduzierung der Angebotspreise, aber auch die qualitative Verbesserung der Angebote der privaten Anbieter. Diese auf den ersten Blick als Vorteil für den Konsumenten anmutende Entwicklung, kann als Kehrseite zu deren Nachteil werden, wenn die niedrigeren Preise oder die bessere Angebotsqualität zu einer Marktzutrittsschranke für neue Anbieter wird. Vgl. Ofcom, Methodology for MIA, Punkt 3.25.

¹⁴⁰ Dazu zählt die Berücksichtigung der Effekte auf vor- und nachgelagerte Märkte. Erstere umfassen bspw. den Inhalt der Angebote (media content), letztere beispielsweise Märkte, in denen das Angebote der BBC als kostenfreies Angebot Marktrelevanz hat. Vgl. Ofcom: Methodology for MIA, Punkt 3.29.

¹⁴¹ Für den Fall, dass der Vorschlag potentiell nachteilige Markteffekte hat, untersucht Ofcom, ob es adäquate Alternativen zu dem Vorschlag gibt (beispielsweise Änderungen des Vorschlags) und bewertet diese.

¹⁴² Ergänzend werden ggf. Änderungsvorschläge und Empfehlungen an den Trust bezüglich solcher Aspekte, deren Berücksichtigung in der Abwägung besonders erheblich ist, enthalten sein. Vgl. zum Ganzen: H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (8).

¹⁴³ Vgl. die Veröffentlichung der BBC Governors, Summary of the Public Value Test, S. 2; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 18, 5.4.1.

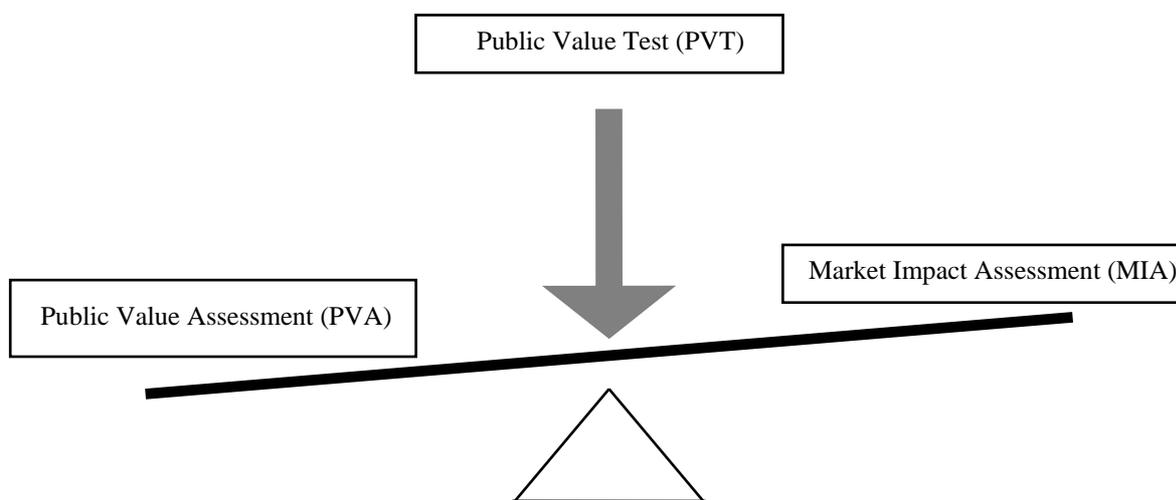
¹⁴⁴ Vgl. BBC Governors, Summary of the Public Value Test, S. 2.

¹⁴⁵ Vgl. BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 19, 6.1.1.

¹⁴⁶ BBC Governors, Summary of the Public Value Test, S. 2; BBC Governance Unit, Interim Rules, S.19, 6.1.1.

Einfluss eines neuen bzw. geänderten Angebots auf den Markt, durch den von dem neuen bzw. geänderten Service zu erwartenden öffentlichen Nutzen, gerechtfertigt ist.¹⁴⁷ Dazu muss der öffentliche Nutzen den Markteinfluss überwiegen.

Abbildung 3: Die Abwägungsentscheidung im Rahmen des Public Value Tests (i.e.S.)¹⁴⁸



Im Rahmen der Abwägung, dem Public Value Test (i.e.S.), werden vom Trust auf der Seite des öffentlichen Nutzens die bereits bekannten Faktoren berücksichtigt:¹⁴⁹

- Übereinstimmung mit den öffentlichen Aufgaben der BBC
- Qualität und Eigenständigkeit des geplanten Services
- Auswirkungen des geplanten Services
- Reichweite des geplanten Services
- Kosten des geplanten Services und „value for money“

Dagegen ist, auf der anderen Seite, in der Form des Ergebnisses des MIA, der Markteinfluss in die Abwägung einzustellen. Bei dieser Abwägung des Vorschlags kann der Trust auch berücksichtigen, ob irgendwelche Änderungen des Vorschlags den generierten öffentlichen

¹⁴⁷ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 18, Nr. 7.1; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 20, 6.3.5.

¹⁴⁸ Diagramm angelehnt an die Veröffentlichung der BBC Governance Unit, Interim Rules for the conduct of the Public Value Test, S. 19, Nr. 6.3.1.

¹⁴⁹ Die Übereinstimmung mit den öffentlichen Aufgaben wird teilweise auch zu der Gruppe der „Drivers of Public Value“ gezählt. Vgl. die Veröffentlichung der BBC Governors, Summary of the Public Value Test, aaO, S. 2; Wie hier: BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 18.

Nutzen erhöhen - oder - den Markteinfluss reduzieren können.¹⁵⁰ Unter Berücksichtigung sowohl der Ergebnisse des Public Value Assessments als auch des Ergebnisses des Market Impact Assessments trifft der BBC Trust, über die beschriebene Abwägung, zunächst eine vorläufige Entscheidung („provisional conclusion“) (9).¹⁵¹ Diese wird spätestens eine Woche nach der Veröffentlichung der Ergebnisse des MIA und des PVA (durch den BBC Trust) veröffentlicht¹⁵² und für 28 Tage ihrerseits zur „öffentlichen Diskussion“ gestellt (10).¹⁵³ Der Trust berücksichtigt die in diesem Rahmen bzgl. der vorläufigen Entscheidung abgegebenen Stellungnahmen, bevor er auf dieser Basis eine endgültige Entscheidung trifft (11).¹⁵⁴

Die endgültige Entscheidung des BBC Trust wird sodann¹⁵⁵ (nebst einer Analyse aller Eingaben¹⁵⁶ und einer ausführlichen Begründung der Entscheidung) veröffentlicht.¹⁵⁷ Sie stellt den abschließenden Schritt im Rahmen des Public Value Tests (i.w.S.) dar.¹⁵⁸ Je nachdem, wie seine Entscheidung ausgefallen ist, wird der BBC Trust die Änderung bzw. Neueinführung des Angebots entweder ablehnen, sie wie beantragt genehmigen oder eine Genehmigung mit zusätzlichen Auflagen erteilen (12).¹⁵⁹

¹⁵⁰ Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, S. 18, Nr. 7.3.

¹⁵¹ Vgl. BBC Governors, Summary of the Public Value Test, S. 2; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 19, 6.3.1.

¹⁵² Vgl. BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, S. 18, Nr. 7.3.

¹⁵³ Vgl. BBC Governors, Summary of the Public Value Test, S. 2; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 20, 6.3.3; H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (8).

¹⁵⁴ BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, S. 19, Nr. 7.5; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 20, 6.3.3. Diese Stellungnahmen können von jedermann, wahlweise per email, per Post oder über das Internet, abgegeben werden, wobei entweder nur ein schlichtes Votum für oder gegen den Vorschlag abgegeben oder aber auch eine Reihe von Fragen zu Einzelaspekten des Vorschlags beantwortet werden kann. Vgl. dazu: H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (8).

¹⁵⁵ BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, S. 19, Nr. 7.6.

¹⁵⁶ BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, S. 19, Nr. 7.7.

¹⁵⁷ Vgl. H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (9).

¹⁵⁸ Allerdings besteht gemäß Clause 33 des BBC Agreements ein Vetorecht des Secretary of State for Culture, Media and Sport.

¹⁵⁹ BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, S. 19, Nr. 7.6; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 20, 6.3.5.

D. Die Theorie der Prozeduralisierung und das Prinzip der Maßstabsergänzung

I. Zum Inhalt des folgenden Abschnitts

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt der Ablauf des Public Value Tests vorgestellt wurde, soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob und wenn ja, wie es im Rahmen der Durchführung des Public Value Tests zu einer Auftragskonkretisierung kommt. Zur Beantwortung dieser Frage soll vorab das Konzept der Prozeduralisierung des Rechts vorgestellt werden, um dann auf dieser Grundlage die (prozedurale) Wirkungsweise des Public Value Tests zu untersuchen.

II. Prozeduralisierung des Rechts

Die Idee der Prozeduralisierung des Rechts¹ geht auf eine etwa Mitte der 70er Jahre aufgekommene Diskussion über die Steuerungsfähigkeit von Recht zurück (sog. Steuerungsdiskussion²). Implementationsstudien insbesondere im Bereich des Umweltrechts hatten damals ergeben, dass viele Normen nicht den intendierten Erfolg bzgl. des ihnen beigemessenen Steuerungsziels zu erreichen vermochten.³ Infolge der dadurch entstandenen Zweifel an der regulativen Fähigkeit des Rechts⁴ entwickelten sich neue Ideen und Ansätze zu der Frage, ob und wenn ja, wie die Wirklichkeit durch Recht steuerbar ist.⁵

Aus der Vielzahl der, zwar im Detail unterschiedlichen, aber in der groben Zielrichtung gleichgerichteten Ansätze kristallisierte sich allmählich ein Ruf nach Modernisierung und

¹ Bzgl. der Prozeduralisierung des Rechts lassen sich im Wesentlichen zwei Unterbereiche unterscheiden: Die Prozeduralisierung des Verwaltungshandelns ist begrifflich zu unterscheiden vom sog. prozeduralen Grundrechtsschutz. Vgl. zu letzterem BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich) sowie D. Grimm, Verfahrensverstöße als Grundrechtsverstöße, in: NVwZ 1985, S. 865 (865 ff.). Die folgenden Ausführungen beziehen sich zunächst im Wesentlichen auf die Mechanismen der Prozeduralisierung des Verwaltungshandelns. (Auf den Grundrechtsschutz durch Verfahren wird später in dieser Arbeit, im Rahmen der Betrachtungen zum Drei-Stufen-Test, zurückzukommen sein.) Bei einer Übertragung von Erkenntnissen bzgl. der Prozeduralisierung des Verwaltungshandelns auf die Anstalten wird später zu berücksichtigen sein, dass die Rundfunkanstalten nach g.h.M. nicht der unmittelbaren (Staats-) Verwaltung zuzurechnen sind; ihnen steht vielmehr ein Selbstverwaltungsrecht zu, d.h. sie sind selbständig ggü. der Staatsverwaltung. Vgl. G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 9 Rn. 27 f. m.w.N.

² Vgl. zu diesem Begriff etwa: O. Lepsius, Steuerdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, insb. S. 10 ff. Die Diskussion zeichnet A. Voßkuhle nach: Ders. in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann /A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 1, S. 8 ff, Rn. 9 ff.

³ Insbesondere die Untersuchungen von Renate Mayntz offenbarten erhebliche Defizite. Vgl. R. Mayntz, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, S. 2 ff.; Vgl. auch E. Bohne, Der informale Rechtsstaat, insb. S. 22 ff.

⁴ Vgl. dazu bspw: G. Teubner/H. Willke, ZfRSoz 1984, S. 4ff.; K. Günther, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, S. 51 ff.; G.F. Schuppert, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, S. 217ff.

⁵ Einen Überblick über die diesbezüglichen Ansätze gibt I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, § 1, S. 1 ff; Vgl. auch A. Voßkuhle, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 1, S. 20 ff. Rn. 17 ff.

grundlegenden Reformen des Verwaltungsrechts heraus.⁶ Ein vertretener Ansatz zur Lösung des Steuerungsproblems⁷ ist dabei der Gedanke von der Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts.⁸ Diesem Ansatz und seinen rechtlichen Zusammenhängen soll im Folgenden, als Grundlage für die weiteren Überlegungen, näher nachgegangen werden.⁹

1. Definition des Begriffs der Prozeduralisierung

Der Begriff der „Prozeduralisierung“ wird in der Literatur gegenwärtig (noch) nicht ganz einheitlich definiert, so dass im Folgenden zunächst die von einzelnen Autoren vertretenen Ansätze kurz vorgestellt werden sollen.

a. Definitionsansätze

Klaus Eder trifft zunächst die Feststellung, dass zwischen prozeduralem Recht und Verfahren im traditionellen Sinn zu differenzieren sei.¹⁰ Von den Verfahren im traditionellen Sinn unterscheidet er als prozedurale Rechtsnormen „Verfahren im normativen Sinn“, deren spezifische Leistungen er in der „Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen, Öffentlichkeitspflichten und Begründungspflichten“ sieht.¹¹ Verfahren im traditionellen Sinn arbeiteten dagegen nur ab.¹² Dagegen würden Verfahren im normativen Sinn die Akteure mobilisieren und ihnen Interventionschancen in Diskussions- und Entscheidungsprozessen geben.¹³

⁶ Vgl. zu Reformbestrebungen insb. die von W. Hoffmann-Riem und E. Schmidt-Aßmann herausgegebenen „Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts“ und nunmehr auch die Reihe „Grundlagen des Verwaltungsrechts“ (vgl. dazu die Nachweise im Literaturverzeichnis).

⁷ Regelungsprobleme werden heutzutage nicht mehr allein als staatliches Interventionsproblem, das es staatlich zu „steuern“ gilt, als vielmehr als Koordinationsaufgabe mit dem Ziel des Managements von Interdependenzen zwischen Akteuren auf gesellschaftlicher, staatlicher und überstaatlicher Ebene, angesehen. Hierfür hat sich - statt des stark am Steuerungsobjekt Staat orientierten Begriffs der Steuerung - der Begriff „Governance“ herausgebildet. Vgl. zum Governance-Konzept aus rechtlicher Perspektive bspw. H.-H. Trute/W. Denkhaus/ D. Kühlers, in: Die Verwaltung 2004, S. 451 (453 ff.) sowie zur „Wende von Steuerung zu Governance“, dort die Seiten 459 ff.

⁸ Vgl. A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, S. 63f.

⁹ Anzumerken ist, dass der Gedanke der Prozeduralisierung nur einer von vielen Ansatzpunkten der Reformüberlegungen ist.

¹⁰ K. Eder, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, S. 155 ff. (156).

¹¹ K. Eder, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, S. 155 ff. (157).

¹² Ebenda. Vgl. auch die dortige Fußnote 9.

¹³ Ebenda.

Karl-Heinz Ladeur¹⁴ und Thomas Vesting¹⁵ sehen als wesentlichen Baustein prozeduralen Rechts einen wechselseitigen Informationsfluss, der den Aufbau des erforderlichen Regulierungswissens garantiere. Einen grundsätzlichen Vorteil prozeduraler Arrangements erblicken sie darin, dass prozedurale Entscheidungen gegenüber konkreten gesetzlichen Vorgaben zeitlich und sachlich begrenzt seien und damit eine losere Bindungswirkung erzeugten, so dass sie ggf. schneller und leichter korrigiert werden könnten.¹⁶ Ladeur führt (an anderer Stelle)¹⁷ weiter aus: „Der Gesetzgeber kann vielfach nur unvollständige Entscheidungen auf unvollständiger Wissensgrundlage treffen und verweist ihre Konkretisierung an das Verwaltungsverfahren. Verfahrensrechte sind deshalb wichtige Vorgaben für die Konstruktion von Entscheidungen unter Ungewißheitsbedingungen (..)“

Gralph-Peter Callies¹⁸ bezeichnet Normen als prozedural, die die Rationalität des Entscheidens erhöhen. Prozedurales Recht sei danach im Wesentlichen als Modus der Normanwendung zu sehen, bei dem die herkömmliche Subsumtion unter die Norm durch einen diskursiven Lernprozess ersetzt wird.¹⁹

Nach der Ansicht von Colin Scott befasst sich prozedurales Recht vorrangig mit der Bereitstellung der Mechanismen, durch welche der rationale Diskurs eintreten kann.²⁰ In diesem Schema sei die Funktion prozeduralen Rechts zu organisieren, wie rechtliche Regulation durch prozedurales Recht erfolgen kann, ohne dass dabei enge materiell-rechtliche Vorgaben zur Verfügung stehen.²¹

Jean de Munck und Jacques Lenoble sprechen von „kognitiver Prozeduralisierung“, wobei sie damit die Schaffung von Mechanismen meinen, die einen Lernprozess auf einer kollektiven Ebene auch in der Situation von Unsicherheit und Nichtlinearität ermöglichen.²² Die wichtigsten Aspekte der Prozeduralisierung sehen sie zum einen in einem offenen Dialog zwischen allen Parteien, die von dem jeweiligen Problem betroffen sind und zum anderen in

¹⁴ K.H. Ladeur, *Proceduralisation and its use in a post-modern legal policy*, S. 53, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), *Governance in the European Union*.

¹⁵ T. Vesting, *Prozedurales Rundfunkrecht*, S. 100.

¹⁶ K.H. Ladeur, *Proceduralisation and its use in a post-modern legal policy*, S. 53, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), *Governance in the European Union*; T. Vesting, *Prozedurales Rundfunkrecht*, S. 100.

¹⁷ K.-H. Ladeur, *Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung – Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewißheitsbedingungen*, in: *Kritische Justiz* 1994, S. 42 (55).

¹⁸ G.P. Callies, *Prozedurales Recht*, S. 175 ff.

¹⁹ Ebenda.

²⁰ C. Scott, *The proceduralization of Telecommunications Law*, insb. Abschnitt 7, in: *The journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 1997 (3).

²¹ Ebenda.

²² J. De Munck/J. Lenoble, *Transformations in the art of governance*, S. 43, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), *Governance in the European Union*.

dem fortwährenden Durchlaufen des reflexiven Prozesses der Rechtssetzung und ihrer Anwendung im praktischen Kontext.²³

Evelyn Hagenah²⁴ sieht als Kern prozeduralen Rechts die „Konstituierung von Entscheidung“ durch die Gewährleistung beteiligungsöffener und begründungsintensiver Verfahren bei gleichzeitiger Rücknahme inhaltlicher Vorgaben. Prozedurales Recht setze danach beim Verfahren an, habe aber eine materielle Zielrichtung: „Die Inhalte von Entscheidungen sollen mittels Verfahren und ohne inhaltliche Vorgaben bzw. mit verringerten inhaltlichen Vorgaben mit determiniert bzw. präjudiziert werden.“²⁵

Andreas Voßkuhle schließt sich den Ausführungen von E. Hagenah an und stellt fest, dass der Verfahrensgedanke bei prozeduralem Recht, nicht nur als Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts diene, sondern darüber hinaus auch die Norminhalte im Verfahren gewonnen würden.²⁶

Dieter Wolfram kommt in seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, dass allen Definitionsansätzen zur Prozeduralisierung gemeinsam ist, dass sie als Kern prozeduralen Rechts die Konstituierung von Entscheidungen durch organisations- und verfahrensrechtliche Vorkehrungen ansehen, verknüpft mit einer gleichzeitigen Rücknahme materiell-rechtlicher Programmierung, der Aufwertung der Beteiligung pluraler gesellschaftlicher Kräfte sowie einer zeitlichen Flexibilisierung der Rechtsgeltung.²⁷

Vorliegend soll im Folgenden als entscheidender Aspekt der Prozeduralisierung angesehen werden, dass die Norminhalte selbst überwiegend im Verfahren gewonnen werden.²⁸ Es soll weiter davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem Aspekt der „Gewinnung der Norminhalte über das Verfahren unter gleichzeitiger Zurücknahme der materiell-rechtlichen Vorgaben“ um die notwendige und zugleich hinreichende Voraussetzung für das (definitivische) Vorliegen prozeduralen Rechts handelt.²⁹

²³ J. De Munck/J. Lenoble, Transformations in the art of governance, S. 43, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), Governance in the European Union.

²⁴ E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 48, 55, 202 ff.

²⁵ E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 55.

²⁶ A. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform Bd. 7, S. 349 (392f.)

²⁷ Vgl. D. Wolfram, Prozeduralisierung des Verwaltungsrecht, S. 44.

²⁸ In diesem Sinne auch: A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, S. 63; Vgl. auch C. Franzius, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 4, S. 207, Rn. 54.

²⁹ Auf die einzelnen Elemente der verschiedenen Definitionsansätze wird später noch einmal einzugehen sein. Vgl. unten Teil E. V.

b. Die Rücknahme der materiell-rechtlichen Vorgaben

Ein Gewinn der Norminhalte über das Verfahren bedingt umgekehrt, dass die Norminhalte nicht bereits materiell-rechtlich (zu) eng vorbestimmt sind. Im Hinblick auf die somit erforderliche Rücknahme materiell-rechtlicher Programmierung ist daher fraglich, wie weit die Rücknahme gehen (können) soll. Einer Auffassung zufolge soll die Rücknahme materieller Programmierung nahezu gänzlich erfolgen können.³⁰ Dagegen wird vertreten, dass auch bei der Konstituierung von Entscheidungen über Verfahren inhaltliche Bindungen unverzichtbar seien.³¹

In Bezug auf den Drei-Stufen-Test ist dem Beihilfe-Kompromiss zu entnehmen, dass eine gänzliche Rücknahme nicht verlangt ist. Die Konkretisierung soll vielmehr auf der Grundlage schon vorhandener materieller Vorgaben erfolgen. Es soll gerade auf dieser Grundlage zu der Konstituierung einer Entscheidung über das Verfahren kommen. Mithin bedarf es vorliegend keiner Entscheidung dieser Frage. Gleichwohl soll im Folgenden die, wohl überwiegende, Ansicht zugrundegelegt werden, dass „richtig verstandene Prozeduralisierung (..) nicht auf die Ablösung aller Inhalte durch Verfahren und vollständigen Verzicht auf materielle Vorgaben“³² gerichtet ist.

c. Der Begriff der prozeduralen Arrangements

Die reduzierte materiell-rechtliche Vorgabe der betreffenden Norm wird im Rahmen der Prozeduralisierung ergänzt durch prozedurale (Verfahrens-) Vorgaben.³³ Es wird in soweit auch des öfteren von prozeduralen Arrangements gesprochen³⁴, die sich somit aus zwei Elementen zusammensetzen: Zum einen den reduzierten materiell-rechtlichen Vorgaben und zum anderen dem gewichtigen Verfahrensaspekt, der (i.d.R.) in eigenen Vorschriften „arrangiert“ ist.

d. Die Normstruktur prozeduraler Arrangements

In Abhandlungen zum Verwaltungsrecht, die sich mit der Struktur von Normen befassen, ist vielfach die Unterscheidung zwischen Konditionalnormen und Finalnormen anzutreffen, die im Folgenden aufgegriffen werden soll, um daran die Struktur der prozeduralen Arrangements zu

³⁰ U.a. E. Hagenah hält eine vollständige Reduktion der materiell-rechtlichen Vorgaben für möglich. Vgl. Hagenah, aaO. S. 55: "Die Inhalte von Entscheidungen sollen mittels Verfahren und *ohne* inhaltliche Vorgaben bzw. mit verringerten inhaltlichen Vorgaben mit determiniert bzw. präjudiziert werden." (Hervorhebung nur hier.)

³¹ A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, S. 65; T. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, S. 99 f.

³² A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, S. 66.

³³ I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, S. 7.; J. Ziekow, in: W. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 349 (369).

³⁴ Vgl. etwa: E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 58; A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, S. 65.

verdeutlichen. Konditionalnormen gliedern sich in Tatbestand und Rechtsfolge.³⁵ Bei ihnen besteht in der Regel eine enge Bindung des Verwaltungshandels an die gesetzlichen Vorgaben.³⁶

Charakteristisch für Konditionalnormen ist somit eine „Wenn - dann - Konstruktion“³⁷: Wenn ein bestimmter Sachverhalt den Tatbestand der Norm verwirklicht, (dann) tritt die gesetzlich vorgegebene Rechtsfolge ein.³⁸

Den Konditionalnormen gegenüber stehen die sog. Finalnormen.³⁹ Sie bestehen vorwiegend aus Zielvorgaben und Ausgestaltungsaufträgen.⁴⁰ Ihr Aufgabengebiet findet sich vor allem dort, wo eine konditionale Programmierung aus der Natur der zu regelnden Sache nicht möglich oder nicht zweckmäßig ist. Beispielsweise dürfte es in Anbetracht der Vielzahl der zu berücksichtigenden Faktoren und Möglichkeiten ausgeschlossen sein, einen Bebauungsplan für ein Mischgebiet nach dem „Wenn - dann“ - Schema konditional „vorzugeben“. Gerade am Beispiel eines Bebauungsplans für ein neu zu erschließendes Baugebiet „auf der grünen Wiese“ erkennt man, dass die Aufgabe der Verwaltung sich von der bloßen Subsumtion der Norm in bestimmten Situationen zur Gestaltung verlagern können muss. In einer solchen Situation muss der Gesetzgeber sich darauf beschränken, Ziele und Mittel zu deren Verwirklichung, in Form einer Finalnorm, zu bestimmen.⁴¹ Bei der Anwendung der jeweiligen Finalnorm hat die Verwaltung dann in dem Rahmen des jeweiligen gesetzlichen Auftrags gestaltend tätig zu werden.⁴² Aufgrund des dafür erforderlichen normativen Gestaltungsspielraums wohnt Finalnormen somit notwendigerweise eine geringere materiell-rechtliche Programmierung inne, als den Konditionalnormen.⁴³

³⁵ R. Breuer, Konditionale u. finale Rechtssetzung, AöR, Bd. 127 (2002), S. 523 (525).

³⁶ W. Brohm, Öffentliches Baurecht, § 11 Rn. 3.

³⁷ Büdenbender/von Heinegg/Rosin, Energierecht, 213; G. Baumgartner, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 35.

³⁸ W. Brohm, Öffentliches Baurecht, § 11 Rn.3; H. Maurer, Allgemeines VerwR, § 7 Rn. 2.

³⁹ R. Breuer, Konditionale u. finale Rechtssetzung, AöR, Bd. 127 (2002), S. 523 (525f.).

⁴⁰ Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1 Rn. 88; G. Baumgartner, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 35.

⁴¹ Vgl. W. Brohm, Öffentliches Baurecht, § 11 Rn. 3.

⁴² Vgl. W. Brohm, Öffentliches Baurecht, § 11 Rn. 3.

⁴³ Vgl. W. Brohm, Öffentliches Baurecht, § 11 Rn. 3. Brohm spricht insofern a.a.O. auch von einem „außerwöhnlichen Entscheidungsspielraum“; G. Baumgartner, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 35: „verdünnte Legalität“.

Auf der Grundlage der skizzierten Unterscheidung zwischen konditionalen und finalen Normen soll nun im Folgenden deren Verhältnis zu prozeduralen Arrangements anhand der folgenden Übersicht verdeutlicht werden.

Abbildung 4: Normstrukturen

Konditionalnorm	Finalnorm	proz. Arrangement
Formelle Vorgaben	Formelle Vorgaben	Formelle Vorgaben →spez. Verfahrens- Vorgaben (Beteiligung/Begründung)
Materielle Vorgaben 1. Tatbestandsvor- aussetzungen (eng) 2. Rechtsfolge (P) Ungewissheit	Materielle Vorgaben Ausgestaltungsauftrag (nur Direktiven) (P) Unbestimmtheit	Materielle Vorgaben Ausgestaltungsauftrag (nur Direktiven)

Die Konditionalnormen gliedern sich, wie dargestellt, in die Komponenten Tatbestand und Rechtsfolge.⁴⁴ Dabei sind die Tatbestandsvoraussetzungen materiell-rechtlich eng vorgegeben. Konditionalnormen werden id.R. durch formelle Anforderungen ergänzt.⁴⁵ Die formellen Anforderungen haben im Rahmen der konditionalen Programmierung aber nur ein begrenztes Gewicht, so dass häufig, von einer „dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens gesprochen wird.⁴⁶ Zwar sind Verwaltungsakte, die gegen formelle Vorschriften verstoßen, regelmäßig rechtswidrig⁴⁷, jedoch wirkt sich dies auf eine Rechtsverletzung i.S.d. § 113 VwGO nur selten aus, wegen der Vorschriften § 46 VwVfG und (schon im Rahmen der Zulässigkeit einer Klage) § 44a VwGO. Insofern kommt dem Verfahren im Hinblick auf die Entscheidungsfindung bei Konditionalnormen, eher eine untergeordnete, eben lediglich „dienende“ Funktion zu.

Im Hinblick auf die zweite Gruppe, die Finalnormen, wurde bereits festgestellt, dass, im Gegensatz zur konditionalen Programmierung, in materieller Hinsicht nur reduzierte Vorgaben für das Verwaltungshandeln bestehen. Bezüglich ihrer formellen Komponente kann auf die

⁴⁴ Vgl. auch K. Dolde, NVwZ, 2006, 857 (857).

⁴⁵ Im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit sind dort regelmäßig die Punkte „Zuständigkeit der Behörde“, „ordnungsgemäßes Verfahren“ - insbesondere die Anhörung gem. § 28 VwVfG - und ggf. die „Einhaltung der Form“, § 39 VwVfG zu beachten.

⁴⁶ Zum Begriff des „dienenden Verfahrens“ vgl. bspw.: U. Steiner, in: NZS 2002, 113 (115); R. Wahl, in: DVBl. 2003, 1285 (1287).

⁴⁷ J. Ziekow, in: NVwZ 2005, 263 (265).

diesbezüglichen Ausführungen zu den Konditionalnormen verwiesen werden. Teilweise gibt es hier spezielle formelle Anforderungen, die jedoch ebenfalls mit speziellen Verfahrensfehlerregeln versehen sind, so dass auch hier das Verfahren eher eine untergeordnete Rolle spielt.⁴⁸

Die dritte Gruppe, die prozeduralen Arrangements, sind insofern mit den finalen Rechtsnormen „verwandt“, als dass die materielle Komponente eines prozeduralen Arrangements (i.d.R.) zugleich eine final programmierte Norm ist.⁴⁹ Im Gegensatz zu den „klassischen“ Finalnormen, kommt der formellen Komponente (insbesondere dem Verfahren) bei den prozeduralen Arrangements, eine wesentlich stärkere, die Entscheidung konstituierende Funktion zu.⁵⁰ Die zurückgenommene materielle Komponente wird somit bei den prozeduralen Arrangements um eine starke Verfahrenskomponente erweitert, die die „Defizite“ in der materiellen Programmierung kompensiert.⁵¹

e. Das Prinzip der Normergänzung

Der wesentliche Unterschied prozeduraler Arrangements zur reinen Finalnorm ist, dass bei prozeduralen Arrangements das normative Schwergewicht auf der Verfahrenskomponente liegt.⁵² Dabei stehen die formelle Komponente (insbesondere das „Verfahren“) und die materielle Komponente (Finalnorm) nicht beziehungslos nebeneinander.

Der Ausgestaltungsauftrag, den die Finalnorm beinhaltet, enthält selbst nur gewisse (reduzierte) Vorgaben (auch als Direktiven bezeichnet⁵³). Diese reduzierten Vorgaben bedürfen zu ihrer Anwendung einer näheren Ausgestaltung bzw. Konkretisierung. Eine solche Konkretisierung der materiell-rechtlichen Vorgaben erfolgt über die Bildung ergänzender (Entscheidungs-) Maßstäbe durch die Verwaltung.

Der Ansatz einer Ergänzung der Norm geht (isoliert betrachtet) auf Otto Mayer zurück⁵⁴ und wurde in der Folgezeit insbesondere von Hans-Joachim Koch weiterentwickelt, der dabei die

⁴⁸ Spezielle Fehlerregeln sind bspw. die Vorschriften §§ 214, 215 BauGB.

⁴⁹ Vgl. I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, S. 157.

⁵⁰ E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 55.

⁵¹ W. Hoffmann-Riem, in: Derselbe/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 9 (22); I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, S. 174 f.; A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, S. 63 ff.

⁵² Vgl. soeben Teil D. II. 1. d.

⁵³ Vgl. etwa M. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 114 Rn. 7.

⁵⁴ O. Mayer, Verwaltungsrecht, S. 99.

rechtliche Qualität von Ermessensentscheidungen als „Tatbestandsergänzung“ herausgearbeitet hat.⁵⁵ Koch versteht dabei unter dem Begriff der Tatbestandsergänzung die „Entwicklung hinreichender Bedingungen für die Anordnung bzw. Verweigerung der vorgesehenen oder evtl. ebenfalls zu konkretisierenden Rechtsfolge“.⁵⁶ Aufgrund des ebenfalls u.a. von Koch vertretenen Ansatzes, dass zwischen dem klassischen Rechtsfolgeermessen und dem Planungsermessen Strukturidentität besteht⁵⁷, überträgt er konsequenterweise den Ansatz der Tatbestandsergänzung auch auf Planungsermessensnormen.⁵⁸

Diesen Ansatz zugrunde gelegt, ist die Maßstabsergänzung auch bei Finalnormen und damit auch bei prozeduralen Arrangements eine eigenständige Aufgabe der Verwaltung. Durch die Maßstabsergänzung erweitert die Verwaltung dann die im konkreten Fall zu berücksichtigenden Faktoren.⁵⁹ W. Hoffmann-Riem führt als Beispiele für solche Faktoren die „Heranziehung weiterer Zwecke oder abzuwägender Belange“ sowie die Bildung von diesbezüglichen Vorrangregeln an.⁶⁰

Die Bildung solch ergänzender Maßstäbe (zur konkreteren Ausgestaltung der weiten Vorgaben der reduzierten materiellen Komponente) findet bei prozeduralen Arrangements gerade über die Verfahrenskomponente statt. Insofern besteht bei prozeduralen Arrangements eine ganz wesentliche „konstitutive“ Verknüpfung zwischen der formellen Komponente „Verfahren“ und der reduzierten und daher noch mit konkretisierenden Maßstäben auszufüllenden materiell-rechtlichen Komponente. Umgekehrt darf keine Tatbestands- bzw. Normergänzung durch die Behörde erfolgen unter Missachtung der Verfahrensvorschriften. Dies würde zu einem „quasi-legislativen Verhalten“ der Behörde führen, ohne dass diese dazu ermächtigt wäre. Diese mangelnde Ermächtigung ergibt sich bei den prozeduralen Arrangements, im Gegensatz zu den rein finalen Normen, daraus, dass die materiell-rechtliche Rücknahme (i.d.R.) nur unter der Voraussetzung der Kompensation durch die Verfahrenskomponente erfolgt.

⁵⁵ Vgl. Koch/Rubel/Heselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 88 ff.; Einen kurzen Überblick zur Entwicklung dieses Ansatzes bietet auch W. Hoffmann-Riem, in: Ders./Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen, Bd. I, § 10, S. 681, Rn. 85.

⁵⁶ Koch/Rubel/Heselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 92.

⁵⁷ Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, § 17, Rn. 13.

⁵⁸ Koch/Rubel/Heselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 111.

Anm.: Aufgrund der Tatsache, dass bei Planungsermessensnormen (Finalnormen) eine Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge nicht möglich ist, spricht einiges dafür, hier nicht von „Tatbestandsergänzung“, sondern von „Normergänzung“ bzw. „Maßstabsergänzung“ zu sprechen.

⁵⁹ W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Abmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 10 S. 681 Rn. 85.

⁶⁰ Ebenda.

Über die bloße Kompensation hinaus werden durch die formelle Komponente in der Regel auch weitere, zusätzliche Informationen für die Entscheidung bereitgestellt.⁶¹ Diese zusätzlichen Informationen, die über die starke formelle Komponente gewonnen werden, sind, soweit sie abwägungserheblich sind, in die (bei Finalnormen regelmäßig notwendige) Abwägung der Interessen als zusätzliche Maßstäbe – neben den Maßstäben, die sich aus den Direktiven der Finalnorm unmittelbar ergeben – einzustellen. Die Verwaltung hat damit neben den abwägungserheblichen Maßstäben, die sich unmittelbar aus der Finalnorm ergeben (Direktiven), die zusätzlichen abwägungserheblichen Maßstäbe zu berücksichtigen, die über das Verfahren gewonnen wurden. Damit führt die Prozeduralisierung letztlich auch zu einer Maßstabsergänzung bzw. Normergänzung und damit zu einer Konkretisierung der Norm.

Durch den Rückgriff auf die Funktionsweise der Prozeduralisierung verdeutlichende Element der Maßstabsergänzung lässt sich auch der hier verwendete Begriff der Prozeduralisierung präziser fassen: Gegenstand der Prozeduralisierung ist die Bereitstellung organisations- und verfahrensrechtlicher Vorkehrungen, die dazu dienen, reduzierte materiell-rechtliche Vorgaben um zusätzliche (Entscheidungs-) Maßstäbe zu ergänzen, mit dem Ziel, darüber die Konstituierung einer rationalen Entscheidung, auch unter Ungewissheitsbedingungen, zu ermöglichen.

Das Zusammenspiel der formellen mit der materiellen Komponente lässt sich etwa an dem praktischen Beispiel des Verfahrens der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) nach dem UVP-Gesetz gut erkennen:

Die Durchführung der UVP dient dort vorrangig der Informationsgewinnung.⁶² Die UVP selbst ist systematisch in der formellen Komponente eines prozeduralen Arrangements⁶³ zu verorten.

§ 12 UVPG sieht dann vor, dass die über das UVP-Verfahren gewonnenen Informationen bei der jeweiligen Fachentscheidung (materielle Komponente des prozeduralen Arrangements) Berücksichtigung finden. Man erkennt somit den prozeduralen Ansatz der UVP-Richtlinie:

⁶¹ Dies sind die Informationen, die der Gesetzgeber nicht selbst haben kann, da sie sich erst über die „starke“ prozedurale Komponente ergeben. (Beispielsweise spezielle Betroffenheiten etc., die für den Gesetzgeber und die Behörde anders nicht erkennbar sind oder erst über das Verfahren überhaupt festgestellt werden.)

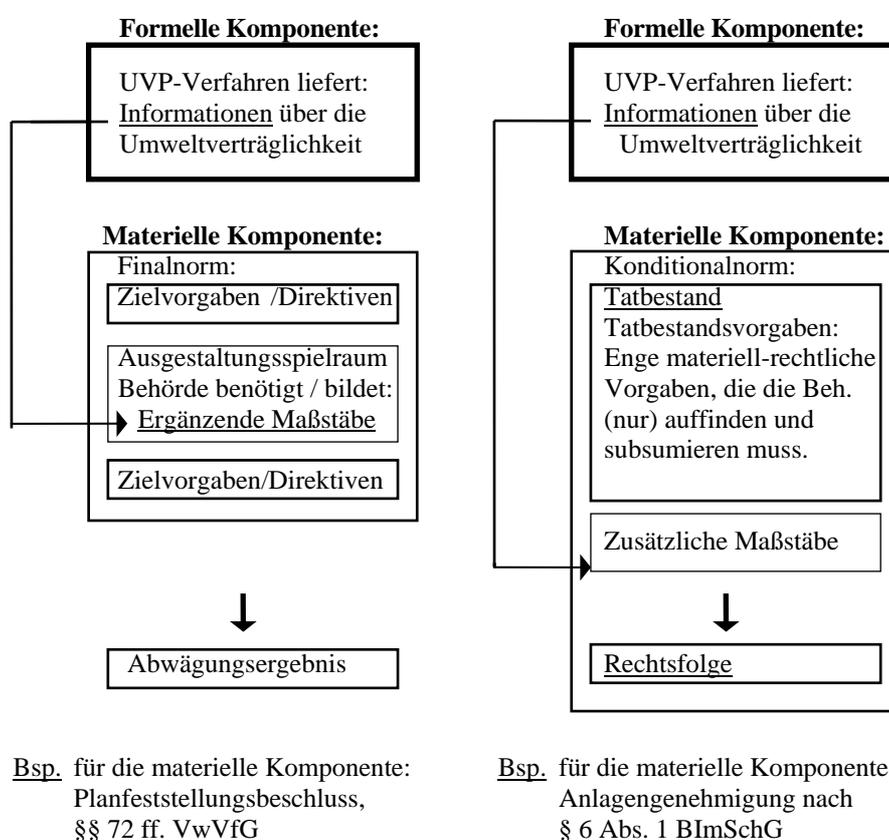
⁶² E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 86. Vgl. allgemein zu Verfahrensanforderungen in komplexen Regelungsstrukturen auch H.-H. Trute, in DVBl. 1996, S. 950 (960), der dazu feststellt: „Verwaltungsverfahren sind normativ strukturierte Vorgänge der Informationsgewinnung und -verarbeitung.“

⁶³ Dieses besteht aus der UVP als Hauptbestandteil der formellen Komponente und der materiellen Komponente, die sich aus den Vorgaben des jeweiligen Fachgesetzes ergibt.

Die (lediglich) finalen Vorgaben des jeweiligen Fachrechts sollen über die Verfahrenskomponente des UVP-Verfahrens ergänzt werden. Anhand der im UVP-Verfahren gewonnenen Informationen kann die Behörde Maßstäbe entwickeln, die die reduzierten materiell-rechtlichen Vorgaben des Fachrechts ergänzen (Maßstabsergänzung/Normergänzung). Darüber wird die Norm inhaltlich so konkretisiert, dass eine Entscheidung der Behörde im Einzelfall ermöglicht wird.

Die geschilderten Zusammenhänge lassen sich anhand der folgenden Darstellung verdeutlichen (insbesondere linke Spalte):

Abbildung 5:



Die linke Spalte der Übersicht verdeutlicht die klassische Situation eines prozeduralen Arrangements: Die reduzierte materielle Komponente enthält als Finalnorm lediglich Zielvorgaben (Direktiven). Zu ihrer Anwendung bedarf sie einer Konkretisierung. Diese erfolgt beim prozeduralen Arrangement über das Verfahren, indem die Behörde aus den dort gewonnenen Informationen ergänzende Maßstäbe bildet, die die materiellen Vorgaben dann ergänzen (Maßstabsergänzung/Normergänzung).

Da die Umweltverträglichkeitsprüfung in jedem Fall ein am Einzelfall orientiertes Ergebnis liefert, erfolgt auch die Konkretisierung einzelfallbezogen. Diese für die behördliche Einzelfall-Anwendung der Norm erforderliche Normergänzung flexibilisiert daher die fachgesetzlichen Vorgaben und ermöglicht damit eine, gegenüber Konditionalnormen, gesteigerte Sachangemessenheit im Sinne einer über die Rechtmäßigkeit hinausgehenden Richtigkeit der Entscheidung im weiteren Sinne.

Für die Sonderkonstellation, dass die materielle Komponente nicht final sondern konditional programmiert und damit in Tatbestand und Rechtsfolge gegliedert ist (rechte Spalte), ergibt sich dann allerdings weniger eine „Ergänzung“ im Sinne fehlender Maßstäbe, sondern ein zusätzlicher Maßstab zu den (aufgrund der engeren materiell-rechtlichen Vorgabe) ohnehin vorhandenen.⁶⁴

2. Zielrichtung der Prozeduralisierung des Verwaltungshandelns

Ziel des Ansatzes einer (verstärkten) Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts ist, das skizzierte Steuerungsdefizit mit rechtstechnischen Mitteln zu reduzieren bzw. in den Griff zu bekommen. Insbesondere in Rechtsgebieten, die von hoher Entwicklungsdynamik geprägt sind, ist ein zentrales Problem der Rechtssetzung der Mangel an Wissen über den Steuerungsgegenstand und über die Folgen einer Steuerung.⁶⁵ In diesen Bereichen, beispielsweise im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, vollziehen sich permanent gravierende Veränderungen, so dass eine strikte normative Begleitung der Entwicklung bestenfalls reaktiver Art sein kann.⁶⁶ Konditional programmierte Normen werden hier in aller Regel wirkungslos bleiben, da ihr materieller Gehalt schon im Zeitpunkt des Erlasses nicht die aktuellen Entwicklungen, neuen Erkenntnisse usf. enthalten kann.⁶⁷

⁶⁴ Diesen Zusammenhang könnte man andererseits für die Konstellation der UVP bei einer Anlagengenehmigung (konditionale Programmierung) so deuten, dass dann dem Verfahren lediglich wieder die dienende Funktion zukäme. So ließe sich wohl verstehen, wie das BVerwG das gänzliche Unterbleiben der UVP als bloßen Verfahrensfehler deuten kann. Siehe: BVerwGE 100, 238 (242ff.) sogar für das Unterbleiben bei Planfeststellungsbeschlüssen. Diese Auffassung ist aber abzulehnen, denn sie verkennt gerade die konstitutive Verfahrensfunktion der UVP und damit den prozeduralen Gehalt des Gesamtarrangements. Vgl. J. Ziekow, NVwZ 2005, 263 (266). Kritisch zur Sicht des BVerwG auch: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, S. 361 Rn. 149 m.w.N.

⁶⁵ I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, S. 164. Vgl. dazu auch H.-H. Trute, in DVBl. 1996, S. 950 (950).

⁶⁶ Vgl. D. Wolfram, Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, S. 45.

⁶⁷ Bei H.-H. Trute, Die Leistungsfähigkeit des Rechts, S. 1 (8), findet sich eine zutreffende Beschreibung des Problems und der daraus resultierenden Anforderungen an entsprechende Regelungen. Speziell zur Gentechnik heißt es dort: „Soll nicht die typische Situation der Technologieentwicklung entstehen, in der industriell erzeugte Probleme der Gegenwart, die auf Investitionsentscheidungen von gestern und technologischen Innovationen von vorgestern beruhen, erst morgen auf Gegenmaßnahmen treffen, die vielleicht übermorgen wirksam werden, dann muß das Recht Instrumente entwickeln, die weitsichtig genug sind, Forschungs- und Verwertungsprozesse präventiv zu steuern.“

Der Ansatz der Prozeduralisierung will dagegen durch die weitergreifende Verfahrensgestaltung u.a. mehr problemspezifisches Wissen generieren.⁶⁸ Insbesondere in dem Fall, dass die Behörde multipolare Interessen in Einklang bringen muss, schafft ein prozedurales Arrangement mehr problemspezifisches Wissen, als die Behörde aus sich selbst heraus generieren könnte. Es soll insgesamt zu einer breiteren und anpassungsfähigeren Wahrnehmung von (unterschiedlichen) Interessen, Fakten und Entwicklungen kommen. Dabei wird auch davon ausgegangen, dass sich Entscheidungen, die einem mehr kommunikativen Prozess entwachsen sind, in aller Regel einer höheren Akzeptanz sicher sein können.⁶⁹

Nicht zuletzt ist davon auszugehen, dass die Qualität der Entscheidung (Rationalität), im Rahmen aller denkbaren rechtmäßigen Alternativen, verbessert wird, da durch die Berücksichtigung besserer Informationen und ggf. pluraler Interessen der Fokus der Behörde nicht allein auf der Frage der Rechtmäßigkeit weilt.

Da beim prozeduralen Ansatz die Entscheidung inhaltlich erst generiert wird (und nicht schon exakt vorgegeben ist), kann die Entscheidung auch situativ besser auf die jeweiligen Interessen, Problemlagen und ggf. neue Entwicklungen reagieren und diese besser berücksichtigen. Prozedurales Recht führt somit eher zu einer „richtigen“ Entscheidung jenseits des Erfordernisses der Rechtmäßigkeit, als eine enge materielle Programmierung.⁷⁰

⁶⁸ Speziell für die Umweltverträglichkeitsprüfung führt E. Hagenah aus: „Die rechtlichen Ausgestaltungen machen deutlich, dass es sich bei der UVP in erster Linie um ein Institut zur Verbesserung der Informationsgrundlage der Entscheidungen handelt.“ - Dies., Prozeduraler Umweltschutz, S. 86. Die Notwendigkeit zur Informationsgewinnung und -verarbeitung ist dabei nicht auf das Umweltrecht beschränkt, sondern stellt sich bei finaler/prozeduraler Programmierung grundsätzlich. Vgl. allg. hierzu: Büdenbender/von Heinegg/Rosin, Energierecht, S. 213: „Die Anwendung [finaler Normen] stellt sich dar, als ein Prozess der Informationserhebung, Informationsverarbeitung und Entscheidung (...).“

⁶⁹ Vgl. zur Akzeptanz als Aspekt der Richtigkeit i.w.S.: W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen, Bd. I, § 10, S. 689, Rn. 101.

⁷⁰ Gemeint ist die „Richtigkeit i.w.S.“ W. Hoffmann-Riem nennt als Kriterien dafür beispielsweise: Effektivität, Akzeptabilität, Implementierbarkeit, Optimalität, Gegenwarts- und Zukunftstauglichkeit.- vgl. W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Band 9, S. 9 (28).

III. Prozedurale Wirkungsweise des Public Value Tests

Die für das Verwaltungsrecht beschriebene Situation ähnelt der des Rundfunkrechts: Es gilt auch hier eine multipolare Interessenlage⁷¹ in der Situation von Unsicherheit und Nichtlinearität (gesetzgeberisch⁷²) zu regulieren.⁷³ Wie im Verwaltungsrecht kommt in solchen Situation eine konditionale Programmierung nur bedingt in Betracht. Im deutschen Rundfunkrecht kommt mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit eine verfassungsrechtliche Restriktion hinzu, die ebenfalls einer präzisen materiellen Programmierung (des Auftrags) entgegensteht. Um in dieser Situation dennoch zu einer Konkretisierung zu gelangen, bietet sich daher (allein) der prozedurale Ansatz an: Trotz rechtlich (und faktisch) gebotener Zurückhaltung bei der materiellen Programmierung ermöglicht er, über die Stärkung der Verfahrenskomponente, eine Ergänzung der Maßstäbe der Norm und hierüber eine Konkretisierung. Wohl aufgrund dieser Vorzüge (ggü. einer mehr materiell orientierten Programmierung) setzt der Gesetzgeber (sowohl in Großbritannien⁷⁴ als auch in der Bundesrepublik⁷⁵) prozedurale Steuerungsinstrumente auch zunehmend häufiger ein.⁷⁶

Eben ein solch prozedurales Steuerungsinstrument ist auch der Public Value Test, denn die Durchführung des Verfahrens (der formellen Komponente) dient der Gewinnung der Norminhalte, um die finalen Vorgaben der materiellen Komponente (des Auftrags aus Art. 4 Royal Charter) zu ergänzen.

Um nun beurteilen zu können, inwieweit die Durchführung eines Public Value Tests zu einer Konkretisierung des Auftrags etwas beitragen kann, soll im Folgenden nun die prozedurale Wirkungsweise des Public Value Tests näher untersucht werden.

⁷¹ Vgl. K. E. Hain, Gutachten, S. 49 f. Hier stehen sich bspw. die Interessen der Rundfunkanstalten mit den Interessen der Gebührenzahler/Rezipienten, aber auch den Interessen der Privaten Rundfunkveranstalter sowie denjenigen der Internetwirtschaft (inkl. Angeboten der Presse) gegenüber.

⁷² Während sich die für das Verwaltungsrecht dargestellten Szenarien i.d.R. vorwiegend am einfachen (Fach-) Recht orientieren müssen, wird sich die rundfunkrechtliche Regulierung verstärkt an verfassungsrechtlichen Vorgaben orientieren müssen (Vgl. dazu etwa K. E. Hain, Gutachten, S. 49 ff.). So sind bei der Suche nach einem gesetzgeberischen Ausgleich der Interessen, u.a. die verfassungsrechtliche Grenze der Staatsfreiheit, insbesondere in der Ausprägung der Programmautonomie und des Verbots der Instrumentalisierung der Gebührenfestsetzung, aber auch die Funktionsfähigkeit der Kommunikationsordnung im Ganzen, zu beachten.

⁷³ M. Eifert u. H. Eicher sehen vor diesem Hintergrund den Auftrag als eine „voraussetzungsvolle Steuerungsaufgabe“ an. Vgl. dies., in: Hahn/Vesting, § 11, Rn. 5 ff.

⁷⁴ Ein Beispiel hierfür sind die sog. Selbstverpflichtungen (der BBC bzw. der bundesdeutschen) Rundfunkanstalten.

Vgl. zu den Selbstverpflichtungen der BBC: S. Reese, Funktionsauftrag, S. 274 ff.

⁷⁵ Vgl. § 11 Abs. 4 RStV. Zu dem dieser Norm zugrundeliegenden Konzept der prozeduralen Konkretisierung des Auftrags, vgl. auch M. Eifert/H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11, Rn. 72 f.

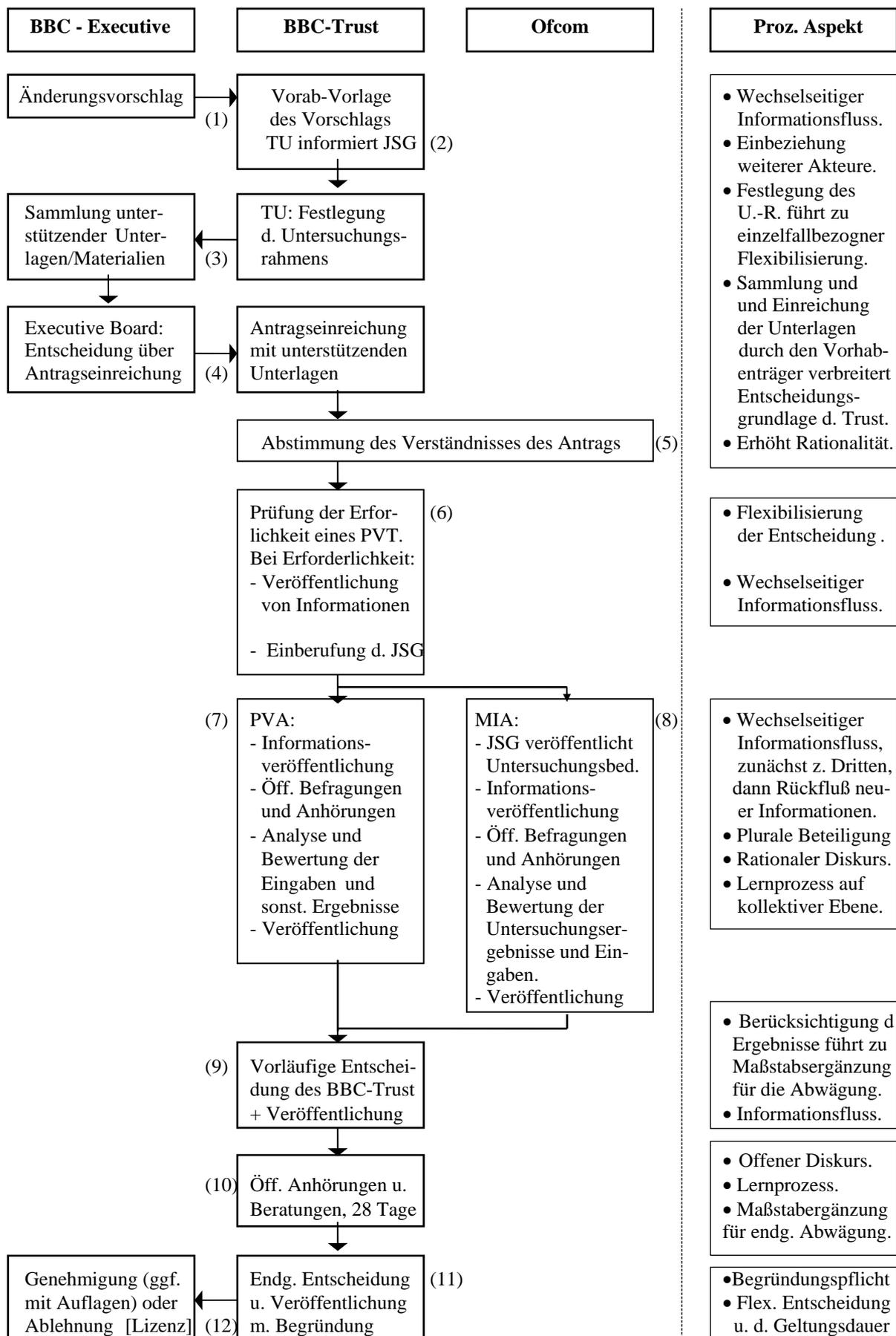
⁷⁶ Allerdings wird zu Recht kritisiert, dass der konkrete Ansatz der Selbstverpflichtungen (selbst) noch nicht den gewünschten Steuerungseffekt gebracht hat. Vgl. W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 24, der gleichwohl den prozeduralen Ansatz für „steuerungstheoretisch plausibel“ hält.

Ziel dieses Schrittes der Untersuchung ist festzustellen, ob die Durchführung des Public Value Tests zu einer Gewinnung materieller Maßstäbe (im Sinne der o.g. Definition von Prozeduralisierung) und damit letztlich zu einer Konkretisierung des öffentlichen Auftrags führen kann.

1. Prozedurale Elemente des Public Value Tests

Gegenstand dieses Abschnitts soll zunächst der Versuch einer Veranschaulichung der prozeduralen Wirkungsweise des Public Value Tests sein. Dabei ist voranzustellen, dass im Rahmen der Durchführung eines Public Value Tests nach dem oben beschriebenen Modell der BBC nicht jeder Verfahrensschritt ein „produktiver“, mithin prozeduraler, Verfahrensschritt im Sinne der o.g. Definition ist. Um die in diesem Sinne prozeduralen Verfahrensschritte von den nicht-prozeduralen besser unterscheiden zu können, ist der Ablauf des Public Value Tests noch einmal in dem nachstehenden, unter Hervorhebung der prozeduralen Aspekte präzisierten Ablauf-Diagramm dargestellt, um im Folgenden daran die prozeduralen Aspekte des jeweiligen Ablaufschritts des Testverfahrens, der im Diagramm eingeführten Nummerierung folgend, zu erörtern.

Abbildung 6: Ablauf des Public Value Tests und diesbezügliche prozedurale Aspekte



a. Die Vor-Antragsphase - Ablaufschritte (1) bis (4)

Wie bereits im Rahmen der Erläuterung des Public Value Test - Verfahrens dargestellt, geht dem eigentlichen Genehmigungsverfahren eine Vorphase voraus.⁷⁷ In diesem Stadium wird der Änderungsvorschlag der BBC-Exekutive beim BBC Trust im Rahmen einer Vorabvorlage eingereicht. Die für die Bearbeitung beim BBC Trust zuständige BBC Trust Unit informiert die Joint Steering Group und legt den Untersuchungsrahmen für die mit der späteren Antragstellung einzureichenden Belege und Nachweise fest. Nach der Festlegung des Untersuchungsrahmens beginnt die BBC-Exekutive mit der Sammlung der den Antrag unterstützenden Unterlagen und Materialien. Als letzten Schritt dieser Vorphase lässt sich einordnen, dass die BBC-Exekutive noch abschließend über die endgültige Antragseinreichung entscheidet.⁷⁸

Bereits dieser Vorphase sind maßstabergänzende und damit prozedurale Effekte beizumessen: Zunächst führt die Verpflichtung der BBC-Executive den Vorschlag überhaupt dem BBC Trust vorzulegen (1), zur Einbeziehung eines weiteren Akteurs und hierüber auch zu einem wechselseitigen Informationsfluss. Nach den genannten Definitionen⁷⁹ und unter Zugrundelegung des hier vertretenen Ansatzes zur Behandlung dieser Definitionsansätze⁸⁰, ergeben sich sowohl aus der Einbeziehung weiterer Akteure in den Entscheidungsprozess⁸¹ als auch aus dem (dafür notwendigen) wechselseitigen Informationsfluss⁸² prozedurale und damit die spätere Entscheidung (mit-) konstituierende Effekte.

Über die von der BBC Trust Unit veranlasste Information der Joint Steering Group (2) wird dieser Effekt noch verstärkt, da mit Ofcom ein weiteres, BBC-externes Organ mit in diesen Austauschprozess einbezogen wird.

Die ebenfalls von der BBC Trust Unit durchgeführte Festlegung des Untersuchungsrahmens (3) führt zu einer einzelfallbezogenen Flexibilisierung der Voraussetzungen für eine spätere Antragseinreichung, denn die Voraussetzungen für eine Antragseinreichung sind nicht schon materiell-rechtlich für eine Vielzahl von noch gar nicht absehbaren Antragskonstellationen festgelegt, sondern können von der BBC Trust Unit auf den jeweils zu erwartenden Antrag

⁷⁷ Vgl. oben Teil C. II. 3. a.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen oben Teil C. II. 3. a.

⁷⁹ Zu den Definitionsansätzen im Einzelnen siehe oben Teil D. II. 1. a.

⁸⁰ Ebenda.

⁸¹ Zum prozeduralen Aspekt der Mobilisierung und Einbeziehung weiterer Akteure in den Diskussions- und Entscheidungsprozess vgl. insb. K. Eder, Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts, S. 155 ff. (157), in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben.

⁸² Zum wechselseitigen Informationsfluss als wesentlichem Baustein prozeduralen Rechts vgl. K.H. Ladeur, Proceduralisation and its use in a post-modern legal policy, S. 53, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), Governance in the European Union sowie T. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, S. 100.

zugeschnitten werden.⁸³ Neben der Flexibilisierung an sich liegt hierin noch ein weiteres ganz wesentliches prozedurales Element: Die Festlegung des Untersuchungsrahmens führt von Anfang an zu einer zielgerichteten Informationssammlung. Damit wird schon im Vorfeld des späteren Public Value Tests dafür Sorge getragen, dass die Entscheidungsträger über die notwendigen (entscheidungserheblichen) Informationen im Zeitpunkt der Entscheidung auch verfügen. Diese Verfahrensvorkehrung erhöht damit letztlich die Rationalität der Entscheidung.⁸⁴

Es ist denkbar, dass schon nach der Festlegung des Untersuchungsrahmens, vielleicht aber auch erst nach der Auswertung der danach zu sammelnden unterstützenden Unterlagen und Materialien (4) auch der Vorhabenträger selbst, die BBC-Exekutive, zu einer veränderten Einschätzung des Vorhabens kommt. Insofern ist es möglich, dass allein diese Verfahrensvorkehrung zu einem erneuten „Überdenken“ des Vorschlags, bis hin zu einer Änderung oder Verwerfung, führt und darüber letztlich die endgültige Entscheidung, ob und wie ein neuer Service eingeführt oder geändert wird, schon hier einen möglicherweise entscheidenden Impuls bekommt.⁸⁵

Insgesamt ist somit erkennbar, dass bereits das Vorverfahren den Beteiligten (zusätzliche) Maßstäbe liefert, die ihre Entscheidung bzgl. der folgenden oder bzgl. der endgültigen Entscheidungen beeinflussen. Bereits dem Vorverfahren, als Teil des gesamten Testverfahrens, kommt somit in gewissem Umfang eine die spätere Entscheidung konstituierende Wirkung⁸⁶ zu.

⁸³ Die Festlegung des Untersuchungsrahmens ist ein Verfahrensschritt, der das Verfahren variabler gestaltet; es wird dadurch anpassungsfähiger und der Untersuchungsumfang kann zweckmäßigerweise mit Umfang und Anforderungen des geplanten Vorhabens variieren. Je komplexer die spätere Abwägung ist, desto mehr ist ein solcher Verfahrensschritt notwendiger Bestandteil eines produktiven, die Maßstabsergänzung ermöglichenden Verfahrens. Wohl aus diesem Grund findet sich mit dem sog. „scoping“ eine Festlegung des Untersuchungsrahmens bspw. auch beim prozeduralen UVP-Verfahren. Vgl. § 5 UVPG.

⁸⁴ Vgl. zur Erhöhung der Rationalität des Entscheidens als Wesenselement prozeduralen Rechts G.P. Callies, Prozedurales Recht, S. 175 ff.

⁸⁵ Man könnte annehmen, dass nur eine solche Beeinflussung des Ergebnisses dem prozeduralen Ansatz zuzurechnen ist, die zu einer unmittelbaren Beeinflussung des Letztentscheidungsträgers (im Verwaltungsverfahren also der Behörde, hier des BBC Trust) führt. Eine solche Betrachtung verkennt jedoch gerade den auch auf Selbstregulation gerichteten Ansatz der Prozeduralisierung. Besonders deutlich wird dies beispielsweise beim Öko-Audit-Verfahren, das ebenfalls als prozedurales Arrangement anerkannt ist. Vgl. zum Öko-Audit-Verfahren: J.-P. Schneider, Öko-Audit als Scharnier einer ganzheitlichen Regulierungsstrategie, in: Die Verwaltung, Bd. 28 (1995), S. 361 ff.

⁸⁶ Vgl. zur „Konstituierung von Entscheidung“ durch Verfahren als Kern prozeduralen Rechts: E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 48, 55, 202 ff.

b. Bewertung des Verfahrens ab Antragseinreichung - Schritte (5) bis (8)

Nach der Entscheidung des BBC Executive Board über die Antragseinreichung und die daraufhin erfolgte Einreichung des Antrags samt der den Antrag unterstützenden Unterlagen, erfolgt zwischen dem BBC Trust und Ofcom eine Abstimmung bzgl. des Verständnisses des Antrags (5)⁸⁷. Dies hat den Effekt, dass über diesen Schritt, bei den in den folgenden Verfahrensschritten maßgeblichen Akteuren, ein Abgleich der Basisinformationen bzgl. des Antrags und seiner Zielrichtung stattfindet.⁸⁸ Dieser Informationsabgleich stellt sicher, dass die beiden Kontrollgremien, der BBC Trust und Ofcom, den Antrag in gleicher Weise interpretieren und bei den Bewertungen von der gleichen Ausgangslage ausgehen. Die Abstimmung des Verständnisses des Antrags sichert daher die Rationalität der Entscheidung ab.⁸⁹

Die dann folgende Prüfung der Frage, ob für die beantragte Änderung des Service-Angebots ein Public Value Test erforderlich ist (6)⁹⁰, flexibilisiert die Entscheidung nach den Gegebenheiten des Einzelfalls.⁹¹ Die vorgegebenen Parameter anhand derer zu bestimmen ist, ob ein Public Value Test erforderlich ist, geben kein enges materiell-rechtliches Wenn-Dann-Korsett vor, sondern ermöglichen eine, der Vielgestaltigkeit der denkbaren Anträge geschuldete, situativ-flexible Handhabung.⁹²

Wenn, was im Folgenden vorausgesetzt wird, sich die Erforderlichkeit der Durchführung eines Public Value Tests im Rahmen der vorstehend genannten Prüfung ergibt, veröffentlicht der BBC Trust alle wesentlichen Informationen und beruft die Joint Steering Group ein.⁹³

In prozeduraler Hinsicht ist hieran bedeutsam, dass nun mit der Öffentlichkeit, und dabei insbesondere den Gebührenzahlern und den Wettbewerbern, weitere von der Maßnahme möglicherweise tangierte Akteure informiert werden. Es findet durch den Verfahrensschritt der Veröffentlichung (als prozeduraler Effekt) ein Informationsfluss zur Öffentlichkeit statt.

⁸⁷ Vgl. oben Teil C. II. 3. b.

⁸⁸ Darüber hinaus sind der BBC Trust und Ofcom über die JSG auch während des weiteren Ablaufs des PVT im ständigen Kontakt.

⁸⁹ Zumindest über die Erhöhung der Rationalität der Einzelbewertung (PVA und MIA). Vgl. zur Erhöhung der Rationalität des Entscheidens als Wesenselement prozeduralen Rechts G.P. Callies, Prozedurales Recht, S. 175 ff.

⁹⁰ Vgl. oben Teil C. II. 3. c.

⁹¹ Dieser Schritt verhindert, dass das aufwendige Verfahren des PVT auch in Fällen durchgeführt wird, denen lediglich eine marginale Änderung des Angebots (beispielsweise des Designs oder der Sendezeit eines Formats) zugrunde liegt. Ein solcher Schritt ist daher sinnvoll und im Rahmen prozeduraler Arrangements auch kein Novum. So beginnt beispielsweise die UVP mit dem sog. „screening“ - der Feststellung, ob ein geplantes Vorhaben überhaupt der UVP-Pflicht unterliegt. Vgl. dazu die §§ 3a bis 3f UVPG.

⁹² Zur Rücknahme der materiell-rechtlichen Programmierung als Voraussetzung und Bestandteil einer Prozeduralisierung des Rechts, vgl. E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 55.

⁹³ Vgl. oben Teil C. II. 3. d.

Dieser Informationsfluss wird mit den folgenden, in der Regel parallel ausgeführten, Verfahrensschritten des PVA und des MIA zu einem wechselseitigen Informationsfluss⁹⁴ erweitert:

Im Rahmen des PVA (7) finden nach einer entsprechenden Information der Beteiligten (Öffentlichkeit, Gebührenzahler, sonst. Interessenvertreter, Konkurrenten etc.) öffentliche Anhörungen, Befragungen, Untersuchungen und ähnliches statt, um Informationen und damit Grundlagen für die dann folgende Analyse und Bewertung zu haben.⁹⁵

In prozeduraler Hinsicht ist hieran bedeutsam, dass über die Einbeziehung Dritter (bzw. einer Vielzahl „Dritter“), insbesondere deren Wissen aber auch deren Erwartungen in den Entscheidungsprozess miteingeführt werden (Rückfluss von Informationen) und damit die Informationsgrundlage erheblich verbreitert wird.⁹⁶ Für alle Entscheidungen in nicht-linearen, komplexen Systemen (Situationen der Ungewissheit) mit zumeist vielen, teilweise aber auch unübersehbar vielen Parametern ist es für die Gewährleistung der Rationalität der Entscheidung unerlässlich, eine möglichst umfassende Informationsgrundlage zu haben, um überhaupt die entscheidungserheblichen Parameter in die Entscheidung einstellen zu können.⁹⁷

Diesen Erfordernissen trägt der für das PVA erforderliche *wechselseitige* Informationsfluss Rechnung. Seinen Abschluss findet das PVA dann darin, dass die gesammelten Informationen nach deren Bewertung veröffentlicht werden.⁹⁸ Hiermit fließt erneut eine wesentliche Information an die Dritten: Es handelt sich um die Ergebnisse der Sammlung aller Eingaben, Befragungen, Untersuchungen etc. und deren Bewertung durch den BBC Trust. Dieser Rückfluss an Informationen hat für die Dritten zur Folge, dass sie, über ihren eigenen im Rahmen der Eingabe bekanntgemachten Standpunkt hinaus, erkennen können, wie andere Dritte zu bestimmten Fragen stehen, welche zusätzlichen Informationen und ggf.

⁹⁴ Dazu, dass ein wechselseitiger Informationsfluss ein wesentlicher Baustein prozeduralen Rechts ist, vgl.: K.H. Ladeur, *Proceduralisation and its use in a post-modern legal policy*, S. 53, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), *Governance in the European Union* und T. Vesting, *Prozedurales Rundfunkrecht*, S. 100.

⁹⁵ Vgl. oben Teil C. II. 3. d. aa. Eine solche Betonung der Einbeziehung der Öffentlichkeit (Konzept der informierten Öffentlichkeit) findet sich auch in § 9 UVP. Zum Konzept der informierten Öffentlichkeit vgl. E. Schmidt-Aßmann in: Ders./W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Band 9, S. 429 (442).

⁹⁶ Die Verbreiterung der Informationsgrundlage ist, auch wenn dieser Aspekt in den genannten Definitionen nicht *expressis verbis* genannt wird, das wesentliche Ziel der Verfahrenskomponente eines prozeduralen Arrangements. Für das prozedurale Verfahren der UVP stellt E. Hagenah daher auch ausdrücklich fest: „Die rechtlichen Ausgestaltungen machen deutlich, dass es sich bei der UVP in erster Linie um ein Institut zur Verbesserung der Informationsgrundlage der Entscheidungen handelt.“ – Dies., *Prozeduraler Umweltschutz*, S. 86.

⁹⁷ Für den Einsatz prozeduraler Arrangements in Situationen der Unsicherheit und Nichtlinearität auch: J. De Munck/J. Lenoble, *Transformations in the art of governance*, S. 43, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), *Governance in the European Union*.

⁹⁸ Vgl. oben Teil C. II. 3. d. aa.

Rückschlüsse sich daraus unter Umständen für die eigene Position ziehen lassen und welche Bewertung das maßgebliche Entscheidungsorgan, der BBC Trust, auf der Grundlage dieser Informationen vornimmt.

Die Dritten, aber auch Ofcom, das BBC Executive Board und der BBC Trust selbst, erhalten über das PVA eine umfassende und zugleich komprimierte Bewertung aller im Hinblick auf den öffentlichen Nutzen des geplanten Services relevanten Faktoren.

Durch den Verfahrensschritt des PVA kommt es somit zu einer pluralen Beteiligung⁹⁹ und darüber zu einem rationalen Diskurs¹⁰⁰, letztlich zu einem Lernprozess auf kollektiver Ebene¹⁰¹.

Das Ergebnis des PVA ist bei der letztlichen Abwägung zwischen öffentlichem Nutzen und Markteinfluss eines der beiden abwägungserheblichen Schwergewichte. Je nachdem, welches „Gewicht“ der öffentliche Nutzen über die prozedurale Bewertung des PVA zugemessen bekommt, ergibt sich auch eine jeweils andere Voraussetzung für die Abwägung. Daher beeinflusst das Ergebnis des PVA maßgeblich die endgültige Entscheidung bzgl. der Genehmigungsfähigkeit des neuen Services. Die endgültige Entscheidung wird über den Verfahrensschritt des PVA maßgeblich (mit-) konstituiert (prozeduraler Effekt des PVA).¹⁰²

Das Gegengewicht zum Bewertungsergebnis des PVA ist das durch Ofcom (und damit BBC-extern)¹⁰³ erstellte MIA (8). Hier veröffentlicht Ofcom zunächst die relevanten Informationen über den geplanten Service und stimmt mit der JSG die Untersuchungsbedingungen ab, die Ofcom im Rahmen der vorzunehmenden Untersuchungen zu berücksichtigen hat.¹⁰⁴ Es folgen öffentliche Befragungen, Anhörungen, Untersuchungen etc. mit dem Ziel, den Markteinfluss des geplanten Services zu bewerten.¹⁰⁵ Nach der Analyse und Bewertung der Untersuchungsergebnisse und Eingaben erfolgt, wie beim PVA auch, die Veröffentlichung

⁹⁹ Zur Aufwertung der Beteiligung pluraler gesellschaftlicher Kräfte als Aspekt prozeduralen Rechts vgl. D. Wolfram, *Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts*, S. 44.

¹⁰⁰ Zum Aspekt des „rationalen Diskurses“ als Aspekt prozeduralen Rechts vgl. C. Scott, *The proceduralization of Telecommunications Law*, insb. Abschnitt 7, in: *The journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 1997 (3).

¹⁰¹ Zum prozeduralen Effekt des „Lernprozesses auf einer kollektiven Ebene“ siehe J. De Munck/J. Lenoble, *Transformations in the art of governance*, S. 43, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), *Governance in the European Union*.

¹⁰² Vgl. zum Aspekt der Konstituierung von Entscheidung über das Verfahren als wesentlichem Gegenstand prozeduralen Rechts: E. Hagenah, *Prozeduraler Umweltschutz*, S. 48, 55, 202 ff.; D. Wolfram, *Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts*, S. 44; A. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Reform Bd. 7*, S. 349 (392f.).

¹⁰³ Eine Beteiligung externer Behörden zur Verbreiterung der Informationsgrundlage findet beispielsweise auch im prozeduralen UVP-Verfahren statt: Dort holt die zuständige Behörde gemäß § 7 UVPg die Stellungnahmen aller vom Vorhaben betroffenen Behörden ein.

¹⁰⁴ Vgl. oben Teil C. II. 3. d. bb. (2).

¹⁰⁵ Vgl. oben Teil C. II. 3. d. bb. (3).

des Ergebnisses des MIA.¹⁰⁶ Aus der Strukturidentität des PVA und MIA¹⁰⁷, was den prozeduralen Ablauf angeht, resultieren letztlich auch die gleichen prozeduralen Effekte: Durch den Verfahrensschritt des MIA kommt es zu einem wechselseitigen Informationsfluss mit pluraler Beteiligung und darüber zu einem rationalen Diskurs, was letztlich, wie beim PVA, zu einem Lernprozess auf kollektiver Ebene führt.

c. Die vorläufige Entscheidung - Schritt (9)

Die Ergebnisse des PVA und des MIA stellt der BBC Trust dann in den beschriebenen Abwägungsvorgang, den Public Value Test i.e.S.¹⁰⁸, ein und trifft auf dieser Basis zunächst eine vorläufige Entscheidung, die er dann veröffentlicht. (9)¹⁰⁹

In prozeduraler Hinsicht, führt die Berücksichtigung der über das Verfahren des PVA und das Verfahren des MIA gewonnenen Ergebnisse zu einer Ergänzung der Entscheidungsmaßstäbe: Ohne die umfassenden Bewertungen des PVA und des MIA müsste der BBC Trust nämlich auf einer wesentlich „schmaleren“ Informationsgrundlage entscheiden. Durch die Einstellung der Bewertungen des PVA und des MIA in den Abwägungsvorgang (Entscheidungsvorgang) hat der BBC Trust dagegen eine Vielzahl zusätzlicher abwägungserheblicher Informationen zur Verfügung, die er selbst, dann im Lichte auch der Ergebnisse der jeweils anderen Bewertung, betrachten und gewichten kann, was unter Umständen auch über Vorrangentscheidungen o.ä. zu wiederum weiteren, zusätzlichen (ergänzenden) Maßstäben für die eigentliche Abwägung führen kann.

d. Erörterung der vorl. Entscheidung / Endgültige Entscheidung - Schritte (10) bis (11)

Mit der Veröffentlichung der vorläufigen Entscheidung des BBC Trust beginnt eine Phase von 28 Tagen, in denen erneut öffentliche Anhörungen stattfinden(9).¹¹⁰ Dieser Schritt dient dazu, ein Feedback auf die vorläufige Entscheidung zu erhalten und diesbezüglich den Dritten nochmals die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. In prozeduraler Hinsicht dient dieser Schritt daher einem erneuten wechselseitigen Informationsfluss auf neuer Informationsgrundlage, der unter pluraler Beteiligung, zu einem rationalen Diskurs und damit

¹⁰⁶ Vgl. oben Teil C. II. 3. d. bb. (5).

¹⁰⁷ Wenn hier die Strukturidentität hervorgehoben wird, so ist dennoch zu berücksichtigen, dass darüber hinaus zwischen dem MIA und dem PVA wesentliche Unterschiede bestehen: Zum einen ist der Untersuchungsgegenstand ein anderer (das MIA bewertet den Markteinfluss, das PVA den öffentlichen Nutzen) und zum anderen wird das MIA von Ofcom und damit von einem externen Akteur vorgenommen.

¹⁰⁸ Zu diesem Begriff vgl. oben Teil C. II.

¹⁰⁹ Vgl. oben Teil C. II. 2. und Teil C. II. 3. e.

¹¹⁰ Vgl. oben Teil C. II. 3. e.

zu einem Lernprozess auf kollektiver Ebene, bezogen auf den nunmehrigen Stand des Verfahrens bzw. den Stand der Entscheidung, führt. Aufgrund des Rückflusses von Informationen über diesen Verfahrensschritt, werden die Maßstäbe für die endgültige Entscheidung erneut ergänzt.¹¹¹

Die auf dieser Basis ergehende endgültige Entscheidung ist sodann zu veröffentlichen und mit einer Begründung zu versehen.¹¹² Die Begründungspflicht¹¹³ dient (in prozeduraler Hinsicht) der Nachvollziehbarkeit im Hinblick auf die Einhaltung der Verfahrensschritte, die Einstellung, Gewichtung und angemessene Berücksichtigung der abwägungserheblichen Belange in der Abwägung und damit in der letztendlichen Entscheidung.

e. Die Erteilung bzw. Versagung der Genehmigung - Schritt (12)

Nachdem der BBC Trust eine endgültige Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit getroffen hat, teilt er die Entscheidung dem BBC Executive Board mit.¹¹⁴

Hierbei ist neben einer bloßen Genehmigung oder Ablehnung auch eine Genehmigung mit Auflagen denkbar.¹¹⁵ Durch das Lizenzsystem des britischen Rundfunkrechts, nach dem der BBC Trust für alle Services und somit auch für einen neuen genehmigten Service eine Lizenz vergibt, die zeitlich befristet ist¹¹⁶, ergibt sich in prozeduraler Hinsicht auch die geforderte Flexibilisierung der Geltungsdauer der Entscheidung.¹¹⁷

2. Konkretisierende Wirkung des Public Value Tests

Anhand der vier in Großbritannien bereits durchgeführten Public Value Test - Verfahren lässt sich die vorstehend in der Theorie erläuterte prozedurale Wirkungsweise auch in der Praxis nachvollziehen. Im Einzelnen handelt sich dabei um die Public Value Tests zum i-player, zum

¹¹¹ Möglicherweise ergeben sich nach Veröffentlichung der vorläufigen Entscheidung u.U. auch aufgrund der vorläufigen Entscheidung neue Faktoren und Erkenntnisse, die über diesen Verfahrensschritt in das Verfahren eingeführt werden und dann die endgültige Entscheidung noch beeinflussen und verändern können.

¹¹² Vgl. oben Teil C. II. 3. e.

¹¹³ Zum prozeduralen Aspekt der Begründungspflicht vgl. auch K. Eder, Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts, S. 155 ff. (156), in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben.

¹¹⁴ Vgl. oben Teil C. II. 3. e.

¹¹⁵ Ebenda.

¹¹⁶ Vgl. zum System der Lizenzen: BBC Trust: „BBC Service Licences: Operating Framework“. Die Geltungsdauer ist auf die Laufzeit der Charter begrenzt. Vgl. dort, S. 14, Nummer 4.1. Ein Beispiel für eine Service Licence bietet das Dokument: BBC Trust, bbc.co.uk; vgl. dort auch zum „BBC i-player“: Annex 2.

¹¹⁷ Zur zeitlichen Begrenzung der Bindungswirkung prozeduraler Entscheidungen vgl. K.H. Ladeur, Proceduralisation and its use in a post-modern legal policy, S. 53, in: De Schutter/Lebessis/Paterson (Hrsg.), Governance in the European Union; T. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, S. 100; D. Wolfram, Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, S. 44.

High Definition Television (HDTV), zum Gaelic Digital Service (GDS)¹¹⁸ sowie zum Local Video - Angebot.

Die Verfahren sind in allen Fällen nach dem oben erläuterten Verfahren abgelaufen, wobei es nur in Einzelfällen geringfügige Abweichungen gab.¹¹⁹ Diese Abweichungen beruhen auf Umständen des Einzelfalls und auf der über die mehrfache Durchführung des Verfahrens gesammelten Erfahrung.

Die durchlaufenen Verfahrensschritte (zu den jeweiligen Verfahren) sind vollständig auf der Website des BBC Trust dokumentiert. So kann man dort die Anträge zum jeweiligen Projekt¹²⁰, die Ergebnisse des Public Value Assessments¹²¹, des Market Impact Assessments¹²², die vorläufige Entscheidung¹²³, die endgültige Entscheidung¹²⁴ sowie auch Ergebnisse einzelner Untersuchungen abrufen.

Eine Auswertung dieser Publikationen ergibt, dass in allen vier Fällen letztlich eine Abweichung vom Antrag stattgefunden hat. Es erfolgte zwar in drei Fällen eine Genehmigung

¹¹⁸ Vgl. dazu auch H.G. Bauer / A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (9).

¹¹⁹ So wurde beispielsweise im Verfahren bzgl. des i-players eine Frist verlängert.

¹²⁰ Eine Beschreibung des jeweiligen Vorschlags bzw. der Antrag findet sich für

- den i-player in: BBC, Description of the BBC's new on-demand proposals;
- das HDTV-Projekt in: BBC, BBC Management's PVT application for a High Definition Television channel;
- den GDS in: BBC Trust/Ofcom, Public Value Test on a proposed BBC/GMS Gaelic digital service;
- das Local Video-Projekt in: BBC Trust/Ofcom, Local Video - Description of the service.

All diese Dokumente und auch die in den folgenden Fußnoten genannten Dokumente sind online verfügbar. Die Nachweise der jeweiligen links finden sich im Literaturverzeichnis.

¹²¹ Die Veröffentlichungen des PVA finden sich für

- den i-player in: BBC Trust: Public Value Assessment: BBC On-demand Service proposal;
- das HDTV-Projekt in: BBC Trust, Public Value Assessment: BBC HDTV Proposal;
- den GDS in: BBC Trust, Gaelic Digital Service: Public Value Assessment;
- das Local Video-Projekt: BBC Trust, Local Video: Public Value Assessment.

¹²² Die Veröffentlichungen des MIA finden sich für

- den i-player in: Ofcom, BBC new on-demand proposals Market Impact Assessment;
- das HDTV-Projekt in: Ofcom, Market Impact Assessment of the BBC's High Definition Television Proposals;
- den GDS in: Ofcom, Market Impact Assessment of the BBC/Gaelic Media Service Gaelic Digital Service;
- das Local Video-Projekt in: Ofcom, Market Impact Assessment of the BBC's Local Video Service.

¹²³ Die Veröffentlichungen der vorläufigen Entscheidung des BBC Trust finden sich für

- den i-player in: BBC Trust: BBC on-demand proposals: Public Value Test provisional conclusions and public consultation;
- das HDTV-Projekt in: BBC Trust, BBC high definition television channel: Public Value Test provisional conclusions;
- den GDS in: BBC Trust, Gaelic Digital Service: Public Value Test provisional conclusions;
- das Local Video-Projekt in: BBC Trust, Local Video: Public Value Test provisional conclusion.

¹²⁴ Die Veröffentlichungen der endgültigen Entscheidungen finden sich für

- den i-player in: BBC Trust, BBC on-demand proposals: Public Value Test final conclusions;
- das HDTV-Projekt in: BBC Trust, BBC high definition television channel: Public Value Test final conclusions;
- den GDS in: BBC Trust, Gaelic Digital Service: Public Value Test final conclusions;
- Local Video in: BBC Trust, Local Video: Public Value Test final conclusions.

des Services, aber jeweils unter Auflagen, die inhaltliche Änderungen des Services gegenüber der beantragten Version vorgeben.¹²⁵ So wurde beispielsweise im Falle des i-players, der Vorschlag des BBC Managements (der im Rahmen des i-players vorsah, Musik-Downloads, die nicht durch digital rights management geschützt sind, vollumfänglich zuzulassen) dahingehend verändert, dass nicht alle Arten von non-digital rights management Titeln heruntergeladen werden dürfen: Ausdrücklich ausgenommen in der Genehmigung wurden Hörbücher und klassische Musik, da der BBC Trust im Rahmen des Public Value Tests bzgl. dieser Produkte nicht zu der Überzeugung kam, dass der potentielle Markteinfluss, der durch die Möglichkeit, diese Produkte über den i-player herunterzuladen, durch den dadurch kreierte öffentlichen Nutzen gerechtfertigt ist.¹²⁶

In der jüngsten Entscheidung des BBC Trust (zum Local Video-Projekt) wurde erstmals ein Antrag gänzlich abgelehnt, da der zu erwartenden Markteinfluss des Angebots nicht durch den öffentlichen Nutzen des Projekts gerechtfertigt sei.¹²⁷

Die Abweichungen der Gesamtentscheidung von den Anträgen basieren insb. auf den über das Verfahren generierten zusätzlichen Informationen. Dabei können Impulse für Veränderungen der Entscheidung auf allen Ebenen des Gesamtverfahrens (hier des Public Value Tests) entstehen. So wird bspw. im Rahmen des Public Value Assessments auch danach gefragt, ob eine Veränderung des Services den öffentlichen Nutzen vergrößern kann.¹²⁸ Im HDTV-Verfahren ergab eine diesbezügliche Umfrage, dass sich ein größerer öffentlicher Nutzen ergeben würde, wenn nicht, wie vorgeschlagen, nur BBC-1-Sendungen über HDTV ausgestrahlt würden, sondern auch Sendungen anderer BBC-Programme.¹²⁹

¹²⁵ Dies ergibt sich für

- den i-player aus der endgültigen Entscheidung des BBC Trust, BBC on-demand proposals: Public Value Test final conclusions", Ziffer 4., S. 20 f.;
- das HDTV-Projekt aus BBC Trust, BBC High definition television channel: Public Value Test final conclusions, Ziffern 4.1 und 4.4, S. 20 f.;
- den GDS aus der endgültigen Entscheidung sowie deren Begründung, BBC Trust, Gaelic Digital Service: Public Value Test final conclusions, Ziffer 9.5, S. 33 f.

¹²⁶ Vgl. dazu die Pressemitteilung des BBC Trust: „BBC Trust reaches provisional conclusions on BBC on-demand proposals“, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/news/press_releases/31_01_2007.html sowie die endgültigen Entscheidung des BBC Trust, BBC on-demand proposals: Public Value Test final conclusions, Ziffer 2., S. 7. Dort finden sich auch weitere Beispiele für Abweichungen vom Vorschlag.

¹²⁷ BBC Trust, Local Video: Public Value Test final conclusions, S. 25, Ziffer 5.1. (Satz 2): „Applying the Clause 26(6) test in the Framework Agreement, the Trust is not satisfied that any likely adverse market impact is justified by the likely public value of the proposal.“

¹²⁸ Vgl. oben Teil C. II. 3. d. aa.

¹²⁹ Vgl. H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK 49/2007, S. 3 (7), die auch darauf hinweisen, dass solche Verbesserungsvorschläge als Empfehlungen oder Bedingungen in die Entscheidung des BBC Trust mit einfließen. Dies deckt sich mit der hier vertretenen Ansicht der produktiven, maßstabergänzenden Funktion des Public Value Test-Verfahrens. Zu den unterschiedlichen Verfahrensfunktionen, insbesondere zur produktiven Funktion des Verfahrens vgl. W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E.Schmidt-Aßmann/A.Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 10, S. 688, Rn. 100.

Nimmt man die Ergebnisse der bereits absolvierten Public Value Tests und deren (jeweils vom Antrag abweichende) Entwicklung über die einzelnen Verfahrensschritte in den Blick, dann zeigt sich deutlich, dass es *über das Verfahren* (insb. über die dabei gewonnenen Informationen) jeweils zu einer Entwicklung von Entscheidungs-Maßstäben gekommen ist, die sich dann auf die (inhaltliche) Entscheidung des BBC Trust ausgewirkt und diese (in vom Antrag abweichender Weise) konstituiert haben.

Dies entspricht der beschriebenen (die Entscheidung konstituierenden) Wirkung prozeduraler Arrangements. Resümierend lässt sich daher in Bezug auf die prozedurale Wirkungsweise des Public Value Tests festhalten: Die Durchführung des Public Value Test - Verfahrens ermöglicht die Gewinnung von zusätzlichen (Entscheidungs-) Maßstäben, die die vorhandenen materiellen (Ziel-)Vorgaben, ergänzen. Die zusätzlichen, im Verfahren gewonnenen Maßstäbe sind bei der Entscheidung, ob ein (geplanter) Service bzw. eine Änderung vom Auftrag gedeckt sind, zu berücksichtigen. Auf diesem Wege führt die Ergänzung der (Entscheidungs-) Maßstäbe zu einer Konkretisierung des Auftrags der BBC.¹³⁰ Dieses (theoretische) Ergebnis wird durch das Ergebnis der Analyse der real durchgeführten Public Value Tests (auch praktisch) gestützt.

¹³⁰ Die zusätzlichen, über das Verfahren generierten Maßstäbe, ergänzen (und konkretisieren dadurch) den in Art. 4 Royal Charter nur (final) anhand von Zielwerten vorgegebenen Auftrag der BBC.

E. Anforderungen an das deutsche Verfahren zur Auftragskonkretisierung

I. Zum Begriff “Drei-Stufen-Test”

Im Gegensatz zum britischen Rundfunkrecht, wo der Anlass für die Einführung des Public Value Tests im Wesentlichen die Diskussion um die Zukunft der BBC vor dem Hintergrund der seinerzeit anstehenden Charter Review war, ist die Einführung eines Prüfverfahrens für bestimmte neue oder geänderte Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in Deutschland vorwiegend durch das Europarecht motiviert und findet seinen Grund in erster Linie darin, dass die Europäische Kommission das bereits erwähnte Beihilfverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, vor dem Hintergrund der deutschen Zusagen, eingestellt hat: Die Bundesrepublik hatte nach der im Juli 2006 erzielten Einigung im Dezember 2006 der Kommission eine förmliche Zusage gegeben, die geltende Finanzierungsregelung zu ändern¹, woraufhin die Europäische Kommission in ihrem sog. Artikel 19-Brief vom 24. April 2007 erklärt hat, dass sie das Verfahren gegen die Bundesrepublik im Hinblick auf die “vereinbarten zweckdienlichen Maßnahmen” einstellt.² Die Bundesrepublik ist danach verpflichtet, die erteilten Zusagen innerhalb von zwei Jahren nach Erscheinen der Kommissionsentscheidung (des Art. 19-Briefes) umzusetzen.³ Die Einigung mit der Kommission sieht die Einführung eines dreistufigen Testverfahrens für neue oder wesentlich veränderte Digital- bzw. Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Sender vor.⁴ Wegen der Dreistufigkeit der Prüfung⁵ wird es gemeinhin als sog. Drei-Stufen-Test bezeichnet.⁶ In der aktuellen Diskussion werden die drei Stufen des Drei-Stufen-Tests allerdings nicht einheitlich den gleichen Prüfschritten zugeordnet. Während das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF), die Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen

¹ Vgl. die Mitteilung der Bundesregierung vom 28. Dezember 2006 - Staatliche Beihilfen E 3/2005 (ex-CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004), Anpassung des Finanzierungssystems des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland - Zusammenfassung der vorgeschlagenen Maßnahmen, abgedruckt in: FK (6) 2007, S. 28ff.

² Vgl. die Mitteilung der EU-Kommission an die Bundesrepublik Deutschland über die Einstellung des Beihilfverfahrens vom 24.04.2007, Az.: K (2007) 1761 endg., Staatliche Beihilfe E 3/2005, Rn. (4) und Rn. (398), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf.

³ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (399); K. E. Hain, Gutachten, S. 17 f.

⁴ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328ff.).

⁵ Vgl. zu den Prüfungskriterien oben: Teil B. III. 3. a. bb.

⁶ Vgl. etwa ZDF, Beschluss des Fernseh Rates vom 07.12.2007, Seite 1; H.G. Bauer/ A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (10); W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 1 ff; Dieses Verfahren ist nicht zu verwechseln mit dem dreistufigen Verfahren nach dem die Rundfunkgebühr in der Bundesrepublik festgesetzt wird. Vgl. dazu grundlegend BVerfGE 60,90,60 (60ff.) sowie Degenhart, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 811, 811a (113. Aktualisierung, September 2004).

Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) und bestimmte Teile der Literatur die drei Stufen in den oben unter Teil B. III. 3. a. bb. dargestellten Prüfkriterien erblicken⁷, stellen H. G. Bauer/A. Bienefeld die drei Stufen in einen weiteren Kontext: Danach beginnt der Drei-Stufen-Test auf der ersten Stufe mit der Erstellung eines Angebotskonzepts durch den Intendanten, dessen Veröffentlichung und der Sammlung von Stellungnahmen.⁸ Der zweiten Stufe rechnen Bauer/Bienefeld die unter Teil B. III. 3. a. bb. dargestellten Prüfschritte samt der Erörterung und Entscheidung durch das Gremium (Fernsehrat) zu.⁹ Die dritte Stufe sehen sie dann in der Vorlage der Entscheidung bei der Rechtsaufsicht.¹⁰

Der vom ZDF, der ARD und Teilen der Literatur vertretene begrifflich enge Ansatz zieht seine Berechtigung daraus, dass er sich zwanglos aus dem Wortlaut und der Zusammenstellung in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 24.04.2007 ergibt.¹¹ Allerdings können, dies muss man der Zuordnung von H. G. Bauer/A. Bienefeld zugute halten, diese drei Prüfungsstufen nicht isoliert "im luftleeren Raum" durchgeführt werden. Es bedarf beispielsweise eines Angebotsvorschlags der jeweiligen Anstalt, um daran die Prüfung vorzunehmen und auch einer Entscheidung über den Vorschlag durch einen mit entsprechender Kompetenz versehenen Entscheidungsträger. Zudem beinhalten die drei Stufen (alleine) keine Aussage darüber, was mit dem Ergebnis dieser Prüfung weiter zu erfolgen hat. Bzgl. der abschließenden Entscheidung des Gremiums sieht der Beihilfe-Kompromiss der Europäischen Kommission vom 24.04.2007 aber vor, dass sie der Rechtsaufsicht zur Überprüfung vorzulegen ist.¹² Es wird ersichtlich, dass begrifflich zu unterscheiden ist, zwischen den drei Prüfkriterien, wie sie unter Teil B. III. 3. a. bb. dargestellt sind und dem durchzuführenden (Gesamt-) Verfahren.

Um diesbezüglichen Missverständnissen vorzubeugen, wird im Folgenden zwischen dem Drei-Stufen-Test im engeren Sinn (i.e.S.) und dem Drei-Stufen-Test im weiteren Sinn (i.w.S.) unterschieden.¹³ Der erstgenannte Begriff bezieht sich im Folgenden auf die Prüfung der oben

⁷ Vgl. etwa ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 1ff.; Schreiben der ARD-Geschäftsführung an den Vorsitzenden der Rundfunkkommission vom 6. Dezember 2007, S. 1ff.; W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 1 ff.

⁸ H.G. Bauer/ A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (10).

⁹ H.G. Bauer/ A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (10f.).

¹⁰ H.G. Bauer/ A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (11). Wieder anders G. Gounalakis/C. Wege, in: NJW 2008, S. 800 (802), die aber auch als dritte Stufe die Prüfung durch die Länder ansehen.

¹¹ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328).

¹² Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (327).

¹³ Diese Unterscheidung erfolgt in Anlehnung an die bereits oben eingeführte Unterscheidung zwischen dem Public Value Test (i.w.S.) und dem Public Value Test (i.e.S.).

in Teil B. III. 3. a. bb. genannten Prüfkriterien (1) bis (3), während unter Letzterem hier die Durchführung des Gesamtverfahrens verstanden wird.¹⁴

Aufbau und Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests (i.w.S.) gehen dabei in ihren Wurzeln auf das Public Value Test-Verfahren der BBC zurück¹⁵, weshalb häufig auch das deutsche Modell als Public Value Test bezeichnet wird.¹⁶ Dies ist insofern ungenau, als dass die in der Entscheidung der Kommission genannten Begrifflichkeiten sich erheblich von denen des britischen Public Value Tests unterscheiden. Daher wird im Folgenden zwischen diesen Begriffen differenziert und nur das britische Testverfahren als Public Value Test bezeichnet, während alle nachfolgend dargestellten deutschen Ansätze zur Einführung eines Prüfverfahrens unter dem Sammelbegriff Drei-Stufen-Test (i.w.S.) zusammengefasst werden.¹⁷

II. Zur Übertragbarkeit der Regeln des PVT auf Deutschland

Ergebnis der Betrachtungen zum Public Value Test war, dass das Modell des britischen Public Value Tests eine maßstabergänzende und damit auftragskonkretisierende Kapazität besitzt.¹⁸ Mithin hat der britische Public Value Test (nach seiner bzw. über seine Durchführung) gerade zum Ergebnis, was als Lösungsansatz hinsichtlich der eingangs skizzierten Probleme für die Bundesrepublik gefordert wird: Eine Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Da der Public Value Test sich als auftragskonkretisierendes Modell für Großbritannien bewährt hat, liegt es nahe zu fragen, ob dieses Modell nicht in gleicher Form¹⁹ auf Deutschland übertragen werden kann.

Für die Einführung des Drei-Stufen-Tests in Deutschland sind zum einen die Anforderungen aus dem Beihilfe-Kompromiss und zum anderen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Rundfunkrechts²⁰ maßgeblich, so dass sie auch für die Beantwortung

¹⁴ Sofern im Folgenden allein vom "Drei-Stufen-Test", also ohne Zusatz, die Rede ist, so beziehen sich die Ausführungen auf das Gesamtverfahren.

¹⁵ H.G. Bauer/ A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (3); K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886).

¹⁶ Vgl. etwa V. Bensinger/K. Sokoll, Die EU-Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 11.

¹⁷ Für eine präzise begriffliche Unterscheidung auch: H.G. Stockinger, in: FK (19/20) 2008, S. 3 (7). Der VPRT bezeichnet allerdings seinen Vorschlag für ein deutsches Verfahren bewusst als Public Value Test. Gleichwohl wird dieser Vorschlag hier als ein Vorschlag zur Einführung eines deutschen Testverfahrens und damit als Vorschlag zur Einführung eines Drei-Stufen-Tests i.w.S. angesehen.

¹⁸ Siehe oben Teil D. III. 2.

¹⁹ Gemeint ist hier zunächst eine nahezu identische "1:1"-Übertragung.

²⁰ Zu den europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Einführung des Tests in der Bundesrepublik vgl. oben Teil B. Zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit sogleich Teil E. II.

der Frage, ob die Regeln des Public Value Tests “1:1” auf Deutschland übertragen werden können, heranzuziehen sind.

Bezüglich der Anforderungen aus dem Beihilfe-Kompromiss ist zunächst festzustellen, dass dem Kompromiss der, von der EU-Kommission angenommene, Vorschlag der Bundesrepublik zugrundeliegt, der wiederum auf der Grundlage der Rechtsauffassung der Länder erstellt wurde.²¹ Da sich die Europäische Kommission im Beihilfe-Kompromiss ausdrücklich auf den Vorschlag der Bundesrepublik zur Einführung des Testverfahrens beruft²², ist der Beihilfe-Kompromiss (auch) im Lichte der Rechtsauffassung der Bundesrepublik respektive der Länder zu betrachten.

Gleichwohl ist bei der Umsetzung des Kompromisses auch die (hinter dem Kompromiss stehende) Rechtsauffassung der EU-Kommission im Blick zu halten, um nicht durch die innerstaatliche Umsetzung in einer Weise (von deren Interpretation des Beihilfe-Kompromisses) abzuweichen, die zu einer Wiederaufnahme des Beihilfe-Verfahrens führt.²³ Diese Grenze des staatsvertraglich “Machbaren” scheint dort zu liegen, wo (aus der Sicht der Europäischen Kommission) eine hinreichende Konkretisierung des Auftrags durch die Bundesrepublik gewährleistet wird.²⁴ Wenn im Beihilfe-Kompromiss dafür ein Testverfahren vorgeschlagen und von der Europäischen Kommission anerkannt wird, so wird es dem Anspruch der Kommission erst dann genügen, wenn es auch eine (hinreichende) Auftragskonkretisierung bewirkt.²⁵

²¹ Zu der Rechtsauffassung der Länder siehe die Zusammenfassung der Europäischen Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (78) ff. sowie (322) ff. Sie deckt sich in verfassungsrechtlicher Sicht weitestgehend mit den Vorgaben und Grundannahmen des Bundesverfassungsgerichts. Gleichwohl haben nicht alle Länder die gleichen Interessen und drängen teilweise selbst auf eine Auftragskonkretisierung bzw. Begrenzung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Dennoch ist ihnen das Interesse gemein, selbst ihre rundfunkrechtliche Kompetenz ggü. der EU-Kommission zu verteidigen. Insofern kam den Ländern eine ambivalente Position im Hinblick auf den “Streitgegenstand” im Beihilfe-Verfahren zu.

²² Europäischen Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (324).

²³ Zu dieser Möglichkeit siehe Art. 19 Abs. 1 Satz 2 Beihilfe-Verfahrensordnung und Art. 88 EG. Vgl. dazu aus der Literatur auch: D. Krausnick, in: ZUM 11/2007, S. 806 (814); A. Hesse, in: AfP 2005, S. 499 (501); K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886) Fn. 14.

²⁴ Vgl. hierzu auch: M. Eifert/H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11 Rn. 19 a.E.; K. E. Hain, Gutachten, S. 17.

²⁵ Zwar lässt sich das Maß der Konkretheit der Auftragsdefinition aus dem Beihilfe-Kompromiss nicht unmittelbar ableiten. Wenn aber A. Roßnagel, Die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Medien (und seine Beauftragung und Kontrolle), S. 2 m.w.N., mit Blick auf die europarechtlichen Anforderungen ausführt “[Die Mitgliedsstaaten] dürfen einerseits den öffentlich-rechtlichen Auftrag “breit” fassen. Andererseits müssen sie ihn so präzise wie möglich definieren.” dann erweckt dies u.U. einen falschen Eindruck: Es besteht nämlich insofern kein Widerspruch, denn die “so präzise wie möglich” vorzunehmende Definition bezieht sich nur auf den Bereich der Telemedien und der Digitalangebote (vgl. nur Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn (247) ff.). Für diese Bereiche ist nach den dortigen Ausführungen der Kommission davon auszugehen, dass sie eine ganz erhebliche Konkretisierung/Präzisierung von Art und Umfang der entsprechenden Tätigkeiten (über das Verfahren) erwartet. Vgl. dazu bspw. A. Antoniadis (Mitarbeiterin GD Wettbewerb), Konsequenzen, S. 3: “hinreichend konkret”. Diesen Erwartungen muss das Verfahren daher gerecht werden (können). Es muss eine hinreichende Konkretisierung mit anderen Worten erzielen (können).

Dabei verlangt der Beihilfe-Kompromiss aber gerade nicht, dass genau das gleiche Verfahren eingeführt wird, wie in Großbritannien. Vielmehr wurde der Vorschlag Deutschlands bzgl. der Einführung eines abweichenden Modells (namentlich des Drei-Stufen-Tests) angenommen.²⁶ Im Rahmen des vereinbarten Drei-Stufen-Tests wird dabei, im Gegensatz zum PVT, dem ökonomischen Wettbewerb nicht der “public value” des neuen Angebots gegenübergestellt, sondern auf dessen “Beitrag zum publizistischen Wettbewerb” abgestellt, wobei der Markteinfluß hierbei nur einer von mehreren Abwägungsaspekten ist.²⁷ Zwischen beiden Verfahrensmodellen bestehen somit, nicht nur aufgrund unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Vorgaben, sondern schon aufgrund der Regelungen des Beihilfe-Kompromisses (selbst), gewichtige Unterschiede, die eine schlichte 1:1-Übertragung der Regeln des PVT bei der Einführung eines Verfahrens zur Auftragskonkretisierung in Deutschland verbieten.²⁸

III. Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung des Testverfahrens in der BRD

Wenn feststeht, dass eine 1:1-Übertragung des PVT nicht in Betracht kommt, stellt sich die Frage, welche Anforderungen an ein deutsches Verfahren konkret bestehen, damit es den Anforderungen des Beihilfe-Kompromisses und den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird.

1. Anforderungen an die Ausgestaltung aus dem Beihilfe-Kompromiss

Im Hinblick auf den Beihilfe-Kompromiss wurde bereits festgestellt, dass die zentrale Anforderung an das einzuführende Testverfahren ist, dass das Verfahren eine hinreichend auftragskonkretisierende Wirkung hat.²⁹

Dem Beihilfe-Kompromiss sind als nähere Anforderungen an das Verfahren insbesondere die “drei Stufen” zu entnehmen.³⁰ Darüber hinaus enthält der Beihilfe-Kompromiss weitere, zusätzliche Anforderungen, die entweder ergänzend dem Ziel der Auftragskonkretisierung dienen sollen oder aber weitere Fragen im Rahmen der Testdurchführung betreffen.³¹

²⁶ Vgl. R. Meyer, epd medien (29) 2008, S. 3 (3).

²⁷ Vgl. D. Dörr, in epd medien (34/35) 2008, S. 3 (4); R. Meyer, in: epd medien (29) 2008, S. 3 (3). Näher dazu unten Teil H. IV. 1. e. cc. (2).

²⁸ Dies schließt freilich nicht aus, dass die Verfahrensgestaltung (in bestimmter Hinsicht) gleichwohl sehr ähnlich sein kann bzw. auch sein sollte. Vgl. näher zu verfassungsrechtlichen Aspekten der Verfahrensgestaltung Teil H.V.

²⁹ Nur auf dieser Grundlage war der Beihilfe-Kompromiss möglich. Vgl. soeben schon Teil E. I.

³⁰ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328).

³¹ Vgl. oben die strukturierte Zusammenstellung der Anforderungen des Beihilfe-Kompromisses, Teil B. III. 3.

Bzgl. der Umsetzung vieler Aspekte, die für eine Ein- und Durchführung des Drei-Stufen-Tests wesentlich sind, enthält der Beihilfe-Kompromiss jedoch lediglich Rahmen- oder Ziel-Vorgaben, die vom Rundfunkgesetzgeber auszufüllen³² oder zu delegieren³³ sind. Auch ist dem Beihilfe-Kompromiss selbst nicht direkt zu entnehmen, wie die Gewichtung der abwägungserheblichen Belange vorzunehmen ist.³⁴

Damit bildet der Beihilfe-Kompromiss lediglich ein rechtliches Gerüst für die Einführung des Testverfahrens, das aus sich heraus noch keinen funktionsfähigen Test darstellt. Die daher erforderliche weitere Ausgestaltung oblag damit den Ländern, die sich dabei am Verfassungsrecht der Bundesrepublik zu orientieren hatten.³⁵

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung

Während es in Großbritannien keine geschriebene Verfassung gibt und das öffentlich-rechtliche Rundfunkrecht und damit auch der PVT lediglich über einen (schlichten) Regierungsakt legitimiert ist³⁶, ist die Rundfunkfreiheit in der Bundesrepublik ein im Grundgesetz verbürgtes Grundrecht. Verfahren, wie der Drei-Stufen-Test, die sich auf eine Konkretisierung des Auftrags beziehen, müssen bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Testverfahrens, wie auch bei dessen konkreter Durchführung, die der Rundfunkfreiheit innewohnenden verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten.³⁷

a. Schaffung einer positiven Ordnung / Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit

Über die klassische grundrechtliche Abwehrkomponente hinaus hat das Bundesverfassungsgericht der Rundfunkfreiheit in ständiger Rechtsprechung eine objektiv-rechtliche Dimension beigemessen und geht auf dieser Grundlage davon aus, dass der Rundfunkfreiheit eine der freien Meinungsbildung dienende Funktion zukommt.³⁸

Das Bundesverfassungsgericht folgert auf dieser Grundlage, dass das Grundrecht der Rundfunkfreiheit diese dienende Funktion nicht aus sich heraus sicherstellen bzw.

³² Vgl. zur Ausfüllung der Spielräume: D. Dörr, in *epd medien* (34/35) 2008, S. 3 (3).

³³ Der Beihilfe-Kompromiss trifft hinsichtlich verschiedener Fragen keine Aussage darüber, ob für die jeweiligen Anforderungen eine staatsvertragliche Regelung erforderlich ist oder ob diese Entscheidung von den Anstalten etc. getroffen werden soll und daher vom Rundfunkgesetzgeber zu delegieren wäre.

³⁴ Vgl. dazu Teil H. IV. 1. e.

³⁵ So auch D. Dörr, in *epd medien* (34/35) 2008, S. 3 (3).

³⁶ Siehe oben Teil C. I. Vgl. auch H.G. Stockinger, in: *FK* (19/20) 2008, S. 3 (7).

³⁷ Vgl. zur Anbindung der einfachgesetzlichen Auftragskonkretisierung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben schon oben Teil B. I. 1. und 2.

³⁸ BVerfGE 57, 295 (319); 83,238 (295f.); 87, 181 (197); 90, 60 (87).

gewährleisten könne.³⁹ Vielmehr sei dazu die Schaffung einer “positiven Ordnung”, durch die Rundfunkfreiheit absichernde (einfachrechtliche) Gesetze, erforderlich.⁴⁰ Als Konsequenz dieser Ansicht kommt dem Gesetzgeber damit die Aufgabe zu, die Funktion der Rundfunkfreiheit durch die Schaffung materieller, organisatorischer und prozeduraler Regelungen sicherzustellen.⁴¹ Danach hat der Gesetzgeber in der Bundesrepublik einen verfassungsrechtlichen Auftrag zu erfüllen⁴²: Er muss die Rundfunkfreiheit durch den Erlass einfacher Gesetze so gestalten, dass sie ihre dienende Funktion auch tatsächlich erfüllen kann. Gesetze, die diesen Zweck verfolgen, werden ganz überwiegend als Ausgestaltungsgesetze bzw. Ausgestaltungen bezeichnet.⁴³

b. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Ausgestaltungen

Der Ausgestaltung eines Grundrechts mittels eines Gesetzes steht nach dieser Ansicht der Eingriff in ein Grundrecht durch ein Gesetz gegenüber.⁴⁴ Es handelt sich danach um zwei wesensmäßig unterschiedliche⁴⁵ und daher auch in der Handhabung zu unterscheidende Arten gesetzlicher Regelungen. Beide Arten gesetzlicher Regelung unterliegen dabei grundrechtlicher Bindung.⁴⁶ Während die Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit eines eingreifenden Gesetzes, soweit ersichtlich, als vollständig konsentiert anzusehen sind⁴⁷, sind die Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit eines ausgestaltenden Gesetzes stark umstritten.⁴⁸

³⁹ BVerfGE 12, 205 (262); 90, 60 (88).

⁴⁰ BVerfGE 57, 295 (320); 83, 238 (296); 90, 60, 88. Zum Begriff der “positiven Ordnung” vgl. K.-H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 107 f. Rn. 69.

⁴¹ BVerfGE 57, 295 (320); 83, 238 (296); 90, 60, 88.

⁴² W. Hoffmann-Riem, AK-GG, Art. 5, Rn. 175 stellt hierzu fest: “Der Auftrag zur Grundrechtsausgestaltung findet in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 im Wortlaut eine besondere Verankerung (“...wird gewährleistet”). Adressat dieser Gewährleistung ist der Staat (...).” Dies trifft soweit zu, sagt allerdings alleine nichts über die Erforderlichkeit einer Ausgestaltung (gerade der Rundfunkfreiheit) aus, denn bei der Pressefreiheit ist eine solche - trotz identischen Wortlauts - ja gerade nicht erforderlich.

⁴³ Vgl. etwa BVerfGE 57, 295 (319); 74, 297 (334); aus der Lit. bspw.: R. Alexy, Theorie, S. 300; C. Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 58; H. Jarass, AöR 120 (1995); 345 (367ff.). K.H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 127, Rn. 140 ff.; W. Hoffmann-Riem, AK-GG, Art. 5, Rn. 175 ff. Vgl. zu abweichenden Terminologien: M. Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 14f.

⁴⁴ C. Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 104; überwiegend wird dabei das Verhältnis von Ausgestaltung und Eingriff als exklusiv angesehen. Vgl. hierzu: K.H. Ladeur/T.Gostomzyk, in: JUS 2002, 1145 (1147); H. Bethge, DVBl. 1983, 369 (376f.); J. Ipsen, JZ 1997, 473 (479); T. Vesting, Grundrechtspluralismus, S. 16; kritisch zum Ganzen etwa: H. H. Klein, VVDStRL 57 (1998), S. 114 (114f.) m.w.N.

⁴⁵ K.H. Ladeur/T.Gostomzyk, in: JUS 2002, 1145 (1146).

⁴⁶ P. Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen, S. 36f.; H. Bethge, Verfassungsrechtliche Problematik, S. 19f.; E. Böckenförde/J. Wieland, AfP 1982, 77 (81ff.); S. Ruck, AöR 117 (1992), 543 (549); E. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (25) m.w.N.

⁴⁷ Vgl. etwa: BVerfGE 27, 344 (352); 65, 1 (54); 70, 278 (286); sowie zur Herleitung beispielsweise: J. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, S. 217ff.

⁴⁸ Vgl. hierzu: M. Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 287ff., m.w.N. sowie K. E. Hain, Gutachten, S. 49 ff.

Während etwa die Anhänger einer subjektiv-rechtlichen Prägung der Rundfunkfreiheit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch hier zur Anwendung bringen wollen⁴⁹, konstatiert das Bundesverfassungsgericht und mit ihm die wohl überwiegende Literatur, als Folge ihrer objektiv-rechtlich geprägten Interpretation der Rundfunkfreiheit⁵⁰, dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung grundsätzlich einen weiteren Gestaltungsspielraum.⁵¹ Der von dieser Ansicht angenommene weite Gestaltungsspielraum wird, soweit besteht im Rahmen dieser Ansicht wohl noch Einigkeit, zunächst durch die spezifischen grundrechtlichen Anforderungen der Rundfunkfreiheit begrenzt, namentlich durch die Gebote der Staatsfreiheit und der Meinungsvielfalt.⁵² Hinsichtlich der Frage, welche weiteren Anforderungen an ein ausgestaltendes Gesetz zu stellen sind, scheint in dieser Ansicht weitgehend auch noch Einigkeit darüber zu bestehen, dass der Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung “verhältnismäßige” Maßnahmen zu treffen hat. Mit der Inbezugnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden, im Gegensatz zur Eingriffskonstellation, allerdings unterschiedliche Vorstellungen verbunden⁵³: Während zuweilen auf weitere Anforderungen an das ausgestaltende Gesetz weitgehend verzichtet wird⁵⁴, wird von der überwiegenden Ansicht auf abgewandelte Teilaspekte der Verhältnismäßigkeit abgestellt⁵⁵ und/oder ein durch das Untermaßverbot begrenzter Korridor rechtmäßigen Verhaltens angenommen.⁵⁶

c. Abgrenzung / Einordnung des Drei-Stufen-Tests

Soweit man mit der herrschenden Meinung an Eingriffe (Schrankengesetze) und Ausgestaltungen für deren jeweilige verfassungsmäßige Rechtfertigung unterschiedliche

⁴⁹ Vgl. zu dieser Ansicht etwa: K. Hain, Rundfunkfreiheit, S. 85f.; H. H. Klein, Rundfunkfreiheit, S. 62ff.; C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Band I, Art. 5 Rn. 119 (m.w.N.) sowie Rn. 217; C.E. Eberle, Rundfunkübertragung, S. 41f.

⁵⁰ Zur Dominanz der objektiv-rechtlichen Dimension s. K.-H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 107, Rn. 68.

⁵¹ BVerfGE 57, 295 (321); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 107ff.; Ders., in: AK-GG, Art. 5, Rn. 175; H. Rossen, Freie Meinungsbildung, S. 313 ff.; M. Burgi, ZG 9 (1994), S. 341 (343); S. Ruck, AöR 117 (1992), S. 543 (549f.); T. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, S. 235.

⁵² Vgl. etwa K.H. Ladeur/T. Gostomzyk, in: JuS 2002, 1145 (1146).

⁵³ Insoweit wird von M. Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 332 m.w.N. darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit diesbezüglich um ein “Begriffschamäleon” handle, dem jeder zustimmen könne, unter dem aber jeder etwas anderes verstehe. Vgl. hierzu auch K. E. Hain, Gutachten, S. 50 ff. J. Hellermann, Freiheitsrechte, S. 106 misst dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezüglich der Ausgestaltung wiederum keinerlei Bedeutung zu.

⁵⁴ BVerfGE 30, 173 (199), unter Verweis auf das Willkürverbot.

⁵⁵ Vgl. hierzu C. Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 97f.; P. Lerche, HdbStR V, § 122 Rn. 17f.; J. Isensee, HdbStR V, § 115 Rn. 13; instruktiv hierzu: K.H. Ladeur/T. Gostomzyk, in: JuS 2002, 1145 (1152);

⁵⁶ Vgl. hierzu K.H. Ladeur/T. Gostomzyk, in: JuS 2002, 1145 (1152); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 107ff.; T. Held, Online Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 37. D. Jarass verlangt, dass die Regelungen “ausreichend wirksam” sind. Vgl. ders. in Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 46. Auf dogmatisch motivierte Binnendifferenzierungen innerhalb dieser Ansichtengruppe kann in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden.

Anforderungen anlegt, bedarf es einer Abgrenzung zwischen Eingriffen und Ausgestaltungen. Für diese Abgrenzung wird überwiegend empfohlen, nach dem Zweck des Gesetzes zu differenzieren⁵⁷: Gesetze, die dem Schutz eines mit der Rundfunkfreiheit kollidierenden Grundrechts oder eines sonstigen, verfassungsrechtlich zulässigen Rechtsguts dienen, sind danach als Eingriffe anzusehen⁵⁸, während Gesetze die sicherstellen sollen, dass der Rundfunk gegenüber dem Prozess öffentlicher Meinungsbildung seiner Gewährleistungsfunktion nachkommen kann, Ausgestaltungen darstellen.⁵⁹

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, in welche der Kategorien der Drei-Stufen-Test einzuordnen ist. Mit Blick auf die Vorgaben des Beihilfe-Kompromisses für die staatsvertragliche (mithin einfachgesetzliche) Einführung eines Testverfahrens in der Bundesrepublik wird ersichtlich, dass die Durchführung des Verfahrens auch zu der Berücksichtigung anderer Interessen, als der Sicherung der freien Meinungsbildung führt und auch führen soll. Im Testverfahren berücksichtigt werden zum einen, über die Berücksichtigung der möglichen Marktauswirkungen⁶⁰, die Interessen der Privaten Rundfunkveranstalter und Onlinedienste-Anbieter, zum anderen, über die Frage nach den Kosten des Angebots⁶¹, auch die Interessen der Gebührenzahler.

Diese Interessen sind allesamt Rechtsgütern zuzuordnen, die außerhalb der Rundfunkfreiheit liegen. Wäre ihr Schutz alleiniger bzw. vorrangiger Zweck der staatsvertraglichen Einführung des Testverfahrens, müsste man die diesbezüglich vorgenommenen Regelungen als Eingriffe in die Rundfunkfreiheit einordnen. Dies vernachlässigte jedoch den eigentlichen Zweck des Beihilfe-Kompromisses: Die Durchführung des Testverfahrens soll vorrangig zu einer Konkretisierung des Auftrags, mithin zu einer präziseren Aufgabenbestimmung, der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Bereich der Online-Angebote führen.⁶² Damit dienen die diesbezüglich im RStV erlassenen Normen einer funktionsgerechten, "positiven Ordnung" der Rundfunkfreiheit.⁶³ Daher sind die zur Ein- und Durchführung des Testverfahrens erlassenen Regelungen als Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit anzusehen.⁶⁴

⁵⁷ Vgl. die Darstellung bei K. E. Hain, Gutachten, S. 47.

⁵⁸ BVerfGE 74, 297 (334); U. Mager, Einrichtungsgarantien, S. 263.

⁵⁹ BVerfGE 57, 295 (321); 73, 118 (166); 74, 297 (334); Vgl. aus d. Lit. etwa: K.H. Ladeur/T. Gostomzyk, in: JuS 2002, 1145 (1151); U. Mager, Einrichtungsgarantien, S. 262f.; S. Ruck, in AöR 117 (1992), S. 543 (552).

⁶⁰ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328).

⁶¹ Ebenda.

⁶² Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (327)ff.

⁶³ Zum hierbei zugrunde gelegten weiten Verständnis des Schutzbereichs d. Rundfunkfreiheit vgl. Teil A. Fn. 4.

⁶⁴ Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung zum 12. RÄndStV, S. 7 f. unter Verweis auf d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Aus der Literatur: W. Schulz, Der Pogrammauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 28; Ders. in: epd medien (9) 2008, S. 3 (6).

d. Zur Weite des Ausgestaltungsspielraums

Wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügt, so wird die Weite des Ausgestaltungsspielraums bezüglich der Rundfunkfreiheit grundsätzlich lediglich wie folgt begrenzt: Das ausgestaltende Gesetz ist erst dann verfassungswidrig, wenn es zur Erreichung der Ziele der Rundfunkfreiheit entweder ungeeignet ist oder kommunikative Interessen untermäßig berücksichtigt werden.⁶⁵ Dem Gesetzgeber steht so gesehen ein Entscheidungskorridor zur Verfügung⁶⁶, innerhalb dessen der Gesetzgeber grundsätzlich in seiner Entscheidung frei ist. Hierbei soll es nach dieser Ansicht das Ziel des Gesetzgebers sein, die Ausgestaltung im Hinblick auf die widerstreitenden Interessen zu optimieren.⁶⁷

Gegen das Gebot einer Optimierung wendet sich namentlich M. Gellermann, der anmerkt, dass der breite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, im Falle einer Verpflichtung auf die Optimallösung, "gänzlich aufgesogen" werden würde.⁶⁸ Überdies sei im Rahmen der Optimierung zwar die Herstellung praktischer Konkordanz geboten, verfassungsgerichtlich aber nur in begrenztem Maße kontrollierbar.⁶⁹ In dem nicht justitiablen Auftrag zur Herstellung praktischer Konkordanz könne daher nicht mehr liegen, als ein programmatischer Appell, der in jeder Hinsicht verzichtbar sei.⁷⁰ Der Aspekt der praktischen Konkordanz sei daher zurückhaltender zu bestimmen: Mit ihm könne sich nicht die Festlegung des Gesetzgebers auf eine bestimmte Lösung, sondern "nur das Gebot eines angemessenen und in diesem Sinne verhältnismäßigen Ausgleichs" verbinden.⁷¹

Auf der Grundlage dieser Annahmen entwickelte M. Gellermann jüngst eine eigene Konzeption bzgl. der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ausgestaltungsgesetze.⁷² Ausgangspunkt dieser Konzeption ist die Einordnung der Ausgestaltungsgesetze als Abwägungsentscheidungen.⁷³

⁶⁵ Vgl. W. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5 Rn. 158; K.H. Ladeur/T.Gostomzyk, in: JuS 2002, 1145 (1152); K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 317ff.; T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 37; W. Schulz, Der Pogrammauftrag als Prozess seiner Begründung, S.28.

⁶⁶ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 107ff.

⁶⁷ Vgl. etwa: K.H. Ladeur/T.Gostomzyk, in: JuS 2002, 1145 (1152); T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 37; ähnlich: M. Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 272; W. Schulz, Der Pogrammauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 29 in Bezug auf den Nachvollzug der Ausgestaltung durch die Anstalten beim Drei-Stufen-Test.

⁶⁸ M. Gellermann, Grundrecht im einfach-gesetzlichen Gewande, S. 359f.

⁶⁹ M. Gellermann, Grundrecht im einfach-gesetzlichen Gewande, S. 360 unter Verweis auf K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 73.

⁷⁰ M. Gellermann, Grundrecht im einfach-gesetzlichen Gewande, S. 360.

⁷¹ Ebenda.

⁷² Vgl. hierzu M. Gellermann, Grundrecht im einfach-gesetzlichen Gewande, S. 360 ff.

⁷³ Zu dieser Einschätzung kommt auch M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 657.

In Anlehnung an die Anforderungen, die im Verwaltungsrecht für Abwägungsentscheidungen gelten⁷⁴, sind die von M. Gellermann entwickelten Anforderungen an den Erlass der Ausgestaltungsgesetze methodischer Art und setzen an dem Prozess der Gesetzesfindung an. Er sieht dabei die Aufgabe des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung von Gesetzen darin, einen ordnungsgemäßen Abwägungsprozess (bzgl. aller einschlägigen Belange) durchzuführen, an dessen Ende eine “abgewogene” Entscheidung stehen müsse.⁷⁵ Hierzu sei grundlegende Bedingung zunächst eine Ermittlung aller abwägungserheblichen Belange, der sich eine nähere Bestimmung der Bedeutung und des Gewichts der als abwägungserheblich identifizierten Belange anschließe, auf deren Basis dann die eigentliche Abwägung vorzunehmen sei.⁷⁶ Diese gesetzgeberische Abwägungsentscheidung überschreite nach der Ansicht Gellermanns den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers erst dann, “wenn sie in einer Weise getroffen wird, die zur objektiven Bedeutung und zum objektiven Gewicht einzelner abwägungserheblicher Gesichtspunkte außer Verhältnis steht.”⁷⁷

Gegen diesen Ansatz wendet sich namentlich M. Cornils: Gellermanns Annahme, sein (prozeduralisiertes) Abwägungsmodell müsse ohne die Forderung nach praktischer Konkordanz (also der Optimierung der miteinander widerstreitenden Interessen) gedacht werden, überzeuge nicht.⁷⁸ Es sei nicht einzusehen, “warum der Gesetzgeber zwar verpflichtet sein soll, alle Belange zu ermitteln, zu berücksichtigen und sogar zu “gewichten”, dann aber frei sein soll, dem minder gewichtigen Belang den Vorzug vor dem schwerer wiegenden Belang zu geben.”⁷⁹

Darüber hinaus wendet sich M. Cornils auch gegen die “Übersetzung des Abwägungsmodells in eine real verstandene Abwägungsprozedur”.⁸⁰ Die auf die Kontrolle von Parlamentsgesetzen angewandte Ermessensfehlerlehre setze an die Stelle eines fiktiven Abwägungsdiskurses, in dem die verfassungsrechtliche Vertretbarkeit des Gesetzes geprüft wird, das reale Verfahren der Gesetzgebung. Die verfassungsrechtliche Bindung ziele danach auf die “Person” des Gesetzgebers und das von ihr beobachtete Verhalten. Statt der objektiven Verfassungsbindung des Gesetzgebers würden, ohne grundgesetzlichen Anhalt, personale

⁷⁴ Vgl. zur Abwägungskontrolle im Planungsrecht: BVerwGE 34, 301 (309); 45, 309 (314 f.); 48, 56 (63 f.) und aus der Literatur etwa: W. Brohm, Öffentliches Baurecht, § 13 Rn. 22; Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn.134 f. m.w.N.; Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, § 17, Rn. 14; Schwarz, in: HK-VerwR, § 114 VwGO Rn. 78 ff.

⁷⁵ M. Gellermann, Grundrecht im einfach-gesetzlichen Gewande, S. 352.

⁷⁶ Ebenda.

⁷⁷ M. Gellermann, Grundrecht im einfach-gesetzlichen Gewande, S. 363.

⁷⁸ M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 658, dort: Fn. 89.

⁷⁹ Ebenda.

⁸⁰ M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 659.

Verhaltenspflichten konstruiert.⁸¹ Für die Überprüfbarkeit dieser Verhaltenspflichten bedürfte es dann auch umfassender Begründungspflichten, obwohl aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ein gegenteiliger Schluss gezogen werden müsse.⁸² Verzichte man auf die Begründungspflichten, so könne doch wieder nur aus dem objektiven Abwägungsergebnis auf die Einhaltung der aufgestellten Anforderungen geschlossen werden.⁸³ Im Übrigen führt M. Cornils an, dass dann, wenn man von einer umfassenden grundrechtlichen Bindung des Gesetzgebungsverfahrens “im Sinne eines auf erschöpfenden Diskurs und vollständige Transparenz angelegten Ergebnisfindungsverfahrens” ausgehen würde, “so wäre das gerade im Bereich der Ausgestaltungsgesetze mit den für diese charakteristischen weiten verfassungsrechtlichen Ermessensspielräumen eine ganz gravierende Inpflichtnahme des politischen Prozesses.”⁸⁴

Der Kritik Cornils ist zunächst insoweit zuzustimmen, als dass sich eine umfassende Begründungspflicht des Gesetzgebers jedenfalls nicht auf das Grundgesetz stützen⁸⁵ lässt. Sie widerspräche auch den praktischen Anforderungen an die ohnehin langwierige gesetzgeberische Entscheidungsfindung. Intensiver Diskurs und angemessene Transparenz sind (als qualitätssichernde Merkmale) auch im Rahmen der gesetzgeberischen Entscheidungsfindung durch die Parlamente (i.d.R.⁸⁶) sichergestellt, so dass es (i.d.R.) keiner umfassenden Begründung mehr bedarf.⁸⁷ Überdies kann es nicht sein, dass der Gesetzgeber im Rahmen hochkomplexer Abwägungsprozesse⁸⁸ gezwungen ist, zu jedem Gesetz eine kontrollfeste Begründung zu erstellen.⁸⁹ Dies wäre praktisch undurchführbar: Es würde den Gesetzgebungsprozess ins Unerträgliche verlängern bzw. gänzlich unmöglich machen.⁹⁰

⁸¹ M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 659.

⁸² M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 659 unter Verweis auf U. Kischel, Begründung, S. 293, 304, 309.

⁸³ M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 659.

⁸⁴ Ebenda.

⁸⁵ Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt gerade keine Begründung des Gesetzgebers und “begnügt” sich stattdessen mit dem Zitiergebot. Vgl. zur grundsätzlich geltenden Begründungsfreiheit des Gesetzgebers M. Eifert, in: MP 12/2007, S. 602 (603) m.w.N.

⁸⁶ Vgl. allg. dazu etwa D. Grimm, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 9 (18f.), der diesbezüglich aber kritisch in Bezug auf “ausgehandelte Gesetzesinhalte” ist.

⁸⁷ Begründungspflichten nimmt das Bundesverfassungsgericht dagegen nur in besonderen Situationen an, wie etwa im Gebührenfestsetzungsverfahren bei Abweichungen des Gesetzgebers vom Vorschlag der KEF. Siehe hierzu jüngst: Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 155 ff.. Aus der Literatur siehe hierzu etwa: M. Eifert, in: MP 12/2007, S. 602 (603); T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 38 f.; W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 28 f.

⁸⁸ Klarzustellen ist, dass, unabhängig davon, ob man nun dem Ansatz von Gellermann oder dem der h.M. folgt, in jedem Fall eine Abwägung zwischen den ggf. multipolaren, widerstreitenden Interessen vorzunehmen ist.

⁸⁹ Dies verlangt selbst bei Eingriffsgesetzen niemand.

⁹⁰ Aus diesem Grund gibt es im Baurecht auch eine spezielle Fehlerlehre, die das jeweilige Gesetz (Bauplan) nicht gleich bei kleinsten Fehlern nichtig sein lässt. Sog. Grundsätze des Planerhalts, §§ 214 f. BauGB.

Über diese Bedenken hinaus ist auch nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber, bei Ermittlung und Gewichtung aller abwägungserheblichen Belange⁹¹, von seiner Beurteilung abweichen soll bzw. abweichen können sollte, um dann (doch) nur eine suboptimale Lösung zu suchen⁹²: Verfügt der Gesetzgeber über “besseres” Wissen dazu, wie konfligierende grundrechtliche Belange für alle Beteiligten in optimierender Weise ausgeglichen werden können und lässt er dieses Wissen bewusst bei der Entscheidung unberücksichtigt, so verfolgt er keinen legitimen Zweck und handelt damit (auch bei Ausgestaltungsgesetzen) nach beiden Ansichten⁹³ verfassungswidrig. Aus eben diesem Grund überzeugt die Kritik M. Cornils in diesem Punkt letztlich auch nicht ganz, denn es trifft damit - auch nach dem Ansatz von Gellermann - gerade nicht zu, dass der Gesetzgeber einem minder gewichtigen Belang *überhaupt* den Vorzug geben dürfte.⁹⁴ Der Unterschied zwischen den beiden Ansätzen liegt in etwas Anderem: M. Gellermann verlangt vom Gesetzgeber im Rahmen des gesamten Abwägungsprozesses die *Ermittlung aller* abwägungserheblichen Belange.

Verlangte man dies vom Gesetzgeber, so hieße das, dass er in der für Ausgestaltungsgesetze typischen Situation, nämlich eine (u.U. vielschichtige) multipolare Interessenlage auszugleichen, verpflichtet wäre, selber zu gewährleisten, dass er *alle* abwägungserheblichen Belange auch tatsächlich ermittelt. Ob dies *dem Gesetzgeber*, in der typischen Situation von Ausgestaltungsgesetzen, überhaupt (oder zumindest mit vertretbarem Aufwand) möglich ist, erscheint fraglich. Hinzu kommt das Problem der Folgenabschätzung im Rahmen der Gewichtung der Belange. Bzgl. beider Punkte stellt sich die Realität für den Gesetzgeber so dar, dass meist gerade nicht eine vollständige Informationsbasis vorliegt und vor allem nur eine vage Einschätzung dazu vorgenommen werden kann, wie sich die ausgestaltende Maßnahme auswirkt. Eben aus diesem Grund werden dem Gesetzgeber von der h.M. auch ein weiter Gestaltungsspielraum nebst Einschätzungsprärogative zugestanden. Der weite Gestaltungsspielraum rechtfertigt sich daher (allein) aus praktischen Erwägungen.⁹⁵

⁹¹ Unabhängig davon, ob dies dem Gesetzgeber nun aufzuerlegen ist (M. Gellermann) oder ob er diese Kenntnisse anderweitig erlangt hat.

⁹² So aber die Kritik von M. Cornils.

⁹³ Im Rahmen einer Abwägung nach M. Gellermann wäre dies jedenfalls mindestens ein (danach verfassungswidriger) Abwägungsfehlgebrauch und ggf. auch ein Abwägungsdisproporz.

⁹⁴ Darin läge ja gerade ein unzulässiger Abwägungsfehlgebrauch.

⁹⁵ Vgl. hierzu auch M. Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesengehaltgarantie, S. 86. Mayer geht davon aus, dass die “Grundrechtsinterpretation stärker als die Auslegung von einfachrechtlichen Normen von tatsächlicher Unsicherheit geprägt (..) ist. Diese Unsicherheit (..) ist von erheblicher Bedeutung für die Rolle des Gesetzgebers im Prozess der Verfassungskonkretisierung und damit auch für die Bestimmung der Reichweite der ihm zustehenden Gestaltungsspielräume (..).”

Die Ansätze liegen aber gar nicht so weit auseinander, wie es zunächst scheint, denn bei Vorliegen aller abwägungserheblichen Belange drängt auch eine Abwägung in gewisser Weise auf eine Optimierung der vorfindlichen Belange. Jedenfalls kann es weder nach dem Modell von M. Gellermann, noch nach der h.M., zulässig sein, ermittelte höhergewichtige Belange ggü. mindergewichtigen (ohne andere gewichtige Gründe dafür) zurücktreten zu lassen.

Es handelt sich letztlich in beiden Fällen um eine Abwägung. Und es ist gerade das Wesen der Abwägung, dass sie dem jeweiligen "Entscheidungsträger" ganz bewusst einen Spielraum belässt, um die Optimierung auf der Grundlage *seiner* Einschätzung (von der optimalen Lösung) vorzunehmen. Dies ist nichts anderes als eine (regelmäßig nicht justitiable) Zweckmäßigkeitserwägung. In beiden Fällen liegt daher bei der jeweils vorzunehmenden Abwägung eine Einschätzungsprärogative nebst eingeschränkter gerichtlicher Überprüfbarkeit, mithin ein Gestaltungsspielraum vor. Bei der Optimierungsfrage handelt es sich dabei um ein vom Entscheidungsträger im Rahmen der Ausübung des Gestaltungsspielraums anzustrebendes Ziel, dessen konkrete Umsetzung wiederum in beiden Fällen nicht kontrollierbar ist. Die Unterschiede der Ansätze liegen daher weniger in der Behandlung des Gestaltungsspielraums selbst, als in der von M. Gellermann verlangten Ermittlung aller Belange nebst der zu einer Kontrolle erforderlichen Begründung.

Es bleibt der Ansicht Gellermanns zuzugestehen, dass es sich bei dem Optimierungsgebot (mangels verfassungsgerichtlicher und auch tatsächlicher Überprüfbarkeit) lediglich um ein Handlungsgebot nicht justitierbarer Art handelt. Daher entfaltet der Optimierungsgedanke zumindest keine kontrollfähige und damit keine die gesetzgeberische Ausgestaltungstätigkeit effektiv beschränkende Bindungswirkung. Auch wenn der Ansatz Gellermanns diese möglicherweise in Einzelfällen prozedural stärker einzugrenzen vermag, so muss ihm doch entscheidend entgegengehalten werden, dass es - wie dargelegt - schlicht nicht praktikabel wäre, für jede gesetzgeberische Ausgestaltungsentscheidung eine umfassende, lückenlose Ermittlung aller Belange durchzuführen und die Entscheidung umfassend zu begründen.⁹⁶

⁹⁶ Eine so verstandene Abwägung bedarf (wie auch von Gellermann gefordert) der Erhebung *aller* abwägungserheblichen Belange. Andernfalls könnte auch nicht sinnvoll überprüft werden, ob ein Disproporz vorliegt. In dieser Kontrollmöglichkeit läge im Übrigen gerade der Gewinn des Modells von Gellermann. Erlaubt die jeweilige Problematik aber eine vollumfängliche Ermittlung nicht, so bedarf es im gesetzgeberischen Verfahren, wie von der h.M. gefordert, einer Einschätzungsprärogative. Im Verwaltungsrecht wird es dagegen, wegen der ggü. dem Gesetzgebungsverfahren häufig weniger ausgeprägten Komplexität und der einfacher gelagerten Folgenabschätzbarkeit, häufiger möglich sein, die abwägungserheblichen Belange (annähernd) vollständig zu ermitteln.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass dem Abwägungsmodell insofern mit (im Ergebnis durchgreifenden, praktischen) Bedenken zu begegnen ist, als dass es als Anforderungsprofil für die Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischer Ausgestaltung herangezogen wird. Insofern vorzugswürdig ist der Ansatz der h.M., wobei der Gegenansicht zu konstatieren ist, dass neben den skizzierten Anforderungen an Ausgestaltungsgesetze (Legitimer Zweck⁹⁷, Geeignetheit, Beachtung des Untermaßverbots) dem Optimierungsgebot zumindest keine *Kontroll-Funktion* zukommt.⁹⁸ Gleichwohl sollte es die Handlungen des ausgestaltenden Gesetzgebers leiten⁹⁹, es ist insofern, anders als Gellermann meint, *als Anforderung* nicht verzichtbar.¹⁰⁰

⁹⁷ Dieses Kriterium wird von der h.M. i.d.R. nicht ausdrücklich aufgeführt. Ebenso wird es im Rahmen der Eingriffsprüfung zumeist in der Aufzählung weggelassen und sich auf die Kriterien Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) konzentriert. Gleichwohl soll es hier, der Deutlichkeit halber, eigenständig erwähnt werden. (Ausdrücklich in Bezug auf Ausgestaltungen genannt ist das Kriterium auch bei K. E. Hain, Gutachten, S. 49.)

⁹⁸ Wenn damit der Ansatz des Abwägungsmodells (bzgl. der Verfassungsmäßigkeit von Ausgestaltungsgesetzen) hier verworfen wird, so ist doch festzuhalten, dass sich die durchgreifende Kritik allein auf die Anwendung auf die *gesetzgeberische* Ausgestaltung und deren Kontrolle konzentriert, nicht auf den Bereich des Ausgestaltungsnachvollzugs. Zu diesem Begriff siehe W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 29, sowie nachstehenden Fußnote 103.

⁹⁹ Nach hiesigem Verständnis spricht einiges dafür, dass - ganz im Sinne einer praktischen Konkordanz (vgl. hierzu nur K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 317ff.) - das gesetzgeberische Bemühen grundsätzlich das Ziel einer Optimierung, auch bei der Ausgestaltung, vor Augen haben sollte. In Anbetracht der Tatsache aber, dass der Gesetzgeber, insbesondere bei Ausgestaltungen (etwa im Hinblick auf die Ausgestaltung des Drei-Stufen-Test-Verfahrens), regelmäßig vor hochkomplexen Entscheidungssituationen steht, ohne selbst über das nötige Regulierungswissen zu verfügen, unterliegt er hierbei in der Regel schon faktischen Restriktionen. Vgl. hierzu M. Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesengehaltgarantie, S. 86.

¹⁰⁰ Dass das Kriterium gerichtlich auf seine Einhaltung nicht kontrollierbar ist, ändert nichts daran, dass dessen Einhaltung an sich erstrebenswert ist. Nichts anderes gilt für den die gesetzliche Ausgestaltung konkretisierenden Bereich des Ausgestaltungsnachvollzugs (durch die Gremien oder einen externen Entscheidungsträger). Dazu sogleich im Text.

e. Besonderheiten des Drei-Stufen-Tests

Im Hinblick auf die Ein- und Durchführung des Drei-Stufen-Tests ergibt sich die Besonderheit, dass die ausgestaltende staatsvertragliche Regelung zur Einführung des Drei-Stufen-Tests nicht selbst (gesetzlich) den endgültigen Ausgleich der widerstreitenden Interessen vornimmt, sondern die abwägende letztendliche Entscheidung über das Testverfahren an einen Entscheidungsträger außerhalb des Gesetzgebers (Gremium) delegiert wird.¹⁰¹

Die Ausgestaltung findet insofern in zwei Schritten statt: Im ersten Schritt erlässt der Gesetzgeber als gesetzgeberische Ausgestaltung im RStV die Regeln des Verfahrens. Diese Regeln wendet dann im zweiten Schritt das Gremium an, indem es das Testverfahren zur Gewinnung der abwägungserheblichen Maßstäben durchführt, welche dann (ebenfalls gremiumintern) im Rahmen einer Abwägung¹⁰² zu einer Entscheidung verdichtet werden (Ausgestaltungsnachvollzug).¹⁰³

Um die, wie dargelegt, *anzustrebende* Optimierung der widerstreitenden Interessen¹⁰⁴ auch auf der Ebene der (vom Staat unabhängigen) Entscheidung durch das zuständige Gremium im Blick zu halten, müsste gesetzgeberisch gewährleistet sein, dass sich das Gremium bei seiner Entscheidung daran orientiert, was für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung in der Bundesrepublik *insgesamt* optimierend wirkt.¹⁰⁵

¹⁰¹ Dies verlangt der Grundsatz der Staatsfreiheit in der Ausprägung der Programmautonomie. Dieses Verständnis wurde auch zum Gegenstand des Beihilfe-Kompromisses: Vgl. Europäischen Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (325). Die Frage *welcher* Entscheidungsträger die Entscheidungen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests richtigerweise vornehmen sollte, ist eine *zentrale Frage*, auf die später zurückzukommen sein wird. (Vgl. dazu Teil H. I. bis IV.) Der Beihilfe-Kompromiss und der 12. RÄndStV gehen davon aus, dass dies der Rundfunk- bzw. der Fernsehrat sind.

¹⁰² Zum Abwägungscharakter der Entscheidung im Drei-Stufen-Test vgl. Begründung d. 12. RÄndStV, S. 23: "Abwägungsprozess"; Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 491: "Gesamtabwägung"; Münchner Kreis, S. 9; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7); Ders., Gutachten-Zusammenfassung, S. 5; K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888); R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 14, 34, 66, 73; Ders., in: epd medien (29) 2008, S. 3 (5 f.); Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 22 f., 28, 140 f., 148 f.; K. E. Hain, Gutachten, S. 70: "komplexe Gesamtabwägung"; N. Wimmer, ZUM 2009, 601 (604 ff.); B. Peters, K&R 1/2009, S. 26 (30); A. Antoniadis, Die Finanzierung, S. 5 f.; C. E. Eberle, ZDF Jahrbuch 2008, S. 75; T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (3 ff.); ARD-Hintergrundinformationen, S. 15.

¹⁰³ W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 29 spricht insofern ebenfalls von einem "Nachvollzug der Ausgestaltung" durch die Anstalten. Vgl. zu dieser "dem Gesetzgeber nachgelagerten weiteren Auftragskonkretisierung" und dem entsprechenden Konkretisierungsprozess auch: K. E. Hain, Gutachten, S. 70.

¹⁰⁴ Siehe hierzu vorstehenden Abschnitt d.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu auch W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 29. Insofern ist es sehr bedenklich, dass nach der Konzeption des RStV ein Interessenträger selbst die Entscheidung fällt. Näher hierzu unten Teil H. IV. Kritisch hierzu auch N. Wimmer, ZUM 2009, 601 (609): "[Es] erscheint zweifelhaft, ob es strukturell glücklich ist und eine zur Gewährleistung einer fairen Abwägungsentscheidung gut geeignete Organisations- und Verfahrensregelung darstellt, die Bewertung der positiven Effekte des anstaltseigenen neuen Angebots und deren Ausbalancierung mit gegenläufigen Belangen der privaten Publizistik ausgerechnet in die Hand des zuständigen Gremiums der betroffenen Rundfunkanstalt zu legen."

Das Gesamtverfahren gliedert sich in zwei miteinander verzahnte (Haupt-) Komponenten:

- Die einzelnen Verfahrensschritte (Verfahren) - und -
- Den Entscheidungsträger (Organisation).

Strebt man auf dieser Grundlage eine Optimierung des Nachvollzugs der gesetzgeberischen Ausgestaltung durch den Entscheidungsträger an¹⁰⁶ (als Konsequenz der vom Gesetzgeber selbst anzustrebenden Optimierung¹⁰⁷), so muss die gesetzgeberische Ausgestaltung so beschaffen sein, dass sie eine Optimierung im (staatsfreien) Ausgestaltungsnachvollzug überhaupt ermöglicht. Dies setzt in Bezug auf die Gestaltung des Verfahrens zunächst einmal voraus, dass dem Entscheidungsträger, der seine Entscheidung über eine Abwägung herbeiführen soll, auch *alle*¹⁰⁸ abwägungserheblichen Belange zur Verfügung stehen.¹⁰⁹

Hierbei ist in der gegebenen Situation des kurzfristigen Entstehens immer neuer Medien-Technologien und Angebote anzunehmen, dass die widerstreitenden Interessen der (ggf. auch wechselnden) Akteure, mit der Entwicklung variieren und zugleich permanenter (auch nicht-linearer) Veränderung unterliegen. Vor dem Hintergrund, dass die abschließende Entscheidung durch ein *gesetzgeber*-externes Gremium vorgenommen werden muss¹¹⁰, verbleibt dem Gesetzgeber (selbst) notwendig ein gewisser Prognosespielraum

¹⁰⁶ Vgl. hierzu etwa W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 29.

¹⁰⁷ Vgl. dazu oben Teil E. III. 2. d.

¹⁰⁸ K.-E. Hain, Gutachten, S. 70 beschreibt den Prozess des Ausgestaltungsnachvollzugs, als “die dem Gesetzgeber nachgelagerte weitere Ausfragskonkretisierung” (s.o. Fn. 103), zutreffend wie folgt: “Soweit der Gesetzgeber (...) Spielräume zur Bestimmung des jeweils Funktionserforderlichen lässt und auf Selbstregulierungsmechanismen setzt, reicht er die Aufgabe der komplexen Gesamt abwägung, die zur Konkretisierung des Telemedienauftrags in materieller Hinsicht führt, an die Anstalten (...) weiter, wobei zur Schaffung einer hinreichenden Entscheidungsgrundlage prinzipiell vorgesehen werden kann, dass diese die Stellungnahmen Dritter und unabhängiger Gutachter zu berücksichtigen haben.” Ergänzend ist nur (aber entscheidend) hinzufügen, dass die Schaffung einer hinreichenden Entscheidungsgrundlage nur dann gegeben ist, wenn *alle* konfligierenden Belange in diese (gerade daher) “komplexe Gesamt abwägung” auch tatsächlich eingestellt (und demgemäß vorher ermittelt) werden. Demgemäß stellt bspw. auch C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 73 zutreffend fest: “Es soll gewährleistet werden, dass alle für die konkrete Ausformung des Funktionsauftrags relevanten Gesichtspunkte nachvollziehbar bei der Entscheidung berücksichtigt werden.” Auch in den ARD-Hintergrundinformationen, S. 15, heißt es entsprechend: “Die Entscheidung der Rundfunkgremien beruht auf einer Gesamt abwägung aller relevanten im Rahmen der drei Prüfungsstufen gesammelten Sachinformationen.” (Hervorhebungen jeweils nur hier.)

¹⁰⁹ Hier liegt der Unterschied zur Ebene der Ausgestaltung durch Gesetze. Auf der Ebene des Ausgestaltungsnachvollzugs ist die (nahezu) vollumfängliche Ermittlung der abwägungserheblichen Belange (über das Verfahren samt Stellungnahmen u. Gutachten) als für mit vertretbarem Aufwand erreichbar anzusehen. Mit der Kompetenz des Gesetzgebers zur Auslagerung der Ausgestaltungs-Entscheidung, korrespondiert auch das Recht dem Entscheidungsträger Begründungspflichten aufzuerlegen: Auf der Ebene des Ausgestaltungsnachvollzugs kann der Gesetzgeber solche Begründungspflichten als Ausfluss seines Gestaltungsspielraums etablieren (vgl. zur Befugnis des Gesetzgebers “Prozess und Form” im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zu strukturieren, K.-E. Hain, Gutachten, S. 69 f.), die eine Nachvollziehbarkeit der Entscheidung für alle beteiligten Akteure ermöglichen.

¹¹⁰ Dies bedingt der Grundsatz der Staatsfreiheit.

(Einschätzungsprärogative) im Hinblick darauf, wie die gesetzliche Regelung des Verfahrens auszugestalten ist, um darüber die angestrebte Optimierung *durch* den Entscheidungsträger zu erreichen.¹¹¹

Dieser Prognosespielraum wird erst dann überschritten, wenn die ergriffenen Maßnahmen nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit geeignet sind.¹¹² Geeignet kann eine Ausgestaltung des Verfahrens des Drei-Stufen-Tests, nach dem hiesigen Verständnis, dass sie verfassungsrechtlich aufgrund des Zusammenwachsens von Bereichen, die bislang unterschiedlichen Regulierungsregimes unterworfen waren¹¹³, (nunmehr) geboten ist¹¹⁴, allerdings nur dann sein, wenn die Durchführung des Tests zu einer Auftragskonkretisierung führt bzw. (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) dazu führen kann.¹¹⁵

Hieraus folgt mit Blick auf die eingangs skizzierten Probleme als Anforderung an das eigentliche Verfahren (Verfahrens-Komponente), dass dieses so ausgestaltet sein muss, dass es eine *maßstabsergänzende* (und darüber hinreichend auftragskonkretisierende) *Wirkung*¹¹⁶ hat.¹¹⁷ Nach hiesigem Verständnis von der Wirkungsweise prozeduraler Verfahren kann eine Abwägung nach Maßstabsergänzung nur dann zu einer Auftragskonkretisierung führen, wenn (möglichst) *alle* abwägungserheblichen Belange bei der Abwägung zur Verfügung stehen bzw. standen. Dies sicherzustellen, ist Aufgabe des Verfahrens. Daher muss die

¹¹¹ Vgl. z. Prognosespielraum des Gesetzgebers: T. Held, Online-Angebote öffentlicher-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 37; K.-E. Hain, Gutachten, S. 69 m.w.N.

¹¹² Vgl. zu den Anforderungen an eine solche Prognose: BVerfGE 57, 295 (324); K.-E. Hain, Gutachten, S. 69.

¹¹³ Dies gilt insbesondere für das Zusammenrücken mit Angeboten von Anbietern aus dem Pressesektor. Bei d. Pressefreiheit kann (im Gegensatz zur Rundfunkfreiheit) von einer Dominanz der objektiv-rechtlichen Dimension über die abwehrrechtliche Komponente nämlich "keine Rede sein". Vgl. dazu K.-H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 108, Rn. 70.

¹¹⁴ Vgl. oben Teil B. I. 1.

¹¹⁵ Selbst wenn man dagegen davon ausgeht, dass eine Auftragskonkretisierung verfassungsrechtlich nicht geboten ist, so ergibt sich das Erfordernis einer hinreichenden Auftragskonkretisierung als Mindestanforderung an die staatsvertragliche Ausgestaltung doch aus dem Beihilfe-Kompromiss. Vgl. hierzu schon oben Teil E. I.

¹¹⁶ Diese maßstabsergänzende Wirkung findet sich (in anderen Umschreibungen) auch in aktuellen Publikationen zum Drei-Stufen-Test wieder, z.B. bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 70, sinngemäß: "Berücksichtigung der Stellungnahmen Dritter und Gutachten zur Schaffung einer hinreichenden Entscheidungsgrundlage"; C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 74: "Damit solche Auswirkungen überhaupt identifiziert werden können, wird auf die Marktteilnehmer selbst gesetzt, die über die nötigen Erkenntnisse verfügen sollten. So sollen Dritte Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Sie können auf diese Weise entsprechende Erkenntnisse in den Entscheidungsprozess einbringen."; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (606): "(...) durch Steuerung des Abwägungsmaterials, das den Gremien zu unterbreiten ist (...) das Reflexionsniveau bei der Entscheidungsfindung zu erhöhen."; DLM, Positionspapier, S. 11: "Erst durch die Möglichkeit, (...) Stellung zu nehmen, bevor die abschließende Entscheidung der Gremien fällt, wird eine breite Grundlage für deren eigene Bewertung geschaffen."; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 136: "Stellungnahmen dienen der möglichst umfassenden Information des Rundfunkrats".

¹¹⁷ Grund hierfür ist, dass die Europäische Kommission in Bezug auf die Telemedien und die digitalen Angebote gerade der Auffassung ist, dass der Auftrag eben bislang nicht hinreichend präzise formuliert ist. So ausdrücklich: Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (225) sowie Rn. (236). Sonst wäre ein entsprechendes Gesetz nach hiesigem Verständnis auch schon nicht geeignet, die Rundfunkfreiheit verfassungsgemäß auszugestalten.

Ausgestaltung des Verfahrens so erfolgen, dass (möglichst, d.h. mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) alle abwägungserheblichen Belange auch *ermittelt* werden.¹¹⁸

Für die dann auf dieser Grundlage erfolgende Abwägungsentscheidung ist zudem organisatorisch zu gewährleisten, dass auch im Rahmen der eigentlichen Abwägung der über das Verfahren ermittelten Belange, alle abwägungserheblichen, widerstreitenden Interessen angemessen berücksichtigt werden.¹¹⁹ Insofern ist in organisatorischer Hinsicht unbedingt sicherzustellen, dass die Entscheidung durch ein geeignetes Entscheidungsorgan (Entscheidungsträger) vorgenommen wird.¹²⁰

Sind diese Anforderungen an das Verfahren selbst und an dessen organisatorische Aufhängung jeweils (kumulativ) erfüllt, ist das Gesamtverfahren (zur Auftragskonkretisierung) geeignet und beachtet das Untermaßverbot. Eine entsprechende Gestaltung des Gesamtverfahrens wäre mithin eine verfassungsgemäße Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

IV. Regulierungsrelevante Fragen in Bezug auf den Drei-Stufen-Test

Schon ein Blick auf den “Prototyp” des Drei-Stufen-Tests, den Public Value Test, lässt erkennen, dass sich auch bzgl. der konkreten Gestaltung des Gesamtverfahrens in Deutschland eine Vielzahl von regulierungsrelevanten Fragen stellt. Man kann diese (für einen ersten Überblick) den beiden Komponenten “Verfahren” und “Organisation” zuordnen.¹²¹ Relevante Fragen bzgl. des Verfahrens sind bspw.:

- Wann ist das Verfahren durchzuführen? (Aufgreifkriterium)
- Wer ist anzuhören bzw. extern zu beteiligen? (Konkurrenten, Verbände etc.)
- Wie wird angehört? (Zeitraum, Art und Umfang der Anhörung, Befragung etc.)
- Werden Gutachten, Expertisen eingeholt? Wenn ja, zu welchen Aspekten?
- Woran orientiert sich die Gewichtung der Faktoren?
- Welche Transparenz- und Begründungspflichten gibt es?
- Gibt es Rückkopplungsmechanismen? (Gedoppelte Anhörungen etc.)
- Welche Rechte haben Dritte? (Initiativ-, Beschwerderechte etc.)

¹¹⁸ Da hier davon ausgegangen wird, dass eine Konkretisierung des Auftrags vor dem skizzierten Hintergrund (s. vorstehende Fn. 108) nur darüber erfolgen kann, dass (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) alle abwägungserheblichen Belange in die Abwägung eingestellt werden, ist eine Ausgestaltung, die dieses nicht gewährleistet, zur Zweckerreichung ungeeignet und damit verfassungswidrig.

¹¹⁹ Näher dazu unten Teil H. IV. 1.

¹²⁰ Hierauf wird später noch einmal zurückzukommen sein Teil H. I. bis IV.

¹²¹ Zu dieser Untergliederung des Gesamtverfahrens siehe oben Teil E. III. 2. e.

- Welche Aufgabe kommt der Rechtsaufsicht zu?
- Ab wann darf mit der Umsetzung des Vorhabens begonnen werden?
- Welche Schritte des Verfahrens sind staatsvertraglich zu regeln?

Sich stellende Fragen bzgl. der Organisation sind im Wesentlichen:

- Welcher Entscheidungsträger ist für die Durchführung des Verfahrens und die abschließende auftragskonkretisierende Abwägung geeignet? Oder anders gewendet:
- Ist die gegenwärtig im RStV vorgesehene organisatorische Ausgestaltung (mit der Übertragung der Entscheidung auf das anstaltsinterne Gremium) überhaupt verfassungsgemäß?

Viele dieser Fragen sind in Ihrer Beantwortung lebhaft umstritten, was seinen Grund insbesondere in den unterschiedlichen (akteurs-) politischen Interessen derjenigen fand, die an der Diskussion um die konkrete Gestaltung teilgenommen haben. Im Wesentlichen lassen sich die Akteure der Diskussion um die konkrete Gestaltung des Testverfahrens drei Lagern zuordnen. Im Einzelnen sind dies:

- Der Sektor der öffentlich-rechtlichen Anstalten (ARD, ZDF, Deutschlandradio)
- Der Sektor der Privaten (privater Rundfunk, Presse, Internetwirtschaft)
- Die Politik (Länderinteressen, Parteiinteressen)

Auch ohne näher auf Einzelinteressen eingehen zu können, ist offensichtlich, dass die drei Lager doch jeweils sehr unterschiedlich Eigeninteressen verfolgen, die im Rahmen der Erörterungen bzgl. der Einführung des Drei-Stufen-Tests in Deutschland zu einer kontroversen Diskussion geführt haben. Letztlich stellt sich sodann auch die Regelung der §§ 11d bis 11f des 12. RÄndStV, in denen sich die maßgeblichen Regeln für das deutsche Verfahren finden, in erster Linie als *politischer* Kompromiss¹²² dar.¹²³

¹²² Dies wird auch in den Ländern so wahrgenommen. So werden die Regelungen des 12. RÄndStV etwa in der Mitteilung des Senats der Bremischen Bürgerschaft vom 25. November 2008 als "fairer Kompromiss" bezeichnet, der "die unterschiedlichen Interessen angemessen berücksichtigt." (vgl. dort Seite 4 oben).

¹²³ Eben weil dies so ist, stellt sich (nicht nur im Rahmen dieser Arbeit) entscheidend die Frage, ob im Zuge dieses politischen Kompromisses die (europa- und verfassungs-) *rechtlichen* Anforderungen an ein solches auftragskonkretisierendes Testverfahren auch ausreichend Berücksichtigung gefunden haben. Hierauf wird später zurückzukommen sein. Siehe dazu Teil H.

Für die hier später vorzunehmende *rechtliche* Beurteilung des Drei-Stufen-Tests bzw. der §§ 11d bis 11f des 12. RÄndStV wird es bzgl. der Komponente “Verfahren” entscheidend auf die Frage ankommen, ob dem Drei-Stufen-Test in seiner konkreten Gestaltung auch tatsächlich eine hinreichend auftragskonkretisierende Wirkung zukommt.

Da die Konkretisierung des Auftrags über den Drei-Stufen-Test die Gewinnung zusätzlicher Abwägungsmaßstäbe über das eigentliche Verfahren voraussetzt (Erfordernis der Produktion von Maßstäben über das Verfahren), stellt sich die Frage, welches geeignete Bausteine (Faktoren) für ein solchermaßen produktives Verfahren sind (dazu sogleich unter V.). Insofern drehte sich die Diskussion um die konkrete Gestaltung der Verfahrens-Komponente des Drei-Stufen-Tests auch maßgeblich um die Frage, welche Verfahrensbausteine (wie bspw. Anhörungs-, oder Verfahrensrechte) in das Verfahren aufzunehmen sind (damit ihm eine produktive Funktion zukommt). Dieser Frage soll zunächst abstrakt nachgegangen werden (dazu sogleich unter V.), um später bei der Beurteilung der Verfahrensvorschläge von ZDF und VPRT auf diesbezügliche Erkenntnisse zurückgreifen zu können.

V. Bausteine produktiver Verfahren / Faktoren der Maßstabergänzung

Es wurde bereits dargelegt, dass es für das Erreichen des Ziels des Drei-Stufen-Tests, mithin auch für die Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung der Verfahrens-Komponente des Drei-Stufen-Tests¹²⁴, maßgeblich auf das Erreichen einer (umfassenden¹²⁵) Maßstabergänzung (über die Durchführung des Verfahrens) ankommt. Es stellt sich daher die Frage, wann dies der Fall ist bzw. welches die Faktoren für das Erreichen einer solchen Maßstabergänzung sind.¹²⁶ Anders gewendet stellt sich die Frage nach den Bestandteilen (Bausteinen) eines produktiven Verfahrens.

1. Begriffsbestimmung

Bereits im Rahmen der Betrachtung prozeduraler Arrangements¹²⁷ wurde festgestellt, dass die Problematik des Gesetzgebers in vielen Bereichen darin besteht, dass er in der Situation von Unsicherheit und Nichtlinearität vielfach nur unvollständige Entscheidungen auf

¹²⁴ Wenn der Test das Ziel der Auftragskonkretisierung nicht erreicht, mithin zur Zielerreichung ungeeignet ist, ist er auch nicht verfassungsgemäß. Vgl. zu den Anforderungen an Ausgestaltungsgesetze Teil E. III. 2. d.

¹²⁵ Gemeint ist: Unter Erhebung/Ermittlung (möglichst) *aller abwägungserheblichen* Belange.

¹²⁶ Hierauf aufbauend wird später (im Speziellen) der Frage nachzugehen sein, in welcher Form diese Faktoren die konkrete Gestaltung der Verfahrensschritte beeinflussen bzw. wie das deutsche Verfahren real auszugestaltet ist, damit es im Rahmen der Durchführung des Drei-Stufen-Tests tatsächlich zu einer Maßstabergänzung kommt. Anzunehmen ist, dass die auftragskonkretisierende Wirkung mit der konkreten Verfahrensgestaltung variiert.

¹²⁷ Vgl. zu diesen oben Teil D. II. 1. c. und d.

unvollständiger Wissensgrundlage treffen kann.¹²⁸ Nicht anders liegt es im Hinblick auf die Auftragskonkretisierung im Bereich der Online-Angebote: Der diesbezügliche Markt ist in technischer, publizistischer wie ökonomischer Hinsicht von höchster Dynamik. In diesem Zuge rücken Kommunikate ursprünglich unterschiedlichster Provenienz so eng zusammen, dass sie aus der Sicht des Rezipienten u.U. sogar austauschbar sind. Die wirtschaftlichen Chancen in diesem Bereich sind größer als in anderen Märkten, so dass immer neue Anbieter (unterschiedlichster Provenienz) in den fortwährend emergenten Markt drängen. Da aus verfassungsrechtlicher Perspektive solche Angebote (vielfach) in den Bereich des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs fallen¹²⁹, stellt sich daher für den (Rundfunk-) Gesetzgeber die Frage, welche dieser Dienste die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erbringen *müssen*, um ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen Funktion gerecht zu werden. *Solche* (funktionserforderlichen) Dienste darf der Gesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf der Grundlage der h.M. nicht verwehren.¹³⁰ Gleichwohl kann er ihnen aus den genannten Gründen auch nicht eine unkontrollierte und unreglementierte Expansion erlauben, so dass ein Regulierungsbedarf besteht.¹³¹ Im Zuge der Bemühungen um eine adäquate Regulierung sieht sich auch der Rundfunk-Gesetzgeber, nicht zuletzt wegen der Dynamik der genannten Entwicklungen, der Situation von Unsicherheit und Nichtlinearität gegenüber.¹³² Notwendig kann eine materiell-rechtliche Programmierung daher in diesem Bereich lediglich zielorientiert in Bezug auf die Funktion des Rundfunks und damit in technischer Hinsicht finaler Art sein.¹³³

¹²⁸ Vgl. K.-H. Ladeur, Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung – Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewissheitsbedingungen, in: Kritische Justiz 1994, S. 42 (55). Siehe dazu auch D. Grimm, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 9 (17).

¹²⁹ Vgl. dazu die Nachweise unter Teil A. in Fn. 4 und bspw. T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 86 f. und W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 229, jeweils m.w.N. auch zur Gegenseite.

¹³⁰ Vgl. bspw. die Darstellung bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 67 f., wobei ergänzend klarzustellen ist, dass (anders als die Anstalten das Bundesverfassungsgericht wohl gern interpretieren) das Funktionserforderliche im Online-Bereich eben erst festzustellen ist (über den Drei-Stufen-Test).

¹³¹ Siehe schon oben Teil B. I. 1.

¹³² Dies gilt auch und gerade in Bezug auf die Frage der Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in diesen Bereichen.

¹³³ Vgl. bspw. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (604 ff.) zur "schwachen materiellen Programmierung" bzgl. des Drei-Stufen-Tests.

Die (daher notwendige) Zurückhaltung in der materiell-rechtlichen Programmierung muss, zumindest wenn man eine Auftragskonkretisierung erreichen will, kompensiert werden durch eine produktive Verfahrenskomponente. Die Durchführung des Verfahrens hat dabei eine materielle Zielrichtung¹³⁴: Die Schaffung bzw. Bereitstellung materieller Maßstäbe (für die konkretisierende Abwägungsentscheidung).¹³⁵

Nachdem anhand der Auswertung der praktischen Ergebnisse bzgl. des britischen Verfahrensmodells nachvollzogen werden konnte, dass das Verfahren dort tatsächlich (in praxi) eine auftragskonkretisierende Wirkung hat, stellt sich nunmehr die Frage, ob sich - von diesem Einzelfall losgelöst - abstrakt formulierbare Faktoren ableiten lassen, die dazu führen, dass es, bei ihrer Berücksichtigung im Rahmen der Programmierung des Verfahrens, (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) zu einer Maßstabsergänzung kommt. Solche Faktoren sollen im folgenden als "Faktoren der Maßstabsergänzung" bezeichnet werden.

2. Faktoren und Effekte

Der beschriebene, für den Gesetzgeber (respektive den Entscheidungsträger) bestehende Zustand von Unsicherheit, hat seinen Grund in einem Mangel an Regulierungswissen¹³⁶: Ihm fehlt in dem Moment, in dem er eine Regulierung (bzw. eine Entscheidung) anstrebt, das Wissen darüber, welche Belange im Rahmen der Abwägung zur Gestaltung der Regulierung (bzw. der Entscheidung) einzustellen sind, wie diese Belange zu gewichten sind und wie sich die jeweilige Entscheidung auswirken wird. Wenn dem Gesetzgeber (respektive dem Entscheidungsträger) demnach die für die Regulierung wesentlichen Informationen fehlen¹³⁷, muss die gewählte Regulierung (gerade) auf die Generierung des erforderlichen Wissens gerichtet sein.¹³⁸

Dazu stellt sich die Frage, wer über diese Informationen verfügt, bzw. wie diese zu generieren sind. Hierbei lassen sich im wesentlichen zwei Gruppen von Informationen unterscheiden: Solche, die bei einem anderen Akteur (außerhalb des Entscheidungsträgers) vorhanden sind und

¹³⁴ Vgl. allg. E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 55.

¹³⁵ Näher dazu N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (605 ff.). Das Verfahren dient damit auch im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zur Ergänzung der reduzierten materiellen Maßstäbe, die schon in der Finalnorm enthalten sind; hinsichtlich des Rundfunks also zur Ergänzung der Maßstäbe bezogen auf den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Vgl. dazu auch vorstehende Fn. 116. m.w.N.

¹³⁶ Vgl. allg. etwa D. Grimm, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 9 (17).

¹³⁷ Siehe dazu bspw. D. Grimm, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 9 (17): "Zum einen fehlen dem Staat häufig diejenigen Informationen, die zur Formulierung eines effektiven Steuerungsprogramms für komplexe Prozesse erforderlich sind."

¹³⁸ Da die Notwendigkeit zur (lediglich) finalen Programmierung gerade aus einem Mangel an Regulierungswissen herrührt, muss die dieses Defizit kompensierende (prozedurale) Regulierung auch gerade auf die Generierung von Wissen gerichtet sein. Zu dieser Einschätzung kommt auch E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 86 (dort speziell für das UVP-Verfahren).

solche, die noch nicht vorliegen, aber generierbar sind. Hinsichtlich der ersten Gruppe werden die Informationen (bzgl. abwägungserheblicher Belange¹³⁹) in aller Regel bei denen vorhanden sein, die von der Abwägung betroffen sind.¹⁴⁰ Einem Mangel an Regulierungswissen kann daher insbesondere durch die Herstellung eines Informationsflusses zwischen den betroffenen Akteuren¹⁴¹ begegnet werden.¹⁴² Bzgl. solchen Wissens, das noch nicht vorhanden, aber generierbar ist (beispielsweise die Ermittlung von Umweltbelastungen durch eine (erst) geplante Anlage durch Expertisen, Versuche etc.) sind neben den Betroffenen auch qualifizierte Externe (Experten, Institute etc.) einzubeziehen, die das Wissen generieren (können).

Grundlage jeder Maßstabsergänzung ist damit ein Informationsfluss zwischen den Akteuren und ggf. auch mit qualifizierten Externen, denn nur über ihn lassen sich die abwägungserheblichen Belange vom Entscheidungsträger überhaupt ermitteln und damit das erforderliche Regulierungswissen (im Entscheidungsträger) aufbauen.

Wesentliche Elemente eines solchen Informationsflusses und damit auch Faktoren der Maßstabsergänzung sind zunächst das Bestehen von Öffentlichkeits- / Informationspflichten des Vorhabenträgers sowie die Verpflichtung des Entscheidungsträgers zur Transparenz bzgl. der Verfahrensdurchführung.¹⁴³ Grund dafür ist, dass die Informationspflichten des Vorhabenträgers, zur Sicherstellung dessen, dass die Öffentlichkeit und/oder Betroffene rechtzeitig von einem Vorhaben erfahren, und die Transparenz des Verfahrens, die wesentlichen Aspekte dafür sind, um überhaupt von ihnen den Regelungsgegenstand betreffende Informationen zu erhalten bzw. diese mit ihnen zu generieren oder austauschen zu können. In diesem Zuge kann ein über den bloßen Austausch einfach gelagerter Informationen hinausgehender, sich wechselseitig befruchtender und damit produktiver Informationsfluss nur

¹³⁹ Hier ist zu unterscheiden zwischen solchen Belangen, die abwägungserheblich sind und solchen, die es nicht sind. Abwägungserhebliche Belange sind Maßstäbe im Rahmen der Abwägung. Andere Belange nicht.

¹⁴⁰ C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 74 stellt mit Bezug auf die Stellungnahmen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zutreffend fest: "Damit solche Auswirkungen überhaupt identifiziert werden können, wird auf die Marktteilnehmer selbst gesetzt, die über die nötigen Informationen verfügen sollten."

¹⁴¹ Siehe allg. dazu: D. Grimm, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 9 (17): "Die steuerungsrelevanten Informationen besitzt vielfach nur das zu steuernde System (..)". Anm.: Zu den Akteuren (der Medienordnung) werden hier selbstverständlich auch die Anstalten selbst gerechnet. Auch und gerade sie haben sich (für ein produktives Verfahren) zweckmäßigerweise an dem wechselseitigen Informationsaustausch und hierüber entstehenden Lernprozess zu beteiligen.

¹⁴² Deutlich in diesem Sinne: D. Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung, S. 39: "Ohne einen Beitrag der Verfahrensbeteiligten zur Kommunikation ist die Erreichung des Normziels in aller Regel nicht möglich. Die Beteiligten stellen Informationen [für den Entscheidungsträger] zur Verfügung."

¹⁴³ Ggf. fallen Informationspflichten des Vorhabenträgers und Transparenzpflichten des Entscheidungsträgers auch zusammen bzw. werden regulatorisch zusammengefasst. So könnte etwa der Entscheidungsträger auch (erstmalig) die Informationen über das Vorhaben veröffentlichen. Dies legt nahe, diese beiden Punkte zusammenzufassen. Gleichwohl soll hier dennoch, der Deutlichkeit halber, zwischen ihnen unterschieden werden.

über die Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen erzielt werden, so dass auch deren Bestehen ein wesentlicher Faktor der Maßstabsergänzung ist. Hierzu muss ein Verfahren etwa (je nach Zielrichtung) entsprechende Anhörungen, Befragungen, Evaluationen usw., gegebenenfalls auch in mehreren Durchläufen, vorsehen.

Da die Praxis zeigt, dass ein Entscheidungsträger gelegentlich versucht, (ihm) absehbar unliebsame Belange, durch "Anpassung" des Verfahrens, aus der Erhebung und damit aus der letztlich Abwägung auszuklammern, sind (i.d.R.) auch Verfahrensrechte¹⁴⁴ zur Absicherung des wechselseitigen Informationsflusses und damit als (Sicherungs-) Faktor der Maßstabsergänzung unerlässlich.¹⁴⁵

Teil des Gesamt-Verfahrens sind nach der Sammlung der Informationen, auch die entsprechende Gewichtung¹⁴⁶ und die hierauf aufbauende Abwägung. Auch insofern ist es für einen funktionierenden Informationsfluss wesentlich, offenzulegen und zu dokumentieren (Transparenz), wie die ermittelten Informationen gewichtet und verarbeitet werden bzw. wurden (Begründung)¹⁴⁷, auch um ggf. Fehler zu offenbaren und hierüber eine Rückkopplung auszulösen, aber auch, um als zukünftiges Wissen für erneute Entscheidungen oder Anschlussentscheidungen allen Akteuren zur Verfügung zu stehen.¹⁴⁸ Da die Unsicherheit des Gesetzgebers mit einer einmaligen Erhebung solcher Informationen, die ständiger Änderung unterliegen, nicht längerfristig zu beseitigen ist, bedarf es zudem eines fortwährenden Durchlaufens des reflexiven Prozesses.¹⁴⁹

Die genannten Faktoren der Maßstabsergänzung finden sich, verteilt über die einzelnen Definitionsansätze bzgl. der Prozeduralisierung, als Elemente der unterschiedlichen Definitionsansätze wieder.¹⁵⁰ Dies ist letztlich nicht verwunderlich, da es sich bei den Definitionsansätzen bzgl. der Prozeduralisierung ja gerade um Beschreibungen dessen handelt,

¹⁴⁴ Diese sind nicht zwingend für alle Verfahren gleich, sondern an die jeweilige Regulierungssituation anzupassen. Dies gilt auch in Bezug auf den Kreis derer, die sich auf die Verfahrensrechte berufen können.

¹⁴⁵ Verfahrensrechte sind überdies auch die Konsequenz aus dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Vgl. D. Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung, S. 39 m.w.N.

¹⁴⁶ Zu der Frage der Gewichtung siehe bspw. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607 ff.); aus der Sicht der Anstalten heißt es dazu in den ARD-Hintergrundinformationen, S. 15: "Die Gremien verantworten kraft ihres Auftrags, wie sie Kriterien gewichten und gegeneinander abwägen." Hierauf wird zurückzukommen sein: Teil H. IV. 1. e.

¹⁴⁷ Vgl. auch C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 73.

¹⁴⁸ Überdies stärkt eine Begründung die Glaubwürdigkeit des Regulators und stiftet damit Akzeptanz. Siehe dazu C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 73.

¹⁴⁹ Dies gilt insbesondere nach einer getroffenen Entscheidung, wenn die Regelung nicht hinter der tatsächlichen (Weiter-)Entwicklung zurückbleiben soll. Insofern empfiehlt sich für den Gesetzgeber der Erlass lediglich zeitlich und sachlich begrenzter Regelungen und ggf. ein turnusmäßiges Durchlaufen des Prozesses zur Informationsgewinnung (und ggf. auch der Abwägungsentscheidung selbst). Für eine regelmäßige Überprüfung (der im Rahmen eines Drei-Stufen-Tests im Hinblick auf ein Angebot getroffenen Annahmen) nach Aufnahme eines Dienstes auch: T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 363.

¹⁵⁰ Vgl. zu den einzelnen Definitionsansätzen oben Teil D. II. 1. a.

was man unter Prozeduralisierung verstehen will und hierzu zweckmäßigerweise von den Autoren gerade auf die Faktoren abgestellt wird, die der jeweilige Autor, aus seiner (jeweils unterschiedlich vorgeprägten) Perspektive, als wesentliches Element der Prozeduralisierung ansieht. Es handelt sich daher bei den Definitionsansätzen zur Prozeduralisierung nicht um vollständige Beschreibungen der Voraussetzungen zur Erreichung der Maßstabsergänzung. Vielmehr werden von den Autoren nur Elemente aufgezeigt, die sie für ausschlaggebend halten, um (definitiv) von Prozeduralisierung zu sprechen. Gleichwohl kann man aber, mit Blick auf die oben angestrebte Überlegung zu den Faktoren der Maßstabsergänzung, erkennen, dass die (unterschiedlichen) Elemente der Definitionsansätze bzgl. der Prozeduralisierung zugleich teilweise auch Faktoren der zu erzielenden Maßstabsergänzung sind.

Es lässt sich weiterhin feststellen, dass nicht alle in den Definitionsansätzen bzgl. der Prozeduralisierung genannten Elemente als Faktoren der Maßstabsergänzung anzusehen sind. Vielmehr lassen sich zwei Gruppen unterscheiden: Faktoren und (deren) Effekte. Faktoren der Maßstabsergänzung sind:

- Das Bestehen von Informationspflichten des Vorhabenträgers
- Die Sicherstellung der Transparenz von Verfahrens und Organisation¹⁵¹
- Die Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen¹⁵²
- Das Bestehen von Begründungspflichten¹⁵³
- Und ggf. das Bestehen von Verfahrensrechten (als Absicherungselement)¹⁵⁴

¹⁵¹ Vgl. zum Aspekt der Transparenz als Bestandteil prozeduraler Rundfunkregulierung auch: P. Donges/ M. Puppis, in: Dies., Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 9 (17). Auch der Gesetzgeber erwartet im Rahmen des Drei-Stufen-Tests ein "durchgehend transparentes Verfahren". Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zum 12. RÄndStV, S. 23. Für mehr Transparenz spricht sich auch R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 72 f. aus (So - ganz zu Recht - bspw. auch für die Veröffentlichung auch der Stellungnahmen Dritter).

¹⁵² Zu verstehen im Sinne von P. Donges/ M. Puppis, in: Dies., Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 9 (17) die diesbezüglich feststellen: "Zu Formen prozeduraler Regulierung zählt auch ein stärkerer Einbezug gesellschaftlicher Gruppen und professioneller Akteure in den Prozess der Rundfunkregulierung, etwa durch die Durchführung öffentlicher Anhörungen, Konsultationen etc. (...)".

¹⁵³ Vgl. dazu insgesamt auch W. Hoffmann-Riem, Der Staat 2003, S. 193 (200), der in Bezug auf die genannten Faktoren von "Legitimationspotentialen" spricht und dazu ausführt: "Zu nennen sind (...) die Einschaltung der Öffentlichkeit als Mitgestalter und Mitkontrolleur, ferner die Einbeziehung von Betroffenen, unterschiedlichen Interessenträgern und Sachverständigen in die Interessenverarbeitung, jeweils ergänzt und abgesichert durch Fairness-, Offenheits- und Transparenzregeln sowie Begründungsanforderungen." (m.w.N.). Allg. zur Begründungspflicht als Ausfluß des Gebots fairer Verfahrensgestaltung vgl. auch U. Kischel, Die Begründung, S. 136 ff. Dazu, dass die Begründung auch einen die Entscheidung rationalisierenden Effekt hat, vgl. K.-E. Hain, Gutachten, S. 69 mit Rn. 237.

¹⁵⁴ Während die anderen Faktoren vorrangig auf Wissensgenerierung und entsprechende Lernprozesse gerichtet sind, dient dieses Element in erster Linie zu deren Absicherung. Dies würde eine (hier nicht vorgenommene) Ausgliederung aus dieser Aufstellung rechtfertigen. Versteht man die Faktoren der Maßstabsergänzung zugleich als notwendige Bausteine eines produktiven Verfahrens, dann ist auch die Absicherung dieser produktiven Funktion (durch Verfahrensrechte o.ä.) unerlässlich. Vgl. allg. zur Sicherungsfunktion von Verfahrensrechten: M. Anderheiden, Gemeinwohl, S. 347 m.w.N. Zum Absicherungskonzept im Rahmen des Drei-Stufen-Tests, und entsprechenden Bedenken, siehe unten Teil H. V. 2. c. aa. - cc.

Dagegen sind die restlichen Elemente der Definitionen die Folge und damit Effekte des Vorliegens der Faktoren der Maßstabergänzung: Folge der Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen ist ein fortlaufender, wechselseitiger Informationsfluss, ein rationaler Diskurs zwischen den Akteuren. Dieser rationale Diskurs führt beim Entscheidungsträger, wie auch bei den anderen Akteuren zu einem kollektiven Lernprozess, über den beim Entscheidungsträger das erforderliche Regulierungswissen in Form von zusätzlichen Entscheidungs-Maßstäben aufgebaut wird.¹⁵⁵

Wird auf der Grundlage dieses über das Verfahren gewonnenen Regulierungswissens (bzw. der darüber generierten zusätzlichen Entscheidungs-Maßstäbe) eine Entscheidung getroffen, so erhöht dies, gegenüber einer Entscheidung auf einer geringeren Informations- und Wissensbasis (respektive einer Entscheidung auf der Grundlage weniger präziser Maßstäbe), die Qualität (Rationalität) der Entscheidung.¹⁵⁶ Zudem steigern Entscheidungen, die einem kommunikativen Prozess entwachsen sind, in aller Regel die Akzeptanz bei den Beteiligten sowie in der Öffentlichkeit und tragen damit letztlich auch zur Legitimität der Aufgabenwahrnehmung bei.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Vgl. konkret zum Drei-Stufen-Test dazu auch vorstehende Fn. 108 u. 116. Allgemein gilt: Insbesondere in dem Fall, dass ein Entscheidungsträger (bspw. eine Behörde oder der Gesetzgeber) multipolare Interessen in Einklang bringen muss, schafft ein prozedurales Arrangement in aller Regel mehr problemspezifisches Wissen, als der Entscheidungsträger (bspw. eine Behörde, ohne Anhörung etc.) aus sich selbst heraus generieren könnte.

¹⁵⁶ Es ist davon auszugehen, dass die Qualität der Entscheidung (Rationalität), im Rahmen aller denkbaren rechtmäßigen Alternativen, verbessert wird, da durch die Berücksichtigung besserer Informationen und ggf. pluraler Interessen der Fokus (der Behörde bzw. des Gesetzgebers) nicht allein auf der Frage der Rechtmäßigkeit (bzw. bzgl. des Gesetzgebers auf der Verfassungsmäßigkeit) weilt. Da beim prozeduralen Ansatz die Entscheidung inhaltlich erst generiert wird (und nicht schon exakt vorgegeben ist), kann die Entscheidung situativ besser auf die jeweiligen Interessen und Problemlagen reagieren und diese besser berücksichtigen. Prozedurales Recht führt somit eher zu einer "guten" Entscheidung (i.S. einer "Richtigkeit i.w.S.") jenseits des Erfordernisses der Rechtmäßigkeit. W. Hoffmann-Riem nennt für die "Richtigkeit i.w.S." als Kriterien beispielsweise: Effektivität, Akzeptabilität, Implementierbarkeit, Optimalität, Gegenwarts- und Zukunftstauglichkeit. Vgl. W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Band 9, S. 9 (28).

¹⁵⁷ Vgl. dazu: W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 9 (27).

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen: Liegen die Faktoren der Maßstabsergänzung vor, so hat die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens (i.d.R.) folgende Effekte:¹⁵⁸

- Ergänzung/Bereitstellung zusätzlicher abwägungserheblicher Maßstäbe/Belange
- Steigerung der Akzeptanz der Entscheidung
- Steigerung der Legitimität der Entscheidung/des Entscheidungsträgers¹⁵⁹
- Steigerung der Qualität der Entscheidung (Rationalität / Optimalität)

Bezogen auf den Drei-Stufen-Test bedeutet dies, dass es bei entsprechender Verfahrensgestaltung (unter Berücksichtigung der Faktoren der Maßstabsergänzung)¹⁶⁰, als Effekt der Verfahrensdurchführung, zu einer Ergänzung der Maßstäbe käme, über deren Berücksichtigung im Rahmen der Entscheidung dann eine Konkretisierung des Auftrags erreicht würde.¹⁶¹ Der beteiligungs-offene, kommunikative Prozess des Verfahrens führte hierbei (als weitere Effekte) zu einer gesteigerten Qualität, Akzeptanz und Legitimität der Entscheidung. Auf diese Zusammenhänge wird zurückzukommen sein.

¹⁵⁸ Dies setzt natürlich voraus, dass das entscheidende Gremium die gewonnenen Informationen richtig gewichtet und entsprechend abwägt. Die diesbezügliche Absicherung ist auch eine organisatorische Frage. So ausdrücklich auch: N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608). Zudem stellt sich die Frage der entsprechenden Kontrolle (siehe dazu unten Teil J.). Auch hierfür spielen Begründungspflichten und Verfahrenstransparenz eine erhebliche Rolle.

¹⁵⁹ A. Hesse stellt diesbezüglich zutreffend fest: “[Der öffentlich-rechtliche Rundfunk] ist weder durch Fiktionen in Rundfunkstaatsverträgen noch durch Urteile des Bundesverfassungsgerichts dauerhaft am Leben zu erhalten, sondern nur auf der Grundlage eines ausreichend breiten gesamtgesellschaftlichen Konsenses über den Umfang seiner Aufgaben und die Notwendigkeit ihrer Finanzierung.” Vgl. Ders., AfP 2005, S. 499 (503).

Vgl. zum prozeduralen Aspekt der “permanenten Legitimation” auch P. Donges/ M. Puppis, in: Dies., Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 9 (17).

¹⁶⁰ Ob eine solche bei der gegenwärtigen Regelung des Drei-Stufen-Tests im RStV auch tatsächlich gegeben ist, wird später erst noch zu untersuchen sein. Vgl. hierzu näher Teil H. V.

¹⁶¹ Maßgeblich für die Qualität der Entscheidung ist die Geeignetheit/Qualität des Entscheidungsträgers. Diesbezügliche Schwächen können auch ein (noch so) maßstabsproduktives Verfahren ineffektiv (im o.g. Sinne) werden lassen. Trefflich dazu N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608): “Mangels subsumierbarer materieller Vorgaben der Gesetzgeber kommt den Organisations- und Verfahrensregelungen des 12. RÄndStV mithin aller Voraussicht nach praktisch ausschlaggebende Bedeutung zu. Pointiert gesagt: Für die Praxis wird entscheidend sein, wessen Beurteilung der Sachlage und wessen Abwägungsentscheidung letztlich rechtlich nicht kontrolliert wird.”

Zu der zentralen Rolle des Entscheidungsträgers - gerade - im Rahmen des Drei-Stufen-Tests und entsprechenden Bedenken gegen die anstaltsinterne Gremienkontrolle, siehe näher Teil H. I. bis IV.

F. Die gegensätzlichen Positionen und Ansätze zur Verfahrensgestaltung

I. Die Ausgangslage: Multipolare Interessen drängten auf Berücksichtigung im RStV

Dem Beihilfe-Kompromiss sind im Hinblick auf die konkrete Verfahrensgestaltung lediglich Eckpunkte zu entnehmen. Die konkrete Verfahrensgestaltung war auf dieser Grundlage vom deutschen Rundfunkgesetzgeber, mithin von den Ländern, noch näher zu regeln.¹ Im Vorfeld und parallel zu den Beratungen der Ministerpräsidentenkonferenz entbrannte eine kontroverse Diskussion um die Frage, wie der Test konkret auszugestalten ist und wer als Entscheidungsträger für welche Schritte im Rahmen der Durchführung verantwortlich sein soll.² An der Diskussion beteiligten sich insbesondere die öffentlich-rechtlichen Anstalten, die privaten Rundfunkanbieter, die Verleger, die Vertreter der Internetwirtschaft und die Politik. ARD und ZDF preschten hierbei jeweils mit einem konkreten Vorschlag zur Verfahrensgestaltung vor.³ Der VPRT legte hierauf einen Gegenvorschlag vor⁴ und forderte die Berücksichtigung bestimmter Aspekte bei der staatsvertraglichen Ausgestaltung des Verfahrens, die er in den Vorschlägen von ARD und ZDF vermisste.

Die im Vorfeld der Verabschiedung des RÄndStV gemachten Vorschläge und Stellungnahmen hatten, auch aufgrund der nicht vorhandenen wissenschaftlichen Untermauerung des „Wie“ der konkreten Verfahrensgestaltung⁵, einen stark prägenden Einfluss auf die letztendliche staatsvertragliche Regelung des Verfahrens.⁶

Die Vielschichtigkeit auftragskonkretisierender Testverfahren an sich⁷, aber auch die Berücksichtigung der divergierenden (akteurs-) politischen Interessen und die Notwendigkeit kurzfristigen Handelns zur Umsetzung des Beihilfe-Kompromisses führten letztlich zu einer

¹ Vgl. hierzu Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg. Rn. (328) und (6); W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 10 ff., 27 ff.

² Die Vorschläge reichen hierbei von einer alleinigen Zuständigkeit der Gremien (hierfür bspw. ZDF, Beschluss Fernsehrats v. 07.12.2007, S. 5, Punkt 1.9. Danach war der Fernsehrat „ermächtigt“, auf externen Sachverstand zurückzugreifen.) über eine Zuständigkeit der Gremien mit Beteiligung von Experten (vgl. bspw. W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 3 f.; T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 366, 345 ff. m.w.N. auch zu anderen Ansätzen) bis zu einer Externalisierung (näher hierzu unten Teil. H. IV. m.w.N.)

³ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, S. 1 ff.; ARD, Verfahren im Falle der Gremienpflichtigkeit neuer oder wesentlich veränderter digitaler Gemeinschaftsangebote, S. 1 ff. sowie die diesbezüglichen „Erläuterungen“.

⁴ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil I und Teil II.

⁵ So wurde des Öfteren eine diesbezügliche „Theoriearmut“ beklagt. So etwa Kops/Sokoll/Bensiger, Rahmenbedingungen, S. 8; M. Stock, Reformbedarf, S. 20.

⁶ Sie stellt sich ganz offensichtlich als politisch motivierter Kompromiss dar.

⁷ Vgl. dazu die Übersicht zu den regulierungsrelevanten Problemen in Bezug auf den Drei-Stufen-Test unter Teil E. IV.

kompromisshaften⁸ und zugleich sehr komplexen staatsvertraglichen Regelung⁹, die sich auf mehrere, in sich verschachtelte Normen verteilt und zugleich noch durch die Anstalten mit Satzungen oder Richtlinien ergänzt werden muss.¹⁰ Um den Sinn und Zweck der nunmehr beschlossenen staatsvertraglichen Regelungen der §§ 11 ff. RStV, insbesondere in Bezug auf die *konkrete* Gestaltung des Drei-Stufen-Tests, (später) rechtlich näher beurteilen zu können¹¹, bedarf es eines kurzen Überblicks über die gegensätzlichen Positionen der öffentlich-rechtlichen Anstalten und der Privaten¹², die sich jeweils erheblich auf die staatsvertragliche Verfahrensgestaltung ausgewirkt haben.

II. Ansätze zur Einführung eines deutschen Prüfverfahrens im Vorfeld des 12. RÄndStV

Die Länder, denen die Kompetenz zum Erlass der staatsvertraglichen Regelungen zukam¹³, hatten sich, neben den Vorgaben aus dem Beihilfe-Kompromiss¹⁴, auch an verfassungsrechtlichen Vorgaben zu orientieren.¹⁵ Speziell aus dem Grundsatz der Staatsfreiheit, folgt allerdings auch, dass der auftragskonkretisierende Drei-Stufen-Test (i.w.S.) nicht bis ins Detail von den Ländern geregelt werden kann¹⁶ und somit auch den Anstalten eigene Kompetenzen zukommen müssen, um die staatsvertraglichen Regelungen zu ergänzen.¹⁷

Daher kam den Vorschlägen zur Verfahrensgestaltung von ARD, ZDF und VPRT einerseits eine Impulsfunktion bei der Erstellung der staatsvertraglichen Regelungen, sowie andererseits eine Indikatorfunktion im Hinblick auf die Bestimmung der Inhalte möglicher anstaltsinterner Entscheidungen der Anstalten im Rahmen des Drei-Stufen-Tests (etwa bzgl. der Aufgreifkriterien etc.) zu.

⁸ Vgl. etwa die kritischen Anmerkungen bei N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607 ff.).

⁹ Dies gilt zum einen für den Drei-Stufen-Test selbst (Allg. M. Vgl. etwa: C.-E. Eberle, ZDF- Jahrbuch 2008, S. 75) als auch für die weiteren staatsvertraglichen Regelungen in Bezug auf die Telemedien. Vgl. zu diesen die detaillierte Darstellung bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 82 ff.

¹⁰ Vgl. §§ 11 ff. RStV. Die Verpflichtung zur Ergänzung durch Satzungen ergibt sich aus § 11e Abs. 1 sowie aus § 11f 3 RStV.

¹¹ Näher dazu unten Teil H., insbesondere im Abschnitt V.

¹² Der Begriff soll hier auch den Pressesektor und die Internetwirtschaft mitumfassen.

¹³ Dies ergibt sich aus der allgemeinen rundfunkrechtlichen Kompetenz der Länder. Vgl. dazu nur: BVerfGE 12, 205 (std. Rspr.) Davon geht auch die Europäische Kommission aus: K (2007) 1761 endg., Rn. (6) und (328).

¹⁴ Zur Verpflichtung der Länder sich an die Vereinbarungen im Beihilfe-Kompromiss zu halten vgl. K.-E. Hain, Gutachten, S. 18.

¹⁵ K.-E. Hain, Gutachten, S. 17 f.; D. Dörr, in: epd medien (34/35) 2008, S. 3 (3).

¹⁶ Vgl. dazu etwa W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 3; D. Dörr, in: epd medien (34/35) 2008, S. 3 (3); K.-E. Hain, Gutachten, S. 69.

¹⁷ So kann es ggf. den Anstalten (freilich in einem gewissen Rahmen) selbst obliegen, die Kriterien festzulegen, nach denen ein Test überhaupt durchzuführen ist. Vgl. W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 30, der insofern auch von einer „Aufgreifschwelle“ spricht.

III. Der Vorschlag des ZDF

Der Fernsehrat des ZDF hatte schon am 07. Dezember 2007, mithin rund eineinhalb Jahre vor Inkrafttreten des 12. RÄndStV, die probeweise Einführung des Drei-Stufen-Tests für das ZDF beschlossen.¹⁸ Das Testverfahren des ZDF sollte sich danach auf die Einführung von neuen oder veränderten Digitalangeboten sowie auf neue oder veränderte Telemedienangebote beziehen.¹⁹ Gegenstand des Verfahrens sollten die Digitalkanäle des ZDF (ZDFinfo, ZDF dokukanal und der ZDF-Theaterkanal) sowie die Telemedienangebote (inkl. der mobilen Dienste) sein.²⁰ Zu den Telemedienangeboten des ZDF rechnete der Fernsehrat auch die Telemedienangebote der gemeinsam mit der ARD²¹ veranstalteten Programme wie Phoenix, Kinderkanal und 3sat.²² Dagegen sollte das Onlineangebot von ARTE, wegen des besonderen deutsch-französischen Statusses des Senders, nicht Gegenstand des Drei-Stufen-Tests sein.²³

1. Erforderlichkeit der Durchführung des Prüfverfahrens / sog. Aufgreifkriterien

Wie beim Public Value Test, stellte sich auch beim Drei-Stufen-Test des ZDF vorab zunächst die Frage, wann qualitativ und quantitativ ein neues oder geändertes Angebot vorliegt, das es erfordert, das Testverfahren (überhaupt) durchzuführen.²⁴ Der Drei-Stufen-Test sollte nach dem Modell des ZDF nur auf gesamtheitlich zusammengestellte Kanäle oder Dienste Anwendung finden.²⁵ In dem Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007 wurde dazu bzgl. der Telemedienangebote ausgeführt, dass ein gesamtheitlich zusammengestellter Dienst

¹⁸ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 1. Das ZDF sprach insofern von einer „Vorwegumsetzung“ des Drei-Stufen-Tests. Dies dürfte sich auf den Umstand beziehen, dass das Testverfahren schon vor der staatsvertraglichen Festlegung - übergangsweise - Anwendung finden sollte. Vgl. zu dem Verfahrensvorschlag des ZDF auch R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 37. Mittlerweile liegt eine neue Version des Verfahrens vor, die die Regelungen des 12. RÄndStV berücksichtigt. Vgl. Beschluß des Fernsehrats vom 12.12.2008.

¹⁹ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 1 und 2.

²⁰ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 2, Punkt I.1.

²¹ Die in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten haben in etwa zeitgleich ebenfalls einen Verfahrensvorschlag entwickelt. Vgl. ARD: „Verfahren im Falle der Gremienpflichtigkeit neuer oder wesentlich veränderter digitaler Gemeinschaftsangebote“ sowie die diesbezüglichen „Erläuterungen“. Der Vorschlag ähnelt dem des ZDF sehr stark, so dass auf ihn nicht gesondert eingegangen werden soll. Abweichungen ggü. dem Vorschlag des ZDF resultieren im Wesentlichen aus der föderalen Struktur der ARD, haben aber keine Auswirkungen auf die auftragskonkretisierende Kapazität des Verfahrens. Die später in Bezug auf den Verfahrensvorschlag des ZDF vorgenommene Bewertung kann auf den Vorschlag der ARD übertragen werden. Zu beachten ist, dass die Situation bei der ARD eher noch ungünstiger ist als bei dem ZDF, da es an einem einheitlichen Kontrollorgan für die ARD-Gemeinschaftsangebote fehlt. Die GVK ist für diese Aufgabe schon mangels klarer Funktionen und Kompetenzen (gänzlich) ungeeignet. Vgl. hierzu auch die deutliche Kritik bei K.-H. Ladeur, Stellungnahme d. VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 36.

²² ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 2. Punkt I.1. Es war dabei beabsichtigt, die jeweilige Zuständigkeit nach dem Federführungsprinzip zuzuweisen, wonach der ZDF-F Fernsehrat dann für die Telemedienangebote von Phoenix und 3sat zuständig wäre.

²³ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 2. Punkt I.1.

²⁴ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in FK (49) 2007, S. 3 (10); vgl. auch allg. W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 30.

²⁵ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in FK (49) 2007, S. 3 (10).

vorliege, wenn es sich bei dem Angebot um eine Gesamtkomposition von Texten, Bildern, Bewegtbildern und interaktiven Anwendungen handelt.²⁶ Dagegen sollte der Drei-Stufen-Test Einzelelemente in den Telemedienangeboten keine Anwendung finden.²⁷ Für die Entscheidung über die Frage der Erforderlichkeit im Einzelfall, erstellte der Fernsehrat Entscheidungskriterien, die in der diesbezüglichen Diskussion auch als „Aufgreifkriterien“ bezeichnet wurden.²⁸ Der Fernsehrat differenzierte diesbezüglich nach neuen Angeboten einerseits und geänderten Angeboten andererseits und ging dabei davon aus, dass sich im Falle von digitalen Fernsehprogrammen problemlos bestimmen lasse, wann ein neues Programm vorliegt, wogegen dies bei Telemedienangeboten aufgrund ihrer nicht-linearen Struktur nicht ohne weiteres möglich sei.²⁹ Bzgl. der Telemedienangebote sah das Modell des ZDF daher vor, für die Entscheidung dieser Frage den Angebotskonzepten eine besondere Bedeutung beizumessen. Diese sollten danach auch verdeutlichen, welche Gesamtheit von Texten, Bildern, Bewegtbildern (Portal) und interaktiven Anwendungen jeweils ein Angebot im Sinne des Drei-Stufen-Tests darstellt.³⁰ Der Fernsehrat ging im Anschluss daran davon aus, dass ein zusätzliches Portal ein neues Angebot darstelle, für das dann der Drei-Stufen-Test Anwendung anzuwenden sei.³¹

Für ein geändertes Angebot nahm der Fernsehrat an, dass die Bestimmung der Erforderlichkeit des Drei-Stufen-Test nicht anhand eines einzelnen Kriteriums entschieden werden könne, vielmehr sei die Prüfung der Erforderlichkeit der Durchführung des Tests bei geänderten Angeboten anhand einer Abwägung in der Gesamtschau vorzunehmen³² und müsse sich auf die „Positionierung eines Angebots im publizistischen Wettbewerb“ beziehen.³³

²⁶ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 2, Punkt I.2.

²⁷ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 2 f., Punkt I.2.

²⁸ Vgl. etwa das Schreiben der ARD-Geschäftsführung an den Vorsitzenden der Rundfunkkommission vom 6. Dezember 2007, S. 1f.

²⁹ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 3, Punkt I.3.

³⁰ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 3, Punkt I.3.

³¹ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 3, Punkt I.3.

³² Der Beschluss sieht vor, dass dafür eine „Art Abgleich mit den Programm- und Angebotskonzepten der vorbestehenden Programme und Dienste“ vorgenommen werden soll. Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 3, Punkt I.4.

³³ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 3, Punkt I.4.

Der Fernsehrat stellte dafür in dem Beschluss vom 07.12.2007 eine Liste mit fünf „positiven“³⁴ und sieben „negativen“ Kriterien auf.³⁵ Bei alternativem Vorliegen eines der fünf positiven Kriterien³⁶ soll der Drei-Stufen-Test angesetzt werden.³⁷ Bei Vorliegen der negativen Kriterien werde dagegen indiziert, dass ein Drei-Stufen-Test nicht durchzuführen ist.³⁸

2. Verfahrensablauf

Für den Fall, dass sich anhand dieser Kriterien die Durchführung eines Drei-Stufen-Tests als erforderlich erweisen sollte, sah der Beschluss als Beginn des Verfahrens vor, dass der Intendant für das Angebot eine Projektbeschreibung erstellt, die sich in ihrem Aufbau an den Kriterien des Drei-Stufen-Tests orientiert.³⁹

³⁴ Diese fünf positiven Kriterien sind (in verkürzter Darstellung):

- (1) Grundlegende inhaltliche Ausrichtung des Programms oder Angebots.
- (2) Grundlegende Änderung der intendierten Zielgruppe, soweit diese mit einer thematisch-inhaltlichen Änderung des Angebots einhergeht.
- (3) Substantielle Änderung der Programmmischung/-bestandteile.
- (4) Änderungen der Verbreitungswege, es sei denn, es liegt eine zeitgleiche, vollständige und unveränderte (lineare) Ausstrahlung von Fernsehprogrammen vor.
- (5) Wesentliche Änderung der Kosten und/oder der Leistungsartenstruktur der Programmerstellung für ein Programm oder Telemedienangebot, wenn diese im Zusammenhang mit inhaltlichen Änderungen des Gesamtangebots steht.

³⁵ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (10).

³⁶ Diese Kriterien müssen nur alternativ vorliegen, wie sich aus der Formulierung „eines der nachstehenden konstitutiven Elemente“ ergibt. Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 3, Punkt I.4.

³⁷ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (10).

³⁸ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 4, Punkt I.4. Die Liste der sieben Negativ-Kriterien umfasst (im Auszug):

- (1) Veränderung o. Neueinführung einzelner Sendungen oder Serien, Weiterentwicklung einzelner Formate,
- (2) bei Digitalprogrammen: Modifikationen des Sendeschemas ohne Auswirkungen auf die Grundausrichtung des Kanals,
- (3) Veränderungen d. Designs ohne direkte Auswirkungen auf d. Inhalte des betr. Programms o. Angebots,
- (4) technische Weiterentwicklungen bereits bestehender (Verbreitungs-) Plattformen,
- (5) Weiterentwicklung oder Änderung aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen (z. B. Barrierefreiheit),
- (6) Änderungen im Bereich der programmbegleitenden Telemedienangebote, die auf Änderungen des zu begleitenden Fernsehprogramms beruhen,
- (7) Vorliegen einer zeitlichen Beschränkung (z. B. im Rahmen eines Testbetriebs o.ä.).

³⁹ ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 4, Punkt I.5.

Das Verfahren sah weiter vor, dass diese Projektbeschreibung veröffentlicht wird, um Dritten die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.⁴⁰ Dritte sollten dann, für die Dauer von drei Wochen, Gelegenheit zur Stellungnahme zu den marktlichen Auswirkungen des geplanten Vorhabens erhalten.⁴¹

Auf der Basis der auf diese Weise gesammelten Informationen und Eingaben sowie der Projektbeschreibung sollte der Intendant dann eine Entscheidungs-Vorlage zu dem betreffenden Projekt erstellen und diese an den Fernsehrat übersenden. Gegenstand der Vorlage sollte ein Bericht über die erhaltenen Eingaben zu den marktlichen Auswirkungen sowie ggf. eine diesbezügliche Stellungnahme des Intendanten sein.⁴² Auf dieser Grundlage sollte dann der Fernsehrat über den Änderungsvorschlag beraten und entscheiden.⁴³ Abschließend sah das Modell vor, dass die vom Fernsehrat genehmigten Projektbeschreibungen der Rechtsaufsicht vorgelegt werden.⁴⁴ Diese sollte prüfen, ob das geplante Angebot unter den öffentlichen Auftrag fällt und ob das Testverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde.⁴⁵

IV. Kritik und Bewertung des Modells des ZDF

1. Ähnlichkeiten und Abweichungen ggü. dem Public Value Test

Bei Betrachtung des Modells des ZDF fallen zunächst gewisse strukturelle Ähnlichkeiten hinsichtlich des Testablaufs gegenüber dem Public Value Test auf: So wird ein Vorschlag des Exekutivorgans einem Entscheidungsgremium vorgelegt, für das sich zunächst die Frage stellt, ob die Durchführung des Testverfahrens erforderlich ist (Aufgreifproblematik).⁴⁶ Für den Fall, dass die Durchführung des Tests als erforderlich angesehen wird, erfolgen die Veröffentlichung des Antragsgegenstandes und es werden Stellungnahmen Dritter, auch zu

⁴⁰ Die Veröffentlichung sollte über das Telemedienangebot des ZDF erfolgen und durch eine zusätzliche Pressemitteilung begleitet werden Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 4, Punkt I.6.

⁴¹ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 4f., Punkt I.7. H.G. Bauer/A. Bienefeld gehen diesbezüglich von zehn Werktagen aus, vgl. dies, in FK (49) 2007, S. 3 (10). Der Beschluss sieht vor, dass die Stellungnahmen per E-Mail übermittelt werden müssen. Als Adressat ist der Vorsitzende des Fernsehrates vorgesehen, der die Eingaben zum einen an den Intendanten zur Stellungnahme weiterleitet und diese zum anderen dem Fernsehrat „in geeigneter Form“ (auf dessen Wunsch in vollem Wortlaut) zugänglich macht.

⁴² Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 5, Punkt I.8.

⁴³ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 5, Punkt I.9. Dabei ist d. Fernsehrat zwecks Entscheidung bzgl. der marktlichen Auswirkungen auch ermächtigt, auf externen Sachverstand zurückzugreifen.

⁴⁴ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 5, Punkt I.10.

⁴⁵ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (11).

⁴⁶ Vgl. für das Modell der BBC oben Teil C. II. 3. c. und für das ZDF oben Teil F. III. 1.

marktlichen Auswirkungen eingeholt.⁴⁷ Sodann erfolgt eine abwägende Entscheidung anhand bestimmter Prüfungskriterien durch das Entscheidungsgremium.⁴⁸

Diesen Gemeinsamkeiten stehen zugleich auch erhebliche Abweichungen gegenüber: So erfolgt etwa im Rahmen des Public Value Tests die Entscheidung unter Einbeziehung eines externen Gremiums (Ofcom), das selber mit dem Market Impact Assessment (MIA) einen (gewichtigen) abwägungserheblichen Bestandteil in den Entscheidungsprozess einbringt.⁴⁹ Eine dem Public Value Assessment (PVA) vergleichbare Bewertung, respektive eine diesbezügliche Erhebung, ist in dem Modell des ZDF nicht vorgesehen. Überdies finden beim Public Value Test gedoppelte Anhörungsrunden und umfangreichere Befragungen statt.⁵⁰ Im Hinblick auf die Beteiligung Dritter sind im Modell des ZDF beispielsweise weder eine ausdrückliche Aufforderung zur Stellungnahme, noch ein Fragenkatalog als Leitfaden vorgesehen.⁵¹ Das Verfahren der BBC ist gegenüber dem des ZDF über die regelmäßige Veröffentlichung von Abschnitts- und Zwischenergebnissen⁵² auch deutlich transparenter ausgestaltet.

Auch bzgl. der Abwägungsentscheidung gibt es beim Public Value Test eine gegenüber dem Modell des ZDF abweichende Vorrangregelung: Beim Public Value Test muss der „public value“ des neuen bzw. geänderten Angebots dessen (prinzipiell als gleichgewichtig angesehenen) Markteinfluss, überwiegen.⁵³ Das Modell des ZDF geht dagegen vom grundsätzlichen Vorrang des publizistischen Wettbewerbs aus, so dass die marktlichen Auswirkungen in der Abwägung zwar berücksichtigt werden⁵⁴, dabei aber nicht als gleichrangig zu einem publizistischen Mehrwert als öffentlichem Nutzen des neuen oder geänderten Angebots für den Bürger gesehen werden.⁵⁵ Es handelt sich daher um nicht unerhebliche Abweichungen gegenüber dem Modell des Public Value Test, so dass sich im Weiteren die Frage stellt, ob die Abweichungen einer angestrebten maßstabergänzenden und damit auftragskonkretisierenden Kapazität des Drei-Stufen-Tests womöglich abträglich sind.

⁴⁷ Vgl. für das Modell der BBC oben Teil C. II. 3. d. und für das ZDF oben Teil F. III. 2.

⁴⁸ Vgl. für das Modell der BBC oben Teil C. II. 2. und 3. e. sowie für das ZDF oben Teil F. III. 2.

⁴⁹ Vgl. oben Teil C. II. 2.

⁵⁰ Vgl. etwa Teil C. II. 3. d. aa.

⁵¹ Feststellung nach H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (10).

⁵² Vgl. oben Teil C. II. 2.

⁵³ Vgl. oben Teil C. II. 3. e.

⁵⁴ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehates vom 07.12.2007, Seite 7.

⁵⁵ Der Beschluss sieht zwar vor, dass der Fernsehrat die möglichen marktlichen Auswirkungen des geplanten Vorhabens „als Abwägungsgesichtspunkt bei seiner Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens berücksichtigen“ wird. In welcher Form, mit welchen Kriterien und welcher Gewichtung das Ergebnis der marktlichen Auswirkungen in die (Abwägungs-) Entscheidung einfließt, bleibt indes unklar.

2. Begründung des ZDF

Der ZDF-Fernsehrat begründete im Rahmen seines Beschlusses vom 07. Dezember 2007 die Abweichungen seines Modells gegenüber dem BBC-Modell damit, dass im Zuge der Ausformung der Modalitäten die wesentlichen Strukturprinzipien der deutschen Rundfunkordnung zu beachten seien, finanzieller und organisatorischer Aufwand in Grenzen gehalten werden müssten und das ZDF auch in der Lage bleiben müsse, flexibel auf das programmlich und publizistisch Erforderliche zu reagieren.⁵⁶ Die gegenüber dem Public Value Test zurückhaltende Berücksichtigung der Interessen Dritter und der marktlichen Auswirkungen wird im Weiteren damit begründet, dass der Drei-Stufen-Test die Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks „unberührt“ lasse.⁵⁷ Innerhalb des Drei-Stufen-Tests sei es nicht geboten, ein „Marktversagen“ festzustellen, das die Notwendigkeit eines weiteren (Informations-) Angebots erforderlich macht, denn die Einbeziehung des Fernsehrates solle kein Instrument sein, publizistischen Wettbewerb zu reduzieren oder auszuschließen.⁵⁸

3. Kritik des VPRT zum Modell des ZDF

Der VPRT wertete den Vorschlag des ZDF in seiner diesbezüglichen Stellungnahme vom 07.12.2007 als eine „erste Diskussionsgrundlage“ und kritisierte zugleich, dass sich der Vorschlag zu der Bedeutung der Stellungnahmen Dritter weitestgehend ausschweige, diese sollten nach ZDF-Modell zwar angehört werden, aber nicht die Rechte eines Verfahrensbeteiligten zugesprochen bekommen.⁵⁹ Zudem lasse der Vorschlag offen, wer letztlich die Entscheidung über die neuen Angebote treffen soll. Diese könne „sicherlich nicht“ der Fernsehrat als internes Gremium des ZDF treffen, sondern diese müsse vielmehr durch die Rechtsaufsicht erfolgen. Es müsse in diesem Zusammenhang über die Einrichtung einer unabhängigen Instanz nachgedacht werden. Überdies lasse der Beschluss völlig offen, wie die Überprüfung der bereits angelaufenen neuen öffentlich-rechtlichen Angebote, wie die ZDF-Mediathek, zu beurteilen seien. Für diese bedürfe es zunächst einmal einer konkreten Rechtsgrundlage bzw. Auftragsdefinition.⁶⁰

⁵⁶ Zusammengefasste Darstellung der Begründung des Beschlusses des ZDF-Fernsehrrates vom 07.12.2007. Siehe dort Seiten 7 und 8. Auf die Begründung wird im Rahmen der Bewertung des Modells noch näher eingegangen.

⁵⁷ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrrates vom 07.12.2007, Seite 8.

⁵⁸ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrrates vom 07.12.2007, Seite 8.

⁵⁹ Stellungnahme des VPRT zum ZDF-Modell, Seite (1/1).

⁶⁰ Ebenda.

Im Rahmen der Vorstellung seines eigenen Verfahrensvorschlags am 19.03.2008 ergänzte der VPRT seine Kritik dahingehend, dass das Verfahren in allen entscheidenden Schritten transparenter auszugestalten sei⁶¹ sowie dass alle betroffenen gesellschaftlichen Gruppen und die Wirtschaft in das Verfahren einzubeziehen seien und ihnen verbindliche Verfahrensrechte eingeräumt werden müssten.⁶² Auch dürfe das Anhörungsrecht nicht auf die wirtschaftlichen Auswirkungen beschränkt werden⁶³ und es bedürfe der Einbindung von unabhängigem Sachverstand/Experten⁶⁴ sowie der Gewährung des Zugangs der Verfahrensbeteiligten zu relevanten Unterlagen.⁶⁵ Im Übrigen müssten die Entscheidungen der Gremien mit Begründung veröffentlicht werden.⁶⁶

4. Die Bewertung des Modells des ZDF durch H.G. Bauer / A. Bienefeld

In der Literatur findet sich eine Bewertung des Ansatzes des ZDF durch H.G. Bauer / A. Bienefeld, die im Ergebnis Zweifel an dessen Vereinbarkeit mit den europarechtlichen Vorgaben äußern. So heißt es dort: „Ob der Drei-Stufen-Test des ZDF in der Form, wie er jetzt geplant ist, den Vorgaben der EU-Kommission überhaupt Rechnung trägt, wird davon abhängen, wie präzise die Angebotskonzepte der Intendanz den jeweiligen Vorschlag beschreiben und inwiefern der Fernsehrat und die Rechtsaufsicht marktrelevante Hintergrundinformationen in ihre Entscheidung einbeziehen. Nach den Erfahrungen mit dem Public Value Test in Großbritannien zu urteilen, wird das ZDF mit seinem derzeitigen Entwurf dem Maßstab der dort gesetzt ist, aber nicht gerecht.“⁶⁷ Wenn diese Bewertung von H.G. Bauer/A. Bienefeld so verstanden werden soll, dass der (britische) Public Value Test gewissermaßen pauschal als Maßstab für die (deutschen) Ausgestaltungsanforderungen an den Drei-Stufen-Test anzulegen ist, so begegnet diese Bewertung insofern Bedenken, als dass in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland deutlich verschiedene rechtliche Rahmenbedingungen vorliegen, die auch die (jeweiligen) Anforderungen an ein solches Testverfahren bestimmen.⁶⁸ Der (britische) Public Value Test ist daher nicht (wie der Bewertungsansatz von H.G. Bauer/A. Bienefeld aber vermittelt) der Maßstab für den

⁶¹ Pressemitteilung des VPRT bzgl. dessen Vorschlags zur Umsetzung des Drei-Stufen-Tests, Seite (1/1).

⁶² VPRT, Verfahrensvorschlag Teil I, Seite (3/5).

⁶³ VPRT, Verfahrensvorschlag Teil I, Seite (2/5).

⁶⁴ VPRT, Verfahrensvorschlag Teil I, Seite (2/5).

⁶⁵ VPRT, Verfahrensvorschlag Teil I, Seite (5/5).

⁶⁶ Ebenda.

⁶⁷ H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (11).

⁶⁸ Vgl. oben Teil C. I. und Teil E. II. Vgl. auch W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 45: „schon aus verfassungsrechtlichen Gründen spezifisch deutscher Weg (..) zu finden“.

(deutschen) Drei-Stufen-Test; gleichwohl kann er aber für Vergleiche herangezogen werden und dabei auch wertvolle Anregungen für die Gestaltung des Drei-Stufen-Tests liefern.⁶⁹

5. Eigene Bewertung

a. Ausgangspunkt: Der Drei-Stufen-Test als Prozess (der Auftragskonkretisierung)

Ausgangspunkt für eine sachgerechten Bewertung aller Verfahrensvorschläge zur Auftragskonkretisierung muss die produktive bzw. prozedurale Kapazität des Verfahrens im Sinne der Erreichung einer Maßstabergänzung sein. Nur über die Etablierung eines Verfahrens, das sicherstellt, dass (möglichst) alle abwägungserheblichen Belange der betroffenen Akteure auch ermittelt werden, werden die für die letztendliche Abwägung benötigten Maßstäbe hinreichend ergänzt.⁷⁰ Erst über diese Abwägung kommt es zu einer Entscheidung über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit eines Angebots und damit zu einer Auftragskonkretisierung.⁷¹ Was Gegenstand des Auftrags ist, steht somit vor Durchführung des Verfahrens, wenn man so will, gar nicht fest.⁷² Dies wird erst über den Prozess der Durchführung des Drei-Stufen-Tests ermittelt.⁷³

Um eine problemangemessene Konkretisierung als Ergebnis zu erhalten, ist in diesem Prozess die Berücksichtigung (möglichst) aller abwägungserheblichen Belange erforderlich.⁷⁴ Im Rahmen der Abwägung⁷⁵ sind dann die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Rundfunkfreiheit für die richtige Gewichtung der abwägungserheblichen Belange maßgeblich.⁷⁶

⁶⁹ Vgl. B. Peters, K&R 1/2009, S. 26 (29).

⁷⁰ Vgl. zu dieser Ergänzung der Maßstäbe schon oben Teil D. II. 1. e. Zu dieser Ergänzung der Entscheidungsmaßstäbe ist auch die Hinzuziehung externen Sachverständigen zu rechnen. Vgl. auch W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess einer Begründung, S. 36: „externen Sachverständigen einbeziehen und damit die Entscheidungsgrundlage verbreitern.“

⁷¹ K.-E. Hain, Gutachten, S. 70 beschreibt dies zutreffend als eine „komplexe Gesamtabwägung, die zur Konkretisierung des Telemedienauftrags in materieller Hinsicht führt.“

⁷² Dies gilt grundsätzlich für die letztendlichen Entscheidungen bei finaler Programmierung (Darin liegt in gewisser Weise auch gerade der Sinn finaler Programmierung). Vgl. allg. hierzu: Büdenbender/von Heinegg/Rosin, Energierecht, S. 213: „Diese Struktur [finaler Normen] bedeutet zum einen, daß das Ergebnis des jeweiligen Entscheidungsprozesses von Anfang an immer offen ist.“

⁷³ In diesem Sinne auch W. Schulz der insofern von „Begründung“ spricht. Vgl. ders., Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 28 ff. Dort heißt es auf S. 29: „>>Begründen<< ist hier in allen Bedeutungsgehalten zu verstehen, die die deutsche Sprache mit dem Begriff konnotiert.“ Dies wird hier für eine zutreffende Beschreibung gehalten, wobei als wesentlicher Aspekt hierbei angesehen wird, dass der Auftrag/Aufgabenbereich (im Online-Bereich) über das Gesamt-Verfahren erst ermittelt (ergründet) und darüber zugleich auch (als quasi neu festgestellter Aufgaben-/Auftragsbereich) begründet (festgestellt/festgelegt einerseits und argumentativ abgestützt andererseits) wird.

⁷⁴ Vgl. oben Teil E. II. 2. e.

⁷⁵ Zum Abwägungscharakter der Entscheidung im Drei-Stufen-Test vgl. etwa d. Begründung d. 12. RÄndStV, Seite 23, Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 491; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7); K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888); R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 14, 34, 66 sowie die weiteren Nachweise oben in Teil E. III. 2.e.

⁷⁶ Zu den diesbezüglichen Details siehe näher unten Teil H. IV. 1. e.

Das Bundesverfassungsgericht geht insofern *bzgl. des klassischen Rundfunks*⁷⁷ (in ständiger Rechtsprechung) von einem grundsätzlichen Vorrang des publizistischen Wettbewerbs vor dem ökonomischen aus.⁷⁸ Grundsätzlich andere Prinzipien gelten dagegen für die Pressefreiheit.⁷⁹ So trennscharf damit der Bruch der Grundrechtsregime zwischen Rundfunkfreiheit einerseits und Pressefreiheit andererseits auf verfassungsrechtlicher Ebene theoretisch sein mag, desto schwieriger gestaltet sich, vor dem Hintergrund des Zusammenrückens der Kommunikate, die praktische (einfach-gesetzliche) Einordnung der Telemedien. So umfasst zwar, nach hier zugrundegelegtem Verständnis, der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff auch den Bereich der Telemedien.⁸⁰ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist aufgrund der Bestands- und Entwicklungsgarantie auch nicht generell auf das Angebot klassischen Rundfunks (in klassischer Verbreitungsweise) beschränkt⁸¹, so dass grundsätzlich auch das Angebot von Telemedien von dessen Auftrag umfasst sein kann.⁸² Telemedien werden zugleich aber mit gleichen oder sehr ähnlichen Inhalten auch von den (für die freie Meinungsbildung ebenso relevanten) Unternehmen des Pressesektors bzw. Internetdienstleistern angeboten.⁸³ Wegen eben dieser Grundrechtsbetroffenheit „Dritter“, die selbst einen ganz gewichtigen Beitrag zu gerade dem (gleichen) Gewährleistungsziel auch der Anstaltstätigkeit, der freien Meinungsbildung, erbringen, ist auch die Inblicknahme der Interessen der Dritten bei der Regulierung der Telemedien, die nun einmal unumkehrbar „von beiden Seiten“ bestückt werden, erforderlich. Demgemäß ist es, eben wegen der Unterschiedlichkeit der Regulierungsregime und vor allem der entsprechend differierenden Finanzierungssysteme auch unabdingbar, klar abzugrenzen, ob ein bestimmtes Angebot dem Auftrag(-sbereich) der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zuzurechnen ist und damit der Gebührenfinanzierung unterliegt, oder, ob es auch anders funktionsgerecht erbracht werden kann.

⁷⁷ Vgl. zur Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen der „besonderen Situation“ im klassischen Rundfunk einerseits und dem Bereich der Telemedien andererseits unten Teil H. IV. 1. e. aa.

⁷⁸ Deutlich etwa BVerfGE 97, 228 (268). Als Grund hierfür sieht das Bundesverfassungsgericht die dem Privatfunk immanente Tendenz zur Vielfaltverengung (Vgl. BVerfGE, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 117). Daher geht es davon aus, dass vorrangige Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist, die unerlässliche Grundversorgung zu erbringen, während den Privaten insofern nur eine Ergänzungsfunktion zukommt. S. auch oben Teil B. III. 2.

⁷⁹ Vgl. dazu bspw. F. Fechner, Medienrecht, S. 252, Rn. 872; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (602).

⁸⁰ S. oben Teil A. Fn. 4 u. T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 51 ff., S. 85 ff.

⁸¹ Vgl. auch BVerfGE, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 123. Vgl. auch T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 234 f., sowie die Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 15 f.

⁸² Vgl. T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 34 ff.

⁸³ Vgl. dazu etwa die Stellungnahme des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft e.V., S. 1 ff. und die Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 16; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (602 f.).

Hierzu ist folgendes in den Blick zu nehmen: Die Rundfunkfreiheit umfasst mit den Elementen des klassischen Rundfunks und den Telemedien (die ihrerseits danach unterschieden werden können, ob sie journalistisch-redaktionell gestaltet sind oder nicht⁸⁴) zwei (einfachgesetzlich) unterschiedene Angebotsformen. Die einfachgesetzliche Zuordnung eines konkreten Angebots zu diesen Angebotsformen erfolgt nach dessen Gefährdungspotential für die freie Meinungsbildung.⁸⁵ Der (umfassenden) Rundfunkfreiheit steht damit auf einfachgesetzlicher Ebene ein (nach deren Gefährdung) abgestuftes Regelungssystem gegenüber.⁸⁶

Dies hat seinen Grund darin, dass es richtigerweise auf einfachgesetzlicher Ebene darum gehen muss, entsprechend des Gefährdungspotentials des jeweiligen Kommunikats für die freie öffentliche und private Meinungsbildung, ein angepasstes, der Gefährdung entsprechend abgestuftes Absicherungssystem (für die über Ausgestaltung zu sichernde Rundfunkfreiheit bzw. deren Ziel, die Gewährleistung der freien Meinungsbildung) zu entwerfen.⁸⁷ Ein solches abgestuftes Regelungssystem gibt es für den Bereich der Presse in der Form nicht.⁸⁸ Da sich nun die Kommunikate sowohl der öffentlich-rechtlichen Anstalten, als auch der Pressekonzerne im Bereich der Telemedien immer mehr annähern bzw. häufig schon (ohne öffentlich-rechtliches Zutun) austauschbar auf dem Markt vorhanden sind, ist es erforderlich (geworden), klar zuordnen zu können, ob, und wenn ja, welche Telemedien-Angebote ein so hohes Gefährdungspotential für die öffentliche und private Meinungsbildung haben, dass ihre Zurechnung zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gerechtfertigt ist⁸⁹, und welche nicht.

⁸⁴ Vgl. § 54 RStV. Zum Begriff „journalistisch-redaktionell“ vgl. T. Held, in: Hahn/Vesting, RStV, § 54, Rn. 38 ff.; B. Korte, Das Recht auf Gegendarstellung, S. 97 ff.

⁸⁵ Näher zum Ganzen unten Teil H. IV. 1. e. aa.

⁸⁶ Vgl. T. Miserre, Rundfunk, S. 103 ff., S. 112 u. S. 152 f.; W. Hoffmann-Riem, Pay-TV, S. 51; H. Gersdorf, Rundfunkbegriff, S. 149 ff.; Dittmann, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, S. 32 ff.; vgl. auch D. Jarras, in: Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 46 sowie speziell bzgl. der Telemedien-Dienste: K.H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 111, Rn. 79; K.-E. Hain, Gutachten, S. 35.

⁸⁷ Vgl. T. Held, Online-Dienste öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 85 f.; K.-E. Hain, Gutachten, S. 35.

⁸⁸ Dies hat seinen Grund ganz offensichtlich darin, dass d. Bundesverfassungsgericht, für den Bereich d. Presse, den (einzelnen) Angeboten keine so „besondere“ Bedeutung beimisst, wie dies beim klassischen Rundfunk der Fall ist. Dies ist insoweit auch zutreffend: Die charakteristischen Merkmale der Meinungsbildungsrelevanz „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ sind je für sich und auch insgesamt bei den (einzelnen) Angeboten der klassischen Presse nicht so ausgeprägt, wie beim klassischen Rundfunk. Näher dazu sogleich im Text und unter Teil H. IV. 1. e. aa. (1).

⁸⁹ Klar festzustellen ist, dass das Bundesverfassungsgericht neben einem hohen Gefährdungspotential (des klassischen Rundfunks) für die freie Meinungsbildung, als weiterem Aspekt auch auf die Gefahr eines Marktversagens abstellt. In Ansehung der Vielgestaltigkeit der Internet-Angebote wird hier (anders im - insofern homogenen - klassischen Rundfunk) jeweils nach den konkreten Angeboten zu differenzieren sein. Vgl. zum Ganzen näher Teil H. IV. 1.e. aa.

An diesem Punkt setzt das prozedurale Konzept des Drei-Stufen-Tests⁹⁰ an: Ihm kommt die Aufgabe zu, die für eine solche Entscheidung relevanten Informationen zu identifizieren und entsprechende Abwägungsmaßstäbe zu generieren.⁹¹ Der Rundfunk-Gesetzgeber muss sich hier also schon deshalb eines solchen prozeduralen Verfahrens, wie des Drei-Stufen-Tests, bedienen, weil er selber - gerade vor dem Hintergrund der rasch voranschreitenden, vielgestaltigen Entwicklung - nicht über ein ausreichendes Regulierungswissen verfügt und auch nicht verfügen kann.⁹² Dagegen kann die Durchführung eines entsprechend ausgestalteten Verfahrens die relevanten Informationen generieren und so das erforderliche Regulierungswissen aufbauen. Nur im Rahmen der darüber gewährleisteten Berücksichtigung (möglichst) aller abwägungserheblichen Belange - also auch solcher, die den Belangen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entgegenstehen, wie etwa die Interessen der Privaten⁹³ und der privaten Telemedien-Dienstleister⁹⁴ und die der Gebührenzahler⁹⁵ - lässt sich für die jeweilige Angebotsform jeweils eine angemessene Entscheidung erzielen. So wird der „Vorrang des publizistischen Wettbewerbs“ (als Ausdruck der Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sich eines bestimmten Angebots anzunehmen) etwa (spätestens) dort seine Grenze finden, wo die Meinungsbildungsrelevanz eines geplanten Angebots gering ist.⁹⁶ Dies gilt umso mehr, wenn mit dem Angebot zugleich erhebliche Kosten verbunden sind oder das Angebot in gleicher oder sonst (objektiv betrachtet) austauschbarer Weise bereits am Markt ist.⁹⁷

⁹⁰ Zur Einordnung des Drei-Stufen-Tests als prozedurales Instrument siehe auch K.-E. Hain, Gutachten, S. 18 u. 21 Fn. 52; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (602 ff.); DLM, Positionspapier, S. 2.

⁹¹ Vgl. dazu oben Teil E. III. 2. e. und z.B. T. Schmid/ P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4).

⁹² Zur Begegnung des Mangels an Regulierungswissen durch Prozeduralisierung des Rechts: Teil D. II. 2.

⁹³ Vgl. jüngst BVerfG, Urt. v. 12.03.2008, 2 BvF 4/03, Rn. 113: „Zu diesen von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Interessen zählen auch die rundfunkrechtlichen Positionen (..) anderer Gruppen, die Rundfunk veranstalten. Denn das Grundrecht der Rundfunkfreiheit steht sowohl objektiv-rechtlich als auch subjektiv-rechtlich im Dienst der Grundrechtssicherung und gibt seinem Träger jedenfalls einen Anspruch darauf, dass bei der Auslegung und Anwendung seine Position als Träger des Grundrechts hinreichend beachtet wird.“

⁹⁴ Auch solcher, die keine wirtschaftlichen Interessen verfolgen. Vgl. nunmehr auch § 11f Abs. 4 S. 3 RStV.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 90, 60 (61), bzgl. der Schutzwürdigkeit der Gebührenzahler heißt es dort im 5. Leitsatz: „Der so überprüfte Bedarf der Rundfunkanstalten darf bei der Gebührenfestsetzung nur aus Gründen unterschritten werden, die vor der Rundfunkfreiheit Bestand haben. Dazu gehören namentlich die Interessen der Gebührenzahler.“ Und im nächsten Satz: „Abweichungen sind zu begründen.“ Mithin sind Abweichungen zugunsten der Gebührenzahler auf der dritten Stufe (allerdings ohne klare Maßstäbe) möglich. Es fragt sich, ob es da nicht eine der Staatsfreiheit wesentlich zuträglichere Vorgehensweise wäre, die Interessen der Gebührenzahler (mithin der Rezipienten) schon auf der Stufe der Auftragskonkretisierung zu berücksichtigen.

⁹⁶ Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Reichweite (Breitenwirkung) gering ist und gilt im Übrigen ebenso, wenn es dem Angebot an Aktualität und Suggestivkraft fehlt. Näher dazu Teil H. IV. 1. e. aa. (1). Deutlich stellen auch Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 478 fest: „Es ist also *nur dann* angezeigt, die Online-Angebote in die für den klassischen Rundfunk geltenden Ausgestaltungsregelungen einzubeziehen, *wenn* sie eine *vergleichbare* Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft besitzen.“ (Hervorhebungen nur hier.)

⁹⁷ Dies *allein* ist aber jeweils kein Grund, ein Angebot nicht einzuführen. Entscheidend ist auch insofern das Ausmaß der Meinungsbildungsrelevanz. Vgl. dazu auch T. Held, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und neue Dienste, S. 42 und S. 361.

Diesbezüglich sind vielfältigste Konstellationen (variierend mit den konkreten Angeboten) denkbar. Entscheidend wird es letztlich aber, bei Vorliegen aller abwägungserheblichen (i.d.R. widerstreitenden) Belange, immer um die Frage der Gewichtung der Belange gehen. Ein pauschaler Hinweis auf einen Vorrang publizistischer⁹⁸ oder marktlicher⁹⁹ Aspekte wird der gegebenen Situation jedenfalls nicht gerecht. Mit der einseitigen Angleichung der Typen der Kommunikate und der anderseitigen Diversifizierung auch der Nachfrage sind (auch zukünftig) unterschiedlichste Kommunikationsformen denkbar, die sich einer pauschalen Einordnung entziehen (insbesondere was deren Meinungsbildungsrelevanz und die Gefahr eines Marktversagens¹⁰⁰, respektive Vielfaltsdefizits angeht).

Hier liegt die Chance des Drei-Stufen-Tests: Über dieses Verfahren ist es nicht nur möglich, die abwägungserheblichen Belange zu generieren, sondern zugleich auch Informationen bzgl. der objektiv richtigen Gewichtung der Belange zu erlangen.¹⁰¹ Der Schlüssel hierbei ist die Relevanz des Kommunikats zur freien öffentlichen und individuellen Meinungsbildung.¹⁰² Da diese mit der Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft¹⁰³ des jeweiligen Kommunikats variiert¹⁰⁴ und die Durchführung des Tests Informationen hierüber liefert (etwa dazu, wie ein geplantes Angebot wahrscheinlich angenommen wird¹⁰⁵), führt der Drei-Stufen-Test über die einzelfallbezogene Informationsgewinnung zu einer (einzelfallbezogenen) Maßstabsergänzung, verbunden mit einer an diesen Ergebnissen orientierten Möglichkeit zur entsprechenden Gewichtung der Belange¹⁰⁶ und damit letztlich zu einer, die unterschiedlichen Belange (vor dem Hintergrund ihrer grundrechtlichen Gewichtigkeit) austarierenden¹⁰⁷

⁹⁸ In diese Richtung etwa ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 8. Vgl. auch die gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF zum Entwurf des 12. RÄndStV, dokumentiert in *epd medien* (33) 2008, S. 22 (27), dort die Ausführungen zur Behandlung marktlicher Auswirkungen.

⁹⁹ Hiervon gehen bspw. der VPRT in seinen „Anmerkungen zum Entwurf des 12. RÄndStV“ sowie *eco*, der Verband der deutschen Internetwirtschaft, in seiner „Stellungnahme“ zum 12. RÄndStV zumindest im Hinblick auf bestimmte Teilbereiche des Medienmarktes aus.

¹⁰⁰ Vgl. dazu auch: J. Haucap/R. Dewenter, *Ökonomische Auswirkungen*, S. ii ff. Zu der Frage, inwieweit im Internet ein Vielfaltsdefizit besteht bzw. zu erwarten ist, s. Teil H. IV.1.e. aa.(2).

¹⁰¹ Vgl. dazu T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4 ff.).

¹⁰² Die Notwendigkeit eine freie öffentliche und individuelle Meinungsbildung zu gewährleisten, ergibt sich aus der Funktion für den demokratischen Willensbildungsprozess. Vgl. BVerfGE 7, 198 (208); 62, 230 (247); 76, 196 (208 f.); Zur Berücksichtigung dieses Kriteriums im Rahmen des Drei-Stufen-Tests, vgl. T. Held, *Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten*, S. 361; K.-E. Hain, *Gutachten*, S. 81.

¹⁰³ Nach BVerfGE 31, 314 (325); 90, 60 (87); 97, 228 (256); 103, 44 (74); 114, 371 (384) kann man diese drei Begriffe als besondere Charakteristika für die Meinungsbildungsrelevanz ansehen. Vgl. auch jüngst: BVerfGE, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 116.

¹⁰⁴ Vgl. dazu etwa T. Miserre, *Rundfunk*, S. 192 ff. m.w.N.

¹⁰⁵ Zu den Ergebnissen der BBC-Umfragen im HDTV-Verfahren vgl. H.G. Bauer /A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (7).

¹⁰⁶ Siehe zur Gewichtung bspw. N. Wimmer, *ZUM* 2009, S. 601 (607 ff.); T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4), sprechen insofern von „Bewertung der Einzelaspekte“ und von „Priorisierung der Belange“; vgl. für die Anstalten: ARD-Hintergrundinformationen, S. 15.

¹⁰⁷ T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4 ff.) verwenden den Begriff „Balancing“.

Abwägungsentscheidung, die eine klare Aussage dazu trifft, ob ein Angebot noch zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gehört oder nicht.¹⁰⁸

b. Zur Begründung des Vorschlags des ZDF / Bewertung des Ansatzes

Dieses (so eben dargelegte) Verständnis des Drei-Stufen-Tests, als *Prozess* zur Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ist sodenn auch für die nähere Bewertung aller Ansätze zur Ausgestaltung des Drei-Stufen-Tests zugrunde zu legen.

aa. Zur Bestands- u. Entwicklungsgarantie und zu der Gefahr des Marktversagens

Legt man (demgemäß) die vorstehenden Überlegungen bei der Bewertung des Vorschlags des ZDF zugrunde, so ist es beim Drei-Stufen-Test zwar nicht - wie beim Public Value Test - so, dass ein Angebot immer den Markteinfluss überwiegen muss. So gesehen treffen die Ausführungen des ZDF in der Begründung seines Vorschlags zu, dass der Drei-Stufen-Test die Bestands- und Entwicklungsgarantie in gewisser Weise „unberührt“ lasse. Nur sagt dies zugleich auch nichts über den (konkreten) Umfang des Auftrags im Telemedienbereich aus, da sich die Garantie auf die Funktion der Anstalten (im *klassischen* Rundfunk) bezieht und diese Funktion für den Online-Bereich noch gar nicht geklärt ist.¹⁰⁹

Inwieweit der Markteinfluss einen Widerstand für ein (geplantes) öffentlich-rechtliches Angebot darstellt, ist einzelfallabhängig und hängt, wie dargelegt, in erster Linie von der Relevanz des jeweiligen Angebots für die freie öffentliche und individuelle Meinungsbildung und der jeweiligen Gefahr des Marktversagens ab.¹¹⁰ Entscheidend ist somit zunächst, ob einem geplanten Angebot (überhaupt) eine hinreichende Meinungsbildungsrelevanz zukommt. Je höher die Meinungsbildungsrelevanz des geplanten Angebots, desto ausgeprägter ist der „Vorrang des publizistischen Wettbewerbs“¹¹¹, als Parameter für die (objektiv richtige) Gewichtung der abzuwägenden Belange. Je geringer die

¹⁰⁸ W. Schulz weist zutreffend darauf hin, dass das Drei-Stufen-Test-Verfahren dann erfolgreich sein wird, wenn die Anstalten darüber „zukunftsfähige Angebote gestalten können, aber auch jeweils klar wird, was nicht Gegenstand des Auftrags ist.“ Ders., *Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung*, S. 4.

¹⁰⁹ Zu dieser Einschätzung gelangen auch K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888); N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (603): „weiterhin unklar, ob (...)“; H. H. Klein, *Der öffentliche Rundfunk und das Internet*, S. 3 ff. Allein außer Frage dürfte stehen, dass die Anstalten klassischen Rundfunk aufgrund der Bestands- und Entwicklungsgarantie *zeitgleich* auch über das Internet verbreiten dürfen. (Insofern handelt es sich um einen neuen, von der Bestands- und Entwicklungsgarantie umfassten, Verbreitungsweg. Vgl. auch H. H. Klein, a.a.O., S. 3) Inwieweit dann aber schon die zeitversetzte Abrufbarkeit von Sendungen (erst recht von eigenen Online-Angeboten) vom Auftrag umfasst ist, ist sowohl nach der Art der Angebote und der Dauer der Abrufbarkeit ungeklärt bzw. eben erst über den Drei-Stufen-Test zu klären.

¹¹⁰ Bspw. K.-E. Hain, *Gutachten*, S. 81; s. ferner: J. Haucap/R. Dewenter, *Ökonomische Auswirkungen*, S. iii.

¹¹¹ Vgl. auch T. Misserre, *Rundfunk*, S. 103. Dieser stellt an gleicher Stelle konsequenterweise dann auch fest: „Je geringer jedoch die Relevanz von Kommunikationsinhalten für die Meinungsbildung ist, desto geringer ist auch die entfaltete Meinungsmacht und damit zugleich die Gefahr von Machtmissbrauch.“

Meinungsbildungsrelevanz, desto (relativ) gewichtiger werden widerstreitende Belange Dritter in der Abwägung.

Ergibt die Abwägung, dass ein bestimmtes Angebot *nicht* zum Auftrag gehört, kommt es weder zu einem publizistischen, noch zu einem ökonomischen Wettbewerb der öffentlich-rechtlichen Anstalten mit den Privaten (oder anderen Dritten), da die Anstalten diesbezüglich dann gar nicht am Markt teilnehmen. Es kann in bestimmten Bereichen auch ein publizistisches Marktversagen vorliegen, ohne dass sich daraus ein Auftrag für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ergibt.¹¹² Der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten korreliert daher nicht immer mit einem publizistischen Marktversagen, sondern nur mit einem solchen auf Märkten mit Angeboten von besonders hoher Meinungsbildungsrelevanz.¹¹³ Das Versagen von Märkten, die sich auf Angebote beziehen, die eine geringere Meinungsbildungsrelevanz besitzen, bei denen also im Hinblick auf die Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung keine durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten notwendig zu behebende Gefährdung vorliegt, führt gar nicht zu einer Erweiterung des Aufgabengebietes der Anstalten. Umgekehrt rechtfertigt sich der Vorrang des publizistischen Wettbewerbs vor dem ökonomischen im Bereich besonders hoher Gefährdungspotentiale (bislang der *Bereich des klassischen Rundfunks*) aber gerade über den Ansatz einer - vom Bundesverfassungsgericht¹¹⁴ und in der Literatur angenommenen¹¹⁵ - Gefahr des publizistischen Marktversagens (in *diesem* Bereich).

Pauschale Aussagen zu einem für die freie Meinungsbildung relevanten „Marktversagen“ im publizistischen Online-Bereich lassen sich, schon angesichts der Vielzahl der sehr unterschiedlich meinungsbildungsrelevanten Online-Angebote, nicht treffen.¹¹⁶ So gesehen ist

¹¹² So gibt es bspw. gebietsbezogen i.d.R. immer nur einen Anbieter eines lokalen Wochenblatts nebst ggf. entsprechenden Internetauftritts. Es liegt mithin für diesen speziellen Markt ein publizistisches Marktversagen vor, ohne dass es (angesichts nicht vorhandener Breitenwirkung, ggf. auch Aktualität und Suggestivkraft schon des privaten Angebots) eines öffentlich-rechtlichen Korrektivs bedürfte (dem es dann ebenfalls an den genannten Kriterien mangeln würde). Daher ist das gelegentlich vorgebrachte Argument, dass quasi jedes hinzutretende öffentlich-rechtliche Angebot den publizistischen Wettbewerb „befeue“ und schon hierüber einen Auftrag rechtfertige, in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend und als alleiniges Kriterium nicht zielführend. Vgl. hierzu auch die ebenfalls deutliche Kritik an der zitierten Argumentation bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 81 in Fn. 289 und bei N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608).

¹¹³ Hieraus ergibt sich ja gerade auch erst der Grund für einen öffentlich-rechtlichen Gewährleistungs-Auftrag im klassischen Rundfunk. Vgl. näher unten Teil H. IV. 1. e.

¹¹⁴ BVerfGE 114, 371 (387 f.); BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 117 und jüngst Urteil vom 12.03.2008, 2 BvF 4/03, Rn. 93.

¹¹⁵ Vgl. etwa I. Sjurts, Einfalt trotz Vielfalt, S. 71 (77 ff.); G. Gounalakis/C. Wege, in: NJW 2008, S. 800 (803); H. Schellhaaß, Konsequenzen, S. 13; W. Hoffmann- Riem/W. Schulz, in: Hoffmann-Riem/Koch, S. 401 m.w.N. zu (weiteren) medienökonomischen Analysen.

¹¹⁶ Dazu, dass die Meinungsbildungsrelevanz von Online-Angeboten gerade nicht immer gleich ist, siehe näher unten Teil H. IV. e. aa. (1).

es nur bedingt zutreffend, wenn es in der Begründung des ZDF heißt, dass es nicht geboten sei, ein Marktversagen festzustellen - hierauf alleine kommt es nämlich gar nicht an, denn ein Marktversagen in einem Bereich, der nur wenig oder keine Meinungsbildungsrelevanz besitzt, rechtfertigt keinen Auftrag für die Anstalten in diesem Sektor tätig zu werden.¹¹⁷ Andererseits beeinflusst das Vorliegen eines Marktversagens in Bereichen hoher Meinungsbildungsrelevanz die Gewichtung der Abwägungsbelange derart, dass regelmäßig ein Auftrag der Anstalten vorliegen wird.¹¹⁸ Entscheidend ist also, wie ausgeprägt (im Einzelfall) Meinungsbildungsrelevanz und die Gefahr des Marktversagens¹¹⁹ *kumuliert* vorliegen.¹²⁰

bb. Zur Beachtung der Strukturprinzipien

Soweit das ZDF als weiteres Argument anführt, dass im Zuge der Ausformung der Modalitäten die wesentlichen Strukturprinzipien der deutschen Rundfunkordnung zu beachten seien, bezieht sich dies, vor dem Hintergrund der Staatsfreiheit, erkennbar auch auf die Frage des Entscheidungsträgers. Insoweit geht das ZDF davon aus, dass die letztendliche Abwägungsentscheidung dem Fernsehrat zustehen soll.¹²¹ Diesem Ansatz stehen andere Ansätze gegenüber, die bis zu der Forderung reichen, die Entscheidungskompetenz auf ein externes Gremium zu übertragen.¹²² Hierauf wird später noch gesondert einzugehen sein.¹²³

cc. Zu den weiteren Argumenten

Der Vorschlag des ZDF wird im Weiteren damit begründet, dass finanzieller und organisatorischer Aufwand in Grenzen gehalten werden müssten und das ZDF auch in der

¹¹⁷ Vgl. K.-E. Hain, Gutachten, S. 81. Für Online-Angebote „ohne Meinungsbildungsrelevanz“ gilt dies schon deshalb, weil sie der Funktion der Anstalten zur Sicherung der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung - eben mangels Relevanz hierfür - gar nicht nachkommen können.

¹¹⁸ Wobei zugleich auch die Gefahr eines Marktversagens vorliegen muss. Dies ist (anders als beim klassischen Rundfunk) für Internet-Angebote einzelfall-bezogen zu ermitteln. Zur Notwendigkeit einer einzelfall-bezogenen Beurteilung: A. Roßnagel, Die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Medien, S. 5.

¹¹⁹ Die Gefahr für ein solches Marktversagen reicht dem Bundesverfassungsgericht regelmäßig aus, da „einmal eingetretene Fehlentwicklungen sich - wenn überhaupt - nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen“ ließen. Vgl. BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); 95, 163 (173) sowie jüngst BVerfGE, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 119.

¹²⁰ Diese differenzierte Betrachtungsweise wird auch deutlich bei T. Held, in: Hahn/Vesting, RStV, Anh. § 11, Rn. 95, wo es heißt: „Dies bedeutet nicht, dass im Online-Bereich dieselben Ausgestaltungsmaßnahmen zu treffen sind wie im klassischen Rundfunk. Den Gesetzgeber trifft aber zumindest eine Beobachtungs- und Prüfungspflicht, ob die Zielvorgaben aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch bei neuen Diensten erfüllt werden. Bei zunehmender *Relevanz* von - *bestimmten* [Anm.: Einzelfallbeurteilung!] - Online-Diensten für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung *und Defiziten* des bestehenden Angebots im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Ziele *kann* die Beobachtungspflicht sogar in eine Handlungspflicht umschlagen.“ (Hervorhebungen und Anmerkung nur hier.)

¹²¹ In diese Richtung etwa ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 8.

¹²² Vgl. etwa die Stellungnahme des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft e.V. (eco), S.7; Stellungnahme des VPRT zum ZDF-Modell für einen Public Value Test, v. 07.12.2007, Seite (1/1).

¹²³ Siehe zu dieser Frage unten Teil H. I. - IV.

Lage bleiben müsse, flexibel auf das programmlich und publizistisch Erforderliche zu reagieren.

Hierzu ist festzustellen, dass es durchaus im Interesse der Gebührenzahler steht und damit auch ein legitimes Ziel ist, den finanziellen und organisatorischen Aufwand in Grenzen zu halten¹²⁴, solange dies in einem Rahmen geschieht, der die europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen - gemessen an ihren jeweiligen Maßstäben - beachtet: Da insofern keine erheblichen Bedenken in Bezug auf die Einhaltung der allgemeinen Vorgaben aus dem Beihilfe-Kompromiss bestehen, soll sich die Prüfung im Folgenden darauf konzentrieren, ob der Vorschlag eine hinreichende Auftragskonkretisierung gewährleistet.

(1) Nichtvorliegen der Faktoren der Maßstabsergänzung

Für die Frage, ob dem geplanten Verfahrensablauf eine hinreichend auftragskonkretisierende Wirkung zukommt, kommt es insbesondere darauf an, ob als Mindestanforderungen an ein produktives Verfahren die Faktoren der Maßstabsergänzung vorliegen.¹²⁵

Gleicht man den Vorschlag des ZDF mit diesen Anforderungen ab, so ergibt sich zunächst, dass das ZDF, als eigene Informations- und Transparenzpflichten, die Veröffentlichung der Projektbeschreibung über das Telemedienangebot des ZDF und eine diesbezügliche Pressemitteilung vorsieht.¹²⁶ Insofern fällt auf, dass beispielsweise nicht vorgesehen ist, eine abschlägige Beurteilung bzgl. der Erforderlichkeit des Drei-Stufen-Tests (Aufgreiffrage) zu veröffentlichen. Auch ist keine Veröffentlichung der Ergebnisse der Untersuchungen bzgl. der marktlichen Auswirkungen vorgesehen. Diese Zurückhaltung des Vorschlags des ZDF im Hinblick auf die Begründung von Informations- und Transparenzpflichten verhindert das Vorliegen bzw. die Entfaltung der Faktoren der Maßstabsergänzung¹²⁷: Schon die zurückhaltende Ankündigung von Änderungen, nur in den Telemedien des ZDF, kontakariert den Ansatz, die Öffentlichkeit¹²⁸ und andere Akteure in ausreichendem Maße als Steuerungsressourcen zu gewinnen. Sodann gar keine Informationen über die wesentlichen

¹²⁴ Vgl. dazu auch K.-E Hain, Gutachten, S. 70.

¹²⁵ Vgl. oben Teil E. V. Die Faktoren der Maßstabsergänzung wurden bereits herausgearbeitet. Sie umfassen: Das Bestehen von Informationspflichten des Regulierenden, die Sicherstellung der Transparenz des Verfahrens, die Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen, das Bestehen von Begründungspflichten und das Bestehen von Verfahrensrechten (näher: Teil E. V. 2.).

¹²⁶ ZDF, Beschluss des Fernseh Rates vom 07.12.2007, Seite 4, Ziffer 6.

¹²⁷ Die Kritik der DLM, Positionspapier, S. 11 verdeutlicht dies: „Erst durch die Möglichkeit, zu dem Gutachten Stellung zu nehmen, bevor die abschließende Entscheidung der Gremien fällt, wird eine breite Grundlage für deren eigene Bewertung geschaffen. So wird auch in der Untersuchung für den WDR ausgeführt (Gutachten S. 138), dass in Bezug auf das Gutachten Prüfungsbedarf durch Dritte bestehe, um etwaige Defizite oder sonstige Auffälligkeiten anzusprechen, z.B. wenn <<ohne plausible Begründung einer offensichtlich relevanten Fragestellung nicht nachgegangen>> wurde.“

¹²⁸ Zur Einbeziehung der „kritischen Öffentlichkeit“ siehe N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (606).

Eckwerte des Verfahrens (etwa: Ablehnungsentscheidung bzgl. des Aufgreifens, bzgl. des Ergebnisses der Bewertung der marktlichen Auswirkungen, und, soweit ersichtlich, auch nicht bzgl. der publizistischen Auswirkungen und sogar bzgl. des Gesamtergebnisses) zu veröffentlichen, untertrifft auch niedrig angesetzte Anforderungen an die Verfahrenstransparenz. Hierüber können selbst gewährte Diskurschancen von den Betroffenen nicht sinnvoll wahrgenommen werden, was letztlich den - für ein produktives Verfahren unabdingbaren - Informationsfluss¹²⁹ zwischen den Akteuren verhindert.

Überdies ist davon auszugehen, dass, wenn die wesentlichen Ergebnisse schon nicht veröffentlicht werden, auch keine Begründungspflichten entstehen (sollen). Fehlt aber eine Begründung, so sind der Verfahrensablauf - und damit auch die Entscheidung¹³⁰ - nicht nachvollziehbar und damit auch nicht kontrollierbar.¹³¹ Dies widerspricht dem im Beihilfekompromiss vorgegebenen Ansatz, auch der Rechtsaufsicht im Rahmen des Drei-Stufen-Tests eine Kontrollfunktion zukommen zu lassen.¹³² Letztlich fehlt in dem Vorschlag auch ein Ansatz bzgl. der Gewährung von Verfahrensrechten¹³³ oder entsprechender kompensatorischer Sicherungen, wie bspw. eine durchgängige, vollumfängliche Verfahrenstransparenz etc.¹³⁴

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass der Ansatz des ZDF das zur Erreichung des vorrangigen Ziels des Drei-Stufen-Tests, der Auftragskonkretisierung, erforderliche Vorliegen der Faktoren der Maßstabsergänzung nicht sicherstellt, da nicht gewährleistet ist, dass es über einen wechselseitigen diskursiven Lernprozess¹³⁵ (überhaupt) zu einem (hinreichenden) Informations- und Wissenszuwachs im Entscheidungsträger kommt.¹³⁶

¹²⁹ Zur Bedeutung eines umfassenden Informationsflusses für die Produktivität d. Verfahrens: Teil E. V. 2.

¹³⁰ Zur rechtsaufsichtlichen Kontrolle, insb. zur (reduzierten) Kontrolltiefe siehe unten Teil J. III.

¹³¹ Überdies hat die Begründung auch einen die Entscheidung rationalisierenden Effekt, vgl. dazu K.-E. Hain, Gutachten, S. 69 mit Rn. 237.

¹³² Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (332).

¹³³ Darauf, dass die Möglichkeit zur Stellungnahme keine Rechtsposition, insbesondere keine Verfahrensrechte gewähren soll, weist der ZDF-Fernsehrat in der Begründung auch ausdrücklich hin. Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 07.12.2007, Seite 7.

¹³⁴ Mangelnde Transparenz beklagt auch die DLM, Positionspapier, S. 10 f.: „Derzeit ist aber noch nicht erkennbar, dass alle Möglichkeiten einer unabhängigen Willensbildung der Gremien ausgeschöpft sind. Dies betrifft insbesondere die Transparenz der Entscheidungsgrundlagen.“

¹³⁵ N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (606) äußert Zweifel an der Erreichbarkeit einer solch „selbstreflexiven und selbstkritischen Präzisierung des öffentlichen Auftrags“ durch die anstaltsinternen Gremien.

¹³⁶ Auch vor dem Hintergrund des über das Verfahren angestrebten Informations- und Wissenszuwachses sind die „Auftragsgutachten“ zu den marktlichen Auswirkungen kritisch zu bewerten. Allg. zur Kritik an diesen Gutachten: DLM, Positionspapier, S. 6 ff.

(2) Nichtvorliegen der angestrebten Effekte der Maßstabsergänzung

Nachdem vorstehend festgestellt wurde, dass die Faktoren der Maßstabsergänzung - und damit die notwendigen Bedingungen für ein produktives Verfahren - im Vorschlag des ZDF nicht berücksichtigt sind, ist auch davon auszugehen, dass die angestrebten Effekte der Auftragskonkretisierung, der Akzeptanz, der Legitimität und der Qualität (im Sinne von Rationalität und Optimalität) über die Durchführung des Verfahrensvorschlags ebenfalls nicht erzielt würden.

Zwar ist anzunehmen, dass mit der konkreten Gestaltung des Gesamtverfahrens die maßstabsergänzende Funktion variieren kann¹³⁷, so dass es auch denkbar ist, dass ein konkreter Zuschnitt des Verfahrens auf die spezielle Regulierungssituation auch dazu führt, dass ein Verfahren hierüber eine Verbesserung seiner Produktivität erfährt. Dies kann aber nicht kompensieren, wenn ein Verfahren schon in den Grundzügen nicht auf eine produktive und umfassende Ermittlung der abwägungserheblichen Belange gerichtet ist. Dies ist im Falle des Verfahrensmodells des ZDF vom 07.12.2007 aber der Fall, denn es fehlt beispielsweise schon gänzlich die Möglichkeit der Rezipienten, zu der maßgeblichen Frage des publizistischen Zugewinns/Mehrwerts des geplanten Angebots selbst Stellungnahmen abzugeben.¹³⁸

¹³⁷ So sind bspw. bezogen auf Anhörungen, als beispielhaftem Anwendungsfall der Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen, im Falle sehr kurzer, aber auch sehr langer Fristdauern für Eingaben und Stellungnahmen kontraproduktive Ergebnisse zu erwarten. So kann eine zu kurze Frist die Abgabe von Stellungnahmen erschweren u. damit d. diesbezügliche Erhebung verfälschen. Im Falle zu langer Anhörungsfristen steht zu befürchten, dass frühzeitig abgegebene Stellungnahmen bereits „überholt“ sind. Auch können u.U. bei einer (ergebnis-) offenen Befragung andere Ergebnisse (Belange) gewonnen werden, als bei einer auf einen Fragebogen gestützten. Die Ergebnisse variieren u.U. weiter, wenn es einen Rückkopplungsprozess gibt und der Befragte mit Antworten anderer oder mit Expertenmeinungen konfrontiert wird (Zur der sog. Delphi-Methode vgl. Vowe/Opitz/Dohle, M&K 2008 (2), S. 158 (165 ff.)). Wird eine Anhörung nur im kleinen Rahmen oder aber umfassend und mit professioneller Unterstützung durchgeführt, wird u.U. wiederum ein anderes Spektrum an Belangen zur Verfügung stehen. So wird bspw. eine (Produkt-) Befragung in der Regel aussagekräftigere Ergebnisse bringen, wenn die Befragten Gelegenheit hatten, das betreffende Produkt zu testen, als wenn sie nur theoretische Erwägungen als Antworten geben können. Bezogen auf den Rundfunk kommen insofern Demo-Versionen, Pilotprojekte etc. als unterstützende Elemente in Betracht. Vgl. zum diesbezüglichen Vorgehen der BBC: BBC Trust, Public Value Test, (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, Seite 12, Nr. 5.3.; BBC Governance Unit, Interim Rules, S. 12, Nr. 4.3.3; H.G. Bauer/A. Bienefeld, FK (49) 2007, S. 3 (6).

¹³⁸ Gerade die diesbezüglich erhobenen Informationen haben in Großbritannien zu Veränderungen an einem geplanten Angebot geführt. Vgl. hierzu H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (7). So bringt auch ein hoch innovatives HDTV-Angebot im Hinblick auf die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung „nichts“, wenn die Auswahl der Inhalte den Zuschauer nicht anspricht oder die Anschaffungskosten für entsprechende Geräte zu hoch sind. In diesen Fällen kann auch eine möglicherweise gesteigerte Suggestivkraft (und ggf. Aktualität) des Mediums den Mangel der geringen Reichweite nicht kompensieren. Ein solches Ergebnis ist aber nur temporär gültig und kann nach kurzer Zeit, mit fortschreitender Technik / sich verändernder Kostensituation etc. gänzlich überholt sein. Daher empfiehlt sich, die Geltungsdauer entsprechender Entscheidungen zu flexibilisieren. Ggf. sind bestimmte Entscheidungen auch turnusmäßig wiederkehrend zu hinterfragen und ggf. anhand der (veränderten) Ergebnisse anzupassen. Vgl. hierzu T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 363.

Eine solche Verfahrensgestaltung - unter Nichterhebung von Informationen zum zentralen Aspekt - wird dem Erfordernis der Maßstabergänzung nicht gerecht. Überdies wird eine solche „Auftragskonkretisierung“ unter Vernachlässigung wesentlicher Belange Beteiligter, gerade die für das Ansehen und die Berechtigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf Dauer essentiellen weiteren Effekte vermissen lassen: Einer Entscheidung auf dieser Grundlage fehlte in aller Regel die Akzeptanz und letztlich auch die Legitimität.¹³⁹ Zugleich würde es der Entscheidung dann regelmäßig an Qualität im Sinne von Rationalität und Optimalität fehlen.¹⁴⁰ Insbesondere aber würde das vom ZDF vorgeschlagene Modell nicht zu einer hinreichenden Auftragskonkretisierung führen. Es erfüllt damit nicht die europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verfahrensgestaltung.

(3) Der Drei-Stufen-Test als Chance in Bezug auf die Zukunftsfähigkeit

Sofern die Anstalten in Bezug auf die konkrete Verfahrensgestaltung auch geltend machen, dass sie flexibel auf das programmlich und publizistisch Erforderliche reagieren können müssten¹⁴¹, so wirkt dies so, als müssten die Anstalten den Drei-Stufen-Test als einen Eingriff (im untechnischen Sinne) in ihre Programmgestaltungskompetenzen fürchten. Das Gegenteil ist der Fall: Gerade der Drei-Stufen-Test bietet ihnen die große Chance im Hinblick auf die Einführung neuer Services und damit auch im Hinblick auf die strategische Ausrichtung ihres gesamten Handels, mannigfaltig viele Informationen über die publizistischen Vorzüge geplanter Angebote, über diesbezügliche Nutzerpräferenzen und marktliche Auswirkungen zu erfahren. Der Test hilft zudem, die Akzeptanz und die Legitimation - und damit die Zukunftsfähigkeit - des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu sichern.¹⁴²

¹³⁹ C.-E. Eberle, ZDF-Jahrb. 2008, S. 76 formuliert „Akzeptanz“ u. „Legitimation“ als ein Ziel d. Verfahrens.

¹⁴⁰ Eben um ein solch qualitatives Defizit der ursprünglich geplanten Entscheidung abzuwenden, hat die BBC, in dem in der vorletzten Fußnote erwähnten Verfahren, aufgrund der Ergebnisse der Stellungnahmen eine Angebotsveränderung vorgenommen. Vgl. hierzu H.G. Bauer/A.Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (7).

¹⁴¹ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehates vom 07.12.2007, Seite 7.

¹⁴² Zutreffend stellt insofern D. Dörr fest, dass der Drei-Stufen-Test den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten „die große Chance“ biete, sich ernsthaft und intensiv „damit auseinanderzusetzen, worin der öffentlich-rechtliche Auftrag wirklich besteht, wann ein gesellschaftlicher Mehrwert eintritt, wofür also der öffentlich-rechtliche Rundfunk eigentlich Gebühren erhält.“ Vgl. Ders., in: epd medien (34/35) 2008, S. 3 (4). Dies haben nunmehr auch die Anstalten erkannt. So stellt V. Wiedemann, Wie die Anstalten die Entscheidungen ihrer Gremien zum Dreistufentest vorbereiten und begleiten sollten, S. 5 fest: „Denn tatsächlich betrachtet die ARD den Dreistufentest als eine Chance für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, eine Chance, die Akzeptanz unserer Telemedienangebote zu erhöhen und unsere Legitimation in der digitalen Welt damit insgesamt zu stärken. Der öffentliche Dialog über unsere Angebote, der die Prüfung durch die Gremien begleitet, ist dabei zugleich auch eine Chance für uns selbst: Wir müssen uns unserer Qualitätsstandards rückversichern und uns immer wieder bewusst machen, welche Relevanz unsere Angebote für den demokratischen Dialog, die öffentliche Meinungsbildung, den sozialen Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt in unserem Land haben.“ Vgl. auch C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 75: „Drei-Stufen-Test von seiner Anlage her ein sinnvolles Instrument (...)“.

6. Anforderungen an den Rundfunk-Gesetzgeber

Da die anstaltsinternen Modelle zur Auftragskonkretisierung, wie das des ZDF, aber auch das ganz ähnliche Modell der ARD, ganz offensichtlich dazu tendieren, den Anstalten den größtmöglichen Handlungsspielraum zu sichern, indem sie sich selbst möglichst wenig Verpflichtungen in Bezug auf die Verfahrensgestaltung bzw. dessen Durchführung auferlegen, stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber im Staatsvertrag regeln muss und was er an die Anstalten delegieren kann.

Diese Frage beantwortet sich aus der zu sichernden (produktiven) Funktion des Verfahrens: Sinn und Zweck des Verfahren ist es, den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Online-Bereich, das heißt im Grenzbereich zu anderen grundrechtlich geschützten Interessen (namentlich die der privaten Rundfunkveranstalter, die Presse- und Internetwirtschaft und die der Gebührenzahler), zu konkretisieren.¹⁴³ Legt man dabei das Konzept der strukturellen Diversifikation¹⁴⁴ zugrunde, so gilt es schon allein in Bezug auf das „duale Rundfunksystem“, wegen der Wechselbezüglichkeit der beiden Säulen, die sich danach wechselseitig durchdringen, stützen und befruchten, jeweils auch die Interessen der Privaten Rundfunkanbieter zu berücksichtigen.¹⁴⁵ Unabhängig davon, inwieweit man einen Vorrang des publizistischen Wettbewerbs in concreto ausgedehnt sehen will¹⁴⁶, ist es jedenfalls so, dass über das Prinzip der strukturellen Diversifikation auch den Privaten eine, die publizistische Funktion des Rundfunks, stützende Funktion zukommt.¹⁴⁷ Diese Funktion ist daher als schützenswerte grundrechtliche Position in die Ausgestaltung mit einzubeziehen.¹⁴⁸ Im Zuge der Konvergenz der Medien gilt dies freilich nicht nur für die privaten Rundfunkanbieter.¹⁴⁹ Der Rundfunk ist, neben den Bereichen Presse und Internet, nur ein Teil der Medienordnung, die auch insgesamt, als (zu sichernde) Funktion, die freie

¹⁴³ Vgl. zum Ziel des Drei-Stufen-Tests, der Auftragskonkretisierung, insbesondere im Online-Bereich, die Begründung zum 12. RÄndStV, S. 1 f.: „Kernelement des Staatsvertrages ist die Konkretisierung des Auftrags“. Aus der Literatur bspw. B. Peters, K&R 2009, S. 26 (29); K.-E. Hain, Gutachten, S. 70.

¹⁴⁴ Näher dazu: W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 292 ff sowie M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (596 ff.); Ders., MP 12/2007, S. 602 (604); T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 244 ff.

¹⁴⁵ Vgl. jüngst auch BVerfGE, Urt. v. 12.03.2008, 2 BvF 4/03, Rn. 113.

¹⁴⁶ Zu dieser Frage näher unten Teil H. IV. 1. e. aa.

¹⁴⁷ Vgl. W. Hoffmann-Riem, Duale Rundfunkordnung, S. 68: „(..) Kompensation der Nachteile eines Systems durch Vorteile des anderen und umgekehrt (..)“; Vgl. auch: T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 200; M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (596 f.).

¹⁴⁸ K.-E. Hain, Gutachten, S. 49.

¹⁴⁹ Vgl. W. Hoffmann-Riem, in: Der Staat 2003, S. 193 (222): „Die (..) Idee struktureller Diversifikation kann für die ausdifferenzierte Kommunikations- und Medienordnung der Gegenwart und Zukunft weiter genutzt werden.“ Vgl. auch Ders., Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 69; M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (596 f.).

öffentliche und individuelle Meinungsbildung zum Ziel hat.¹⁵⁰ Insofern darf eine Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit auch nicht insgesamt dysfunktional in Bezug auf die Funktion des *Gesamtsystems* Medienordnung sein.¹⁵¹ Hieraus ergibt sich, dass bei der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit auch die Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der anderen, durch ihre Tätigkeit die Funktion der Medien insgesamt sichernden Akteure (Presse und Internet), zu berücksichtigen sind.¹⁵²

Insofern kommt dem Gesetzgeber bei der (Aus-) Gestaltung des Drei-Stufen-Tests die besondere Verantwortung zu, unterschiedliche, jeweils für sich grundrechtlich geschützte Interessen zum Ausgleich zu bringen. Diese Situation entspricht dem Anwendungsbereich der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts.¹⁵³ Danach muß der Gesetzgeber selbst und mit hinreichender Bestimmtheit tätig werden, wenn eine Regulierung die Grundrechtsausübung entscheidend betrifft und/oder - wie hier - jeweils für sich grundrechtlich geschützte Interessen zum Ausgleich zu bringen sind.¹⁵⁴

„Ausgleich der grundrechtlich geschützten Interessen“ bedeutet hier nichts anderes als „Auftragskonkretisierung“. Da diese wegen der Komplexität und Dynamik der Regelungsmaterie nur über ein (die multipolaren Interessen erst evaluierendes) Verfahren geregelt werden kann, bedeutet dies, dass der Gesetzgeber das Wesentliche in Bezug auf die

¹⁵⁰ Für Rundfunk *und* Presse vgl. BVerfGE 12, 205 (260), st. Rspr., Auch bzgl. der Presse. Vgl. zu der objektiv-rechtlichen Dimension der Pressefreiheit etwa BVerfGE 10, 118 (121); 20, 162 (174 ff.); 66, 116 (133); 77, 65, (74ff.) sowie C. Degenhart, in BK, Art. 5, Rn. 21 (88. Lfg., 1999). So heißt es in BVerfGE 20, 162 (175) bzgl. der objektiv-rechtlichen Dimension der Pressefreiheit „(..) so hat die Bestimmung zugleich auch eine objektiv-rechtliche Seite. Sie garantiert das Institut "Freie Presse". Der Staat ist - unabhängig von subjektiven Berechtigungen Einzelner - verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen.“

Nicht anders liegt es hier, den es geht bei den Regelungen zum Drei-Stufen-Test um die Auftragskonkretisierung im unmittelbaren Grenzbereich zur Pressefreiheit. Dies wird ersichtlich, wenn man die Angebote von bspw. www.spiegel.de und www.heute.de vergleicht, die im Wesentlichen die gleichen Themen, in *sehr* ähnlicher Art und Weise, aufgreifen.

¹⁵¹ W. Hoffmann-Riem, in: P. Donges/M.Puppis, Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 29 (31) stellt diesbezüglich fest: „Demgegenüber zielen Ausgestaltungsgesetze auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Medienordnung insgesamt und damit auf die Ermöglichung eines Optimums an Freiheitlichkeit für die Kommunikatoren, die Mediatoren und die Rezipienten.“

¹⁵² Dabei ist die Frage der Gewichtung der jeweiligen Belange auch und gerade eine Frage der Bedeutung der jeweiligen Kommunikate für das übergeordnete (Primär-) Ziel der freien öffentlichen und individuellen Meinungsbildung. Es kann also durchaus auf längere Sicht, etwa durch Neuentwicklungen, zu einer Verschiebung der Gewichtigkeit der Medienbereiche für die Meinungsbildung und damit für Vorrangaspekte kommen, wie etwa die seinerzeitige Einführung des Rundfunks gegenüber der Presse verdeutlicht. Insofern kann man auch nicht davon ausgehen, dass dem Rundfunk auf ewig ein gewisser Vorrang gebührt, auch wenn dies im Moment noch so zu sein scheint. Zur Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklungen bei der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vgl. insb. BVerfGE 73, 118 (154 f.) und W. Hoffmann-Riem, in: Der Staat 2003, S. 193 (211).

¹⁵³ St. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts. Vgl. zu Entwicklung und Inhalt der Wesentlichkeitstheorie nur BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (249); 41, 251 (260); 45, 400 (417 f.); 48, 210 (221); 49, 86 (126 f.).

¹⁵⁴ St. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts. Vgl. zur Wesentlichkeit von organisatorischen Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit insbesondere BVerfGE 47, 46 (83); 57, 295 (320f.).

Verfahrensgestaltung *selbst* (hier über den RStV) regeln muss.¹⁵⁵ Der Gesetzgeber muss insofern sicherstellen, dass das (Gesamt-) Verfahren tatsächlich eine hinreichend *auftragskonkretisierende Wirkung* hat.¹⁵⁶ Daher muss er das *hierfür* Wesentliche selbst regeln. Das insofern Wesentliche ist vor allem, neben einer entsprechenden organisatorischen Untermauerung¹⁵⁷, dass das Verfahren die letztendliche Abwägungsentscheidung um alle abwägungserheblichen Maßstäbe (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) tatsächlich anreichert (Maßstabsergänzung). Insofern muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass die für das Erreichen der Maßstabsergänzung maßgeblichen Faktoren (Faktoren der Maßstabsergänzung) bei der Verfahrensdurchführung Berücksichtigung finden. Da die Anstalten von sich aus dazu tendieren, genau diese Faktoren außer Acht zu lassen¹⁵⁸, muss der Gesetzgeber staatsvertraglich absichern, dass die Faktoren der Maßstabsergänzung im Rahmen der Durchführung des Verfahrens Berücksichtigung finden *müssen*. Dazu muss er entsprechende Rahmenregelungen bzgl. des Bestehens von Informations-/ Öffentlichkeitspflichten des Regulierenden, bzgl. der Sicherstellung der Transparenz des Verfahrens, bzgl. der Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen, bzgl. des Bestehens von Begründungspflichten und bzgl. des Bestehens von Verfahrensrechten selber erlassen.

Da überdies die *konkrete* Gestaltung eines Verfahrens das Erzielen der angestrebten Effekte, trotz Vorliegens der Faktoren der Maßstabsergänzung, auch negativ beeinflussen kann¹⁵⁹, ist vom Gesetzgeber auch zu prüfen, ob es zudem verfahrensspezifische Aspekte gibt, die ein solches Gewicht haben, dass sie die Erreichung des Verfahrensziels (das Sicheinstellen der angestrebten Effekte) verhindern können. Ein solcher verfahrensspezifischer Aspekt ist die Frage nach der Aufgreifschwelle, d.h. die Frage, wann ein Drei-Stufen-Test überhaupt durchzuführen ist.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Ebenso: K.-E. Hain, Gutachten, S. 60 f., 64 mit Fn. 222.

¹⁵⁶ Es handelt sich um eine Situation des Grundrechtsschutzes durch Verfahren. Vgl. dazu BVerfGE 53, 30 (57 ff.) und (64 ff.) sowie, speziell bzgl. der Rundfunkfreiheit, BVerfGE 90, 60 (96 ff.).

¹⁵⁷ Dies ist ein zentraler Punkt, auf den später gesondert eingegangen wird. Vgl. dazu unten Teil H. I. bis IV.

¹⁵⁸ Siehe dazu oben Teil F. IV. 5. b. cc. (1) und (2).

¹⁵⁹ Vgl. oben Teil F. IV. 5. b. cc. (2)

¹⁶⁰ Wenn man, mit den vorstehenden Überlegungen, dem Vorschlag des ZDF auch mit Bedenken begegnen mag, so kam ihm, insbesondere im Hinblick auf die Lösung der Aufgreiffrage, doch eine beträchtliche Impulsfunktion in Bezug auf die Diskussion über die konkrete Verfahrensgestaltung und die letztendliche staatsvertragliche Regelung zu. Eine Kapazität die Diskussion um den Drei-Stufen-Test „voranzubringen“, konstatieren dem Vorschlag des ZDF auch H.G. Bauer/A.Bienefeld, in FK (49) 2007, S. 3 (11) zu.

Da es sich bei der Frage nach der Erforderlichkeit der Testdurchführung (Aufgreiffrage) um einen ganz *zentralen*, mithin *wesentlichen* Aspekt für die auftragskonkretisierende Wirkung des Gesamtverfahrens handelt, wird, im Unterschied zum Ansatz des ZDF, davon auszugehen sein, dass auch diese Frage, zumindest in ihren Grundzügen, staatsvertraglich zu regeln ist.¹⁶¹

V. Der Vorschlag des VPRT für ein Public Value Test-Verfahren

1. Zum Grundansatz des Modells des VPRT

Der VPRT legte im März 2008 einen eigenen Vorschlag zur Verfahrensgestaltung vor. Ausgangspunkt des Vorschlags des VPRT ist dessen Annahme, dass das duale Rundfunksystem, wegen einer „weitgehend selbstbestimmten Expansion der gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Anstalten aus dem Gleichgewicht geraten“ sei. Akzeptanzprobleme und Wettbewerbsverzerrungen seien die Folge. Auf der Grundlage dieses Verständnisses ruft der VPRT im Rahmen seines Vorschlags zur Einführung eines Testverfahrens dazu auf, die Chance der Umsetzung des Beihilfe-Kompromisses zur Reform des dualen Rundfunksystems zu nutzen.¹⁶² Unter Rückgriff auf den Begriff des „Public Value“ schlägt der VPRT dazu ein Modell vor, dass sich nicht allein auf die Umsetzung des Beihilfe-Kompromisses konzentrieren, sondern „breiter“ ansetzen soll, als der „Drei-Stufen-Test“ im Beihilfe-Kompromiss.¹⁶³ Wohl aus diesem Grunde bezeichnet der VPRT das von ihm vorgeschlagene Verfahren auch als „Public Value Test“ und nicht als „Drei-Stufen-Test“.

2. Kernelemente des VPRT-Vorschlages für ein PVT-Verfahren

Der Vorschlag des VPRT sieht für die Glaubwürdigkeit des PVT-Verfahrens die folgenden Verfahrenselemente als wesentlich an:

- Die Einbindung von unabhängigem Sachverstand/Experten durch eine Public Value-Kommission (PVK).
- Die Verankerung von Initiativ-, Beschwerde- und Anhörungsrechten der betroffenen Dritten.
- Transparenz des Verfahrens in allen Entscheidungsschritten.

¹⁶¹ Vgl. auch Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 490 und näher Teil H. V. 1.

¹⁶² Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil I., S. 1. Abgedruckt auch in epd (24/25) 2008, S. 29 ff.

¹⁶³ Ebenda.

Der VPRT geht bzgl. der PVK „unter den gegebenen Zeitvorgaben der EU-Kommission“ davon aus, dass das Testverfahren in die vorhandenen Rechts- und Organisationsstrukturen einzupassen sei. Hierzu oblägen den Gremien die anstaltsinternen Programmentscheidungen auf der Grundlage und im Rahmen eines näher zu konkretisierenden, gesetzlichen Auftrages. Dies umfasse auch den PVT betreffende Entscheidungen.¹⁶⁴ Auch wenn der VPRT hiermit von seiner ursprünglichen Forderung, die Entscheidung durch ein externes Gremium vornehmen zu lassen abrückt, so befürwortet er damit gleichwohl die Einführung einer externen, unabhängigen „Public Value-Kommission“ (PVK), die den Anstaltsgremien und dem Intendanten als Expertise-Instanz dienen soll.¹⁶⁵ Ihre Aufgabe soll die Beratung des Gremiums bei der Durchführung eines Public Value Tests durch gutachterliche Stellungnahmen zur Übereinstimmung des Vorhabens mit dem öffentlichen Auftrag der Anstalt, zur Bedeutung des Vorhabens für den publizistischen Wettbewerb, zu den Auswirkungen des Vorhabens auf den relevanten Markt und zur Finanzierung des Vorhabens sowie der Auswirkung auf den Anstaltshaushalt auf der Basis der Intendanten-vorlage, eigener Ermittlungen und der Anhörung Dritter (Betroffener) sowie der Rechtsaufsicht bei der Beauftragung sein.¹⁶⁶

Die nach dem Entwurf des VPRT staatsvertraglich zu verankernde Public Value Kommission¹⁶⁷ soll auch die ordnungsgemäße (anstaltsübergreifende) Durchführung des PVT verantworten. Den Gremien soll die Entscheidung über die Berücksichtigung der gutachterlichen Stellungnahme des PVK obliegen, bevor Programmvorhaben der Rechtsaufsicht zur Beauftragung vorgelegt werden. Überdies soll die PVK im Rahmen des Verfahrens für Anhörungsberechtigte¹⁶⁸ als Beteiligungs- und Anrufungsinstanz fungieren.

¹⁶⁴ Der in seinem Bestand und den Kernelementen seines Verfahrens jedoch gesetzlich zu verankern sei. Siehe Vorschlag des VPRT, Teil I., S. 4 f.

¹⁶⁵ Die PVK soll der jeweils verfahrensführenden Anstalt zur Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Einleitung und Durchführung eines Public Value-Tests dienen. So soll sie u.a. prüfen, ob ein PVT-Verfahren durchzuführen ist. Die PVK soll aus je zwei Sachverständigen des Medienrechts, der Medien-/Finanzwirtschaft (Medienökonomie) und der Medienwissenschaft bestehen. Diese Sachverständigen werden (wie die der KEK und die der KEF) für fünf Jahre mandatiert. Die Ernennung solle einvernehmlich durch die Ministerpräsidenten erfolgen. Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil I., S. 2 und 5 (auch zur Finanzierung).

¹⁶⁶ Für eine beratende Kommission (unabhängig vom Vorschlag des VPRT) bspw. auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7). Ebenso Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 491 f., die auch einen „personellen Unterbau“ und eine „systematische Professionalisierung“ der Gremien fordern. Auf die Notwendigkeit einer „professionellen, gut eingespielten Organisationsstruktur“ weist K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (889) hin.

¹⁶⁷ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 2.

¹⁶⁸ Dazu sogleich im nächsten Absatz.

3. Anhörung Dritter / Anhörungsberechtigung

Der Vorschlag des VPRT geht davon aus, dass die Anhörung betroffener Dritter im Public Value-Test eine entscheidende Voraussetzung für die Qualität der Gremienentscheidung ist. Sie diene der umfassenden Aufarbeitung des Sachverhalts und differenzierten Bewertung der mit dem Vorhaben verbundenen Auswirkungen. Daher sei eine inhaltliche Beschränkung der Anhörung allein auf die marktlichen Auswirkungen eines Vorhabens, für die allenfalls verfahrensökonomische Gründe sprächen, nicht richtig und auch nicht gerechtfertigt.¹⁶⁹ Es müsse vielmehr den betroffenen Wirtschaftskreisen, ebenso wie den betroffenen gesellschaftlich relevanten Gruppen, ein verbindliches Anhörungsrecht eingeräumt werden.¹⁷⁰

Um hierbei den Beteiligungsumfang in Grenzen zu halten, sei es sinnvoll, die Anhörungsberechtigung staatsvertraglich einzugrenzen.¹⁷¹ Zu den Anhörungsberechtigten sollten danach die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, der VPRT, der APR, die Verleger- und Produzentenverbände und betroffene Unternehmen gehören.¹⁷²

Der Vorschlag sieht vor, dass es dann Aufgabe der PVK sein soll, die Eingaben der Betroffenen umfassend zu werten und nach transparenten Kriterien angemessen zu gewichten. Zudem müsse den Anhörungsberechtigten und Verfahrensbeteiligten in allen wesentlichen Verfahrensschritten Zugang zu den relevanten Unterlagen gewährt werden und die Entscheidungen der Gremien und der PVK seien mit Begründung zu veröffentlichen.¹⁷³

4. Verfahrensablauf

Der Verfahrensvorschlag des VPRT sieht zunächst vor, dass „die Auslösfunktion“, d.h. die Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit des Tests (Aufgreiffrage) Sache des Intendanten ist.¹⁷⁴ Für den Fall, dass der Intendant die Durchführung des Public Value Tests

¹⁶⁹ Vgl. Vorschlag d, VPRT, Teil II., S. 4. Zwischen dem publizistischen Wettbewerb und den Marktauswirkungen herrschten so viele Interdependenzen, dass keine scharfe Trennlinie gezogen werden könne. Die sachliche Einwendungsbefugnis sei daher auf alle Belange auszudehnen, die durch das Vorhaben aufgeworfen und berührt werden. Anders dagegen R. Meyer, epd medien (29) 2008, S. 3 (4), der die Anhörungen auf marktrelevante Auswirkungen beschränkt sehen möchte.

¹⁷⁰ Zudem müsse das Verfahren auch ein Initiativ- und ein Beschwerderecht umfassen. Siehe Vorschlag des VPRT, Teil I., S. 5.

¹⁷¹ Im Sinne einer Regelung durch Benennung von Anzuhörenden mit Bündelungsfunktion. Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 4.

¹⁷² Ebenda.

¹⁷³ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil I., S. 6.

¹⁷⁴ Kommt der Intendant im Rahmen dieser Vorprüfung zu dem Ergebnis, dass ein Vorhaben nicht neu ist oder ein vorhandenes Angebot nicht ändert, so soll kein Public Value-Test durchgeführt werden. Der VPRT sieht in diesem Schritt allerdings die Gefahr, dass der Anwendungsbereich des Tests faktisch auf Null reduziert werden könne. Daher sollten schon auf dieser Vorstufe – wie auch später im Gremienverfahren – die staatsvertraglich festzulegenden und von den Rundfunkanstalten in transparente und überprüfbare Kriterien zu konkretisierenden Anforderungen, wann ein Prüfungsverfahren durchzuführen ist, gelten. Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 4. Zudem solle den Anhörungsberechtigten ein Initiativrecht zukommen.

für erforderlich hält, ist vorgesehen, dass er den Vorschlag zur Neuaufnahme oder Änderung des Angebots dem jeweiligen Gremium zur Entscheidung vorlegt (sog. Intendantenvorlage¹⁷⁵) und das Testverfahren durchgeführt wird. Träger des Verfahrens soll dabei das jeweilige Gremium (Rundfunk- bzw. Fernsehrat) sein. Die Public Value - Kommission soll ihm hierbei als Hilfsorgan zur Seite stehen.¹⁷⁶

Es ist sodann vorgesehen, dass das Gremium zunächst auf der Grundlage der Intendantenvorlage entscheidet, ob ein Public Value Test einzuleiten ist oder nicht. Das Gremium soll hierbei nach staatsvertraglich festgelegten und von den Rundfunkanstalten in Satzungen und Richtlinien konkretisierten Kriterien entscheiden. Hält das Gremium die Einleitung für erforderlich, so folgt die Durchführung des Public Value-Tests.¹⁷⁷ Diesbezüglich sieht der Vorschlag dann die folgenden Verfahrensschritte vor:

a. Beratung der Intendantenvorlage

Gegenstand der Prüfung soll zunächst die Beratung der Intendantenvorlage durch das zuständige Gremium sein. Darüber hinaus soll das Gremium die Vorlage im Onlineangebot der Anstalt (verbunden mit einem der Transparenz dienenden presseöffentlichen Hinweis) veröffentlichen und sie mit allen Unterlagen an die PVK weiterleiten.¹⁷⁸

b. Einschaltung der Public Value-Kommission

Die PVK soll nach dem Modell des VPRT eine Stellungnahme dazu abgeben, ob das Vorhaben qualitativ zum publizistischen Wettbewerb beiträgt und welche Auswirkungen das Vorhaben auf die relevanten Marktteilnehmer hat. Zur Erarbeitung dieser Stellungnahme sieht der Vorschlag vor, dass die Kommission das erforderliche Datenmaterial einholt und die Anhörungsberechtigten (sowie evtl. weitere Betroffene) beteiligt. Die Kommission

¹⁷⁵ Der VPRT weist darauf hin, dass die Intendantenvorlage in der Sachverhaltsdarstellung und in der Begründung hinreichend konkret sein müsse, um dem Gremium, der Rechtsaufsicht und den Anhörungsberechtigten eine Beurteilung des Angebots zu ermöglichen. Siehe Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 5.

¹⁷⁶ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 5.

¹⁷⁷ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 5. Gelangt das Gremium dagegen zu der Auffassung, dass für das vom Intendanten vorgelegte Vorhaben kein Public Value-Test erforderlich ist, trifft es zunächst eine vorläufige Entscheidung, dass kein PVT durchzuführen ist und leitet diese Entscheidung an die Public Value-Kommission weiter. Die PVK nimmt dazu Stellung, ob sie ein Testverfahren für erforderlich hält. Das Gremium entscheidet sodann, unter Einbeziehung der Stellungnahme der Kommission, ob es bei seiner vorläufigen Entscheidung bleibt oder ob es nunmehr auch die Einleitung eines Tests für erforderlich hält. (In letzterem Falle würde dann der Test in normaler Weise durchgeführt.) Die Entscheidung wird mit d. Gründen im Onlineangebot der Anstalt veröffentlicht. Zu diesem Fall siehe Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 6.

¹⁷⁸ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 5.

übermittelt ihre Stellungnahme dem Gremium und veröffentlicht sie danach, einschließlich der Äußerungen der Angehörten, im Onlineangebot der Anstalt.¹⁷⁹

c. Abschlussentscheidung des Gremiums, Rechtsaufsichtliche Prüfung und Feststellung

Das Gremium prüft unter Einbeziehung der Stellungnahme der Kommission die verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Voraussetzungen des Prüfverfahrens und trifft eine Entscheidung. Die Entscheidung soll mit den Gründen im Online-Angebot der Anstalt veröffentlicht werden.¹⁸⁰ Für den Fall, dass die Entscheidung negativ ausfällt, darf das geplante Angebot nicht realisiert werden.¹⁸¹ Im Fall einer positiven Entscheidung des Gremiums ist vorgesehen, dass das Gremium sodann seine Entscheidung der Rechtsaufsicht vorlegt.¹⁸² Die Rechtsaufsicht „prüft die Ordnungsmäßigkeit des Testverfahrens (Einstellung aller relevanten Tatsachen und deren Gewichtung) und dessen Ergebnis.“¹⁸³ Nach dieser Prüfung stellt sie fest, ob die Entscheidung des Gremiums rechtmäßig ist. Trifft die Rechtsaufsicht die Feststellung, dass die Entscheidung des Gremiums rechtmäßig ist, kann das geplante Angebot realisiert werden.¹⁸⁴

Die Feststellung der Rechtsaufsicht wird mit der Begründung im Onlineangebot der Anstalt veröffentlicht.¹⁸⁵

5. Verfahrensrechte betroffener Dritter

Der VPRT geht davon aus, dass das gesamte öffentlich-rechtliche Angebot dem Public Value-Gedanken entsprechen müsse.¹⁸⁶ Dies heiße aber nicht, dass grundsätzlich alle Angebote den Public Value Test durchlaufen müssten. Auszuschließen sei jedoch, dass weite Teile des gebührenfinanzierten Angebots der öffentlich-rechtlichen Anstalten von vorneherein aus dem Testverfahren genommen würden.¹⁸⁷ Um zu verhindern, dass die Anstalten die Anwendung des Tests durch eine zu restriktive Auslegung der Begrifflichkeiten faktisch ausschließen

¹⁷⁹ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 5.

¹⁸⁰ Ebenda.

¹⁸¹ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 6. Zu der Frage, ob die Rechtsaufsicht befugt ist, die „Gewichtung“ der Belange zu prüfen, vgl. unten Teil J. III.

¹⁸² Die Vorlagepflicht soll sich dabei sowohl auf das abschließende Ergebnis eines Public Value-Tests als auch auf die endgültige Entscheidung, keinen Test einzuleiten, beziehen. Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 6.

¹⁸³ Vorschlag des VPRT, Teil II., Seite 6.

¹⁸⁴ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 6.

¹⁸⁵ Vgl. näher den Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 6.

¹⁸⁶ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil I., S. 3. Sollten etwa Entwicklungen eintreten, dass in bestehenden Hauptprogrammen zunehmend Public Value-Inhalte in Spartenprogramme verlagert werden, so müsse auch in diesem Fall ein Verfahren initiiert werden können. Vgl. dazu Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 1.

¹⁸⁷ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil I., S. 3.

könnten, müssten den Anhörungsberechtigten in gewissem Umfang Verfahrensrechte zustehen. Um die Transparenz und Glaubwürdigkeit des Verfahrens zu gewähren und gleichzeitig den Gremien eine umfassende Entscheidungsgrundlage zu schaffen, solle den Anhörungsberechtigten, unbenommen vom regulären Verfahrensablauf, auch initiativ das Recht zur Anrufung der Public Value-Kommission zustehen.¹⁸⁸ Zudem sollten die Anhörungsbeteiligten, um zu verhindern, dass die Relevanzschwelle für die Vorlagepflicht des Intendanten an das Gremium zu hoch gelegt und dadurch der Public Value-Test in seiner Anwendung unangemessen eingeengt wird, das Recht haben, beim Intendanten die Einleitung des Testverfahrens zu beantragen.¹⁸⁹

6. Vorschläge zur rechtlichen Gestaltung

Der VPRT macht auch Vorschläge dazu, wie das vorgestellte Modell des Public Value Tests in normativer Hinsicht umgesetzt werden soll: So seien, um eine möglichst große Rechtssicherheit und Transparenz für alle Beteiligten zu schaffen, die Eckwerte des Verfahrens im Staatsvertrag selbst zu regeln.¹⁹⁰ Ergänzend kämen Konkretisierungen durch Satzungen oder Richtlinien der Anstalten in Betracht. In diesen sollte dann die weitere Konkretisierung der staatsvertraglichen Vorgaben zum Auftrag sowie zu den gesetzlichen Prüfkriterien (u. a. wann ein Prüfverfahren durchzuführen ist) und die Berücksichtigung der Aspekte, welche Bedeutung das geplante Angebot für den publizistischen Wettbewerb hat, wie es sich finanziell auswirkt, wie lange es dauern soll und ob bereits vergleichbare Anstaltsangebote existieren, erfolgen. Weitere Konkretisierung sollten hier auch die Vorgaben zur Transparenz bei Verfahrensdurchführung erfahren.¹⁹¹

¹⁸⁸ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 7. Der Vorschlag sieht dann vor, dass die PVK das Vorbringen dann in einer gutachterlichen Stellungnahme gegenüber dem Intendanten und dem Gremium beurteilt.

¹⁸⁹ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 7. Zur Vorbereitung seiner Entscheidung in dieser Frage soll d. Intendant eine gutachterliche Stellungnahme d. Kommission zu der Frage einholen, welche verfahrensrechtlichen Schlüsse aus den von den Anhörungsbeteiligten vorgebrachten Tatsachen zu ziehen sind.

¹⁹⁰ Diese Eckwerte seien etwa:

- Präzisierung des öffentlichen Auftrags für Telemedien und digitale Zusatzangebote.
- Einführung beispielhafter Programmkategorien für digitale Zusatzangebote.
- Zudem Entwicklung eines Programmkonzepts unter Bezugnahme auf diese Programmkategorien.
- Bzgl. der Telemedien die Erstellung einer Positiv-/Negativ-Liste.
- Festlegung der Kriterien wann ein Prüfverfahren durchzuführen ist.
- Festlegung der einzelnen Stufen des Prüfverfahrens festzulegen.
- Festschreibung der Einholung von Stellungnahmen Dritter zu den publizistischen und marktlichen Auswirkungen eines Angebots und Einbeziehung in den Entscheidungsprozess.
- Verpflichtung zur hinreichend konkreten Beschreibung und Begründung eines Angebots
- Festschreibung von Transparenzpflichten.
- Verankerung der Public Value-Kommission als unabhängige Institution.

Vgl. dazu näher den Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 1 und 2

¹⁹¹ Vgl. Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 2.

VI. Kritik und Bewertung des Modells des VPRT

1. Kritik des ZDF am Vorschlag des VPRT

Das ZDF reagierte auf den Verfahrensvorschlag des VPRT mit Ablehnung. Da der VPRT selbst einräume, dass sein Konzept nicht alleine auf der Grundlage des Beihilfe-Kompromisses und dessen Vorgaben zu einem Drei-Stufen-Test entwickelt wurde, beanspruche es von vornherein nicht, einen Diskussionsbeitrag dazu zu leisten, wie der Beihilfe-Kompromiss in nationales Recht umzusetzen ist. Es ginge dem VPRT vielmehr um eine grundlegende Umstrukturierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner Aufsicht.¹⁹²

Die Vorschläge des VPRT zielten auch nicht auf eine Balance im dualen System, sondern darauf, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch Restriktionen insbesondere im Bereich der Onlineangebote und der neuen Übertragungsform den Zugang zu den jüngeren Bevölkerungsgruppen weiter zu erschweren.¹⁹³

Darüber hinaus widerspreche der VPRT-Vorschlag dem Beihilfe-Kompromiss. Nachdem der Beihilfe-Kompromiss als signifikante Stärkung der Gremien und der übrigen Kontrollinstanzen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gesehen werde, sei die mit dem VPRT-Vorschlag einhergehende Entmachtung der Gremien schädlich und greife darüber hinaus auch in originäre Kompetenzen des Verwaltungsrates ein. Das ZDF habe dagegen ein Drei-Stufen-Test-Verfahren verabschiedet, das den Anforderungen des Artikel-19-Schreibens voll entspreche. Der Fernsehrat stünde in diesem Zusammenhang einer Einbindung sachverständiger Dritter in seinen Entscheidungsprozess offen gegenüber. Dies könne „nach dem Selbstverständnis des ZDF-Fernsehrates jedoch nicht für die Bewertung der Prüfkriterien

¹⁹² ZDF, Zum Vorschlag des VPRT für ein Public Value Verfahren, S. 1.

¹⁹³ Weiterhin sei die Behauptung des VPRT, der öffentlich-rechtliche Rundfunk verfüge über keine unabhängige externe Kontrolle falsch. Das ZDF unterliege einem „dichten Geflecht an Aufsichts- und Kontrollinstanzen- und Mechanismen“. Der Fernsehrat werde in der Öffentlichkeit „von interessierten Kreisen“ häufig als „interne Aufsicht“ bezeichnet. Daran sei allein richtig, dass der Fernsehrat aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Organ der Anstalt ist. Tatsächlich sei es „eine Form der externen Aufsicht“, weil die Mitglieder des Fernsehrates nicht von der Anstalt oder ihren Organen berufen werden, das ZDF könne also auf die Besetzung seines Fernsehrates keinen Einfluss nehmen. ZDF, Zum Vorschlag des VPRT für ein Public Value Verfahren, S. 2 und 3.

Dem steht allerdings die g.h. Meinung entgegen, dass es sich beim Rundfunkrat um ein internes Gremium handelt. Vgl. BVerfGE 12, 205 (261/262), und 73, 118 (153) wo es heißt: „Zur Sicherung dieser Vielfalt kann der Gesetzgeber eine - nach dem Urteil vom 28. Februar 1961 (..) verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende - "binnenpluralistische" Struktur der Veranstalter, also eine Organisation vorsehen, bei welcher der Einfluß der in Betracht kommenden Kräfte *intern*, durch Organe der jeweiligen Veranstalter vermittelt wird.“ (Hervorhebung nur hier.) Für die Literatur vgl. bspw. W. Hoffmann-Riem, in: P. Donges/ M. Puppis, Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 29 (33); Ders., in: R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 632; H. Gersdorf, Grundzüge, Rn. 327 ff., C. Degenhart, in BK-GG, Art. 5, Rn. 768 f. (113. Aktualisierung, 2004), W. Schulz, in: P. Donges/ M. Puppis, Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 311 (318f.). R. Ricker/P. Schiwly, Rundfunkverfassungsrecht, C. III. Rn. 27 m.w.N; K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (889).

1. und 2. beim Drei-Stufen-Test (also Übereinstimmung des Angebots mit dem Auftrag und Beitrag des Angebots zum publizistischen Wettbewerb) gelten.” Denn die Bewertung des publizistischen Wertes von Rundfunkangeboten gehöre zum Kernbestand der Aufgaben der Rundfunkgremien öffentlich-rechtlicher Sender.¹⁹⁴

Die Vorschläge des VPRT wichen im Übrigen auch von den Vereinbarungen mit der Europäischen Kommission ab und verstießen daher gegen die gebotene stringente Umsetzung des Beihilfe-Kompromisses in deutsches Recht.¹⁹⁵

2. Eigene Bewertung des vom VPRT vorgeschlagenen Modells

a. Überschlägiger Vergleich mit dem Modell des ZDF

Der Vorschlag des VPRT orientiert sich ersichtlich stärker an dem Public Value Test der BBC als dies bei dem Vorschlag des ZDF der Fall ist. Im Wesentlichen sind folgende Abweichungen gegenüber dem Modell des ZDF erkennbar:

- Umfangreichere Anhörungen (nicht auf marktliche Auswirkungen beschränkt)¹⁹⁶
- Einbindung von unabhängigem Sachverstand/Experten (durch PVK)¹⁹⁷
- Betonung von Verfahrensrechten¹⁹⁸
- Ausgeprägtere Transparenz des Verfahrens¹⁹⁹
- Stärkere Betonung des öffentlichen Nutzens/Mehrwerts als Abwägungsaspekt²⁰⁰
- Verstärktes Anstreben einer engeren materiellen Definition des Auftrags²⁰¹

b. Beachtung der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben

Bezogen auf die Einhaltung der Vorgaben aus dem Beihilfe-Kompromiss, ist - entgegen der Ansicht des ZDF - kein unzulässiger Verstoß erkennbar.²⁰² Es fällt allein auf, dass der Vorschlag des VPRT nicht auf den publizistischen Wettbewerb abstellt, sondern auf den

¹⁹⁴ ZDF, Zum Vorschlag des VPRT für ein Public Value Verfahren, S. 4.

¹⁹⁵ Ebenda.

¹⁹⁶ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (30).

¹⁹⁷ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (29).

¹⁹⁸ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (32).

¹⁹⁹ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (30) und (32).

²⁰⁰ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (29) und (31).

²⁰¹ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (32 f.).

²⁰² Insbesondere d. Einführung einer PVK würde die Gremien nicht nachhaltig schwächen, denn diese behielten die Letztentscheidungsbefugnis. Vor dem Hintergrund der praktischen Erfahrungen beim britischen PVT, bei dem sich gerade die Anhörungen zu publizistischen Aspekten auf das Angebot selbst ausgewirkt haben (vgl. dazu oben Teil F. IV. 5. b. cc. (2) und H.G. Bauer/A.Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (7)), überzeugt auch die Ablehnung einer Anhörung bzgl. der publizistischen Aspekte nicht.

öffentlichen Nutzen / Mehrwert. Ob dies eine tatsächliche Verschärfung der Anforderungen darstellt, hängt von der Interpretation der Begrifflichkeiten ab.

Wenn man den öffentlichen Nutzen / Mehrwert allein in dem Beitrag des Angebots zur freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung (mithin dem Beitrag zum publizistischen Wettbewerb) erblickt, sind die Unterschiede rein begrifflicher Natur. Versteht man unter dem öffentlichen Nutzen / Mehrwert dagegen (so ist der Vorschlag des VPRT wohl gemeint), neben dem Beitrag zum publizistischen Wettbewerb, auch dessen relatives Gewicht zu seinen Kosten²⁰³ und in Ansehung des Markteinflusses, so liegt der Unterschied vor allem in der Frage der Gewichtung: Das Modell des VPRT scheint dem Markteinfluss als zu gewichtigem Belang - in Anlehnung an des britische Modell des PVT der BBC - mehr Gewicht beizumessen, als dies beispielsweise das Modell des ZDF vorsieht.²⁰⁴

In der Betonung dieses Aspekts liegt zumindest kein Verstoß gegen die sich aus dem Beihilfe-Kompromiss ergebenden Anforderungen, die - für eine erfolgreiche Einführung des Drei-Stufen-Tests in Deutschland - zumindest auch einer Berücksichtigung der Interpretation der Vereinbarung nach Lesart der Kommission bedürfen. Da die Kommission den Aspekt der wettbewerblichen Auswirkungen regelmäßig betont und aus diesem Grunde die gesamte Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als dem Beihilfe-Regime unterliegend ansieht²⁰⁵, wird ein stärker an den marktlichen Auswirkungen orientierter Ansatz *gegenüber der Kommission* (und damit in Bezug auf die Anforderungen des Beihilfe-Kompromisses) - anders als das ZDF meint - unproblematisch sein.²⁰⁶

Wenn das Modell des VPRT damit die europarechtlichen Vorgaben aus dem Beihilfe-Kompromiss einhält, so stellt sich - neben der später aufzugreifenden Frage nach der auftragskonkretisierenden Wirkung des Verfahrensvorschlags - die Frage nach der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben der Rundfunkfreiheit. In diesem Zusammenhang ergeben sich im Wesentlichen zwei Unterfragen: Erstens, ob die stärkere Gewichtung des Aspekts des marktlichen Einflusses eventuell in unzulässiger Weise das verfassungsrechtliche

²⁰³ Ob die Kosten als Abwägungsfaktor anzusehen sind, ist umstritten. Dafür: B. Holznagel/K. Siebenhaar, 7-Stufen-Plan, S. 2; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (8); Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 74 ff.; B. Peters, K&R 2009, S. 26 (30); Holznagel/Dörr/Hildebrand, Elektronische Medien, S. 492. Dagegen: M. Knothe, epd medien (60) 2009, S. 5 (6). Näher dazu unten Teil H. IV. 1. e. cc. (1).

²⁰⁴ Zur Sicht des ZDF siehe auch C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 75: Online-Betätigung könne „auch dann gerechtfertigt sein, wenn für sie marktliche Auswirkungen von Gewicht prognostiziert werden.“ Zur Sicht der Privaten siehe bspw. T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4 ff.).

²⁰⁵ Vgl. zur Einschätzung der Kommission etwa K (2007) 1761 endg., Rn. (74) ff.

²⁰⁶ Die vom ZDF geforderte „stringente Umsetzung“ des Beihilfe-Kompromisses wird notwendig auch die Perspektive der Europäischen Kommission im Blick halten müssen. Vgl. hierzu auch W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 45 a.E.

Ziel der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung gefährdet. Und zweitens, ob die Einführung der PVK und insbesondere die Verpflichtung der Gremien zur Berücksichtigung von deren Entscheidungen gegen die Staatsfreiheit verstieße.

aa. Vernachlässigung des Ziels der freien und individuellen Meinungsbildung?

Zu prüfen ist zunächst, ob eine stärkere Gewichtung des Aspekts des marktlichen Einflusses zugleich eine Vernachlässigung des verfassungsrechtlichen (Primär-) Ziels der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung²⁰⁷ darstellt.

Zunächst ist hierzu festzustellen, dass im (einfachgesetzlich bzw. prozedural) zu bestimmenden Aufgabengebiet der Rundfunkanstalten *im Online-Bereich* dem publizistischen Wettbewerb kein genereller, alleiniger Vorrang gebührt²⁰⁸: Ein *alleiniger* Vorrang des publizistischen Wettbewerbs in der Abwägung des Drei-Stufen-Tests würde in keinsten Weise zu einer Beschränkung (und Konzentration) der Anstalten auf die Erfüllung ihrer (Kern-) Aufgabe im Kontext der Rundfunkfreiheit führen²⁰⁹, sondern vielmehr eine unkontrollierte, gebührenfinanzierte Expansion der Anstalten in den Online-Bereich unterstützen (bzw. zumindest nicht verhindern können)²¹⁰, die zugleich eine unzulässige Beeinträchtigung der grundrechtlichen Belange der (anderen) Unternehmen in diesem Bereich darstellen würde.²¹¹

Eine *allein* an marktlichen Aspekten orientierte Gewichtung, *kann* dagegen die Meinungsvielfalt verengende Tendenzen²¹² unterstützen und in diesem Falle *ggf.*²¹³ das verfassungsrechtliche Ziel der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung vernachlässigen.²¹⁴ Pauschale Verweise auf den Vorrang des einen oder des anderen Aspekts werden der Situation im Online-Bereich daher nicht gerecht.²¹⁵ Vielmehr variiert die zutreffende Gewichtung mit der Meinungsbildungsrelevanz des jeweiligen Kommunikats.²¹⁶

²⁰⁷ S. dazu bspw. BVerfGE 57, 295 (320); W. Hoffmann-Riem, Regulierung d. dualen Rundfunkordnung, S. 29; K.-E. Hain, Gutachten, S. 66 f.; T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 42 ff.

²⁰⁸ Vgl. oben Teil F. IV. 5. a.

²⁰⁹ In diesem Falle würde die Testdurchführung keine Veränderung ggü. der bisherigen (von der Kommission zu Recht als unzureichend angesehenen) Situation, dass die Anstalten Art und Umfang ihrer Online-Aktivitäten - autonom und nahezu unreglementiert - bestimmen, bewirken. Denn irgendwie trägt jedes neue Angebot im (grenzenlosen) Internet dort auch zum publizistischen Wettbewerb bei. Zu diesem Aspekt vgl. auch K.-E. Hain, Gutachten, S. 81 mit Fn. 289 und N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608).

²¹⁰ Der Aufbau einer vollumfänglichen „dritten Programmsäule“ wäre so jedenfalls nicht zu verhindern.

²¹¹ K.-E. Hain, Gutachten, S. 65 f.

²¹² Zu vielfaltsverengenden Tendenzen *im klassischen (Privat-) Rundfunk* vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 117 m.w.N. Zu der Frage, inwieweit *im Internet* ein Vielfaltsdefizit besteht, bzw. zu erwarten ist, vgl. unten Teil H. IV. 1. e. aa. (2).

²¹³ Dies wäre zumindest im (kumulierten) Falle von Angeboten mit (tatsächlich) hoher Meinungsbildungsrelevanz und der gleichzeitigen Gefahr eines Marktversagens denkbar.

²¹⁴ Vgl. K.-E. Hain, Gutachten, S. 67 f.

²¹⁵ Vgl. oben Teil F. IV. 5. a.

²¹⁶ Kumuliert mit der Gefahr des Marktversagens. Teil F. IV. 5. b. aa.

Daher kann man den Ansatz des VPRT in dieser Frage nur so verstehen, dass es sich dabei um einen Hinweis darauf handelt, dass es eben nicht immer der publizistische Wettbewerb ist, dem Vorrang gebührt. Gegen einen solchen - so gesehen zutreffenden - Hinweis bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

bb. Einführung der PVK als Verstoß gegen die Staatsfreiheit?

Weiterhin ist fraglich, ob die vom VPRT dem jeweiligen Entscheidungsgremium der Anstalt als Beratungs- und Experteninstanz zugedachte PVK in unzulässiger Weise in die Staatsfreiheit der Anstalten eingreift. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass der VPRT selbst davon ausgeht, dass die PVK in die bestehenden Strukturen der internen Kontrolle der Anstalten einzupassen sei.²¹⁷ Daraus folgt, und dies sieht der Vorschlag soweit ersichtlich auch vor, dass die letztendliche Entscheidung bei den jeweiligen Gremien der Anstalten verbleibt.²¹⁸ Da damit die Gewichtung der Belange und die darauf basierende Abwägungsentscheidung allein anstaltsintern erfolgt, könnte ein Verstoß gegen die Staatsfreiheit (überhaupt) nur dann vorliegen, wenn die Ergebnisse der Arbeit der PVK in irgendeiner Weise Bindungswirkung für die Entscheidung der Anstaltsorgane erzeugen würden. Da eine solche Bindungswirkung dem Vorschlag aber nicht zu entnehmen ist, verstieße die angedachte Einführung der PVK in der vorgesehenen Form nicht gegen die Staatsfreiheit.

cc. Zur auftragskonkretisierenden Wirkung des Modells des VPRT

Das Modell des VPRT sieht in Bezug auf die Verfahrensgestaltung u.a. umfangreichere Anhörungen, eine stärkere Einbindung von unabhängigem Sachverstand/Experten, eine Betonung von Verfahrensrechten und eine ausgeprägtere Transparenz des Verfahrens vor. Diese Aspekte lassen sich den Faktoren der Maßstabergänzung zuordnen:

(1) Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen

Das Modell des VPRT sieht zunächst vor, dass sich die Anhörungen zu dem geplanten Angebot nicht allein auf marktliche Auswirkungen beschränken.²¹⁹ Insofern sind auch Diskurschancen nicht auf diese Frage beschränkt. Vielmehr erstrecken sie sich auf die Frage

²¹⁷ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (29) und (31).

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der VPRT letzten Endes eine weitergehende Reform der Medienordnung anstrebt, aber selber der Auffassung ist, dass dies bis zum Umsetzungsdatum des Beihilfe-Kompromisses nicht realisierbar ist. Vgl. die Dokumentation des Vorschlags d. VPRT, epd medien (24/25) 2008, S. 29 (31).

²¹⁸ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (31).

²¹⁹ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (30).

des Beitrags zum publizistischen Wettbewerb.²²⁰ Dieser Aspekt wird im Beihilfe-Kompromiss ausdrücklich als Prüfungspunkt²²¹ und ein die Aufnahme des Angebots ggf. rechtfertigendes Element vorgesehen. Dies macht es erforderlich, auch Informationen über den Beitrag zum publizistischen Wettbewerb zu erheben.²²² Der diesbezüglichen Notwendigkeit begegnet der Vorschlag sachangemessen durch die Ausweitung des Anhörungsgegenstands auf diese Frage.²²³

Überdies schlägt der VPRT vor, um den Beteiligungsumfang in Grenzen zu halten, die diesbezügliche Anhörungsberechtigung staatsvertraglich einzugrenzen.²²⁴ Soweit der Vorschlag des VPRT hierzu vorsieht, dass zu den Anhörungsberechtigten „jedenfalls“ (u.a.) die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, der VPRT, die Verleger- und Produzentenverbände und betroffene Unternehmen gehören sollten²²⁵, so scheint diese Eingrenzung allerdings allzusehr an den eigenen Interessen und denen der danach weiteren Anhörungsberechtigten ausgerichtet zu sein. Der verfassungsrechtlich zu beachtende (Primär-) Zielwert der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung²²⁶ richtet sich gerade an den Bürger in seiner Meinungsbildung.²²⁷ Daher ist auch die Frage des Zugewinns für die freie Meinungsbildung und damit für den publizistischen Wettbewerb (vorrangig) aus der Sicht des Rezipienten (Bürgers) und nicht der (betroffenen) Unternehmen zu beurteilen.²²⁸ Insofern scheint eine Eingrenzung der Anhörungsberechtigten im Rahmen der ansonsten zu begrüßenden Erweiterung und Zuteilung von Diskurschancen nicht zweckmäßig zu sein.

(2) Begründung von Informationspflichten und Transparenz des Verfahrens

Der Vorschlag des VPRT sieht im Weiteren vor, dass die Anhörungsberechtigten und Verfahrensbeteiligten in allen wesentlichen Verfahrensschritten Zugang zu den relevanten Unterlagen gewährt wird.²²⁹ Insofern begründet der Vorschlag weitergehende

²²⁰ Der VPRT führt dazu aus, dass zwischen dem publizistischen Wettbewerb und den Marktauswirkungen so viele Interdependenzen herrschten, dass keine scharfe Trennlinie gezogen werden könne. Die sachliche Einwendungsbefugnis sei daher auf alle Belange auszudehnen, die durch das Verfahren aufgeworfen und berührt werden. Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (34).

²²¹ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328).

²²² Siehe dazu oben Teil F. IV. 5. b. cc. (2).

²²³ Gegen eine solche Ausweitung: R. Meyer, epd medien (29) 2008, S. 3 (4).

²²⁴ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (34).

²²⁵ Ebenda.

²²⁶ Vgl. dazu BVerfGE 57, 295 (320); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 29.

²²⁷ Dies leitet sich aus der Zielrichtung der freien Meinungsbildung ab, den politischen Willensbildungsprozess zu stärken und zu stützen. Vgl. dazu bspw. F. Fechner, Medienrecht, S. 9 Rn. 26 und S. 14 Rn. 43; K.-E. Hain, Gutachten, S. 67: „freiheitliche Meinungsbildung als essentielle der Demokratie“.

²²⁸ Vgl. auch W. Hoffmann-Riem, in: P. Donges/M. Puppis, Die Zukunft d. öffentlichen Rundfunks, S. 29 (30).

²²⁹ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (30).

Informationspflichten als das Modell des ZDF. Dies ist im Grundsatz zu begrüßen, denn für einen Regulierungswissen generierenden Verfahrensablauf ist ein umfassender Informationsfluss unabdingbar.²³⁰ Soweit der Vorschlag des ZDF vorsieht, selbst in wesentlichen Fragen keine Informationen zu veröffentlichen²³¹, wird dies den Anforderungen an den Drei-Stufen-Test - wie dargelegt - nicht gerecht.²³² Insofern ist dem Ansatz des VPRT zugute zu halten, dass es den notwendigen Informationsfluss in wesentlichen Fragen gewährleistet. Allerdings sollte der Zugang zu den Informationen in angemessener Weise (in Bezug auf die wechselseitigen Interessen) geregelt sein. Ein Recht auf umfassenden Zugang zu den Angebots-Unterlagen der Anstalten geht insofern über das Ziel hinaus.²³³ Ein Schritt in die richtige Richtung ist dagegen die vom VPRT vorgesehene Begründung von Informations- und Transparenzpflichten.

(3) Das Bestehen von Verfahrensrechten betroffener Dritter

Der Vorschlag des VPRT sieht zudem auch die Begründung von Verfahrensrechten vor.²³⁴ Die besondere Motivation des VPRT besteht dabei insbesondere darin, sicherzustellen, dass das Testverfahren von den Anstalten nicht über eine „allzu eigenständige“ Beantwortung der Aufgreiffrage umgangen wird. Insofern sieht der Vorschlag auch ein Initiativrecht der Anhörungsberechtigten vor, um zu verhindern, dass die Schwelle für die Vorlagepflicht des Intendanten an das Gremium „zu hoch gelegt und dadurch der Public Value-Test in seiner Anwendung unangemessen eingeengt wird.“²³⁵ Die Anhörungsberechtigten sollen danach das

²³⁰ Vgl. hierzu oben Teil E. V. 2.

²³¹ Vgl. hierzu oben Teil F. III.

²³² Vgl. hierzu oben Teil F. IV. 5. b. cc. (1) und (2).

²³³ Eine zu weit greifende Regelung wäre nicht zweckmäßig: Bei dem Drei-Stufen-Test handelt es sich *auch* um eine „Hilfestellung“ für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sich im publizistischen Wettbewerb langfristig erfolgreich zu positionieren. Insofern muss der Informationsfluss zweckmäßigerweise so gestaltet werden, dass sich die Weitergabe der Informationen darauf beschränkt, was für die Beurteilung des Angebots (bzw. seiner Auswirkungen) im Rahmen des Drei-Stufen-Tests erforderlich ist. Hierfür reichen entsprechende Veröffentlichungen auf den einzelnen Verfahrensstufen aus. Eines weitergehenden Zugangs zu darüber hinausgehenden Informationen bedarf es nicht. Insbesondere würde sich dann auch die - schwierig zu beantwortende - Frage stellen, wer zugangsberechtigt sein soll. Diesbezüglich wird man annehmen können, dass gerade eine Zugangsberechtigung der vom VPRT als anhörungsberechtigt vorgesehenen Akteuren hier nicht sinnvoll wäre, denn diesen handelt es sich z. Tl. auch um Wettbewerber (i.w.S.), so dass im Hinblick auf die Wahrung von „Anstaltsgeheimnissen“ gerade diese Gruppe auszuschließen wäre. Ein Zugangsrecht ist insofern ungeeignet. Anders wäre dies aber dann, wenn der Entscheidungsträger extern und unabhängig angesiedelt wäre. Dann wäre sinnvollerweise nur der Entscheidungsträger zur Einsichtnahme befugt und würde Anstalts- aber auch „private“ Betriebsgeheimnisse im Rahmen seiner Veröffentlichungen aussparen. Dies entspricht in etwa der Situation des BBC Trust beim Public Value Test. Zur gegenwärtigen Behandlung von Betriebsgeheimnissen *der Privaten* durch das Gremium siehe § 11f Abs. 6 S. 4 RStV und ARD, Hintergrundinformationen, S. 10.

²³⁴ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (30). Der VPRT spricht insofern von „verbindlicher Verankerung“.

²³⁵ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (34) sowie (32).

Recht haben, beim Intendanten die Einleitung des Testverfahrens zu beantragen.²³⁶ Ob diese *konkrete* Regelung zweckmäßig wäre, kann hier nicht vertieft werden.²³⁷ Festzuhalten bleibt aber, dass die Schaffung von Verfahrensrechten im Hinblick auf ihre Sicherungsfunktion²³⁸ bzgl. der Maßstabsergänzung grundsätzlich zu begrüßen ist.

Um Transparenz und Glaubwürdigkeit zu gewährleisten und gleichzeitig den Gremien eine umfassende Entscheidungsgrundlage zu schaffen, ist weiterhin vorgesehen, dass den Anhörungsberechtigten, unbenommen vom regulären Verfahrensablauf, ein Recht zur Anrufung der PVK zustehen soll.²³⁹ Da die PVK zudem auch als Beschwerdeinstanz der Anhörungsberechtigten fungieren soll, stellt sich die Frage nach ihrem Nutzen für das Ziel der Auftragskonkretisierung. Außer Frage steht dabei nach hiesigem Verständnis, dass Expertenmeinungen in die Beurteilung der wesentlichen Fragen, insb. im Hinblick auf die Ermittlung und Beurteilung der abwägungserheblichen Belange, unbedingt einzubeziehen sind.²⁴⁰

Dies kann auch über die Einschaltung eines externen Organs erfolgen, bzw. wie sich später noch zeigen wird, sogar *müssen*.²⁴¹ Da nach dem Vorschlag des VPRT die letztendliche Entscheidung aber bei den Gremien verbleibt, verbleibt auch das letztendlich maßgebliche Problem des Drei-Stufen-Tests - die komplexe Entscheidungsfindung²⁴² - beim Gremium. Sicher mag die Zwischenschaltung der Expertenkommission der PVK hier eine Hilfestellung im Rahmen der Entscheidungsfindung sein, sie kann aber nicht beheben (insofern soll hier vorgegriffen werden), dass die anstaltsinternen Gremien mit der komplexen Abwägung überfordert sind.²⁴³ Insofern erübrigen sich weitergehende Überlegungen zur PVK.

²³⁶ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (35). Zur Vorbereitung seiner Entscheidung in dieser Frage soll der Intendant eine gutachterliche Stellungnahme der PVK zu der Frage einholen, „welche verfahrensrechtlichen Schlüsse aus den von den Anhörungsbeteiligten vorgebrachten Tatsachen zu ziehen sind.“

²³⁷ Gegen diese konkrete Regelung bestehen Bedenken im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit. Letztlich würden alle bedeutsamen Entscheidungen (nach Zwischenschaltung der PVK) doch beim Gremium landen. Es ist jedenfalls insgesamt davon auszugehen, dass der „Umweg“ über den Intendanten bzgl. der Gewährung von Verfahrensrechten keinen Zugewinn im Hinblick auf die Auftragskonkretisierung bedeutet.

²³⁸ Vgl. allg. dazu M. Anderheiden, *Gemeinwohl*, S. 374 und oben Teil E. V. 2.

²³⁹ Vgl. die Dokumentation des Vorschlags des VPRT in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (35). Der Vorschlag sieht vor, dass die PVK das Vorbringen dann in einer gutachterlichen Stellungnahme gegenüber dem Intendanten und dem Gremium beurteilt.

²⁴⁰ Für die Hinzuziehung von Experten auch: D. Dörr in epd medien (34/35) 2008, S. 3 (5); W. Schulz, *Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung*, S. 3, 36 (bspw. bzgl. „Nutzungsveränderungen“).

²⁴¹ Siehe unten Teil H. IV.

²⁴² Die Komplexität der Entscheidungsfindung im Rahmen d. Drei-Stufen-Tests betonen u.a. auch: K.-E. Hain, *Gutachten*, S. 70; C.-E. Eberle, *ZDF-Jahrbuch 2008*, S. 75; Kops/Sokoll/Bensinger, *Rahmenbedingungen*, S. 7; R. Meyer, *Drei-Stufen-Test*, S. 66.

²⁴³ Siehe näher unten Teil I. bis IV.

Wenn nach allem hier die Zweifel an der Sinnhaftigkeit der Einführung der PVK, in der gegenwärtig geplanten Form, d.h. unter Belassung der Entscheidungsbefugnis beim Gremium, als überwiegend angesehen werden, so schlägt dies auf die Zweckmäßigkeit von Initiativ- und Beschwerderechten ggü. der PVK zwangsläufig durch. Festzuhalten bleibt aber der grundsätzlich richtige Ansatz, das Verfahren (und dessen organisatorische Abstützung insgesamt) zu stärken, um hierüber die, für eine Auftragskonkretisierung erforderliche, Maßstabsergänzung zu gewährleisten.²⁴⁴

(4) Das Bestehen von Begründungspflichten

Soweit der Vorschlag des VPRT Begründungspflichten vorsieht, ist dies, mit den diesbezüglich bereits dargelegten Überlegungen²⁴⁵, vollumfänglich zu begrüßen.

c. Fazit zum Modell des VPRT

Das Modell des VPRT beachtet die europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben. In zutreffender Weise betont der Ansatz des VPRT zunächst den produktiven Aspekt des Verfahrens über die weitgehende Berücksichtigung der Faktoren der Maßstabsergänzung. Die Erweiterung der Anhörungsrechte um den wesentlichen Bereich des publizistischen Zugewinns/Mehrwerts ist sachgerecht und wirkt auftragskonkretisierend. Kontraproduktiv wirkt sich allerdings die Einschränkung des Kreises der Anhörungsberechtigten (gerade in Bezug auf die Frage des publizistischen Zugewinns/Mehrwerts) aus. Die Hinzuziehung von Experten ist zu begrüßen; der Einrichtung einer Public Value Kommission - in der vorgeschlagenen, dem Gremium nachgeordneten Form - bedarf es indes nicht. Da die vorgeschlagenen Verfahrensrechte im Wesentlichen aus Konstruktionen um die - in dieser Form - nicht erforderliche PVK herrühren, bleiben auch sie letztlich ohne (zusätzlichen, auftragskonkretisierenden) Effekt.

²⁴⁴ Zu Fragen der institutionellen Abstützung des Verfahrens siehe unten Teil H. I.-IV.

²⁴⁵ Vgl. oben Teil E. V. 2.

G. Die staatsvertragliche Regelung des Drei-Stufen-Tests, §§ 11 ff. RStV

Die staatsvertragliche Regelung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist durch den 12. RÄndStV grundlegend verändert worden. Die ursprüngliche Auftragsdefinition in § 11 RStV a.F. wurde ergänzt und es kamen mit den §§ 11 a bis 11f RStV n.F.¹ weitere, den Auftrag näher beschreibende Vorschriften neu hinzu. Das deutsche Verfahren zur Auftragskonkretisierung, der Drei-Stufen-Test (i.w.S.), ist nunmehr gesetzlich geregelt und mit dem neuen Staatsvertrag zum 1. Juni 2009 in Kraft getreten.² Die für den Drei-Stufen-Test maßgeblichen Regeln finden sich in den §§ 11d bis 11f des RStV.

I. Ausgliederung digitaler Programme

Während die entsprechenden Regelungen zum Drei-Stufen-Test in den Vorentwürfen des 12. RÄndStV noch vorsahen, dass auch die digitalen Programme (digitale Zusatzkanäle) dem Drei-Stufen-Test unterfallen sollen, wurde davon letztlich Abstand genommen. Die digitalen Zusatzkanäle von ARD und ZDF werden statt dessen auf der Basis von Programmkonzepten der Rundfunkanstalten im Staatsvertrag konkret beauftragt.³

Im Vorfeld dieser Entscheidung hatten die Länder Anhörungen zu den Zusatzprogrammen der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und des ZDF durchgeführt. Vertreter des privaten Rundfunks sowie der Verbände von Zeitungs- und Zeitschriftenverlegern haben in diesem Rahmen zu den vorgelegten Konzepten Stellung genommen. Die Länder sind nach Abwägung der in den Stellungnahmen vorgebrachten Argumente zu der Auffassung gelangt, dass die vorgelegten Programmkonzepte eine Fortschreibung und Konkretisierung der bisherigen Konzepte der Digitalkanäle darstellten und den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechen und deshalb zu beauftragen seien.⁴ Damit erfolgt die Konkretisierung des Auftrags in Bezug auf die digitalen Programme direkt über den Staatsvertrag (sog. „geschlossenes System“).⁵

¹ Der ab dem 1.06.2009 geltende Rundfunkstaatsvertrag wird im Folgenden als RStV bezeichnet.

² Art 7 Abs. 4 12. RÄndStV.

³ Siehe § 11b Abs. 1 Nr. 2 lit. a) bis c) für die ARD sowie § 11b Abs. 3 Nr. 2 lit. a) bis c) für das ZDF. Vgl. dazu auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (4); C.-E. Eberle, ZDF-Jahrbuch 2008, S. 72.

⁴ Vgl. hier zu die Begründung des 12. RÄndStV, Seite 12. Man beachte auch den Wechsel in Terminologie des Gesetzgebers: Bislang waren die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und das ZDF gemäß § 19 Abs. 4 Satz 1, 2. Halbsatz (lediglich) „berechtigt, ausschließlich in digitaler Technik jeweils bis zu drei weitere Fernsehprogramme mit den Schwerpunkten Kultur, Bildung und Information zu veranstalten.“ Nunmehr erfolgt eine offizielle und zugleich konkretisierte Beauftragung. Vgl. bspw. § 11b Abs. 3: „Das ZDF veranstaltet folgende Fernsehprogramme (..)“ Siehe zu der Differenzierung zwischen Ermächtigung und Beauftragung: Europäische Kommission K (2007) 1761 endg. Rz. (247).

⁵ Zu diesem Begriff vgl. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (4). Vgl. bspw. auch Landtag von Baden-Württemberg Drucksache 14 / 3560, Mitteilung der Landesregierung vom 11. 11. 2008, Seite 2.

Folge hiervon ist, dass auch Änderungen an der Beauftragung ebenfalls einer staatsvertraglichen Regelung bedürfen. Sollte sich das geschlossene Konzept als nicht tragfähig erweisen, so sieht die Politik in der dann vorzunehmenden Einführung des Drei-Stufen-Tests (dem sog. „offenen System“⁶) auch für digitale Angebote, die Rückfallposition.⁷ Auf den ersten Blick verwundert die Vorgehensweise der Ausgliederung der digitalen Programme aus dem Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests, denn die Bundesrepublik hatte ursprünglich gegenüber der Kommission die Einführung eines Prüfverfahrens „für alle neuen oder veränderten digitalen Angebote der öffentlichen Rundfunkanstalten“ angekündigt.⁸

Bzgl. der Abweichung von dieser Ankündigung berufen sich die Länder auf die Bewertung der „von Deutschland gemachten Zusagen“ durch die Kommission⁹, in der es u.a. heißt: „Hinsichtlich der Definition des öffentlichen Auftrags in Bezug auf digitale Zusatzkanäle ist die Kommission der Auffassung, dass die Bezugnahme im zukünftigen Staatsvertrag auf Programmkategorien geeignet ist, den potenziellen Umfang dieser Kanäle zusätzlich zu der von den Ländern durch den 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführten Anforderung einer Schwerpunktsetzung auf Information, Erziehung und Kultur genauer festzulegen. Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Verpflichtung der öffentlichen Rundfunkanstalten, ein Programmkonzept zu entwickeln, in dem die verschiedenen in dem zukünftigen Staatsvertrag festgelegten Programmkategorien weiter ausgestaltet werden, als geeignet angesehen werden kann, Umfang und Zweck dieser Kanäle im Vergleich zu anderen Angeboten der öffentlichen Rundfunkanstalten hinreichend deutlich zu machen, und privaten Anbietern die Planung ihrer Tätigkeiten und den jeweils zuständigen Kontrollorganen eine wirksame Kontrolle der diesbezüglichen Verpflichtungen zu ermöglichen (...).“¹⁰

Vor diesem Hintergrund dürfte, trotz anders lautender Zusagen der Bundesrepublik, die Ausgliederung der digitalen Programme aus dem aktuellen Staatsvertrag gegenüber der Kommission unproblematisch möglich sein. Auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht wird man - trotz konzeptioneller Bedenken - davon ausgehen können, dass die Entscheidung der Ausgliederung verfassungsrechtlich als Gebrauchmachung der Einschätzungsprärogative des

⁶ Zum Begriff vgl. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5).

⁷ In diesem - im Moment hypothetischen - Fall solle es nach dem Willen der Politik, dann bei den bisherigen staatsvertraglich festgelegten Programmschwerpunkten mit der Festschreibung der derzeitigen Programmangebote bleiben. Änderungen sollen in diesem Fall dann über die Durchführung des Drei-Stufen-Tests möglich sein. Vgl. dazu etwa: Landtag von Baden-Württemberg Drucksache 14 / 3560, Mitteilung der Landesregierung vom 11. 11. 2008, Seite 2.

⁸ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (328).

⁹ Vgl. dazu Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (358) ff.

¹⁰ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (360).

Gesetzgebers bei Ausgestaltung¹¹ der Rundfunkordnung grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.¹²

Im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber selbst allerdings die Möglichkeit der Unzulänglichkeit in Betracht zieht („Rückfallposition“ für den Fall der Nichttragfähigkeit des geschlossenen Systems), trifft ihn auch eine besondere Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht¹³ (dann etwa durch Unterstellung der digitalen Angebote unter den Drei-Stufen-Test), falls sich die geschlossene Konzeption als zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung ungeeignet erweisen sollte und damit verfassungswidrig wäre.

II. Der neu definierte Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

Der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist durch den 12. RÄndStV in § 11 RStV in Verbindung mit den Regelungen der §§ 11a bis f RStV gegenüber der bis dato geltenden Regelung des Auftrags näher konkretisiert worden.¹⁴ Die Grundnorm des § 11 RStV ist nunmehr im Zusammenhang mit den Regelungen der §§ 11a bis f RStV zu sehen, die Umfang und Inhalte der Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einschließlich verfahrensrechtlicher Fragen (bzgl. des Drei-Stufen-Tests) regeln.¹⁵ Maßgeblich sind für den Drei-Stufen-Test, neben der allgemeinen Grundnorm des § 11 RStV, insbesondere die §§ 11d, 11e und 11f RStV.

1. Die Grundnorm, § 11 RStV

Die Grundnorm des § 11 RStV bezieht sich nunmehr auf „Angebote“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und umfasst damit gemäß § 11a Abs. 1 Satz 1 RStV neben Hörfunk- und Fernsehprogrammen auch Telemedien¹⁶, weshalb die hierin festgelegten Grundsätze auch bei der Beurteilung der Auftragsgemäßheit eines Telemediendienstes (neben

¹¹ Vgl. dazu bspw. BVerfGE 12, 205 (262 f.); 57, 295 (321 ff.); 90, 60 (94); 114, 371 (387), std. Rspr.

¹² Insofern ist zu beachten, dass bzgl. der digitalen Programme eine ggü. den Telemedien gänzlich andere Situation vorliegt: Die Anzahl der digitalen Sender ist staatsvertraglich insofern limitiert, als dass die Programme namentlich aufgezählt sind. Hieraus und aus dem Umstand, dass ein lineares Programm zeitlichen Restriktionen unterliegt, folgt eine faktische Begrenzung (Obergrenze), die es bei den Telemedien nicht gibt.

¹³ Vgl. allg. zu Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers bspw. BVerfGE 88, 203 (269, 309f.); 90, 145 (194); 95, 267 (314f.); BVerfG, Urt. v. 12.04.2005, 2 BvR 581/01, Rn. 51, 64; Urt. v. 26.10.2004, 1 BvR 911/00, Rn. 173 ff. und unten Teil H. IV. 4.

¹⁴ Vgl. hierzu die Begründung des 12. RÄndStV, Seite 7 unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit, insb. auf das Urteil vom 1. September 2007, 1 BvR 2270/05; 1 BvR 809/06; 1 BvR 830/06, S. 44ff.

¹⁵ Begründung des 12. RÄndStV, Seite 8, 9.

¹⁶ § 11a Abs. 1 Satz 1 RStV lautet auszugsweise: „Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind Rundfunkprogramme (Hörfunk- und Fernsehprogramme) und Telemedien (..)“. Darauf, dass dies eine „eindeutige Erweiterung“ des Auftrags darstellt, weist H. H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 2, hin.

ggf. spezielleren Anforderungen¹⁷⁾ zu berücksichtigen sind. Im Zuge der Erweiterung des § 11 RStV auf „Angebote“ blieb der (sonstige) „Kern“ des öffentlich-rechtlichen Auftrags, durch die Verbreitung der Angebote als „Medium und Faktor des Prozesses freier und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken“, unverändert.¹⁸ Hieran anschließend wurde aber neu eingefügt, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten „dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen“ haben.¹⁹ Der Gesetzgeber will damit das für die Funktionsweise einer Demokratie besonders wichtige Ziel der inhaltlichen Vielfalt betonen und in den Mittelpunkt der (Grund-) Norm stellen.²⁰ An dieser Akzentuierung werden sich daher auch (neue) öffentlich-rechtliche Telemedien messen lassen müssen.²¹

Eine weitere, zu berücksichtigende Änderung ist, dass § 2 Abs. 2 RStV für die Auslegung der Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 4 RStV, wonach die Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung dienen sollen, jetzt in den Nummern 14 bis 17 konkretisierende Begriffsbestimmungen enthält.²²

2. § 11d RStV, Telemedien

§ 11d RStV konkretisiert nunmehr die bisherige Ermächtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, „programmbegleitend Telemedien mit programmbezogenem Inhalt“ anzubieten (§ 4 Abs. 3 Satz 1 des ARD-Staatsvertrages, § 4 Abs. 3 Satz 2 des ZDF-Staatsvertrages, § 4 Abs. 3 des Deutschlandradio-Staatsvertrages) näher.

a. § 11d Absatz 1 RStV

Nach § 11d Abs. 1 RStV setzen Telemedien, die von den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, dem ZDF und Deutschlandradio angeboten werden, jetzt eine journalistisch-redaktionelle Veranlassung und journalistisch-

¹⁷ Wie etwa §§ 11d Abs. 5 Satz 1 RStV, wonach Werbung und Sponsoring in Telemedien nicht zulässig sind.

¹⁸ Die Formulierung geht zurück auf BVerfGE 12, 205 (260). Näher hierzu: S. Reese, Funktionsauftrag, S. 212 f.

¹⁹ Diese Anforderungen ergeben sich aus dem Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Vertrag von Amsterdam, ABl. Nr. C 340 vom 10. November 1997). Vgl. auch K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888).

²⁰ Begründung des 12. RÄndStV, Seite 9.

²¹ Dabei ist aber zu beachten, dass die Bestimmung der „Vielfalt“, heutzutage nicht mehr einfach zu bestimmen ist. Vgl. dazu K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT zum Verfassungsbeschwerdeverfahren, 1 BvR 2270/05, S. 26: „Die neuen Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind mit der Großformel der „Vielfalt“ nicht mehr ohne weiteres zu erfassen. „Vielfalt lässt sich nicht mehr primär auf ein Programm beziehen, sie ist in Zukunft auf ein Netzwerk unterschiedlicher Programme (Vollprogramme, Spartenprogramme etc.), Dienste, Übertragungsformen, Sendeformate, Plattformen etc. zu beziehen.“ Vgl. dazu auch Ders. in: FS E. Stein, S. 67 (88 ff.).

²² In Nummer 16 auch bzgl. der in § 11 Abs. 5 besonders hervorgehobenen Kultur, die die bisherige Regelung in § 11 Abs. 2 Satz 4 präzisieren soll.

redaktionelle Gestaltung des betreffenden Angebots voraus.²³ Die Begriffe „journalistisch-redaktionell“, „Veranlassung“ und „Gestaltung“ hat der Gesetzgeber in der Begründung zum Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag näher definiert:

- Der Begriff „journalistisch-redaktionell“ verlange danach „eine planvolle Tätigkeit mit dem Ziel der Herstellung und zeitnahen Weitergabe eines Angebots, das den Anforderungen des § 11 als Beitrag zur Meinungsbildung genügt.“²⁴
- Eine „Veranlassung“ sei z. B. dann gegeben, „wenn der journalistisch-redaktionell bearbeitete Gegenstand öffentliche Relevanz aufweist.“²⁵
- Eine journalistisch-redaktionelle „Gestaltung“ sei gegeben, „wenn das für das in Bearbeitung befindliche Angebot ausgewählte Material in eigenständiger Weise in Text, Bild oder Ton geformt wird.“²⁶

b. § 11d Absatz 2 RStV

Wie sich aus der Formulierung des § 11d Abs. 2 RStV entnehmen lässt, enthält § 11d Abs. 1 RStV eine Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zum Angebot von journalistisch-redaktionell veranlassten und journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien.²⁷ Diese Beauftragung des Abs. 1 wird durch Abs. 2 weiter konkretisiert.²⁸ In § 11d Abs. 2 RStV werden dazu vier Angebotsformen unterschieden:

- Sendungen
- Sendungsbezogene Telemedien
- Weitere Telemedien
- Unbefristete Archive.²⁹

²³ Damit sind solche Angebote unzulässig, die nicht journalistisch-redaktionell veranlasst oder gestaltet sind. Vgl. Kops/Sokoll/Bensing, Rahmenbedingungen, S. 25; K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888).

²⁴ Begründung des 12. RÄndStV, S. 16. Als journalistisch-redaktionelle Tätigkeitsschwerpunkte kämen danach „insbesondere die recherchierende Sammlung, die auswählende und gewichtende Bewertung recherchierter Quellen sowie die systematisierende und strukturierende sprachliche oder sonstige Aufbereitung in Betracht.“

²⁵ Begründung des 12. RÄndStV, Seite 16.

²⁶ Begründung des 12. RÄndStV, S. 16. Somit seien „zufällige Ansammlungen (unredigierte Chats, Messergebnisse), nicht bearbeitete Wiedergaben (Web-Kamera, Foto-Galerie) oder nicht gewichtete Inhalte (aufgelistete Agenturmeldungen) Beispiele für Angebote, die das Merkmal journalistisch-redaktionell nicht erfüllen.“ Vgl. zum Ganzen auch K.-E. Hain, Gutachten, S. 84 ff.

²⁷ In Abs. 2 des § 11d RStV heißt es: „Der Auftrag nach Absatz 1 umfasst (...)“.

²⁸ Siehe dazu auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5); K.-E. Hain, Gutachten, S. 91 ff.

²⁹ Vgl. zu den Angebotsformen § 11d Abs. 2 Nr. 1 bis 4 RStV. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5) weist darauf hin, dass das vom Gesetzgeber gewählte System im Online-Bereich eine „Mischung aus geschlossenem und offenem System“ ist. Vgl. dazu auch N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (602): „kleinflächige materielle Regelungen“ neben „einer differenzierten prozeduralen Lösung“.

aa. Sendungen, § 11d Abs. 2 Nr. 1 RStV

Nach § 11d Abs. 2 Nr. 1 umfasst der Auftrag nach Absatz 1 das Angebot von Sendungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf Abruf bis zu sieben Tage nach deren Ausstrahlung, Sendungen auf Abruf von Großereignissen gemäß § 4 Abs. 2 sowie von Spielen der 1. und 2. Fußball-Bundesliga bis zu 24 Stunden danach.³⁰

Eine „Sendung“ ist nach der im Zuge der Novation in den Staatsvertrag eingefügten Definition „ein inhaltlich zusammenhängender, geschlossener, zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms.“³¹ Damit bezieht sich Nr. 1 auf Fernseh- oder Hörfunksendungen, die bereits über einen anderen Distributionsweg als das Internet verbreitet wurden. Nach dieser anderweitigen „Erstverbreitung“ ermächtigt § 11d Absatz 2 Nr. 1 RStV dann zu einem „nachlaufenden“ Bereithalten der Sendungen auf Abruf. Die von der Nr. 1 erfassten Sendungen können dann grds. bis zu sieben Tage nach deren Ausstrahlung angeboten werden.³² Eine Ausnahme besteht für Sendungen von Spielen der 1. und 2. Fußball-Bundesliga und Sendungen auf Abruf von Großereignissen im Sinne des § 4 Abs. 2 RStV. Diesbezüglich sieht der Gesetzgeber in Abs. 2 Nr. 1 a.E. eine Begrenzung der Abrufbarkeit auf 24 Stunden vor, da in diesen Fällen bei zeitlich längerer Abrufmöglichkeit höhere Kosten für den Erwerb von zusätzlichen Rechten zu erwarten seien und dies im Interesse der Rundfunkgebührenzahler vermieden werden solle.³³

bb. Sendungsbezogene Telemedien, § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV

Der Auftrag umfasst auch das Angebot von sendungsbezogenen Telemedien. Diese können nach §11d Absatz 2 Nr. 2 RStV ebenfalls bis zu sieben Tage nach Ausstrahlung der konkreten Sendung verfügbar gehalten werden.³⁴ Hinsichtlich der Gestaltung solcher Telemedien verlangt §11d Absatz 2 Nr. 2 RStV, dass für das Angebot auf die für jeweilige Sendung genutzten Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und sie die Sendung thematisch und

³⁰ D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5 f.).

³¹ § 2 Abs. 2 Nr. 2 RStV. Der Begriff „Rundfunkprogramm“ wird nunmehr ebenfalls im Staatsvertrag in § 2 Abs. 2 Nr. 1 legal definiert. Danach ist ein Rundfunkprogramm „eine nach einem Sendeplan zeitlich geordnete Folge von Inhalten.“ Die Nummern 1 und 2 übertragen Begriffsbestimmungen der Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste (Richtlinie 2007/65/EG vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG) in nationales Recht. Vgl. Begründung des 12. RÄndStV, Seite 4.

³² In der Begründung des 12. RÄndStV (Seite 16 a.E.) wird die Verweildauer anhand eines Beispiels präzisiert, so heißt es dort als Erläuterung zur Nr. 1: „Dies bedeutet konkret, dass beispielsweise eine Sendung, die am Tag 1 um 20.00 Uhr ausgestrahlt wurde, maximal bis zum Tag 7 um 19.59 Uhr im Angebot verfügbar gehalten werden kann.“

³³ Vgl. Begründung des 12. RÄndStV Seite 16/17.

³⁴ Ohne einen Drei-Stufen-Test durchlaufen haben zu müssen. Vgl. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6).

inhaltlich unterstützend vertiefen und begleiten³⁵, ohne jedoch bereits ein eigenständiges Telemedienangebot nach § 11f Abs. 3 darzustellen.

Die Vorschrift des § 11d Absatz 2 Nr. 2 RStV wird ergänzt durch § 11d Absatz 3 Satz 2 RStV, wonach bei sendungsbezogenen Telemedien der zeitliche und inhaltliche Bezug zu einer bestimmten Sendung im jeweiligen Telemedienangebot ausgewiesen werden muss.³⁶ In prozeduraler Hinsicht ist hier insbesondere von Bedeutung, dass nach § 11d Abs. Nr. 3 zweiter Halbsatz RStV, sendungsbezogene Telemedien in Telemedienkonzepten, entsprechend der Regelung des § 11f Abs. 1 RStV, zu beschreiben sind.

cc. Weitere Telemedien, § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten werden durch § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV mit dem Angebot weiterer Telemedien beauftragt. Danach umfasst der Auftrag auch das Angebot von Sendungen und sendungsbezogenen Telemedien nach Ablauf der Fristen nach § 11d Abs. 2 Nr. 1, 1. Halbsatz und Nr. 2 RStV sowie von nichtsendungsbezogenen Telemedien. § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV bezieht sich danach auf drei Angebotsformen:

- Sendungen nach Fristablauf³⁷
- Sendungsbezogene Telemedien nach Fristablauf³⁸
- Nichtsendungsbezogene Telemedien

Die Bereitstellung dieser Telemedien erfolgt jeweils auf der Grundlage eines Telemedienkonzepts³⁹ und erfordert bei neuen oder veränderten Angeboten die Durchführung eines Drei-Stufen-Tests.⁴⁰ In den Telemedienkonzepten ist angebotsabhängig eine Befristung für die Verweildauer vorzunehmen.

³⁵ Der Gesetzgeber sieht gerade darin, dass auf die für die Sendung genutzten Materialien und Quellen zurückgegriffen wird, die Gewähr dafür, dass die konkrete Sendung thematisch und inhaltlich vertieft und begleitet wird. Vgl. Begründung des 12. RÄndStV, Seite 17.

³⁶ Damit will der Gesetzgeber sicherstellen, dass es möglich ist, den Sendungsbezug ohne Rechercheaufwand festzustellen. Vgl. Begründung des 12. RÄndStV, Seite 17.

³⁷ Bezieht sich auf die Frist aus § 11d Abs. 2 Nr. 1 RStV.

³⁸ Bezieht sich auf die Frist aus § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV. Zur Kritik am Merkmal „Sendungsbezug“ vgl. unten Teil H. III. 4. b. und H. H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 5.

³⁹ Insofern verweist § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV auf § 11f RStV.

⁴⁰ Dies ergibt sich aus § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV: „nach Maßgabe eines nach § 11f durchgeführten Verfahrens.“ Dieser Verweis bezieht sich auf den gesamten § 11f RStV, mithin auch auf den Drei-Stufen-Test. Vgl. auch die Begründung des 12. RÄndStV, Seite 17; D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 2.

Nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote sind nicht zulässig, § 11d Abs. 2 Nr. 3 2. HS RStV.⁴¹

dd. Unbefristete Archive, § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV

Nach §11d Abs. 2 Nr. 4 RStV umfasst der Auftrag auch die Bereithaltung zeitlich unbefristeter Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten.⁴² Auch für dieses Angebot haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemäß § 11f RStV Telemedienkonzepte zu erstellen.⁴³ Die Regelung §11d Abs. 2 Nr. 4 RStV soll, ausweislich der Gesetzesbegründung, dem Umstand Rechnung tragen, „dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten jeweils seit ihrer Gründung Archive mit Ton- und Bilddokumenten angelegt haben, deren Zurverfügungstellung in Form von Telemedien den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht.“⁴⁴

c. § 11d Absätze 3 und 5 RStV

Die Regelung des § 11d Abs. 3 Satz 1 RStV dient ebenfalls der Ergänzung der Grundnorm des § 11 RStV.⁴⁵ Sie bezieht sich auf die in § 11 Abs. 1 Satz 1 RStV a.E. aufgestellte allgemeine Anforderung an öffentlich-rechtliche Angebote, „die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen.“ und soll weitere Ziele, die der Gesetzgeber mit den in den Absätzen 1 und 2 des § 11d ggü. § 11 RStV eingegrenzten Diensten verfolgt (Sekundärziele)⁴⁶, näher herausstreichen. Im Wesentlichen lassen sich ihr drei Zielrichtungen (als Anforderungen an öffentlich-rechtliche Telemedien) entnehmen:

⁴¹ Mit dieser Vorschrift will der Gesetzgeber, ausweislich der Gesetzesbegründung, dem Umstand Rechnung tragen, „dass für die Nutzung im Internet gestaltete Angebote regelmäßig aus einer von den Nutzern erwarteten Kombination verschiedener Elemente bestehen, die Text, Ton und Bild verbinden.“ Vor diesem Hintergrund solle der Tendenz begegnet werden, „dass von Rundfunkanstalten angebotene nichtsendungsbezogene Telemedien den inhaltlichen und gestalterischen Schwerpunkt in Texten setzen.“ Im Umkehrschluss könne ein solcher Schwerpunkt vermieden werden, „wenn öffentlich-rechtliche nichtsendungsbezogene Telemedienangebote ihren Schwerpunkt in einer hörfunk- und/oder fernsehähnlichen Gestaltung haben.“ Dies bedeute, „dass nichtsendungsbezogene Telemedienangebote der Rundfunkanstalten Texte aufweisen dürfen, denn das Verfassen und Lesen von Texten ist eine Kulturtechnik.“ Vgl. hierzu Begründung des 12. RÄndStV, Seite 17/18. Siehe auch Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 25 f. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6) weist zutreffend daraufhin, dass diese Regelung über den Beihilfe-Kompromiss hinausgeht („autonome Entscheidung der deutschen Bundesländer“). Bedenken dagegen bestehen *insoweit* nicht. Kritisch zur Eindeutigkeit dieser Regelung H. H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 5.

⁴² Inhaltlich sind diese Archive auszurichten auf Zeit- und Kulturgeschichte. In der Gesetzesbegründung sind diese Begriffe näher präzisiert. Vgl. die Begründung des 12. RÄndStV, Seite 18.

⁴³ § 11d Abs. 2 Nr. 4 RStV a.E.; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6).

⁴⁴ Begründung des 12. RÄndStV, Seite 18.

⁴⁵ Ebenda.

⁴⁶ Das Primärziel ist (und bleibt) die freie öffentliche und individuelle Meinungsbildung. Vgl. dazu T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 42.

- Ermöglichung der Teilhabe aller Bevölkerungsgruppen an der Informationsgesellschaft durch die Telemedienangebote
- Telemedienangebote sollen Orientierungshilfe bieten
- Förderung der technischen und inhaltlichen Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten.⁴⁷

Der Gesetzesbegründung zu Absatz 3 lässt sich hierzu entnehmen, dass die Regelung in Absatz 3 den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten damit die besondere Verantwortung übertragen soll, den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft durch ein Telemedienangebot gerecht zu werden, das sich von kommerziellen Angeboten dadurch inhaltlich eindeutig abgrenzt, dass es allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft ermöglicht, Orientierungshilfe bietet und die technische und inhaltliche Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten fördert.⁴⁸

Nach § 11d Abs. 5 RStV sind bestimmte Telemedienangebote unzulässig und damit von der Ermächtigung der §§ 11 und 11d Abs. 1 und 2 RStV ausgenommen. § 11d Abs. 5 Satz 1 RStV stellt diesbezüglich zunächst klar, dass Werbung und Sponsoring in Telemedien unzulässig sind.⁴⁹ Überdies ist das Angebot auf Abruf von angekauften Spielfilmen und angekauften Folgen von Fernsehserien, die keine Auftragsproduktionen sind, nicht zulässig.⁵⁰ Der Gesetzgeber will damit verhindern, dass in diesem Bereich öffentlich-rechtliche Angebote in Konkurrenz treten zu kommerziellen Video-on-Demand-Angeboten oder Videotheken.⁵¹ Außerdem solle vermieden werden, dass bei den Rundfunkanstalten hohe Rechtekosten für den Erwerb von Abrufrechten entstehen.⁵²

Auch ist eine flächendeckende lokale Berichterstattung in Telemedien nicht zulässig.⁵³ Zusätzlich wird das öffentlich-rechtliche Telemedienangebot weiter begrenzt durch die dem Staatsvertrag als Anlage beigefügte sogenannte „Negativliste“.⁵⁴

⁴⁷ § 11d Abs. 3 Satz 1 RStV. Näher dazu Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 55 f.

⁴⁸ Begründung des 12. RÄndStV, Seite 18.

⁴⁹ Dieser Ausschluß geht zurück auf die Zugeständnisse im Beihilfe-Kompromiss. Vgl. Europäische Kommission K (2007) 1761 endg., Rn. (341).

⁵⁰ § 11d Abs. 5 Satz 2 RStV.

⁵¹ Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 19.

⁵² Ebenda.

⁵³ § 11d Abs. 5 Satz 3 RStV. Geht zurück auf Europäische Kommission K (2007) 1761 endg., Rn. (341).

⁵⁴ Geht zurück auf: Europäische Kommission K (2007) 1761 endg., Rn. (339).

Diese Liste umfasst insgesamt siebzehn Angebotsformen, insbesondere solche, die für Erwerbszwecke kommerzieller Anbieter relevant sind.⁵⁵

3. § 11e RStV, Satzungen, Richtlinien, Berichtspflichten

Auch der neue § 11e RStV ist Ausdruck des prozeduralen Konzepts, dass der Gesetzgeber zur Auftragskonkretisierung verfolgt. Abs. 1 Satz 1 verpflichtet die öffentlich-rechtlichen Anstalten zum Erlass von Satzungen oder Richtlinien in drei Bereichen:

- Zur näheren Durchführung ihres jeweiligen Auftrags,
- Für das Verfahren zur Erstellung von Angebotskonzepten,
- Für das Verfahren für neue oder veränderte Telemedien.

Die Satzungen und Richtlinien sollen der näheren Konkretisierung des Auftrags und seiner Umsetzung dienen.⁵⁶ Darüber hinaus sollen sie, ausweislich der Gesetzesbegründung, insbesondere die Verfahrensschritte im Drei-Stufen-Test näher festlegen; auch müsse geregelt werden, wann ein Angebot als neu oder verändert eingestuft wird und so das Prüfverfahren auslöst.⁵⁷ In § 11e Abs. 1 Satz 1 RStV drückt sich damit die Verzahnung der staatsvertraglichen Vorgaben mit den Regelungsbereichen den Anstalten, respektive deren Regelungsverantwortung, etwa bzgl. der Aufgreiffrage, aus. Nach § 11e Abs. 1 Satz 2 RStV müssen die Satzungen oder Richtlinien auch Regelungen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Gremienentscheidungen enthalten.⁵⁸ Nach Satz 3 sind sie darüber hinaus auch (in den amtlichen Verkündungsblättern der Länder) zu veröffentlichen. Abs. 2 enthält schließlich die Verpflichtung der Anstalten, die Einhaltung des jeweiligen Auftrags alle zwei Jahre zu dokumentieren und den entsprechenden Bericht zu veröffentlichen.⁵⁹

⁵⁵ Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 19. Dies sind auszugsweise:

- Anzeigenportale, Anzeigen oder Kleinanzeigen (Nr. 1),
- Musikdownload von kommerziellen Fremdproduktionen (Nr. 13),
- Spieleangebote ohne Sendungsbezug (Nr. 14),
- Fotodownload ohne Sendungsbezug (Nr. 15),
- Foren, Chats ohne Sendungsbezug und redaktionelle Begleitung; Foren, Chats unter Programm- oder Sendermarken sind zulässig (Nr. 17).

Kritisch in Bezug auf die Wirksamkeit dieser Liste: N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (602), der auf die „in weiten Teilen“ bestehende Möglichkeit einer „einfachen Umgehung“ hinweist.

⁵⁶ Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 19.

⁵⁷ Ebenda. Zu dieser Frage siehe auch Holzengel/Dörr/Hildebrand, S. 490 und unten Teil H. V.

⁵⁸ Siehe dazu näher Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 62 f.

⁵⁹ Nach der Gesetzesbegründung ist insbesondere die Einhaltung der konkreten Zusagen aus den Satzungen und Richtlinien darzulegen. Vgl. dazu in der Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 20.

4. § 11f RStV, Telemedienkonzepte sowie neue oder veränderte Telemedien

Der prozedurale Ansatz des Gesetzgebers findet seine Fortsetzung in § 11f RStV. Die Absätze 1 und 2 beziehen sich dabei auf die Erstellung der Telemedienkonzepte⁶⁰, während die Abs. 3 bis 7 den Drei-Stufen-Test (i.w.S.) betreffen.

a. § 11 f Abs. 1 und 2 RStV - Konkretisierung durch Telemedienkonzepte

Nach § 11f Abs. 1 RStV konkretisieren die Anstalten die inhaltliche Ausrichtung ihrer Telemedien nach § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 RStV jeweils in Telemedienkonzepten, die Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung und Verweildauer der geplanten Angebote näher beschreiben.⁶¹

Der Gesetzgeber verlangt für die Telemedienkonzepte, dass diese genauer gefasst sind, als die gesetzliche Ermächtigung.⁶² Es müsse sich aus dem Text ablesen lassen, „wer angesprochen werden soll, was vorrangig angeboten wird und wie das Angebot sich ausrichtet, ob es sich zum Beispiel um informative, unterhaltende, bildende oder kulturelle Inhalte handelt. In jedem Falle muss die Obergrenze für die zeitliche Verfügbarkeit angegeben werden.“⁶³

Für die Frage, in wie weit die Erstellung und Genehmigung⁶⁴ der Telemedienkonzepte eine Zulässigkeitsvoraussetzung für deren Angebot ist, kommt es auf die Angebotsform nach § 11d Abs. 2 Satz 2 RStV an. Für all die Telemedien, die nicht nach § 11d Abs. 2 Satz 1 und 2 RStV schon vom Gesetzgeber beauftragt sind⁶⁵, d.h. für die Nr. 3 und 4 des § 11d Abs. 2 RStV bedarf es als Zulässigkeitsvoraussetzung der Erstellung und Genehmigung der jeweiligen Konzepte.⁶⁶ Soweit nach Nummer 2 die Erstellung eines Telemedienkonzepts erforderlich ist,

⁶⁰ Zum Begriff vgl. nur Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 16.

⁶¹ Absatz 1 enthält damit Vorgaben für den verbindlichen Inhalt der Telemedienkonzepte der öffentlich-rechtlichen Anstalten.

⁶² Begründung zum 12. RÄnStV, Seite 21

⁶³ Für unbegrenzte Zeit vorgesehene Archivangebote, müssen als solche benannt werden. Vgl. zum Ganzen die Begründung zum 12. RÄnStV, Seite 21.

⁶⁴ Gemeint ist die Genehmigung über die erfolgreiche Durchführung des Drei-Stufen-Tests.

⁶⁵ Vgl. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6).

⁶⁶ Dies ergibt sich aus § 11f Abs. 4 S. 1 i.V.m. Abs. 1 RStV. Die Einbeziehung der Archive in den Test wird bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 25 als „Redaktionsversehen“ angesehen. Wörtlich: „Dagegen sind zeit- und kulturgeschichtliche Archive nach dem jetzigen Gesetzeswortlaut, vermutlich aufgrund eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers, einem Drei-Stufen-Test zu unterziehen. Möglicherweise wird dies aber in der Begründung zum RStV-E noch korrigiert.“ Der Umstand, dass eine Korrektur trotz der verschiedentlich geäußerten Kritik an dieser Regelung nicht erfolgte, spricht jedoch eher dafür, dass es sich gar nicht um ein Versehen handelt. (vgl. auch D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 2: Test erforderlich.) Ob diese Regelung zweckmäßig ist oder nicht, soll nicht vertieft werden. Es bestehen vielmehr ganz allgemein Bedenken gegen eine weitgehende Umgehung des Tests durch umfassende Beauftragungen ohne Ansehung des konkreten Angebots. Umfassende *pauschale* Beauftragungen wirken der notwendigen *Konkretisierung* (des von den Anstalten im Internet vorzuhaltenden Angebots) vielmehr u.U. auch zweckwidrig entgegen.

hat dies lediglich beschreibenden Charakter, es bedarf für die Zulässigkeit eines solchen Angebots keines Drei-Stufen-Tests. Dieses, die Zulässigkeit von Telemedien nach Angebotsformen differenzierende, Regelungskonzept des § 11f RStV i.V.m. § 11d Abs. 2 RStV lässt sich anhand einer Tabelle verdeutlichen⁶⁷:

	§ 11d II Nr. 1 Sendungen (befristet)	§ 11d II Nr. 2 Sendungsbezogene Telemedien (befristet)	§ 11d II Nr. 3 Sendungen u. sendungsbezogene TM nach Fristablauf und nichtsendungsbezog. Telemedien	§ 11d II Nr. 4 Unbefristete Archive
Telemedien-Konzept erforderlich	(-)	(+)	(+)	(+)
Drei-Stufen-Test erforderlich	(-)	(-)	(+)	(+)

§ 11f Abs. 2 RStV verlangt sodann ergänzend zu Abs. 1, dass die Beschreibung aller Telemedien eine Nachprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF ermöglichen muss.⁶⁸

b. § 11f Abs. 3 bis 7 RStV - Der Drei-Stufen-Test (i.w.S.)

In den Absätzen 3 bis 7 des § 11f RStV ist der - hier besonders interessierende⁶⁹ - Ablauf des eigentlichen Verfahrens des Drei-Stufen-Tests (i.w.S.), inklusive der Vorlageverpflichtung ggü. der Rechtsaufsicht, geregelt.

aa. § 11f Abs. 3 RStV

§ 11f Abs. 3 RStV bestimmt in Satz 1 zunächst, dass die Anstalten in den Satzungen oder Richtlinien übereinstimmende Kriterien festlegen⁷⁰, die sie bei der Entscheidung der Frage anzuwenden haben, in welchen Fällen ein neues oder verändertes Telemedienangebot vorliegt, das dem Drei-Stufen-Test zu unterziehen ist (sog. Aufgreiffrage). Ein verändertes Angebot soll insbesondere dann vorliegen, „wenn die inhaltliche Gesamtausrichtung des Angebots oder die angestrebte Zielgruppe verändert wird.“⁷¹ Auffällig an dieser Regelung ist, dass der Gesetzgeber diese bedeutsame Entscheidung⁷² den Anstalten selbst überantwortet und nicht

⁶⁷ Eine umfassende Übersicht dazu findet sich bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 30.

⁶⁸ In der Begründung zum 12. RÄnStV, Seite 21 wird dies näher präzisiert: „Die KEF muss in der Lage sein, aus der jeweiligen Beschreibung den zusätzlichen oder lediglich fortzuschreibenden Bedarf zu erkennen. (...) Für Telemedien leistet erst ein hinreichend genaues Telemedienkonzept eine Prüfgrundlage.“

⁶⁹ Eingehend zu der, hier nicht näher zu betrachtenden, Regelung d. § 11d RStV: K.-E. Hain, Gutachten, S. 82 ff.

⁷⁰ Dies bezieht sich auf die § 11e RStV beschriebenen Satzungen. Begründung zum 12. RÄnStV, Seite 21.

⁷¹ § 11f Abs. 3 Satz 2 RStV. Siehe dazu auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6).

⁷² D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6) spricht diesbezüglich von einer „wichtigen Verantwortung“.

bspw. den zuständigen Gremien.⁷³ Hierauf wird zurückzukommen sein.⁷⁴

bb. § 11f Abs. 4 RStV

§ 11 Abs. 4 Satz 1 RStV wendet sich zunächst an die Anstalt selbst und verlangt von dieser, dass sie für den Fall, dass sie „ein neues Angebot oder die Veränderung eines bestehenden Angebots nach Absatz 1“ plant, gegenüber ihrem zuständigen Gremium darlegt, „dass das geplante, neue oder veränderte, Angebot vom Auftrag umfasst ist.“⁷⁵ Diesbezüglich sieht der Gesetzgeber in Satz 2 vor, dass Aussagen darüber zu treffen sind,

1. inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht,
2. in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und
3. welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.

Dabei sind nach Satz 3 Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote (auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) zu berücksichtigen sowie nach Satz 4 der voraussichtliche Zeitraum darzulegen, innerhalb dessen das Angebot stattfinden soll.

§ 11f Abs. 4 Satz 2 RStV enthält somit den Drei-Stufen-Test (i.e.S.), mithin die „drei Stufen“⁷⁶, die ein neues oder verändertes Angebot durchlaufen muss, bevor es Bestandteil des Rundfunkauftrages wird.⁷⁷ Die Begründung des 12. RÄndStV präzisiert den Ablauf noch etwas näher. Dort heißt es: „Steht fest, dass das geplante Angebot nicht von der allgemeinen Ermächtigung oder einem bestehenden Telemedienkonzept umfasst ist, legt der Intendant der Rundfunkanstalt dem zuständigen Gremium die hinreichend genaue Beschreibung (siehe

⁷³ Die Zuständigkeit der Anstalten ergibt sich aus der Formulierung in § 11f Abs. 3 S. 1 RStV „die sie (...) anzuwenden haben.“ (Hervorhebung nur hier.)

⁷⁴ Zu den ganz erheblichen Bedenken gegen eine solche Regelung siehe unten Teil H. V. 1.

⁷⁵ „Vom Auftrag umfasst“ bezieht sich ausweislich der Gesetzesbegründung zum 12. RÄndStV auf § 11 RStV. Vgl. dort Seite 22.

⁷⁶ Die DLM, Positionspapier, S. 1 nimmt daneben eine „Dreistufigkeit“ in „verfahrenstechnischer Hinsicht“ an. Diese Differenzierung führt indes in der Sache nicht weiter und verkürzt die Diskussion um wesentliche Aspekte, wie etwa die Aufgreiffrage oder die Frage, wer richtigerweise Entscheidungsträger zu sein hat usf.

⁷⁷ Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 21.

oben, Absätze 1 und 2)⁷⁸ und eine Begründung vor, warum damit der Auftrag aus § 11 erfüllt wird; bei ARD-Gemeinschaftsangeboten liegt diese Aufgabe bei der federführenden Anstalt.⁷⁹ Hieraus wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber anstrebte, dass nicht alle öffentlich-rechtlichen Telemedien den Drei-Stufen-Test durchlaufen müssen, sondern vielmehr nur solche, die „nicht von der allgemeinen Ermächtigung“ (also den Nummern 1 und 2 des § 11 d Abs. 2 RStV) oder „einem bestehenden Telemedienkonzept“ (gemeint sind bereits genehmigte Telemedienkonzepte) umfasst sind. Dies stellt eine erhebliche (und zugleich bedenkliche) Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Drei-Stufen-Tests ggü. der ursprünglichen Ankündigung dar.⁸⁰

cc. § 11f Abs. 5 RStV

§ 11f Abs. 5 RStV gibt den Rahmen für das Verfahren im zuständigen Gremium (den Rundfunk-, Fernseh- und Hörfunkräten) vor. Das Gremium hat danach Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.⁸¹ Für die Abgabe der Stellungnahme sieht das Gesetz eine Frist von mindestens sechs Wochen nach Veröffentlichung des Vorhabens vor.⁸² Der Gesetzgeber stellt dazu in der Begründung klar, dass mit Einräumung der Gelegenheit zur Stellungnahme „jedoch keine subjektiven Rechte Dritter begründet“ werden.⁸³

Nach § 11f Abs. 2 Satz 3 RStV muss das zuständige Gremium der Rundfunkanstalt die eingegangenen Stellungnahmen prüfen. Es kann zur Entscheidungsbildung gutachterliche Beratung durch unabhängige Sachverständige (auf Kosten der jeweiligen Rundfunkanstalt) in Auftrag geben; zu den marktlichen Auswirkungen muss es gutachterliche Beratung hinzuziehen.⁸⁴ § 11f Abs. 5 Satz 6 RStV sieht schließlich vor, dass der Gutachter weitere

⁷⁸ Gemeint sind die Telemedienkonzepte. Der Intendant legt mithin den Gremien das jeweilige Telemedienkonzept vor. In dem Telemedienkonzept muss die Anstalt dann Ausführungen zu dem Vorliegen der Erfordernisse der drei Stufen des § 11f Abs. 4 Satz 2 RStV machen. Vgl. näher dazu die Begründung des 12. RStV, S. 22.

⁷⁹ Begründung zum 12. RÄnStV, Seite 21 f.

⁸⁰ Zu bedenken ist insofern, dass es nach der Neuregelung (und mit dem Entfallen einer finanziellen Deckelung) für die „direkt“ beauftragten Telemedien überhaupt keine - weder eine „finanzielle“ noch eine am Umfang ansetzende - Beschränkung mehr gibt. In dieser Situation allein auf eine Begrenzungswirkung anstaltsinterner Entscheidungen zu vertrauen, erscheint *sehr* bedenklich. Vgl. auch die Überlegungen bei N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (603 ff.) sowie unten Teil H. IV.

⁸¹ § 11f Abs. 5 Satz 1 RStV.

⁸² § 11f Abs. 5 Satz 2 RStV. Das Gremium kann die Anhörungsfristen auch verlängern und weitere Informationen einholen. Vgl. dazu die Begründung des 12. RÄnStV, Seite 22.

⁸³ Begründung des 12. RÄnStV, Seite 22. Näher dazu Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 137. Dort und auf Seite 65 (unter Verweis auf BGHZ 46, 78 [80]; 62, 340 [350]) auch zur Bedeutung der Gesetzesbegründung als Auslegungshilfe.

⁸⁴ § 11f Abs. 5 Satz 4 RStV. Bzgl. der Marktanalyse und der Bewertung der Marktauswirkungen handelt sich um eine „obligatorische Befassung“, vgl. Begründung des 12. RÄnStV, Seite 22. Der Name des Gutachters (bzw. des Instituts) ist bekanntzugeben, § 11f Abs. 5 Satz 5 RStV. Zum Ganzen siehe auch Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 491 f.

Auskünfte und Stellungnahmen einholen kann und dass ihm Stellungnahmen unmittelbar übersandt werden können.⁸⁵

Der Gesetzgeber begründet die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme in § 11f Abs. 5 RStV damit, den Gremien dadurch eine objektive Prüfung zu ermöglichen. Weil dies allein der Information der Gremienmitglieder diene, würden nur allgemeine Festlegungen zum Publikationsorgan und zur Mindestfrist einer Anhörung getroffen.⁸⁶

dd. § 11f Abs. 6 RStV

§ 11f Abs. 6 RStV enthält Vorgaben bzgl. der Entscheidung des Gremiums und bzgl. des Umfangs der Begründungs- und Veröffentlichungspflichten. Nach § 11f Abs. 6 Satz 1 RStV bedarf die Entscheidung der Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder, mindestens der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder des zuständigen Gremiums.⁸⁷

Das Gremium muss seine Entscheidung begründen (§ 11f Abs. 6 Satz 2 RStV) und in den Entscheidungsgründen (unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen und eingeholten Gutachten) darlegen, ob das neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist.⁸⁸ Die Begründung muss dabei einen Abwägungsprozess erkennen lassen und darstellen, wie sich die Stellungnahmen und neuen Erkenntnisse auf das ursprünglich geplante Vorhaben ausgewirkt haben.⁸⁹ Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass dieses Ergebnis „im Sinne eines durchgehend transparenten Verfahrens“ ebenfalls zu veröffentlichen ist.⁹⁰

ee. § 11f Abs. 7 RStV

§ 11f Abs. 7 RStV bezieht sich sodann auf die Prüfung durch die Rechtsaufsicht, zugleich dem letzten Schritt zur Beauftragung eines Telemedienangebots.⁹¹ Nach § 11f Abs. 7 Satz 1 RStV sind der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde vor der Veröffentlichung alle für eine rechtsaufsichtliche Prüfung notwendigen Auskünfte zu erteilen und entsprechende Unterlagen zu übermitteln. Die Rechtsaufsicht prüft sodann die Einhaltung der

⁸⁵ Der Gutachter kann zu diesem Zweck auch direkt mit Dritten in Kontakt treten, um diese zu befragen. Vgl. Begründung des 12. RÄndStV, Seite 22.

⁸⁶ Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 22.

⁸⁷ Der Gesetzgeber begründet diese „doppelte Sicherung“ (Mehrheit von zwei Dritteln der Anwesenden und Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder) damit, dass es sich um eine grundlegende Entscheidung handele, für die die einfache Mehrheit der anwesenden Gremienmitglieder nicht genüge. Die doppelte Sicherung vermeide Zufallsergebnisse, schaffe eine breite Legitimationsbasis und trage den Besonderheiten der Gremienpräsenz Rechnung. Siehe dazu die Begründung des 12. RÄndStV, Seite 23.

⁸⁸ § 11f Abs. 5 Satz 3 RStV.

⁸⁹ Begründung des 12. RÄndStV, Seite 23.

⁹⁰ Begründung des 12. RÄndStV, Seite 23. Der Gesetzgeber stellt dort zudem klar, dass auch die Begründungspflicht der Rechtfertigung nach außen, gegenüber dem Gebührenzahler und dem Wettbewerber, diene.

⁹¹ Zu der umstr. Frage, über welchen Verfahrensschritt es zur Beauftragung kommt, siehe näher unten Teil J.I.

Verfahrensschritte und der gesetzlichen Vorgaben. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu wörtlich: „Kommt sie zu dem Ergebnis, dass das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt ist und das neue Angebot dem gesetzlichen Auftrag entspricht, ist das Telemedienkonzept gemäß Absatz 1 im jeweiligen amtlichen Verkündungsblatt zu veröffentlichen.“⁹² Mit der Veröffentlichung kann die Anstalt die Verbreitung des Angebots aufnehmen.⁹³

II. Von den Anstalten vorzunehmende Ergänzungen / Ansatz des ZDF

Die staatsvertragliche Regelung des Drei-Stufen-Tests gibt den Anstalten einen Regulierungs-Rahmen vor, den die Anstalten durch eigene Regelungen in Form von Satzungen oder Richtlinien ihrerseits zu ergänzen haben.⁹⁴ Insofern werden die staatsvertraglichen Vorschriften in Bezug auf den Drei-Stufen-Test durch die anstaltsinternen Regelungen weiter konkretisiert.⁹⁵ Daher ist eine abschließende Beurteilung der prozeduralen Wirkungsweise der staatsvertraglichen Regelungen des Drei-Stufen-Tests, insbesondere ihrer (prozeduralen) Kapazität zur Auftragskonkretisierung, auch unter Beachtung der zu erwartenden anstaltsinternen Regelungen vorzunehmen.⁹⁶ Da die Anstalten gemäß § 11e Abs. 1 S. 1 RStV „jeweils“ Satzungen oder Richtlinien erlassen, können diese im Einzelnen von Anstalt zu Anstalt variieren. Nach § 11f Abs. 3 S. 1 RStV müssen allerdings die Kriterien hins. der Aufgreiffrage übereinstimmen, so dass die Abweichungen insofern⁹⁷ eher gering sein werden.

⁹² Begründung des 12. RÄndStV, Seite 23.

⁹³ Ebenda.

⁹⁴ Ausdrücklich geregelt in den §§ 11e Abs. 1, 11f Abs. 3 RStV bzgl. der Satzungen oder Richtlinien sowie in § 11f Abs. 1, 2 RStV bzgl. der Telemedienkonzepte, die ebenfalls eine anstaltsinterne Konkretisierung des Auftrags darstellen. Auch darüber hinaus bedarf es der Ergänzung der staatsvertraglichen Regelungen, etwa in Bezug auf die interne Behandlung des Telemedienkonzepts, der Stellungnahmen und Gutachten (Vorlage an den Intendanten ja/nein?), die Einräumung nochmaliger Stellungnahmen bestimmter Akteure und/oder des Intendanten, die Art und den Adressaten der Anhörungen etc.

⁹⁵ Dies ist gerade Ausdruck und Ziel des vom Gesetzgeber gewählten Ansatzes der „regulierten Selbstregulierung“ (auch als „Co-Regulierung“ bezeichnet). Siehe hierzu P. Donges / M. Puppis, in: Dies., Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 9 (16): „Der Staat gibt [bei der regulierten Selbstregulierung] einen rechtlichen Rahmen vor, innerhalb dessen eine Selbstregulierung möglich ist. Co-Regulierung entspricht also einer Verantwortungsteilung zwischen dem Staat und den Rundfunkveranstaltern.“

⁹⁶ Dies ergibt sich aus der Bandbreite der möglichen Ergebnisse der internen Selbstregulierung. So können mit der konkreten internen Gestaltung auch die Effekte des Verfahrens erheblich variieren. Als ein Beispiel dafür mag einerseits eine solche interne Regelung zur Aufgreiffrage dienen, die die Aufgreifschwelle sehr hoch anlegt und damit den Anwendungsbereich des Gesamtverfahrens erheblich einschränkt. Andererseits ist es aber - zumindest theoretisch - auch möglich, dass die Regelungen, die der Selbstregulierung entspringen, „von sich aus“ so umfassend, vollständig und in Bezug auf die Regulierungsziele so effektiv sind, dass die Rahmenregelungen „dahinter“ keine Lenkungs-Effekte erzielen (müssen). Dies bedeutet wiederum aber nicht, dass man auf eine reine Selbstregulierung vertrauen könnte (wie die Erfahrung in Bezug auf die Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Anstalten zeigt). Skeptisch zur reinen Selbstregulierung auch W. Hoffmann-Riem/ W. Schulz/T. Held, Konvergenz und Regulierung, S. 50.

⁹⁷ Zutreffend fordert die DLM, Positionspapier, S. 11, auch darüber hinaus (insb. für die Prüfung der Auswirkungen des Angebots im Medienmarkt) eine „Einheitlichkeit“ der Maßstäbe.

Daher sollen sich die folgenden Ausführungen auf die anstaltsinternen Regelungen des ZDF beschränken.⁹⁸

Der ZDF-Fernsehrat hat seinen ursprünglichen Verfahrensvorschlag am 12.12.2008 an die zwischenzeitlich veränderten staatsvertraglichen Anforderungen angepasst.⁹⁹ In Ansehung der staatsvertraglichen Regelungen musste der Fernsehrat insbesondere zwei Bereiche regeln: Die Aufgreiffrage und die zur Durchführung erforderlichen anstaltsinternen Ergänzungen des Verfahrensablaufs. Diesbezügliche Regelungen lassen sich (vorerst nur¹⁰⁰) dem Beschluss des Fernsehrates vom 12.12.2008 entnehmen¹⁰¹:

1. Gegenstand des ZDF-Verfahrens / Aufgreiffrage

Gegenstand des Verfahrens sind danach (nur noch) die Telemedienangebote des ZDF.¹⁰² Für die Frage, ob ein neues oder geändertes Angebot vorliegt, ist das gemäß § 11 f Abs. 1 RStV vom Intendanten zu erstellende Angebotskonzept (Telemedienkonzept) maßgeblich.¹⁰³ Die Frage, ob ein neues oder geändertes Angebot vorliegt, sei daher auf Grundlage des bis dahin vom Fernsehrat genehmigten Telemedienkonzepts zu entscheiden. Der Beschluss des Fernsehrats sieht hierzu vor, dass dieser selbst auch festlegt, wann ein neues oder geändertes Angebot vorliegt, für das der Drei-Stufen-Test durchzuführen ist.

⁹⁸ Ein umfassender Nachweis zu Verfahrensrichtlinien der ARD-Anstalten findet sich im DLM Positionspapier, S. 6 u. 7.

⁹⁹ ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008.

¹⁰⁰ Eine Umsetzung des Verfahrens in Anstaltsrecht soll nach dem Beschluss erst erfolgen, wenn „erste praktische Erfahrungen mit der Durchführung des Drei-Stufen-Tests vorliegen.“ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 6.

¹⁰¹ Es stellt sich Angesichts § 11e Abs. 1 S. 3 RStV allerdings die Frage, nach ihrer Wirksamkeit. Vgl. dazu auch die Begründung des 12. RÄndStV, Seite 19 unten.

¹⁰² Die digitalen Programme sind nunmehr über § 11b Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nr. 2 RStV i.V.m. den entsprechenden Anlagen (Programmkonzepte) zum Staatsvertrag direkt beauftragt. Siehe oben Teil G. I.

¹⁰³ In dem Konzept müsse für den Bereich der Telemedien der rundfunkstaatsvertraglich allgemein gehaltene öffentliche Auftrag so konkretisiert werden, dass eine Kontrolle der Angebote auf Übereinstimmung mit der Ermächtigungsnorm möglich ist.

Der Fernsehrat unterscheidet insofern auch in dem neuerlichen Beschluss positive („konstitutive“)¹⁰⁴ und negative¹⁰⁵ Kriterien.¹⁰⁶

2. Anstaltsinterne Ergänzungen des Verfahrensablaufs

Der Beschluss des Fernsehrats sieht für den internen Verfahrensablauf vor, dass der Intendant für ein neues oder geändertes Angebot eine Vorlage an den Fernsehrat erstellt, die eine Projektbeschreibung enthält, die sich wiederum in ihrem Aufbau an den Kriterien des Drei-Stufen-Tests orientiert.¹⁰⁷ Sodann ist, nachdem der Intendant den Fernsehrat über die Eckpunkte des neuen oder geänderten Programms oder Angebots informiert hat, die Projektbeschreibung im ZDF-Telemedienangebot zu veröffentlichen.¹⁰⁸ Mit Veröffentlichung der Projektbeschreibung gewährt der Fernsehrat Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme. Zugleich bestimmt er eine Frist zur Stellungnahme, die mindestens sechs Wochen betragen muss.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Die „konstitutiven“ Kriterien sind (in verkürzter Darstellung):

- (1) Grundlegende Änderung der inhaltlichen Ausrichtung des Angebots.
- (2) Grundlegende Änderung der intendierten Zielgruppe, soweit diese mit einer thematisch-inhaltlichen Änderung des Angebots einhergeht.
- (3) Substantielle Änderung der Angebotsmischung/-bestandteile.
- (4) Wesentliche Steigerung der Kosten der Angebotserstellung, wenn diese im Zusammenhang mit inhaltlichen Änderungen des Gesamtangebots steht.

Sie ähneln denen aus d. Vorschlag v. 07.12.2007. Vgl. ZDF, Beschluss d. Fernsehrats v. 12.12.2008, Seite 3.

¹⁰⁵ Die neg. Kriterien indizieren, dass d. Drei-Stufen-Test nicht durchgeführt werden muss. Es handelt sich (nunmehr) um folgende Kriterien (Näher dazu ZDF, Beschl. des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 3 f.):

- (1) Veränderung oder Neueinführung einzelner Elemente, Weiterentwicklung einzelner Formate, ohne Auswirkung auf die Grundausrichtung des Angebots.
- (2) Veränderungen des Designs ohne direkte Auswirkungen auf die Inhalte des betroffenen Angebots.
- (3) Technische Weiterentwicklungen bereits bestehender (Verbreitungs-) Plattformen oder die Verbreitung bestehender Angebote auf neuen technischen Verbreitungsplattformen gemäß § 11a RStV.
- (4) Weiterentwicklung oder Änderung aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen (z. B. Barrierefreiheit).
- (5) Änderungen im Bereich der programmbegleitenden Telemedienangebote, die auf Änderungen des zu begleitenden Fernsehprogramms beruhen.
- (6) Vorliegen einer zeitlichen Beschränkung, (7) Vorliegen eines Testbetriebs.

Auch sie ähneln denen des Vorschlags vom 07.12.2007. Der dortige Punkt (2) wurde gestrichen (betraf die gesondert geregelten Digitalprogramme). Neu ist der Punkt (7).

¹⁰⁶ Vgl. zur ARD: ARD, Hintergrundinformationen, S. 5 ff.; B. Peters, K&R 1/2009, S. 26 (26).

¹⁰⁷ Darin sei darzulegen, ob das geplante Angebot zum öffentlichen Auftrag gehört und damit den demokratischen sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht sowie der Beitrag des Angebots zum publizistischen Wettbewerb in qualitativer Hinsicht. Dabei seien Umfang und Qualität der vorhandenen, frei zugänglichen Angebote einzubeziehen. Die Projektbeschreibung solle auch die Kosten des Angebots sowie eine Einschätzung der marktlichen Bedeutung aus Sicht des ZDF enthalten. Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 4.

¹⁰⁸ Ergänzend erfolgt durch den Fernsehratsvorsitzenden eine Pressemeldung. Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 4. Zur der Frage, ob sich die Projektbeschreibung u. die Veröffentlichung bei den Anstalten der ARD unterscheiden (dürfen), vgl. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 123 sowie DLM, Positionspapier, S. 9.

¹⁰⁹ Die Stellungnahmen sollen an den Vorsitzenden des Fernsehrats per E-Mail übermittelt werden; die eingegangenen Stellungnahmen Dritter werden den Mitgliedern des Fernsehrats zugänglich gemacht. Dritte haben Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in ihrer Stellungnahme als solche zu kennzeichnen. ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 4.

Der Fernsehrat kann für alle entscheidungserheblichen Fragen gutachterliche Beratung durch externe sachverständige Dritte in Auftrag geben. Zu den marktlichen Auswirkungen des neuen oder geänderten Angebots ist vorgesehen, dass der Fernsehrat gutachterliche Beratung hinzuziehen muss.¹¹⁰ Im Rahmen der Gutachten sind auch die Stellungnahmen Dritter zu berücksichtigen. Liegen die Gutachten und Stellungnahmen vor, wird die Vorlage des Intendanten sodann im Fernsehrat beraten, wobei die Beratung der Stellungnahmen Dritter durch das Plenum schon im Richtlinien- und Koordinierungsausschuss vorbereitet wird. Der Fernsehrat kann auch im Rahmen seiner Erörterung und Entscheidung externen Sachverständigen heranziehen, indem er (weitere) Gutachten einholt oder Dritte oder Experten anhört.¹¹¹

Der Intendant schreibt seine Vorlage auf Grundlage der Projektbeschreibung während des Verfahrens fort. Er kann in dieser Fortschreibung zu Gutachten und zu Eingaben Dritter Stellung nehmen.¹¹²

Der Vorsitzende des Fernsehrats übermittelt die fortgeschriebene Vorlage des Intendanten, eine Zusammenfassung der Stellungnahmen Dritter, vorliegende Gutachten sowie ggf. die Ergebnisse einer Anhörung, dem Fernsehrat. Er verbindet dies mit einer Beschlussempfehlung nebst Begründung gemäß § 11f Abs. 5 RÄndStV, die er zuvor mit dem Erweiterten Präsidium des Fernsehrats¹¹³ abstimmt.¹¹⁴

Der Fernsehrat trifft die Entscheidung über die Aufnahme des neuen oder veränderten Angebots mit einer qualifizierten Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder, mindestens der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder; die Entscheidung ist zu begründen. Die Entscheidungsgründe müssen dabei unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen und der eingeholten Gutachten darlegen, ob das neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist. Der Fernsehrat gibt das Ergebnis seiner Prüfung einschließlich der eingeholten Gutachten (unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen) auf der Unternehmensseite des ZDF bekannt. Abschließend übermittelt der Intendant die vom

¹¹⁰ Der Fernsehrat wählt den bzw. die Gutachter aus und gibt dessen bzw. deren Namen im Internetangebot des ZDF bekannt. Gutachter können weitere Auskünfte u. Stellungnahmen einholen. Dem bzw. den Gutachter(n) sind die Stellungnahmen Dritter (vom Fernsehrat) zu übermitteln. Dritte können Stellungnahmen aber auch unmittelbar an Gutachter übersenden. In diesem Fall leiten Gutachter die Stellungnahmen an den Vorsitzenden des Fernsehrates weiter. ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 4/5. Zur Kritik am gegenwärtigen Auswahlverfahren u. zu diesbezüglichen Vorschlägen vgl.: DLM, Positionspapier, S. 10.

¹¹¹ ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 5.

¹¹² ZDF, Beschluss des Fernsehrats v. 12.12.2008, Seite 5. Die Gutachten und Stellungnahmen sind (hierzu) d. Intendanten zuzuleiten. Änderungen an der Projektbeschreibung müssen schriftlich dokumentiert werden.

¹¹³ Das Erweiterte Präsidium besteht aus dem Vorsitzenden und seinen drei Stellvertretern sowie dem Schriftführer und dessen Stellvertreter. Vgl. § 1 Abs. 2 S. 1, 2 Geschäftsordnung des Fernsehrates des ZDF.

¹¹⁴ ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 5.

Fernsehrat genehmigten Projektbeschreibungen über neue bzw. geänderte Telemedienangebote als das maßgebliche Programmkonzept der Rechtsaufsicht.¹¹⁵

Bei genauerer Betrachtung der anstaltsinternen, den Staatsvertrag ergänzenden Regelungen des ZDF wird ersichtlich, dass diese insgesamt „eher gering“ ausfallen, sich in vielen Fällen sogar mit der Wiederholung des Gesetzeswortlauts begnügen. Allein in Bezug auf die Aufgreiffrage sind Regelungen geschaffen worden, die deutlich über die Vorgaben des Staatsvertrags hinausgehen.

Insofern ist aber zu bedenken, dass diese bzgl. der Aufgreiffrage entwickelten (anstaltsinternen) Regelungen letztlich dazu dienen, den Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests einzugrenzen, mithin den Handlungsspielraum der Anstalten zu erweitern.¹¹⁶

Wie anhand der nachfolgenden beiden Abbildungen zu ersehen, ist auch die Wirkung der sonstigen Ergänzungen vielfach als ambivalent einzuschätzen. So ist der Effekt des Umstands, dass dem Intendanten die Gutachten und Stellungnahmen zur Fortschreibung der Angebotsvorlage vorgelegt werden, offen: Einerseits ist denkbar, dass es zu produktiven (prozeduralen) Anpassungsreaktionen kommen kann, andererseits ist auch denkbar, dass dieser Informationsfluss umgekehrt auch dazu führen kann, dass sich die Anstalt, in Ansehung der Stellungnahmen, noch einmal besser „positionieren“ kann, in dem sie *alleine*¹¹⁷ Gelegenheit hat, auf die Stellungnahmen und Gutachten zu reagieren, bevor das Gremium entscheidet.¹¹⁸

¹¹⁵ ZDF, Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Seite 5.

¹¹⁶ Insofern ist auch die vom VPRT geäußerte Sorge, dass das Verfahren auf diese Weise umgangen werden kann (vgl. dazu oben Teil F. V. 5), nicht gänzlich von der Hand zu weisen.

¹¹⁷ Die Dritten haben diese Möglichkeit gerade nicht.

¹¹⁸ Zu Recht fordert daher D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 4: „Wenn der Intendant seinen Antrag abändert, müssen die Dritten erneut Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.“ Eine solche Regelung ist jedoch bislang in den Verfahrensrichtlinien der Anstalten noch nicht enthalten.

Abb. 7: Anstaltsinterne Konkretisierung

Regelungsgegenstand	Staatsvertragliche Rahmenvorgabe:	ZDF-interne Konkretisierung durch Beschluss vom 12.12.2008
<u>Zur Erforderlichkeit des Verfahrens:</u>		
Gegenstand des Verfahrens	§ 11d Abs. 2 RStV	- Nähere Best. bzgl. Partnerkanälen - Angebotskonzept maßgeblich ¹¹⁹ - keine Anwendung auf einzelne Sendungen o. Einzelelemente ¹²⁰
Aufgreifkriterien	§ 11f Abs. 3 RStV	- Nähere Best. durch positive und negative Kriterien ¹²¹
<u>Zur Verfahrensdurchführung:</u>		
Projektbeschreibung	§ 11f Abs. 1, 2, 4 RStV	(-)*
Vorlage an das Gremium	§ 11f Abs. 4 S. 1 RStV	(-)*
Veröffentlichung	§ 11f Abs. 5 S. 1, 2 RStV	- Veröff. auf Unternehmensseite - Ergänzende Pressemitteilung ¹²²
Einholung und Prüfung von Stellungnahmen	§ 11f Abs. 5 S. 1-3 RStV	- Fristbestimmung durch Gremium - Übermittlung per Email - Nähere. Best. bzgl. der internen Behandlung ¹²³
Hinzuziehung von Gutachtern etc.	§ 11f Abs. 5 S. 4 RStV	- Gremium wählt Gutachter aus - Bekanntgabe im Internetangebot - Weiterleitung v. Stellungnahmen jew. zw. Gutachter u. Gremium ¹²⁴ - Berücksichtigung der Stellungnahmen im Gutachten
Beratung durch Gremium	Vorausgesetzt	- Nähere Best. bzgl. Vorbereitung - Ggf. Hinzuz. v. Experten/Anhör. ¹²⁵
Weiterleitung von Informationen an den Intendanten	(-)	- Weiterleitung d. Gutachten und Stellungnahmen an d. Intendanten
Reaktionsmöglichkeiten des Intendanten	(-)	- Fortschreibung der Vorlage durch d. Intendanten u. Stellungnahme ¹²⁶ - Wiedervorlage an Vorsitzenden des Gremiums
Gremieninterne Behandlung der Vorlage, Stellungnahmen, Gutacht.	Vorausgesetzt	- Inhalt der Vorlage des Fernsehrats-Vorsitzenden an Gremium - Beschlussempfehlung u. Begründungsvorschlag
Entscheidung bedarf 2/3-Mehrheit	§ 11f Abs. 6 S. 1 RStV	(-)*
Begründung unter Berücksichtigung d. Stellungnahmen und Gutachten	§ 11f Abs. 6 S. 2, 3 RStV	(-)*
Veröffentlichung d. Entscheidung einschließlich d. Gutachten	§ 11f Abs. 6 S. 4 RStV	(-)*
Vorlage der genehmigten Projektbeschreibungen bei der Rechtsaufsicht	§ 11f Abs. 7 RStV	(-)*

¹¹⁹ ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 2, Ziffer I.1. und 2.

¹²⁰ ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 3, Ziffer I. 2.

¹²¹ ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 3/4, Ziffer I. 3.

¹²² ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 4, Ziffer I. 5.

¹²³ ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 4, Ziffer I. 6.

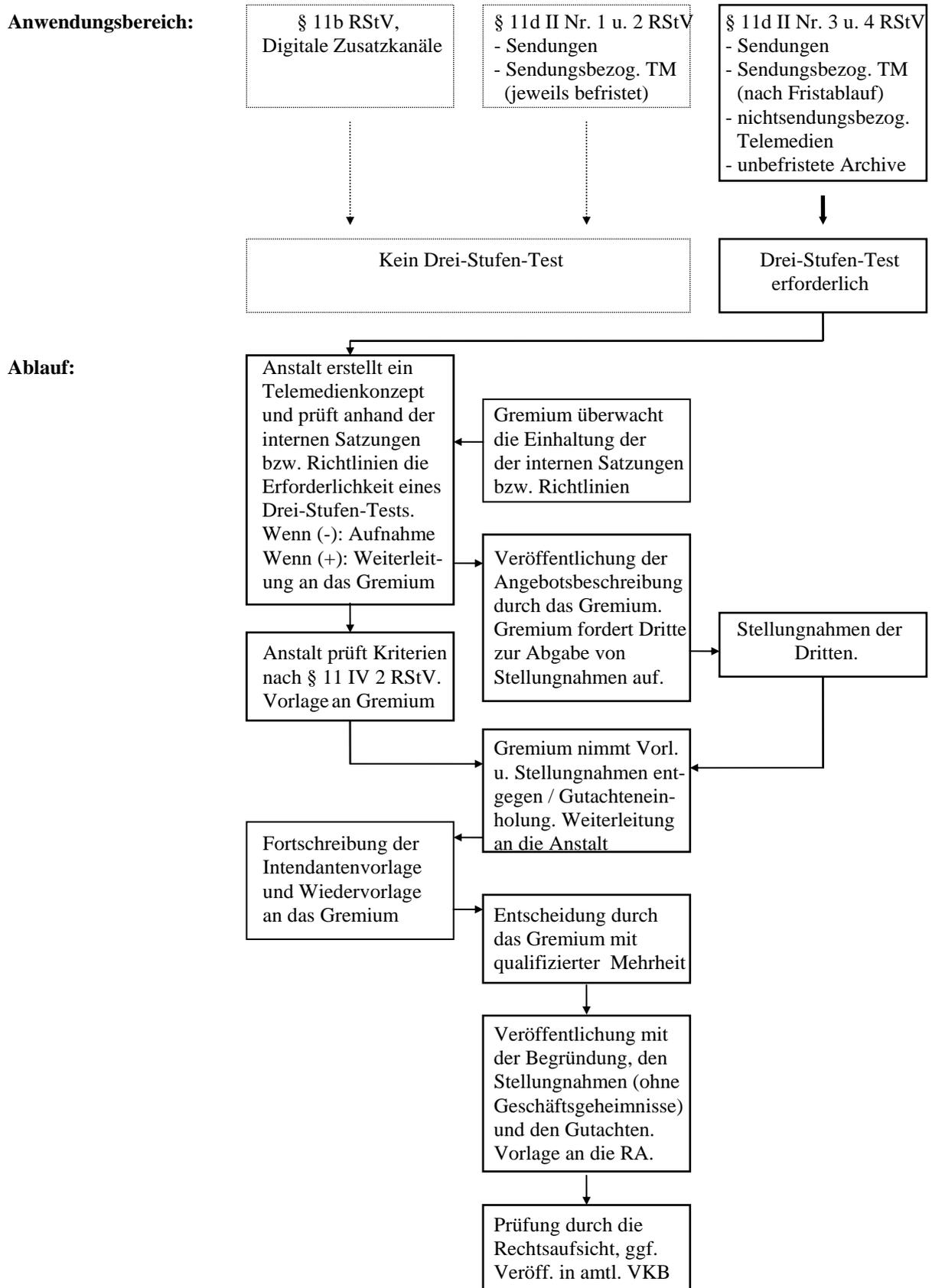
¹²⁴ Der Fernsehrat muss die Stellungnahmen Dritter an den Gutachter weiterleiten. In dem Falle, dass die Stellungnahmen direkt an den Gutachter übermittelt wurden, muss dieser die Stellungnahmen dann dem Gremium übermitteln. Vgl. ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 5, Ziffer I. 7.

¹²⁵ ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 5, Ziffer I. 8.

¹²⁶ ZDF, Beschluss vom 12.12.2008, Seite 5, Ziffer I. 9.

(-)* : Die „Konkretisierung“ erschöpft sich hier in der Wiedergabe des Gesetzestextes.

Abb. 8: Überblick über Anwendungsbereich und Ablauf des Verfahrens



Blickt man zurück auf die (gegensätzlichen) Verfahrensvorschläge der Anstalten¹²⁷ und des VPRT¹²⁸, und gleicht diese mit dem RStV ab (siehe dazu die nachfolgende Gegenüberstellung), so wird ersichtlich, dass es sich bei der jetzigen Regelung der Beauftragung im Bereich der Telemedien um einen (politischen) Kompromiss, in Form eines Hybrides der Vorschläge, handelt.

Abb. 9: Gegenüberstellung der Grund-Positionen zu regulierungsrelevanten Fragen mit der Lösung im RStV

Problempunkt	Anstalten (ZDF)	VPRT/Private	Lösung im RStV
Grundansatz bzgl. Umfang und Begrenzung des Telemedienauftrags	Anstalten gehen grds. davon aus, dass der Auftrag auch das Angebot von Telemedien umfasst.	Grds. Forderung engerer materieller Vorgabe für Telemedien, ergänzt um organisatorische und verfahrenstechnische Vorgaben gem. Vorschlag des VPRT	Grds. Beauftragung zur Erbringung von Telemedien, § 11a, 11d I RStV. Zeitliche und prozedurale Begrenzung über § 11d II i.V.m. § 11f RStV.
Stellungnahmen Dritter	nur zu marktlichen Fragen, nicht zu publ. Aspekten	Stellungnahme zu allen Aspekten	Stellungnahmen zu allen Aspekten, § 11f V S. 1-3
Gutachten	optional	obligatorisch zu marktlichen Auswirkungen	obligatorisch zu marktlichen Auswirkungen, § 11 V S. 4 RStV
Gewichtung der Aspekte	- Maßgebl. Orientierung an publ. Aspekten - Kosten sind nicht abwägungserheblich.	- Betonung marktlicher Aspekte („Balancing“), - Abwägung bezieht sich auch auf die Kosten des Angebots	- Gewichtung im RStV ungerregelt - bzgl. der Kosten uneindeutig.
Transparenz, Veröffentlichung von Gutachten	- Veröffentlichung der Intendantenvorlage - Keine Veröffentlichung der Gutachten	- Durchgängige Transparenz des Verfahrens, - Veröffentlichung der Gutachten	- Veröffentlichung, § 11f V S. 1, 2 RStV - nicht geregelt
Stellungn. auf Zwischenergebnisse und Gutachten vor Entscheidung	- Keine Stellungnahme Dritter zu Gutachten	Stellungnahme Dritter zu Gutachten	nicht geregelt
Stellungnahme des Intendanten	- Intendant darf Stellung nehmen zu Gutachten		nicht geregelt
Möglichkeit der Änderung der Intendantenvorlage	- Änderung der Intend.-vorlage ohne eine Neuveröffentlichung	- Wenn Änderung der Vorlage, dann Veröff. (DLM)	nicht geregelt
Verfahrensrechte Dritter	Keine Verfahrensrechte	Verfahrensrechte	nicht vorgesehen
Entscheidung	- Durch Gremium - Einfache Mehrheit	- Gremium unter Beteiligung der PVK - Qualifizierte Mehrheit	- Gremium, § 11f VI RStV - Qualifizierte Mehrheit, § 11f VI S. 1 RStV

¹²⁷ Siehe dazu oben Teil F. III.

¹²⁸ Vgl. Teil F. V.

Wie aus der Übersicht deutlich wird, hat der Gesetzgeber im RStV zwar viele der - naturgemäß von den Privaten ins Feld geführten - Vorschläge für Verfahrensschritte übernommen.¹²⁹ Zugleich hat er aber den Wünschen der Anstalten in zwei maßgeblichen Aspekten entsprochen: Erstens hat er sie grundsätzlich mit der Erbringung von (journalistisch-redaktionellen) Telemedien beauftragt, zweitens hat er auch die Entscheidungskompetenz über (Art und) Umfang¹³⁰ des Angebots bei den Anstalten belassen. Der Gesetzgeber hat den Anstalten dabei nur „kleinflächig“¹³¹ materielle Vorgaben gemacht und vertraut ansonsten vollständig auf einen prozedural-organisatorischen Ansatz, wobei letztlich die Wirksamkeit der anstaltsinternen Kontrolle den Ausschlag¹³² - auch und gerade in Bezug auf den Bestand des Beihilfe-Kompromisses - geben wird.

Aus der Gegenüberstellung wird zudem ersichtlich, dass der Gesetzgeber viele regulierungsrelevante Fragen¹³³, darunter auch wesentliche Aspekte der Verfahrensgestaltung, aber auch die Frage der Gewichtung der Abwägungsaspekte, unregelt gelassen hat.

Die dadurch den Anstalten zur Verfahrenskonkretisierung entstehenden Spielräume nutzen diese - das zeigt auch die Gegenüberstellung - in der Grundtendenz dazu, externe Einflüsse möglichst gering zu halten. Dies verdeutlicht sich auch an der Diskussion um die Veröffentlichung der Gutachten¹³⁴, an der gleichzeitigen (staatsvertraglich nicht vorgesehenen) Schaffung einer anstaltsinternen Anpassungsmöglichkeit der Vorlage, dies auch ohne diese neu zu veröffentlichen¹³⁵, aber auch in der Kritik an den Gutachten (Vergabeverfahren/Inhalt) selbst¹³⁶, den Entscheidungsbegründungen, usf. In all diesen Bereichen haben die Anstalten Spielräume, die sie - ohne große Anstrengung - auch so nutzen könnten, dass Transparenz, Nachvollziehbarkeit und damit auch Glaubhaftigkeit der Entscheidungsfindung deutlich verbessert wären. Dass dies offensichtlich gerade nicht (von alleine) passiert, wirft die Frage auf, ob die organisatorischen und prozeduralen Vorgaben des RStV die an sie gestellten Anforderungen, insbesondere in verfassungsrechtlicher Hinsicht, erfüllen.

¹²⁹ Wie etwa die qualifizierte 2/3-Mehrheit in § 11f Abs. 6 S. 1 RStV oder die obligatorische Einholung des Gutachtens zu marktlichen Auswirkungen in § 11 f Abs. 5 S. 4 RStV.

¹³⁰ Hinsichtlich der Art finden sich Einschränkungen im RStV wie z.B. die Beschränkung auf journalistisch-redaktionelle Angebote, § 11d Abs. 1 RStV und die Negativliste, Anlage zu § 11d Abs. 5 S. 4 RStV. Dagegen besteht hinsichtlich des Umfangs keine Beschränkung; ebenso in finanzieller Hinsicht. Vgl. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (603).

¹³¹ Näher dazu N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (602).

¹³² Vgl. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608).

¹³³ Siehe dazu die Übersicht oben Teil E. IV.

¹³⁴ Vgl. dazu bspw. DLM, Positionspapier, S. 11.

¹³⁵ Siehe dazu D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 4.

¹³⁶ Bspw. DLM, Positionspapier, S. 13 ff.

H. Verfassungsmäßigkeit der staatsvertraglichen Regelung des Drei-Stufen-Tests

Die im vorstehenden Kapitel vorgestellte staatsvertragliche Regelung des Drei-Stufen-Tests, stellt eine gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit dar.¹ Im Folgenden wird zu untersuchen sein, ob diese Ausgestaltung verfassungsgemäß ist.² Die diesbezüglichen Betrachtungen sollen zunächst die (bisher noch nicht näher betrachtete) *organisatorische* Abstützung des Drei-Stufen-Tests in den Blick nehmen, um aus dieser Perspektive später die Verfassungsmäßigkeit des Gesamt-Verfahrens beurteilen zu können.

I. Zur Notwendigkeit einer geeigneten organisatorischen Abstützung

Die staatsvertraglichen Regelungen sehen vor, dass die maßgeblichen Entscheidungen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests vom Rundfunk- bzw. Fernsehrat getroffen werden.³

Es handelt sich bei der Entscheidung über die Aufnahme eines neuen öffentlich-rechtlichen Telemedien-Angebots allerdings regelmäßig um eine hoch-komplexe Entscheidung, für die es einer Abschätzung ihrer vielschichtigen, nicht-linearen Auswirkungen⁴ in Bezug auf die Funktionsfähigkeit der dualen Rundfunkordnung (und heutzutage darüber hinausgehend auch der Medienordnung insgesamt) bedarf. Da in diesem Zuge ebenso regelmäßig auch unterschiedliche Dritte in ihren jeweils grundrechtlich geschützten Interessen betroffen sind⁵, handelt es sich bei der Entscheidungsfindung um eine *wesentliche* Aufgabe⁶ in Bezug auf die funktionsgerechte Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit, die einer entsprechenden (zur Erfüllung dieser Aufgabe geeigneten) organisatorischen Abstützung bedarf⁷, für die der Gesetzgeber, wegen ihrer Wesentlichkeit für die Medienordnung insgesamt, aber auch für die grundrechtlich geschützten Interessen Dritter, verantwortlich zeichnet. Der Gesetzgeber ist insofern auch verpflichtet, durch entsprechende Regelungen für eine funktionsgerechte Organisation, auch und gerade in Bezug auf den Drei-Stufen-Test, zu sorgen.⁸ Im Folgenden soll untersucht werden, ob der Gesetzgeber diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen

¹ Vgl. dazu nur die Begründung des 12. RÄndStV, S. 7 u. 8 sowie oben Teil E. III. 2. c.

² Siehe zur Einhaltung der Vorgaben des Europarechts die diesbezügliche Veröffentlichung der Europäischen Kommission: MEMO/08/804 vom 18.12.2008. Darin bestätigt die zuständige EU-Kommissarin N. Kroes, dass die Kommission die Regelungen des 12. RÄndStV für europarechtsgemäß hält. Wörtlich heißt es dort: „Mit Inkrafttreten des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages steht die staatliche Finanzierung von ARD und ZDF mit dem EG-Beihilferecht im Einklang.“ Vor diesem Hintergrund soll auf die Europarechtsgemäßheit nicht näher eingegangen werden.

³ Vgl. § 11f Abs. 5 u. 6 RStV.

⁴ Vgl. auch die Einschätzung von D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7): „(..) bei dieser komplexe Prüfung ist ein umfangreicher Such-, Findungs- und Abwägungsprozess erforderlich („)“.

⁵ Vgl. hierzu oben Teil F. IV. 6.

⁶ Zur Wesentlichkeit der Ausgestaltungs-Regelungen bzgl. des Drei-Stufen-Tests siehe oben Teil F. IV. 6.

⁷ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 95f. u. S. 103.

⁸ Es gilt insofern den „Grundsatz funktionsgerechter Organisation“ zu beachten. Vgl. hierzu Teil H. IV. 3.

gerecht wird, wenn er die Verantwortung für Entscheidungen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests in die Hände des Rundfunk- bzw. Fernsehrats legt.

II. Die anstaltsinterne Kontrolle durch den Rundfunk- bzw. Fernsehrat

Der Rundfunk- bzw. Fernsehrat dient der internen Kontrolle der Anstalt.⁹ Er vertritt als Organ der Rundfunkanstalt die Interessen der Allgemeinheit¹⁰ und soll dazu insbesondere auch die in der Gesellschaft bestehende Meinungsvielfalt gegenüber der Anstalt zum Ausdruck bringen.¹¹ Strukturell soll dieses Ziel dadurch erreicht werden, dass der Rundfunk- bzw. Fernsehrat „aus Vertretern der gesellschaftlich-relevanten Gruppen“ gebildet wird (sog. „binnenpluralistische“ Organisation).¹²

Bzgl. der Zusammensetzung des Rundfunk- bzw. Fernsehrats hat der (zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit berufene) Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum¹³, der aber durch das Gebot beschränkt ist, „dass die vom Gesetzgeber festgelegte Zusammensetzung der Gremien geeignet sein muss, die Rundfunkfreiheit zu wahren.“¹⁴

Ein insofern bei der gesetzlichen Regelung zu beachtender Aspekt ist der Grundsatz der Staatsfreiheit.¹⁵ Diesbezüglich ist hinsichtlich der (in infolge des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums von Anstalt zu Anstalt etwas variierenden¹⁶) Zusammensetzung der Räte im Einzelnen umstritten, ob die „Staatsferne“ der Aufsichtsgremien den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.¹⁷ Der diesbezügliche Streit findet seinen gegenwärtigen Höhepunkt in der Diskussion um die politische Einmischung in die Besetzung der Position des Chefredakteurs beim ZDF, in deren Folge die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Gremienauswahl beim ZDF wieder neu entbrannt ist.¹⁸

⁹ BVerfGE 12, 205 (261/262); M. Eifert, Programmauftrag, S. 40 f.; H. Gersdorf, Grundzüge, Rn. 327 ff.

¹⁰ Vgl. etwa G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 11 Rn. 12; M. Eifert, Programmauftrag, S. 40.

¹¹ BVerfGE 12, 205 (261/262); 73, 118 (153); F. Fechner, Medienrecht, Rn. 1014.

¹² BVerfGE 12, 205 (261 f.); 73, 118 (153); 83, 238 (332 ff.); C. Degenhart, BK-GG, Art. 5, Rn. 761 (113. Aktualisierung, 2004); A. Hesse, Rundfunkrecht, 4/77.

¹³ Vgl. G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 11 Rn. 13. Zur Weite des Ausgestaltungsspielraums siehe schon oben Teil E. III. 2. d.

¹⁴ BVerfGE 83, 238 (334).

¹⁵ BVerfGE 12, 205 (262); C. Degenhart, BK-GG, Art. 5, Rn. 761 (113. Aktualisierung, 2004). Vgl. zur Staatsfreiheit schon oben Teil B. I.

¹⁶ Siehe dazu auch A. Hesse, Rundfunkrecht, 4/79.

¹⁷ Vgl. allgemein dazu: T. Held / B. Sankol, in: W. Schulz, Staatsferne der Aufsichtsgremien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 9 ff. mit umfassendem Überblick zum Meinungsstand.

¹⁸ W. Hahn konstatierte insofern jüngst die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Regelungen des ZDF-Staatsvertrags. Vgl. Ders., in: epd medien (17) 2009, S. 3 (4). Vgl. zu der kontroversen Diskussion um die Neubesetzung des ZDF-Intendanten W. Schulz, in: Ders., Staatsferne der Aufsichtsgremien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 5 (5) m.w.N. auch zur älteren Kritik.

Aber auch unabhängig von der Frage der Staatsfreiheit müssen die Regelungen bzgl. der Besetzung des Rundfunk- bzw. Fernsehrats, als Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit, dazu *geeignet*¹⁹ sein, den mit der Rundfunkfreiheit verbundenen verfassungsrechtlichen Zielen zu dienen.

Wenn sich der Rundfunk- bzw. Fernsehrat insofern heutzutage vielfältiger Kritik ausgesetzt sieht²⁰, auf die sogleich zurückzukommen sein wird, so ist hierzu zunächst noch festzustellen, dass die Konzeption der Kontrolle durch die Repräsentanten der gesellschaftlich relevanten Gruppen in Bezug auf den *ursprünglichen* Kontrollgegenstand, in Form eines Vollprogramms²¹, dass zeitlich und damit auch quantitativ auf maximal 24 Stunden Sendeleistung am Tag limitiert war, zur Abbildung einer gesellschaftsintegrierenden Vielfalt funktionell geeignet und angemessen *war*.²²

Allerdings haben sich seither die Rundfunk- und die Medienlandschaft insgesamt in fundamentaler Weise verändert und weiterentwickelt²³: Das seinerzeitige Monopol der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist einem dualen Rundfunkmodell gewichen.²⁴ Die Anzahl der Kanäle und Sender wuchs mit dem technischen Fortschritt²⁵ und durch

¹⁹ BVerfGE 83, 238 (334); H. Gersdorf, Grundzüge, Rn. 328. Zum Kriterium der Geeignetheit in Bezug auf Ausgestaltungsgesetze schon oben Teil E. III. 2. d.

²⁰ Vgl. zur Kritik bspw.: K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17 ff.; Ders., in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 120, Rn. 114 und S. 123, Rn. 125; Ders., in: FS E. Stein, S. 67 (88); H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (236) mit Fn. 74; C. Degenhart, BK-GG, Art. 5 Rn. 829 (113. Aktualisierung, 2004); Ders., ZUM 3/1997, S. 153 (158 ff.): „Inadäquanz“; W. Schulz, in: P. Donges/M. Puppis (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 311 (318 f., 324); M. Eifert, Programmauftrag, S. 48, 52 f., 110 f.; M. Bullinger, Aufgaben, S. 20 f., 54; R. Kabbert, Rundfunkkontrolle als Instrument der Kommunikationspolitik, S. 394; J. Plog, in: J. Aufermann/ W. Scharf/O. Schlie (Hrsg.), Fernsehen und Hörfunk für die Demokratie, S. 52 ff.; H. Kepplinger/ T. Hartmann, Stachel oder Feigenblatt?, S. 57 f.; V. Lilienthal, in: epd medien (61) 1995, S. 3 ff.; Ders., in: epd medien (63) 1995, S. 4 ff.; P. Besselmann/A. Kötzle, in: Medienwirtschaft 1/2006, 34ff.; R. Ricker/P. Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, C 24f.; H. Gersdorf, Grundzüge, Rn. 335; B. Holzengel/I. Vollmeier, in: P. Donges/M. Puppis (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 277 (288); R. Ricker, Die Kompetenzen der Rundfunkräte im Programmbereich, S. 21 f.; A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 374 f.; H. Gersdorf, Legitimation, S. 5 f.

Zur (teilweise sehr politischen) Reformdiskussion, die auch „Gremiendebatte“ genannt wird, vgl. die 20 Folgen umfassende Beitragsreihe in epd medien: M. J. Eumann, epd medien (12) 2007, S. 8 ff.; T. Kleist, epd medien (25) 2007, S. 9 ff.; U. Reiter, epd medien (37) 2007, S. 7 ff.; M. Stadelmaier, epd medien (41) 2007, S. 6 ff.; E. Elitz, epd medien (47) 2007, S. 3 ff.; G. Bettin, epd medien (49) 2007, S. 7 ff.; H. Kepplinger, epd medien (55) 2007, S. 5 ff.; J. Huber, epd medien (56) 2007, S. 4 ff.; J. Doetz, epd medien (59) 2007, S. 5 ff.; O. Jarren, epd medien (60) 2007, S. 6 ff.; H.-J. Otto, epd medien (61) 2007, S. 5 ff.; F. Raff, epd medien (62) 2007, S. 6 ff.; C. Degenhart, epd medien (63) 2007, S. 6 ff.; H. Hilker, epd medien (64) 2007, S. 5 ff.; T. Kunert, epd medien (65) 2007, S. 6 ff.; H. J. Kleinstauber, epd medien (67) 2007, S. 4 ff.; R. Polenz, epd medien (72) 2007, S. 5 ff.; V. Giersch, epd medien (78) 2007, S. 7 ff.; H. Frahm, epd medien (100) 2007, S. 7 ff.; W. Hömberg, epd medien (4) 2008, S. 6 ff.

²¹ § 2 Abs. 2 Nr. 3 RStV. Zum Begriff siehe H. Gersdorf, ZUM 2/2002, S. 106 (106 f.).

²² K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 35.

²³ Vgl. dazu bspw. C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 647 (113. Aktualisierung, 2004); F. Schoch, VVDStRL 57 (1998), S. 158 (169 ff.); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 80 ff.

²⁴ Vgl. zur Entwicklung W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 24 ff.

²⁵ Vgl. hierzu näher A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 103 ff. und S. 119 ff.

Programmdiversifizierung²⁶ erheblich an. Dabei traten neben die klassischen Vollprogramme der öffentlich-rechtlichen solche der Privaten (z.B. RTL und Sat1) und jeweils eine Vielzahl von sog. Spartenprogrammen. Ähnlich ist die Lage im Hörfunk, wobei es hier sogar, mit Ausnahme von Deutschlandradio, schon seit längerem gar keine klassischen Vollprogramme mehr gibt.²⁷ Infolge der heutigen Digitalisierbarkeit der Kommunikate stehen nunmehr eine Vielzahl von Übertragungswegen (bspw. Breitbandnetze, Glasfasernetze, Satelliten, aber auch diverse digital genutzte Funkfrequenzen für z.B. DVB-T, DAB, Handy-TV etc.) zur Verfügung. In Kombination mit dem Internet als einer Angebotsplattform, die die Distributionswege ihrerseits miteinander vernetzt, besteht heutzutage eine nahezu unüberschaubare, sich ständig vergrößernde Zahl an medialen Angeboten.²⁸

In diesen expansiven Bereich drängen seit geraumer Zeit und in zunehmender Form auch die Telemedien-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Von daher stellt sich die dringende Frage, ob die pluralistische Binnenkontrolle durch den Rundfunk- bzw. Fernsehrat, mit seiner ganz überwiegenden Besetzung aus Medien-Laien²⁹, der außerordentlich anspruchsvollen Aufgabe gewachsen ist³⁰, in diesem höchst dynamischen Umfeld den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten zu definieren und ihn dabei (notwendig schon in Bezug auf den momentanen Angebotsumfang des Internet) funktionsgerecht zu begrenzen.³¹ Dies ist, wie sich im Folgenden zeigen wird, gerade in Bezug auf die Positionierung der Anstalten in der zukünftigen Medienordnung, nicht (mehr) der Fall.³²

²⁶ A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 25 ff.

²⁷ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 49; A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 26 f.

²⁸ So ist allein die Zahl der Online-Angebote deutscher Tageszeitungen zwischen 1996 und 2007 von 39 auf 630 angestiegen. Vgl. dazu: Hans-Bredow-Institut, Zur Entwicklung der Medien in Deutschland zwischen 1998 und 2007, S. 115. Dies entspricht einem Zuwachs nur in diesem (Teil-) Bereich von etwas mehr als 1600 %.

²⁹ Vgl. dazu bspw. die Zusammensetzung des Fernsehrates des ZDF, § 21 Abs. 1 ZDF-StV. Vgl. zu den Grenzen der Leistungsfähigkeit einer (solchen) reinen Laienkontrolle (insbesondere vor dem Hintergrund der dynamischen und komplexer werdenden Verhältnisse im Rundfunksektor) O. Jarren/W. Schulz/T. Held/P. Donges/M. Künzler, Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk, S. 191 f.

³⁰ Vgl. dazu auch K.-H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 123, Rn. 125: „nicht geeignet“; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7): „ohne sachverständige Hilfe nicht zu leisten“.

³¹ Allg. kritisch: A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 250, der den öffentlich-rechtlichen Anstalten auch in Bezug auf die Entwicklungsgarantie eine „nahezu schrankenlos gewährte Expansionsfreiheit“ konstatiert. Vgl. hierzu allg. auch: W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 273: „Rundfunkanstalten sind rechtliche Konstruktionen der Gesetzgeber, die ihnen *im Rahmen eines* (spezifisch definierten und insofern *rechtlich begrenzten*) *Aufgabenfeldes* und nach Maßgabe der geschaffenen Strukturen rechtliche Autonomie gewährt haben.“ (Hervorhebungen nur hier) Eben an diesem Rahmen fehlt es bislang in Bezug auf die Online-Angebote, so dass die gewährte Autonomie in diesen Bereichen in eine unkontrollierte und unreglementierte Expansion umschlägt. Vgl. dazu: K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 19 u. S. 83.

³² Vgl. K.-H. Ladeur, Stellungnahme d. VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 18, 44 f.

III. Defizite der anstaltsinternen Kontrolle

1. Strukturelle Ungeeignetheit der Binnenkontrolle zur Angebotsbegrenzung

Wird die „binnenpluralistische“ anstaltsinterne Kontrolle für die klassischen Vollprogramme in der Situation des öffentlich-rechtlichen Monopols und der technischen Begrenztheit der Übertragungskanäle für die *damalige* Zeit als angemessen angesehen³³, so findet dies im Hinblick auf die *Begrenzungswirkung* seine Berechtigung vor allem in einem Punkt³⁴: Das Programm war technisch bedingt auf maximal 24 Stunden begrenzt. Anders gewendet: Es bedurfte gar keiner *Begrenzung* durch das Gremium, da eine tatsächliche Obergrenze vorhanden war.³⁵ Daher glichen sich zu diesem Zeitpunkt auch die jeweils nach möglichst großen Programmanteilen³⁶ strebenden Kräfte der unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppen (nach innen hin) gerade so aus, dass über die äußere Begrenzung die integrative Funktion zwangsläufig erreicht wurde.

Anzunehmen ist aber, dass schon damals die Situation anders gewesen wäre, wenn keine faktische Begrenzung des maximalen Programmumfangs vorgelegen hätte. Denn in diesem Falle wirkt das jeweilige Streben der gesellschaftlichen Kräfte nach möglichst großen Anteilen am Programm, mangels irgendeines ersichtlichen Korrektivs (dies würden ja allein die gerade nach *Anteilszuwachs* strebenden Mitglieder des Gremiums sein können), *additiv* und ist damit, ohne anderweitige Begrenzung, auf Zuwachs (nach außen) gerichtet.³⁷ Mit anderen Worten: Ein plurales Gremium, dessen gewollt gegensätzliche Mitglieder (notwendig) nach jeweils möglichst hohen Programmanteilen streben, ist schon strukturell bedingt nicht dazu angetan, *begrenzend* zu wirken.³⁸

³³ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 35.

³⁴ Die Kritik bezieht sich *hier* allein auf die Begrenzungswirkung, nicht auf die Integrationswirkung. Zu der Frage, inwieweit der integrierende Effekt auf das Informationsmonopol zurückzuführen ist vgl. C. Holtz-Bacha, in: APuZ, 42/1997, S. 13 (17).

³⁵ Dies galt freilich auch in Bezug auf die verfügbaren Kanäle.

³⁶ Vgl. zu dem „natürlichen Drang“ jeder Organisation nach Expansion etwa W. Schulz, in: P. Donges/ M. Puppis (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 311 (317 f.).

³⁷ Vgl. auch die Bedenken bei C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5 GG, Rn. 795 (113. Aktualisierung, 2004).

³⁸ Das notwendige „Auseinanderstreben“ der gegensätzlichen Gruppen ist gewissermaßen die (dem Gremium immanente) Kehrseite der integrativen Funktion, die für ihre Entstehung aber gerade einer äußeren Begrenzung (eines Rahmens) bedarf, da eine bloß additive Expansion der Programminhalte „bis in die Nähe der Individualisierung“ (Formulierung nach M. Bullinger, Aufgaben, S. 49) gerade nicht „integrativ“ wirkt. Fehlen wirksame Grenzen (in Form tatsächlicher Beschränkungen oder rechtlicher Rahmen), wie dies heute bspw. in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Online-Angebote der Fall ist, dann liegt mangels regulativen Rahmens ein Fall reiner Selbstregulierung vor. Hierzu führt W. Schulz treffend aus, dass „bei reiner Selbstregulierung wegen des natürlichen Drangs jeder Organisation nach Expansion eine Begrenzung oder auch nur eine Strukturierung mit Blick auf die gesellschaftliche Funktion unwahrscheinlich“ sei. Vgl. Ders., in: P. Donges/ M. Puppis (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 311 (318; Hervorhebung nur hier.); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 202 stellt fest: „Da Selbstregulierung nur in der Marge der Eigeninteressen der sich selbst Regulierenden (hier d. öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten) funktionieren kann, ist sie nicht zur rechtlich erheblichen Einschränkung des Programmauftrags geeignet (...)“.

2. Zutagetreten der Defizite mit dem Entstehen der dualen Rundfunkordnung

Dieses strukturelle Defizit der binnenpluralistischen Gremienkontrolle war solange bedeutungs- und folgenlos, wie eine faktische Begrenzung in Form eingeschränkter Übertragungskapazitäten fortbestand. Durch den fortschrittsbedingten Zuwachs an Übertragungskapazitäten ab Mitte der achtziger Jahre und dem damit verbundenen Übergang zur dualen Rundfunkordnung³⁹ trat dieses Defizit erstmals offen zu Tage. Eine nähere Betrachtung der seitherigen Entwicklung der dualen Ordnung zeigt, dass dieses Defizit und die daraus resultierenden Probleme auch nicht anderweitig kompensiert werden konnten, sondern sich mit der Weiterentwicklung stetig vergrößert haben und nun in der Online-Problematik ihren (vorläufigen) Höhepunkt finden.

Die damit angerissenen und nunmehr näher zu betrachtenden Probleme haben ihren Ursprung in der sich ab Anfang der achtziger Jahre herausbildenden dualen Rundfunkordnung: Neben die bis dahin monopolistische öffentlich-rechtliche Säule des Rundfunksystems trat eine zweite privatwirtschaftliche Säule. Die Entstehung der auf diese beiden Säulen bezogenen, „dualen“ Ordnung war dabei ein rein faktischer Prozess⁴⁰, dem ein ganzheitliches Regulierungskonzept nicht zugrunde lag.⁴¹ Statt dessen bildeten sich für beide Säulen je unterschiedliche Konstruktionsprinzipien und Regulierungsregime⁴² heraus: So bestehen in den beiden Säulen je verschiedene Finanzierungsformen⁴³ sowie unterschiedliche Einstellungen und Eigenrationalitäten in Bezug auf Wettbewerb (publizistische Orientierung einerseits; ökonomische Orientierung andererseits)⁴⁴, in deren Folge man für die privatwirtschaftliche Säule vielfaltverengende Tendenzen annimmt⁴⁵, so dass der öffentlich-rechtlichen Säule ein besonderer öffentlicher Gewährleistungs-Auftrag in Bezug auf die freie öffentliche Meinungsbildung (ursprünglich als „Grundversorgung“ bezeichnet⁴⁶; später dann „klassischer Auftrag“⁴⁷ bzw. „klassischer Funktionsauftrag“ genannt⁴⁸) zukommt, aus dem

³⁹ Zur Entwicklung vgl. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 23 ff.

⁴⁰ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 24.

⁴¹ Ebenda. Vgl. hierzu auch O. Jarren, in: Holgerson/Jarren/Schatz, Dualer Rundfunk, S. 13 ff.; H. Rossen, Meinungsbildung, S. 411, 416; D. Grimm, RuF 1987, S. 25 (33).

⁴² Vgl. dazu K.-H. Ladeur, in: FS für E. Stein, S. 67 (71/72).

⁴³ Zur Rechtfertigung der Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Säule vgl. BVerfGE 73, 118 (158).

⁴⁴ Vgl. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 294 f.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 73, 118 (155 ff.); 87, 181 (199); Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 127 m.w.N.; W. Schulz, in: P. Donges/ M. Puppis (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 311 (316 f.); M. Kops, Globalisierung der Medienwirtschaft, S. 12 ff. m.w.N. und J. Heinrich, in: C.-M. Ridder/W. Langenbacher/U. Saxer/C. Steininger, Bausteine, S. 325 (333).

⁴⁶ BVerfGE 73, 118 (157 ff.); 74, 297 (324); 87, 181 (199). Zur weiteren Entwicklung d. Begriffs, o. Teil B I. 1.

⁴⁷ BVerfGE 87, 181 (199) m.w.N.

⁴⁸ Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 122. Vgl. dazu auch oben Teil B. I. 1.

dann wiederum unterschiedliche Programmbindungen⁴⁹ und Aufsichtsstrukturen⁵⁰ usf. abzuleiten sind.⁵¹

Hierbei ist zu beachten, dass die beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung zwar rechtlich jeweils besonders strukturiert, aber letztlich nicht voneinander unabhängig⁵², sondern im Gegenteil auf vielfältige Art und Weise miteinander verschränkt sind.⁵³ Eben aus dieser Verschränkung, auf die im Folgenden näher einzugehen sein wird, resultieren auch Überlappungen der unterschiedlichen Regulierungsregime, die aufgrund der daraus resultierenden Probleme zutreffender als „Regime-Kollisionen“⁵⁴ bezeichnet werden. Für eben diese Kollisionen hält das duale System keine Kollisions-Ordnung bereit⁵⁵, so dass es fortwährend zu - von der bestehenden Rechtsordnung nicht aufzufangenden - Konflikten zwischen den beiden Säulen der dualen Ordnung kommt⁵⁶, die im Hinblick auf das Konzept des wechselseitigen Sich-Befruchtens der beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung („strukturelle Diversifikation“⁵⁷), genau diesen Befruchtungsprozess untergraben, mithin zu Dysfunktionalitäten des Rundfunksystems führen.⁵⁸

Hierbei spielt eine entscheidende Rolle, dass die allein für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten konzipierte Binnenkontrolle für solche regime-übergreifenden Konflikte keine Problemlösungs-Kapazität besitzt.⁵⁹ Dies liegt nicht allein daran, dass der Binnenkontrolle schon in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Bereich so gut wie keine Begrenzungswirkung zukommt.⁶⁰ Daneben unterliegt neben der Medienordnung auch die gesamte Gesellschaft einem grundlegenden Wandel⁶¹: Es hat ein Prozess gesellschaftlicher

⁴⁹ Zu den niedrigeren Anforderungen an den Privatfunk vgl. BVerfGE 73, 118 (159); H. Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, Rn. 45.

⁵⁰ Vgl. zur Aufsicht über den öffentlichen Rundfunk bspw. H. Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, Rn. 360 ff. sowie unten Teil J. Zur Aufsicht über den privaten Rundfunk siehe: H. Gersdorf, a.a.O., Rn. 394 ff.

⁵¹ Vgl. zum Ganzen: W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 294 f.

⁵² W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 292.

⁵³ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 23.

⁵⁴ Vgl. A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen, S. 18 ff., 66 ff.

⁵⁵ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 23.

⁵⁶ Zu Beispielen dazu vgl. unten Teil H. III. 3. und 4.

⁵⁷ Zu diesem Begriff schon oben Teil B. III. 2 und sogleich unter Teil H. III. 3.

⁵⁸ Ein Beispiel hierfür ist die Problematik der Verdrängung privater Anbieter durch öffentlich-rechtliche, die nicht aus dem publizistischen Wettbewerb herrührt, sondern Folge einer gebührenfinanzierten Verdrängungstaktik ist, wie dies etwa in Hamburg der Fall war zwischen den Radiosendern N-Joy und OK-Radio. Vgl. zu diesem Fall: A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 246 f.

⁵⁹ Vgl. C. Degenhart, ZUM 3/1997, S. 153 (159 ff.): „Inadäquanz“; K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 18 „nicht mehr funktionsgerecht“; Vgl. auch: T. Held; Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 347: „(..) eine Abstimmung der verschiedenen Säulen aufeinander fällt nicht in seine [des Rundfunkrats] Aufgaben.“

⁶⁰ Vgl. oben Teil H. III. 1.

⁶¹ N. Luhmann, Die Realität der Massenmedien, S. 96 ff.; K.-H. Ladeur, M&K 1/2000, S. 97 (98 ff.); K. Kamps, Politisches Kommunikationsmanagement, S. 44.

Fragmentierung⁶² eingesetzt, bei dem sich die ursprünglich „eine“ Öffentlichkeit zunehmend stärker in eine Vielzahl von Teilöffentlichkeiten⁶³ (und mithin auch Teilpublika⁶⁴) mit je verschiedenen Identitätsvorstellungen und in deren Folge auch unterschiedlichen (diversifizierten) Programmvorstellungen zersetzt.⁶⁵ Ermöglicht durch den technischen Fortschritt konnte den diversifizierten Ansprüchen eine diversifiziertes Programmangebot⁶⁶, in Form von Spartenprogrammen, gegenübergestellt werden.⁶⁷

Infolge dieser tatsächlichen Veränderungen kann sich nun - als rechtliche Konsequenz - der „Vielfaltbegriff“ nicht mehr alleine auf die Vielfalt innerhalb eines Vollprogramms („Vielfalt erster Ordnung“) beziehen.⁶⁸ Vielmehr ist für die Beurteilung der (für die frei individuelle und öffentliche Meinungsbildung notwendig zu gewährleisten) programminhaltlichen Vielfalt nunmehr die Summe aller öffentlich-rechtlichen Angebote (Vielfalt der Programme, Programmformate, Plattformen, als „Vielfalt zweiter Ordnung“) in den Blick zu nehmen⁶⁹, was die diesbezügliche Beurteilung durch den Rundfunk- bzw. Fernsehrat - gegenüber der ursprünglichen Ein- bzw. Drei-Kanal-Situation - ungleich komplexer und schwieriger werden lässt.

Hinzukommt, dass mit der zunehmenden Fragmentierung der Gesellschaft zugleich auch die repräsentativen Organisationen mehr und mehr an Integrationsfähigkeit einbüßen.⁷⁰ Dieser Zerfall in immer stärker kontrastierende Teilgesellschaften stellt zugleich einen

⁶² Der Begriff wird in der Literatur mit unterschiedlichen Bezugspunkten verwendet. Hier ist Bezugspunkt die Struktur der Gesellschaft, nicht etwa die Struktur des Angebots. Vgl. zu diesem Begriff eingehend und differenzierend: U. Handel, Die Fragmentierung des Medienpublikums, S. 20 ff.; J. Lucht, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk: ein Auslaufmodell?, S. 255 ff.

⁶³ Näher hierzu: Winfried Schulz, Politische Kommunikation, S. 130 ff.

⁶⁴ Vgl. zu der hinter diesem Begriff stehenden „Kettenhypothese“, dass es durch die Ausdifferenzierung des Medienangebots (u.a.) zu einer „Zersplitterung des Publikums in viele Teilpublika“ komme, näher: C. Holtz-Bacha/W. Peiser, in: U. Hasebrink/P.Rössler (Hrsg.), S. 41 (41/42) sowie J. Lucht, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk: ein Auslaufmodell?, S. 255.

⁶⁵ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 35 f.; C. Holtz-Bacha/W. Peiser, in: U. Hasebrink/P.Rössler (Hrsg.), S. 41 (42 f.) m.w.N.

⁶⁶ Vgl. dazu A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 25 ff.; Winfried Schulz, Politische Kommunikation, S. 21 f.; K. Faßbender, NVwZ 2007, 1265 (1267).

⁶⁷ J. Lucht spricht in Bezug auf den Übergang zur dualen Ordnung von einer „regelrechten Angebotsexplosion“; vgl. Ders, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk: ein Auslaufmodell?, S. 219.

⁶⁸ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 36.

⁶⁹ Ebenda. Die Beurteilung kann auch nicht auf diese Vielfalt „zweiter Ordnung“ beschränkt bleiben, sondern muss, wegen der Wechselwirkung der beiden Säulen der dualen Ordnung (Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 41), auch die Angebote der Privaten in den Blick nehmen („Vielfalt dritter Ordnung“). Dazu sogleich näher im Text.

⁷⁰ Vgl. K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 35 sowie bspw. die Studien von U. Sarcinelli, in: U. von Alemann/S. Marschall (Hrsg.), Parteien in der Mediendemokratie, S. 347 (351) und W. Gaiser/J. de Rijke, Gesellschaftliche Beteiligung der Jugend, APuZ 44/2001, S. 8 (9 ff.) jeweils m.w.N.

gesellschaftlichen Entfernungsprozess von einem gedachten gesellschaftlichen Zentrum⁷¹, zu dem hin die Integration⁷² erfolgen soll, dar.⁷³

Vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass sich die Grundvoraussetzungen der anstaltsinternen Kontrolle seit ihrer Einführung fundamental verändert haben⁷⁴: Die ursprünglich als „Abbild der Gesellschaft“⁷⁵ gedachte pluralistische Zusammensetzung entspricht den Realitäten nicht mehr. Die einfache - ja ohnehin sehr grobe - „1:1-Abbildung“ der im Gremium versammelten Interessen bildet die Gesellschaft nicht mehr ab.⁷⁶ Hinzukommt, dass nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts für die Beurteilung der über dieses Abbild zu gewährleistenden programminhaltlichen Vielfalt nunmehr an die hoch-komplexe, permanent im Fluß befindliche Gesamtheit *aller* Angebote der dualen Rundfunkordnung („Vielfalt dritter Ordnung“⁷⁷) anzuknüpfen ist.⁷⁸ Damit ist die Binnenkontrolle eine äußerst voraussetzungsvolle Aufgabe geworden, mit deren Bewältigung die gruppenbasierte Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks überfordert ist.⁷⁹ Dies auch deshalb, weil die zu beurteilenden Fragen in ihrer Bedeutung - wegen der funktionalen Wechselbezüglichkeit der beiden Säulen der dualen Ordnung⁸⁰ - in ganz erheblichem Maße auch über den eigentlichen Verantwortungsbereich der Gremien, als

⁷¹ Vgl. etwa K.-H. Ladeur, in L. Heidbrink/A. Hirsch, Staat ohne Verantwortung?, S. 391 (405), der im Kontext von staatlicher Verantwortung von einem „Übergang zur azentrischen Gesellschaft“ spricht.

⁷² Zum Begriff der „Integration“ vgl. C. Holtz-Bacha, in: W. Gellner/F. von Korff (Hrsg.), Demokratie und Internet, S. 219 (222).

⁷³ Das Problem sich verringernder / schwindender Integrationswirkung der Massenmedien vor dem Hintergrund der Fragmentierung kann hier nicht weiter vertieft werden. Vgl. zu den vertretenen Positionen etwa: C. Holtz-Bacha/W. Peiser, in: U. Hasebrink, P. Rössler (Hrsg.), Publikumsbindungen, S. 41 (42 ff.); J. Lucht, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk: ein Auslaufmodell?, S. 251 ff.; A. Vlasic, Die Integrationsfunktion von Massenmedien, S. 53 ff.

⁷⁴ Vgl. hierzu auch C. Degenhart, ZUM 3/1997, S. 153 (158 f.).

⁷⁵ H. Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, Rn. 331.

⁷⁶ Vgl. auch M. Eifert, Programmauftrag, S. 48.

⁷⁷ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 25 f., 35;

⁷⁸ Vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12.03.2008, 2 BvF 4/03, Rn. 93 m.w.N.; C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (444). Bedenkenswerte Kritik findet sich bei H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (233 f.): „Wie soll im Hinblick auf die (..) Integration von Rundfunk, Presse und anderen Informationsdiensten in das Internet sinnvoll ein Vielfaltsgesamtzustand beschrieben werden können, auf den hin die positive Rundfunkordnung ausgerichtet werden kann? Insofern umschreibt sie daher kein realistisches, vor allem auch kein juristisch handhabbares Ziel.“ Das dürfte zutreffend sein. Es ist jedenfalls weder technisch noch finanziell möglich (und unter den Gegebenheiten gegenwärtig auch nicht erforderlich), *vollumfängliche* Vielfalt auch im Internet durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten zu gewährleisten. Näher dazu unten Teil H. IV. 1. e. aa.

⁷⁹ Vgl. etwa K.-H. Ladeur, Stellungnahme d. VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 36, der klarstellt, dass d. Überforderung zumindest den Bereich außerhalb d. Vollprogramme betrifft: „mindestens partiell überfordert - immerhin bestehen die Vollprogramme ja fort (..)“. Vgl. auch: C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5 GG, Rn. 829 (113. Aktualisierung, 2004). Vgl. auch M. Eifert, Programmauftrag, S. 48: „Die Fragmentierung der Öffentlichkeit lässt die umfassende Abbildung der Gesellschaft im Rundfunkrat zunehmend tatsächlich unmöglich werden und untergräbt damit seine konzeptionelle Funktionstauglichkeit (..)“.

⁸⁰ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 41 („Wechselwirkungen“).

interne Kontrollorgane der Anstalten, hinausgehen⁸¹: Ihre Entscheidungen beeinflussen, wie sich im Folgenden zeigen wird, in ganz erheblichem Umfang die gesamte Rundfunk- bzw. Medienordnung.⁸²

3. Gegenseitige Beeinflussung / Wechselbezüglichkeit der Säulen der dualen Ordnung

Die schon angesprochenen Wechselbezüglichkeiten der beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung erschöpfen sich nicht allein in den schon dargelegten Herausforderungen in Bezug auf den Begriff der „Vielfalt“ in seiner neuen Dimension. Es bestehen vielmehr vielfältige Verknüpfungen der Säulen auf den publizistischen und auf den ökonomischen Märkten⁸³, die sich in Form von publizistischer⁸⁴ oder ökonomischer⁸⁵ Konkurrenz, teilweise aber auch in der Konkurrenz um Übertragungswege bzw. -ressourcen⁸⁶ äußern.

Wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht⁸⁷ und Teilen der Literatur über das Modell der „strukturellen Diversifikation“⁸⁸ (als Leitidee des dualen Rundfunksystems) davon ausgeht, dass die Kombination der zwei, je unterschiedlich strukturierten Rundfunksysteme die jeweiligen Schwächen der anderen Säule kompensiert und so die jeweiligen Stärken nutzbar macht⁸⁹, die Systeme sich mithin wechselseitig funktionell befruchten, dann bedeutet dies auch, dass beide Säulen funktionsfähig sein⁹⁰ und (im Hinblick auf Veränderungen ihrer Umfeldler auch) gehalten werden müssen.⁹¹ Dies schränkt die Gestaltungsfreiheit des Rundfunkgesetzgebers ein: Er muss dafür (Vor-) Sorge tragen, dass die wechselseitigen Vorteile erhalten bleiben.⁹² In Bezug auf die publizistische und ökonomische Konkurrenz der

⁸¹ C. Degenhart, ZUM 03/1997, S. 153 (160): „der bestehenden, dualen Ordnung nicht mehr adäquat“; vgl. auch H. Gersdorf, Legitimation, S. 5 f.

⁸² C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5 GG, Rn. 829 (113. Aktualisierung, 2004).

⁸³ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 41.

⁸⁴ Zum vom Bundesverfassungsgericht angenommenen Vorrang des publizistischen Wettbewerbs im klassischen Rundfunk vgl. M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (597) sowie oben Teil B. III. 2.

⁸⁵ Zur der ökonomischen Seite des Konkurrenzverhältnisses vgl. näher A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 206 ff.

⁸⁶ Frequenzen, Kabelplätze usf. Vgl. hierzu C. Degenhart, BK-GG, Art. 5, Rn. 748a (113. Akt., 2004).

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 74, 297 (331 f.).

⁸⁸ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 67 ff.; Ders., Erosionen des Rundfunkrechts, S. 38 f.; M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (596 f.).

⁸⁹ Vgl. hierzu BVerfGE 74, 297 (331 f.): „In der dualen Ordnung des Rundfunks (..) kann die Ergänzung des bisherigen Angebots der öffentlich-rechtlichen Anstalten nur dann einen Sinn haben, wenn das Hinzutreten weiterer Veranstalter und Programme die Rundfunkversorgung insgesamt verbessert - mag auch privater Rundfunk für sich unter den derzeitigen Bedingungen den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht voll entsprechen.“

⁹⁰ M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (597); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 68.

⁹¹ Zu der Abhängigkeit der Erfüllbarkeit der Funktion von den Veränderungen der Realbedingungen, vgl. BVerfGE 83, 238 (306); 74, 297 (324 f.); 73, 118 (157 f.).

⁹² W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 68.

beiden Teilsysteme erfordert dies *übergreifende* „Interessenbalancierungen“ und „sensible“, „intelligente Steuerungsmechanismen“.⁹³

Genau an diesen fehlt es aber in der Rundfunkordnung bislang⁹⁴ insofern, als der eigentlich angestrebte Befruchtungs- / Synergieeffekt sich in vielen Bereichen gar nicht einstellen kann⁹⁵, da sich die Kräfte - mangels wirksamer *übergreifender* Steuerungsmechanismen - sowohl im publizistischen, als auch im ökonomischen Bereich⁹⁶ wechselseitig aufreiben,⁹⁷ wie sich an den folgenden Beispielen zeigen lässt.

a. Angleichung der Angebotsinhalte in Folge des Wettbewerbs um Aufmerksamkeit

Durch das Hinzutreten der privaten Veranstalter entwickelte sich für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein publizistisches Dilemma: Einerseits ist er verfassungsrechtlich zur größtmöglichen Vielfalt, insbesondere zur Berücksichtigung der Interessen von Minderheiten im Programm verpflichtet⁹⁸, gleichzeitig ist er aber andererseits, wegen seiner Gebührenfinanzierung, auch auf eine breite Akzeptanz in der Öffentlichkeit angewiesen, die er wiederum nur über hinreichend massenattraktive Programme sichern kann.⁹⁹

Dieses grundsätzliche Problem erfährt durch die zunehmende Fragmentierung der Gesellschaft noch eine weitere Verschärfung. Sehr deutlich wird dieser problematische

⁹³ Formulierungen nach W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 41. Diese Steuerungsmechanismen müssen sich in letzter Konsequenz immer an dem Primärziel der Rundfunkfreiheit, der freien öffentlichen und privaten Meinungsbildung orientieren. Andernfalls sind sie nicht funktionsgerecht im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit. Vgl. dazu auch K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerde-verfahren 1 BvR 2270/05, S. 26 u S. 35.

⁹⁴ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 49, stellt mit Blick auf die Entwicklung des dualen Rundfunksystems zutreffend fest: „Die zentrale, wenn auch nicht die einzige Triebkraft seiner Dynamik bildete der ökonomische Wettbewerb. Die mit seiner Integration in das ursprünglich primär publizistisch orientierte Rundfunksystem verbundenen Reaktionen waren nur bedingt antizipiert und in noch geringerem Maße kanalisiert worden und überforderten entsprechend die konzeptionellen Vorkehrungen.“ Dieses zu Recht konstatierte Anpassungsdefizit ist bis heute nicht etwa behoben worden, sondern es hat sich vielmehr, durch die nachhaltige Veränderung der Realbedingungen, noch erheblich verschärft. Gerade die zentrale konzeptionelle Steuerungsvorkehrung des öffentlichen Rundfunks, die anstands-*interne* (und insofern auch perspektivisch hierauf beschränkte; vgl. dazu H. Gersdorf, Legitimation, S. 5/6) Gremienkontrolle ist in ihrer Entwicklung vielmehr auf dem Stand des öffentlich-rechtlichen Monopols schlicht stehengeblieben.

⁹⁵ Dass die beiden Säulen des dualen Systems sich - ganz im Sinne des Konzepts d. strukturellen Diversifikation - wechselseitig positiv beeinflussen *können*, wird hier nicht in Frage gestellt. Es geht allein um die Frage, welcher (ggf. übergreifenden) verfahrensmäßigen und organisatorischen Sicherungen das Wechselspiel bedarf, um die angestrebten Effekte *tatsächlich* zu erreichen.

⁹⁶ Kein staatlich zu steuerndes, sondern ein rein marktwirtschaftliches, gleichwohl aber auf die duale Rundfunkordnung auch publizistisch zurückwirkendes Problem ist der erhebliche Anstieg der Programmkosten in der dualen Ordnung durch die Zunahme der Programme bzw. die Zunahme des Wettbewerbs um bestimmte (z.B. zeitgebundene) Programme, wie etwa Spiele der Bundesliga etc. Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 60 ff.

⁹⁷ Skeptisch in Bezug auf eine Programmverbesserung auch A. Hesse, Rundfunkrecht, S. 212 f., 5. Kap., Rn. 4.

⁹⁸ BVerfGE 74, 297 (324); 73, 118 (152 f.).

⁹⁹ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 62; A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 173; H. Schatz, in: Ders. (Hrsg.), Fernsehen als Objekt und Moment des sozialen Wandels, S. 371 (375); D. Grimm, RuF 1987, S. 25 (29).

Zusammenhang bei W. Hoffmann-Riem: „Die - überspitzt formuliert - in der Tradition des Nachkriegsrundfunks verkörperte Verschmelzung massenattraktiver Programmteile mit der Bedienung von Minderheiteninteressen zu einem integrierten und breit akzeptierten Vollprogramm auf hohem journalistischen Niveau wird mit dem sich zerstreuen, im vermehrten Angebot den je individuellen Präferenzen folgenden Publikum immer schwieriger bis unmöglich.“¹⁰⁰ W. Hoffmann-Riem führt weiter aus, dass die einseitige Betonung der Aspekte der Massenattraktivität bzw. die Orientierung an möglicher Vielfalt entweder eine Selbstkommerzialisierung¹⁰¹ oder aber eine Marginalisierung¹⁰² mit sich brächten, was entweder „die normative oder die akzeptanzvermittelnde politische Legitimation“ koste.¹⁰³

Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk insofern - zur Legitimationssicherung - *auch* gehalten ist, nach der Aufmerksamkeit des Publikums zu streben, so darf er hierüber aber die Programminhalte nicht *allein* am Merkmal der „(Massen-) Attraktivität“ im Sinne einer hohen Einschaltquote¹⁰⁴ ausrichten und sich hierüber dem (allein) hieran orientierten Privatfunk angleichen.¹⁰⁵ Vielmehr muss sich das Programm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks qualitativ von dem des privaten abheben¹⁰⁶ und hierüber einen (seine Gebührenfinanzierung rechtfertigenden) publizistischen Nutzen für Rezipienten, bzw. einen Zugewinn für die Erreichung der Gewährleistungs-Ziele der Rundfunkfreiheit¹⁰⁷, mit sich bringen.

Die damit erforderliche Inblicknahme der legitimationssichernden Attraktivität, unter Berücksichtigung der die öffentlich-rechtliche Erbringung rechtfertigenden Qualität¹⁰⁸ und die

¹⁰⁰ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 62 unter Verweis auf: U. Hasebrink/F. Krotz, in: W. Hömberg/H. Pürer (Hrsg.), Medien-Transformation, S. 359 ff. und U. Hasebrink, in: O. Jarren (Hrsg.), Medienwandel - Gesellschaftswandel?, S. 265 ff. sowie auf T. Vesting, in: Medium 1992, S. 53 ff.

¹⁰¹ Vgl. hierzu M. Stock, Noch einmal zum Reformbedarf im "dualen Rundfunksystem", S. 5; Ders. in: C.-M. Ridder/W. Langenbacher/U. Saxer/C. Steininger, Bausteine, S. 54 (59 f.); J. Arnold, Onlinekommunikation als Public Service, S. 4; S. Weischenberg, epd medien (58) 2004, S. 7 (7 f., 10); K. Faßbender, NVwZ 2007, S. 1265 (1267); S. Wolf, Wie verzichtbar wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Digitalisierung, S. 94.; weiterführend: M. Kops, VLV-EURALVA-Vortrag, S.7

¹⁰² Vgl. hierzu H. J. Kleinsteuber/V. Wiesner/P. Wilke, RuF 1991, S. 33 (33 ff.); U. Krüger, Programmprofile, S. 82 f.;

¹⁰³ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 62. Vgl. auch A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 173.

¹⁰⁴ Zur Einschaltquote als Maß der Attraktivität vgl. etwa A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 173.

¹⁰⁵ I. Haarhoff/R. Kopp, NJOZ 2009, S. 2927 (2933) stellen dazu (mit Blick auf die Online-Angebote) zutreffend fest: „Denn der publizistische Wettbewerb soll das Niveau an Kultur, Information und Unterhaltung generell heben. Ein Nivellierungswettbewerb um Massenattraktivität würde die Legitimationsbasis der öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote eher gefährden.“ Nichts anderes gilt für „normale“ Angebote.

¹⁰⁶ Vgl. M. Bullinger, Aufgaben, S. 48.

¹⁰⁷ Vgl. dazu Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rz. 117; W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 58.

¹⁰⁸ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk unterliegt in seinen Angeboten „besonderen normativen Erwartungen“ (Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rz. 121). Dies ist so zu verstehen, dass das Angebot der öffentlich-rechtlichen Anstalten eine, gemessen an den Privaten, besondere, ihre Gebührenfinanzierung daher rechtfertigende, Qualität hat. Vgl. auch: R. Meyer-Lucht/ K. Gollatz, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote d. nächsten Generation, S. 23; I. Haarhoff/R. Kopp, NJOZ 2009, S. 2927 (2933).

gleichzeitige Berücksichtigung von Minderheitsinteressen, erfordern von den Anstalten einen programminhaltlichen „Spagat“.¹⁰⁹

Infolge dessen, dass die Aufmerksamkeit des Rezipienten mit der Vervielfachung der Programme zu einem immer knapperen Gut geworden ist¹¹⁰, orientieren sich die privaten Anbieter an möglichst massenattraktiven Programmen¹¹¹, etwa durch die Bevorzugung des Sensationellen und durch das Bemühen, dem Berichtsgegenstand nur das Besondere, beispielsweise Skandalöses, zu entnehmen.¹¹² Dieses Streben nach Aufmerksamkeit, gemessen an hohen Einschaltquoten, bewirkt Vielfaltsdefizite.¹¹³

Insofern ist es bedenklich, dass Studien zur Programmentwicklung zeigen, dass sich auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk - was unternehmenspolitisch aber nachvollziehbar ist¹¹⁴ - zunehmend stärker an dem Aspekt der Massenattraktivität (und damit an Einschaltquoten), als an den Minderheiteninteressen orientiert („Programmkonvergenz“).¹¹⁵ Hinzu kommt, dass den Einschaltquoten als Maß der Massenattraktivität auch eine Relevanz in Bezug auf die zu generierenden Werbeeinnahmen zukommt, die dann wiederum dazu benutzt werden können, teure Programmanschaffungen gegenüber der Öffentlichkeit als sich selbst tragend zu „verkaufen“, wie dies etwa bei Übertragungsrechten bzgl. der Bundesliga erfolgte.¹¹⁶ Auch dies ist ein Aspekt der „Selbstkommerzialisierung“.¹¹⁷

¹⁰⁹ A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 173.

¹¹⁰ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 58.

¹¹¹ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 58 m.w.N.

¹¹² Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rz. 117; BVerfGE 103, 44 (67).

¹¹³ Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rz. 117.

¹¹⁴ Die Rundfunkgebühr wird auch von denjenigen Rezipienten erhoben, die die öffentlich-rechtlichen Programme gar nicht nutzen, daher ist der öffentlichkeitswirksame Vorwurf der „Zwangsgebühr“ schnell bei der Hand (vgl. etwa I. von Münch, NJW 2000, S. 634 (634 ff.)). Dies geht freilich daran vorbei, dass die Gebühr teilweise auch den „kostenlosen“ Privaten zugute kommt. Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 45.

¹¹⁵ Vgl. K. Merten, Konvergenz der deutschen Fernsehprogramme, S. 135 ff. Vgl. zu dieser Entwicklung auch M. Meckel, in: J. F. Leonhard/H.-W. Ludwig/D. Schwarze/E. Strabner (Hrsg.), Medienwissenschaft, S. 2269 (2272, 2276) m.w.N.; K.-H. Ladeur, M&K 1/2000, S. 97 (99); A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 172. Dies zeigt sich augenscheinlich auch in der Übernahme kompletter Sendeformate samt Moderator, wie etwa bei der Harald Schmidt-Show oder aber auch in Programmkonzepten wie Koch- oder Castingshows. Vgl. hierzu: M. Stock, in: C.-M. Ridder/W. Langenbucher/U. Saxer/C. Steininger, Bausteine, S. 54 (58 ff.).

¹¹⁶ So heißt es im 14. KEF-Bericht, Tz. 15 dazu: „Die ARD hat der Kommission mitgeteilt, dass sich die Anschaffungskosten für den Erwerb der Erstrechte für die Fußball-Bundesliga in Höhe von 45 Mio. € vollständig über zusätzliche Werbung, Sponsoring, Gewinnspiele sowie Einsparungen der Kosten für das vorher auf diesem Programmplatz laufende Programm refinanzieren lassen.“ Es ist nicht erkennbar, dass die dahinter stehende, sehr bedenkliche (Programm-) Philosophie, den Preis der Massenattraktivität (auch noch) über Werbung zu refinanzieren (es handelt sich ja *jeweils* um vielfalt-verengende Aspekte), nicht auch auf andere Programme übertragbar sein sollte bzw. ggf. auch diesbezüglich auf die Programmentscheidungen ausstrahlt. Jedenfalls lässt ein (prozentuales) Ansteigen des Werbebudgets, egal wofür es letztlich verwendet wird, zumindest auch die Gefahr der Beeinflussung des (Gesamt-) Programms ansteigen.

¹¹⁷ Vgl. auch K. Faßbender, NVwZ 2007, S. 1265 (1267).

Schon die hier genannten Beispiele, aber auch die zahlreichen weiteren in den Nachweisen, wie auch die Inaugenscheinnahme des aktuellen öffentlich-rechtlichen Programms selbst, mit immer neuen Koch-¹¹⁸, Lifestyle-¹¹⁹ und nunmehr auch Castingshows¹²⁰, können keinen Zweifel daran lassen, dass sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verstärkt an massenattraktiven Programmen orientieren.

In Folge dieser verstärkten Hinwendung der öffentlich-rechtlichen Anstalten zu massenattraktiven Programmen nehmen Qualität und Eigenständigkeit der Sendungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ab.¹²¹ Eine solche Entwicklung ist mit dem verfassungsrechtlichen Vielfalterfordernis unvereinbar¹²² und stellt ein Steuerungsdefizit dar.¹²³ Dieses Steuerungsdefizit ist programminhaltlicher und damit publizistischer Natur. Da die Kontrolle der Programminhalte allein der anstaltsinternen Kontrolle unterliegt¹²⁴ und das Defizit aus dieser Sphäre rührt, müssen Maßnahmen zur Gegensteuerung auch bei *ihr* ansetzen.¹²⁵ Hierauf wird zurückzukommen sein.

b. Keine Kompensation des internen Steuerungsdefizits durch Wettbewerbsrecht

Mit der zunehmenden Orientierung an massenattraktiven Programmen, machen sich die öffentlich-rechtlichen Anstalten in wachsendem Maße auch die Handlungslogik der Privaten zu eigen: Sie produzieren zunehmend (auch) „more of the same“.¹²⁶ Dies reicht zuweilen mit der öffentlich-rechtlichen Finanzierung im Hintergrund bis hin zur strategisch angelegten, gleichwohl aber unzulässigen Verdrängung¹²⁷ privater Anbieter durch Kopieren des

¹¹⁸ Der ehemalige VOX-TV-Koch Tim Mälzer kocht ab Ostern 2009 nun in der ARD. Vgl. Pressemeldung des NDR vom 19.02.2009.

¹¹⁹ Etwa „Bruce“- die Styling-Show mit Bruce Darnell, vgl.: http://www.daserste.de/bruce/show_cont.asp

¹²⁰ Siehe das Programm des ZDF im Jahre 2009: Castingshow „Ich kann Kanzler“.

¹²¹ Zahlreiche Beispiele und weitere Nachweise bei M. Stock, in: C.-M. Ridder/W. Langenbucher/U. Saxer/C. Steininger, Bausteine, S. 54 (58 ff.).

¹²² W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 62. Vgl. auch A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 173.

¹²³ Näher hierzu: K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S.18, 35 ff., 81 f.

¹²⁴ G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 11, Rn. 43 ff.; Zu Bedenken gegen die Effektivität dieser Kontrolle vgl. K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S 36 f. unter Verweis auf BVerfGE 57, 295 (325).

¹²⁵ Vgl. M. Eifert, Programmauftrag, S. 111.

¹²⁶ Die Formulierung „more of the same“ geht ursprünglich zurück auf den britischen Ökonomen Harold Hotelling und beschreibt die Eigenschaft des Marktes zur Bevorzugung massenattraktiver Programme, gegenüber solchen, die an Minderheiten gerichtet sind. Vgl. näher dazu M. Kops, Globalisierung der Medienwirtschaft, S. 12 (insb. Fn. 2; m.w.N.) und J. Heinrich, in: C.-M. Ridder/W. Langenbucher/U. Saxer/C. Steininger, Bausteine, S. 325 (333). Dieser Prozess lässt sich auch bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beobachten. Vgl. K.-H. Ladeur, in: German Law Journal, No. 8 (2004), S. 907 (914) und M. Stock, in: C.-M. Ridder/W. Langenbucher/U. Saxer/C. Steininger, Bausteine, S. 54 (58 ff.).

¹²⁷ Zur Unzulässigkeit einer solchen Verdrängung vgl. etwa W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 226; K.-E. Hain, Gutachten, S. 65 f.

Programms bzw. durch Marktverstopfung.¹²⁸ Ein Beispiel für eine solche Verdrängung ist der Fall N-Joy-Radio versus OK-Radio.¹²⁹ Hier hatte der NDR (mit „N-Joy-Radio“) ein neues, an jugendliche Hörer adressiertes Rundfunkprogramm geschaffen, dessen Konzeption bewusst genau dem Format eines privaten Anbieters (OK-Radio) nachempfunden war. Infolge dieser Verdrängungsstrategie (über Abwerbung der Hörer mit der Folge sinkender Werbeeinnahmen), wurde der private Rundfunkanbieter aus dem Markt getrieben.¹³⁰ Eine solche Verdrängung (mit einem inhaltsgleichen Angebot), getragen von der öffentlich-rechtlichen Finanzierung, widerspricht dem Prinzip struktureller Diversifikation und ist verfassungsrechtlich unzulässig.¹³¹

Wenn es unter diesen klaren rechtlichen Voraussetzungen gleichwohl trotzdem tatsächlich zu einer strategisch-angelegten Verdrängung - und damit zu einem evidenten Rechtsverstoß - kommen kann, dann verdeutlicht dies, dass die interne Steuerung der Anstalten mit der sich heutzutage stellenden Kontrollaufgabe (insbesondere bzgl. sich auch anstaltsextern auswirkender Entscheidungen) überfordert ist. Sowohl die zu beobachtende Ausrichtung an massenattraktiven Programmen, als auch die aus ihr resultierende Angleichung der Programminhalte wie auch die (über die inhaltliche Angleichung in Bezug auf die Zielgruppe überhaupt erst ermöglichte) strategisch-angelegte gebührenfinanzierte Verdrängung bestimmter privater Programme, stellen ganz erhebliche Abweichungen von den verfassungsrechtlichen Zielen in Bezug auf die Wirkungsweise der dualen Rundfunkordnung - und damit ganz erhebliche (Binnen-) Steuerungsdefizite - dar.¹³²

¹²⁸ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 226.

¹²⁹ Vgl. zum Sachverhalt näher K.-H. Ladeur, AfP 1999, S. 221 (223); A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 246 f., 117.

¹³⁰ Vgl. zu dem Fall N-Joy-Radio vs. OK-Radio auch: K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 81/82. Sowie Ders. in: German Law Journal, No. 8 (2004), S. 907 (914).

¹³¹ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 226; K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 82; K.-E. Hain, Gutachten, S. 65 f.; T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 244 ff.

¹³² Eingehend dazu: K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S.18, 35 ff., 81 f.

Zugleich zeigt der Fall N-Joy, aber auch andere Fälle, in denen die privaten Rundfunkanbieter - erfolglos - versucht haben, sich mit Hilfe des Wettbewerbsrechts gegen die Programmexpansion zur Wehr zu setzen¹³³, dass der internen Steuerungsschwäche - gewissermaßen als Ausdruck der unbehobenen Kollision der beiden Rechtsregime - auch kein (anderes) wirksames rechtliches Korrektiv gegenübersteht.¹³⁴

Festzuhalten bleibt hier zunächst, dass die Binnenkontrolle diesbezüglich (zur Unterbindung der die Legitimation kostenden Programmangleichung und verfassungswidrigen Verdrängung Privater) - also schon in den Bereichen klassischen Rundfunks - jedenfalls keine der dualen Ordnung angemessenen (Gegen-) Steuerungseffekte mehr erzielen kann. Sie ist schon insofern ungeeignet.¹³⁵

c. Nichtvorhandensein eines anderen institutionellen Korrektivs

Da dem Steuerungsdefizit der Binnenkontrolle - wegen des Grundsatzes der Programmautonomie der Anstalten¹³⁶ - nur in sehr begrenztem Maße rechtliche Restriktionen (wie etwa Programmzahlbegrenzungen¹³⁷, Aufwandsabdeckelungen¹³⁸ o.ä.) gegenüber gestellt werden können, fragt sich, ob es in der bestehenden dualen Rundfunkordnung ein anderes institutionelles Korrektiv gibt, dass die expansiven und massenorientierten Angebots-Entwicklungen zu kontrollieren, ja ggf. zu begrenzen vermag. Insofern käme im bestehenden System möglicherweise die KEF in Betracht, denn deren Überprüfung im Rahmen des

¹³³ Die Privaten Veranstalter hatten in zivilgerichtlichen Verfahren über auf das UWG gestützte Unterlassungsansprüche versucht, gegen die Programmexpansion der öffentlich rechtlichen Anstalten vorzugehen. Vgl. zu den einzelnen Fällen A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 222 ff. Zwar wurde das für einen Anspruch aus UWG maßgebliche „Wettbewerbsverhältnis“ (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) von den Zivilgerichten angenommen (Vgl. zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts die Nachweise bei C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 875 f.; 113. Akt., 2004). Gleichwohl scheiterten die Klagen an mangelndem Drittschutz der Programmnormen und deren bestenfalls begrenzter Kontrollierbarkeit. Vgl. näher K.-H. Ladeur Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 81.

¹³⁴ K.-H. Ladeur Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 81 f. Auf die gesetzgeberischen Versuche, rechtliche Korrekative in Form von Programmzahlbeschränkungen und durch das Erfordernis des „Programmbezugs“ aufzustellen, wird später einzugehen sein (Teil H. III. 4 a. u. b.). Aber schon an den diesbezüglichen Versuchen und deren Zunahme mit dem Fortschreiten der Entwicklung der dualen Rundfunkordnung zeigt sich, dass der Gesetzgeber der Binnenkontrolle ganz offensichtlich immer weniger hinsichtlich ihrer Kontroll-Kompetenz zutraut bzw. vertraut.

¹³⁵ K.-H. Ladeur Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 35, 17.; C. Degenhart, ZUM 03/1997, S. 153 (159 f.); Ders., epd medien, (63) 2007, S. 6 (8): „Rollenkonfusion“; Kritisch in Bezug auf den Drei-Stufen-Test auch: W.-D. Ring, AfP 04/2008, S. 342 (343).

¹³⁶ Vgl. hierzu allg. BVerfGE 90, 60 (87); 87, 181 (201) sowie oben Teil B. I. 2.

¹³⁷ Hierzu näher M. Eifert, in: ZUM 8/9/1999, S. 595 (599 ff.).

¹³⁸ Bei der bisherigen Abdeckelung der Aufwands für Online-Angebote auf 0,75 % des Gesamtaufwands handelte es sich nicht um gesetzliche Vorgaben, sondern um Selbstverpflichtungen der Anstalten (vgl. die Anlage zum 8. RÄndStV. Diese Selbstverpflichtungen galten bis zum 31.12.2008. Vgl. dazu R. Meyer-Lucht/K. Gollatz, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote der nächsten Generation, S. 15.

dreistufigen „KEF-Verfahrens“¹³⁹ bezieht sich darauf, ob sich die Programmentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Rundfunkauftrages halten (und ob der aus ihnen abgeleitete Finanzbedarf im Einklang mit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ermittelt worden ist).¹⁴⁰

Die KEF drängt sich hier auch insofern als institutionelles Korrektiv bzgl. der hier vorrangig interessierenden Online-Aktivitäten der Anstalten auf, als dass sie schon verschiedentlich im Zusammenhang mit der Gebührenverwendung kritisch auf den Umstand der Ausweitung der Online-Aktivitäten hingewiesen hat¹⁴¹ und hierüber die Anstalten immerhin zu einer näheren Beschreibung ihrer Online-Aktivitäten veranlasst hat.¹⁴² Sie hat in diesem Zuge auch eine Kontrollaufgabe übernommen, die zugleich auch den Anstaltsgremien zugewiesen ist: Die Kontrolle der Einhaltung der Selbstbindungen.¹⁴³ Hierbei festgestellte Überschreitungen der Selbstbindungen wurden in Abzug gebracht. Die Kritik der KEF an einem im 13. KEF-Bericht angemeldeten Online-Angebot führte sogar dazu, dass das Angebot von den Anstalten nicht umgesetzt wurde.¹⁴⁴

Nach allem könnte man daher den Eindruck haben, dass die KEF besonders für eine Kontrolle mindestens der Online-Angebote geeignet ist. Dass dies gleichwohl nicht der Fall ist, lässt sich wie folgt erklären: Die KEF überprüft, „ob sich die Programmentscheidungen im Rahmen des rechtlich umgrenzten Rundfunkauftrages halten“¹⁴⁵, mithin die „Auftragungsgemäßheit“ der Programmentscheidungen. Die Festlegung, was genau zum Auftrag gehört, ist den Anstalten aber im Wege der anstaltsinternen Auftragskonkretisierung selbst überlassen.¹⁴⁶

Wenn die Auftragungsgemäßheit dieser Programm-Festlegungen (gemessen an ihrer Funktionsgerechtigkeit), wegen der dargelegten Defizite (Programmverdrängung, Orientierung an massenattraktiven Programmen) - schon im Bereich der klassischen Angebote - nicht mehr gegeben ist, so wird man auch daran zweifeln müssen, dass dies mit dem

¹³⁹ Vgl. §§ 1 ff. RFinStV; H. Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, Rn. 354.

¹⁴⁰ § 3 Abs. 1 Satz 2 RFinStV. Zu den mit dem 9. RÄndStV hinzugefügten „Prüfungsmaßstäben“ vgl. Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rn. 34 ff., 201 ff.

¹⁴¹ KEF, vgl. bspw. den 14. Bericht, insb. Tz. 229, 233, aber auch bspw. Tz. 38, 40, 42, 227, 252.

¹⁴² Vgl. den 15. KEF-Bericht mit Darstellung der Online-Aktivitäten.

¹⁴³ KEF, 15. Bericht, Teil 1, vor Tz. 269 und 16. Bericht, Tz. 14. Hierbei festgestellte Überschreitungen wurden in Abzug gebracht. Vgl. 16. Bericht, vor Tz. 483.

¹⁴⁴ Vgl. 14. KEF-Bericht, Tz. 257.

¹⁴⁵ § 3 Abs. 1 Satz 2 RFinStV.

¹⁴⁶ Vgl. etwa BVerfGE 90, 61 (90 f.); 87, 181 (201). W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 3.

Hinzutreten der Online-Angebote anders sein kann.¹⁴⁷ Nicht zuletzt deshalb ist an diesem Punkt der fortwährende Streit zwischen den Privaten Veranstaltern und den öffentlich-rechtlichen Anstalten „eskaliert“.

Entscheidend für die (hier betrachtete) Frage, ob die KEF ein institutionelles Korrektiv für das Binnensteuerungsdefizit darstellen kann, ist, dass die KEF, gerade im Online-Bereich (aber auch sonst), die Auftragsgemäßheit der konkreten Angebote gar nicht effektiv überprüfen kann, da sie keine Kontrollbefugnisse im Bereich der anstaltsinternen Auftragskonkretisierung hat (und wegen der Programmautonomie auch nicht haben kann)¹⁴⁸, zugleich aber gerade *hierher* das skizzierte Defizit herrührt.¹⁴⁹ Wenn aber die bislang erörterten Defizite der Binnensteuerung (die dem Prinzip struktureller Diversifikation entgegenstehende Programmangleichung und die verfassungswidrige Verdrängung Privater, aber auch eine unkontrollierte und unreglementierte Expansion, insb. im Online-Bereich) ihren Niederschlag in den Programmentscheidungen und damit wegen der Programmakzessorietät auch in den Bedarfsanmeldungen finden¹⁵⁰, dann manifestiert sich über die KEF-Entscheidung die Verfassungswidrigkeit der Gremienentscheidung auch in der Gebührenfestsetzung.¹⁵¹

Diese Zusammenhänge stachen - gerade in Bezug auf die Online-Angebote - schon vor der Einführung des Drei-Stufen-Tests besonders ins Auge: Denn hier sah sich selbst die Fachkommission KEF (nach eigener Aussage) außer Stande, im Online-Bereich auch nur im Ansatz zu übersehen, was das öffentlich-rechtliche Online-Angebot überhaupt umfasst.¹⁵²

¹⁴⁷ Dies dürfte auch der Einschätzung der Europäischen Kommission in Bezug auf die Online-Angebote zugrundeliegen, vgl. K (2007) 1761 endg., Rn. (255).

¹⁴⁸ M. Eifert, Programmauftrag, S. 75 f.; M. Bullinger, Aufgaben, S. 20 f.

¹⁴⁹ Ebenda.

¹⁵⁰ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17. Stellt bzgl. des KEF-Verfahrens zutreffend klar „(..), dass das KEF-Verfahren verfassungsrechtlich sogar primär durch eine Schwächung der Binnenkontrolle der öffentlich-rechtlichen Anstalten seine verfassungsrechtliche Balance verloren hat, weil auf dieser Ebene die Selbstkontrolle der Programmentwicklung nicht mehr funktions- und damit auch nicht grundrechtsgerecht erfolgen kann, sondern unkontrolliert immer neue Programmentscheidungen getroffen werden, die sich in Bedarfsanmeldungen innerhalb des KEF-Verfahrens niederschlagen, ohne dort noch kontrolliert werden zu können. Letzteres entspricht durchaus der Logik des KEF-Verfahrens, diese setzt aber das Funktionieren der Binnensteuerung der Anstalten voraus und muss dies auch voraussetzen.“

¹⁵¹ Infolge dessen ist auch das Gebührenfestsetzungsverfahren verfassungswidrig geworden. Vgl. hierzu K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17.

¹⁵² So heißt es im 14. KEF-Bericht, Tz. 38: „Die Kommission kann daher in diesem Bericht keine objektivierten Aussagen zum Umfang des Online-Angebotes der Rundfunkanstalten treffen („).“ Und weiter: „Sie [die KEF] sieht es aber als problematisch an, dass in den Rundfunkanstalten zwar Klarheit über die Notwendigkeit von Angebotserweiterungen im Online-Bereich, nicht aber über den realen Leistungsumfang herrscht.“ K.-H. Ladeur wirft vor dem Hintergrund, dass selbst der KEF als Fachkommission „nicht einmal das Ausmaß der Angebote“ bekannt ist, die alarmierende Frage auf, wie „dies dann erst von einem Organ wie dem Rundfunkrat kontrolliert werden“ soll. Vgl. Ders. Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 42.

Nun werden zwar über die Durchführung des Drei-Stufen-Tests präzisere Beschreibungen der Online-Angebote durch die Anstalten erforderlich¹⁵³, so dass die KEF Abweichungen *von diesen* auch kontrollieren kann. Nur, *das* ist in Bezug auf die Funktion der KEF (als mögliches rechtliches Korrektiv für die vorhandenen Steuerungsdefizite) zu erkennen, ändert dies eben *nichts* daran, dass der eigentliche Ursprung der Defizite, nämlich die schon bzgl. der klassischen Angebote dysfunktionale anstaltsinterne Binnenkontrolle, der bzgl. der Online-Angebote sogar eine besonders hervorgehobene Funktion zukommt¹⁵⁴, konzeptionell unverändert und damit dysfunktional bleibt.¹⁵⁵ Die daher zu erwartenden Fehler in der Auftragskonkretisierung finden ihren Niederschlag in der Bedarfsanmeldung (als „vom Auftrag umfasst“¹⁵⁶) und können durch die KEF diesbezüglich gar nicht näher kontrolliert werden.¹⁵⁷ Daher kommt der KEF jedenfalls nicht die Kapazität zu, Defizite der ersten Stufe aufzufangen bzw. zu kompensieren.

Zugleich verdeutlicht dies aber gerade die außerordentliche Bedeutung der ersten Stufe des KEF-Verfahrens und damit der (Wichtigkeit des grundrechtsgerechten Funktionierens der) Binnenkontrolle, denn Fehler auf dieser Stufe manifestieren sich über die weiteren Stufen unweigerlich zu einer nicht funktions- / auftragsgerechten und damit verfassungswidrigen¹⁵⁸ Gebührenfestsetzung (Überkompensation), was dann in europäischen Dimensionen (zumindest aus der Sicht der Europäischen Kommission) nichts anderes als eine unzulässige Beihilfe darstellt.¹⁵⁹

¹⁵³ § 11f Abs. 1 und 2 RStV.

¹⁵⁴ Vgl. §§ 11f Abs. 4 bis 6 RStV.

¹⁵⁵ So potenziert sich bspw. die Schwierigkeit, den Beitrag eines Angebots zur „Vielfalt dritter Ordnung“ richtig einzuschätzen, im Online-Bereich allein schon durch die Vielzahl der Angebote, der möglichen Wechselwirkungen, Folgen für eigene und fremde andere Angebote usf. Dies erfordert eine umfangreiche und schwierige Bewertungen und Gewichtungen der einzelnen erheblichen Belange. Dies alles kann nur ein professionelles, spezialisiertes und neutrales Gremium leisten. Vgl. dazu näher unten Teil H. IV. 1. u. 2. Das Konzept des „more of the same“ kann hier jedenfalls - schon angesichts der Fülle der vorhandenen Angebote - keinen Zugewinn darstellen.

¹⁵⁶ Abzuleiten aus § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV.

¹⁵⁷ M. Bullinger, Aufgaben, S. 20 f.; M. Eifert, Programmauftrag, S. 75 f.

¹⁵⁸ Vgl. M. Bullinger, Aufgaben, S. 53 und C. Degenhart, ZUM 5/2000, S. 356 (360).

¹⁵⁹ Nimmt man (wie die Europäische Kommission dies tut) an, dass es sich bei der Gebührenfinanzierung um Beihilfen handelt (Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (217) ff.), dann bemisst sich die Vereinbarkeit der Finanzierung mit dem Gemeinsamen Markt nach Art 86 Abs. 2 EG. Bei Überfinanzierung fehlt es danach mindestens an dem Verhältnismäßigkeitskriterium. Vgl. zur Europäischen Perspektive bspw. die Veröffentlichung der Europäischen Kommission „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“ (Amtsblatt Nr. C 297 vom 29/11/2005 S. 0004 - 0007), dort heißt es unter Nr. 20: „Der Staat muss in regelmäßigen Abständen kontrollieren oder kontrollieren lassen, ob eine Überkompensierung vorliegt. Da eine Überkompensierung für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht erforderlich ist, stellt sie eine mit dem Gemeinsamen Markt nicht zu vereinbarende staatliche Beihilfe dar (...). Siehe zur Perspektive der Europäischen Kommission auch: W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 6 f. und C. Holtz-Bacha, in: Medienheft Dossier 25, 2006, S. 58 (58 ff.).“

4. Interventionsversuche des Rundfunkgesetzgebers

Der Rundfunk-Gesetzgeber sah sich angesichts der skizzierten (Binnen-) Steuerungsdefizite und des Nichtvorhandenseins bzw. Nichtwirkens außer-rundfunkrechtlicher Korrektive (wie etwa des Wettbewerbsrechts) gezwungen, selber mit speziellen rundfunkgesetzlichen Regelungen in die Entwicklung der dualen Rundfunkordnung einzugreifen.¹⁶⁰

Als Beispiele für solche Interventionen des Rundfunkgesetzgebers lassen sich die gesetzliche Programmzahlbegrenzung aus § 19 Abs. 1 RStV a.F.¹⁶¹ für den klassischen Rundfunk und das gesetzliche Erfordernis des „Programmbezugs“ für Telemedien in § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV a.F.¹⁶² anführen. Diese gesetzlichen Interventionen sollen im Folgenden näher betrachtet werden.

a. Gesetzliche Programmzahlbegrenzung

Im Zentrum der Rundfunkfreiheit steht die Programmautonomie.¹⁶³ Die Rundfunkanstalten können daher, dies hat das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich festgestellt, grundsätzlich selbst über Inhalt und Form aber auch über Anzahl und Umfang der Programme entscheiden.¹⁶⁴

Als der Gesetzgeber im Rahmen des SWR-StV eine Programmzahlbegrenzung einführte¹⁶⁵, entstand vor diesem Hintergrund eine kontroverse Diskussion um die Frage, ob solche Begrenzungen (nach Art und/oder Zahl) der Programme verfassungsrechtlich zulässig sind oder ob darin ein Verstoß gegen die Programmautonomie liegt.¹⁶⁶

Das Bundesverfassungsgericht scheint zahlenmäßige Begrenzung grundsätzlich für zulässig zu erachten¹⁶⁷: „In der Entscheidung über die als nötig angesehenen Inhalte und Formen liegt

¹⁶⁰ Vgl. die Begründung zum 8. RÄndStV mit dem die Programmzahlbegrenzung eingeführt wurde, S. 2 und 3. Dort wird die „Begrenzung“ des Programmauftrags als Ziel und Fortentwicklung des dualen Rundfunksystems bezeichnet. Vgl. zur Sicht der Politik auch P. Mayer, ZUM 7/1999 S. 543 (546).

¹⁶¹ Aufgehoben durch den 12. RÄndStV; siehe nunmehr § 11b RStV.

¹⁶² Eingefügt mit d. 7. RÄndStV (01.04.2004); § 11 wurde mit dem 12. RÄndStV neu gefasst. Der Programmbezug ist in dieser Vorschrift entfallen. Vgl. aber § 11d Abs. 2 RStV „sendungsbezogene Telemedien.“

¹⁶³ BVerfGE 87, 181 (201).

¹⁶⁴ Vgl. BVerfGE 90, 61 (90 f.); 87, 181 (201).

¹⁶⁵ Vgl. dazu näher VGH Baden-Württemberg, ZUM 1999, S. 588 ff sowie P. Mayer, ZUM 7/1999, S. 543 ff.

¹⁶⁶ Nach einer Ansicht sind Programmzahlbegrenzungen verfassungsrechtlich bedenklich/unzulässig: Vgl. dazu M. Eifert, Programmauftrag, S. 98 ff., 107 („verfassungswidrig“); Ders., ZUM (8/9) 1999, S. 595 (599 ff.); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 202 ff.; Ders., in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219 in Fn. 678 („verfassungsrechtlich bedenklich“); G. Hermann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 10 Rn. 8. Zur Gegenansicht vgl. etwa P. Lerche, in: Assmann, H.-D./Brinkmann, T./Gounalakis, G./Kohl. H./Walz, R. (Hrsg.), FG F. Kübler, S. 239 (242 ff.); C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 794 f. (113. Aktualisierung, 2004); Ders., ZUM 2000, S. 356 (358 ff.); C. Starck, NJW 1992, S. 3257 (3259); F. Fechner, NJW 1997, S. 3211 (3212).

¹⁶⁷ Zu dieser Einschätzung kommt auch W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 203 mit Blick auf die zitierte Passage.

indessen zugleich eine Entscheidung über die zu ihrer Verwirklichung benötigte Zeit und damit auch über Anzahl und Umfang der Programme. Diese Entscheidung wird daher ebenfalls grundsätzlich vom Schutz der Rundfunkfreiheit umfaßt und ist folglich primär Sache der Rundfunkanstalten (vgl. BVerfGE 87, 181 [201]). Das bedeutet aber weder, daß gesetzliche Programmbegrenzungen mit der Verfassung von vornherein unvereinbar wären, noch umgekehrt, daß jede Programmentscheidung einer Rundfunkanstalt finanziell zu honorieren wäre.¹⁶⁸

Eine Ansicht in der Literatur¹⁶⁹ hält in Anlehnung an die zitierte Urteils-Passage Programmmzahlbegrenzungen für verfassungsrechtlich zulässig, sachgerecht und notwendig, um das institutionstypische Expansionsinteresse zu begrenzen.¹⁷⁰

Nach anderer Ansicht ist die hier zitierte Urteils-Passage stärker im Lichte der darin in Bezug genommenen Urteils-Passage¹⁷¹ zu sehen¹⁷². Dort heißt es: „Es ist Sache der Rundfunkanstalten, aufgrund ihrer professionellen Maßstäbe zu bestimmen, was der Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlangt. Die Frage nach Inhalt und Form der Darbietungen läßt sich allerdings nicht völlig von derjenigen nach Anzahl und Umfang der Programme trennen. In der Entscheidung über die als nötig angesehenen Inhalte und Formen liegt zugleich eine Entscheidung über die zu ihrer Verwirklichung benötigte Zeit und damit auch über den Umfang des Programms. Diese Entscheidung wird daher ebenfalls grundsätzlich vom Schutz der Rundfunkfreiheit umfaßt und ist folglich primär Sache der Rundfunkanstalten.“¹⁷³ Aus dieser Formulierung (insb. der Passage „primär Sache der Rundfunkanstalten“¹⁷⁴) und dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 90, 60 (92) die vorsichtige Formulierung wählt, Programmbegrenzungen seien nicht von „vornherein unvereinbar“¹⁷⁵ (und damit „nicht von vornherein ausgeschlossen“¹⁷⁶) leitet diese Ansicht ab, dass das Bundesverfassungsgericht andeuten wollte, dass „der Gesetzgeber die Festlegung nicht als

¹⁶⁸ BVerfGE 90, 60 (91/92).

¹⁶⁹ Vgl. hierzu etwa C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5 GG, Rn. 794 f. (113. Aktualisierung, 2004) m.w.N.; Ders., ZUM 2000, S. 356 (358 ff.); C. Starck, in: J. Burmeister (Hrsg.), FS Stern, S. 777 (791); Ders., NJW 1992, S. 3257 (3259); P. Lerche, in: Assmann, H.-D./Brinkmann, T./Gounalakis, G./Kohl, H./Walz, R. (Hrsg.), FG F. Kübler, S. 239 (242 ff.); F. Fechner, NJW 1997, S. 3211 (3212). Vgl. auch A. Hesse, Rundfunkrecht, S. 133, 4. Kap., Rn. 33, der aber anmerkt, dass Programmmzahlbegrenzungen „im Zuge der Entwicklung“ unzulässig werden könnten (und sie im Übrigen - entgegen der h.M. - als „Eingriff“ prüft).

¹⁷⁰ C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5 GG, Rn. 795 (113. Aktualisierung, 2004).

¹⁷¹ Gemeint ist BVerfGE 87, 181 (201).

¹⁷² Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 203; Ders., in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219 in Fn. 678; M. Eifert, Programmauftrag, S. 98 ff., 107; Ders., ZUM (8/9) 1999, S. 595 (599 ff.); G. Hermann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 10 Rn. 8.

¹⁷³ BVerfGE 87, 181 (201).

¹⁷⁴ Diese Passage wird in BVerfGE 90, 60 (92) wiederholt.

¹⁷⁵ BVerfGE 90, 60 (62).

¹⁷⁶ Zitat nach W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 203.

eine gewöhnliche gesetzgeberische Entscheidung vornehmen darf.“¹⁷⁷ In Ansehung der Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts zur Gebührenfestsetzung (dort Forderung prozeduraler Sicherungen zur Reduzierung des Risikos medienpolitischer Einflussnahme der Parlamente¹⁷⁸) folgert diese Ansicht - wegen der bei Programmzahlbegrenzungen noch „direkter“ möglichen Einwirkungen auf das Programmverhalten¹⁷⁹ und des damit (gegenüber der Gebührenfestsetzung) „erst recht“ steigenden Risikos¹⁸⁰, dass die prozeduralen Schutzvorkehrungen „mindestens so intensiv, wenn nicht gar stärker“ ausgebaut sein müssten, als bei der Gebührenfestsetzung.¹⁸¹

Zur Beurteilung dieses Problems ist eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen: Zunächst ist festzustellen, dass die häufiger als Ausgangsproblem für diesbezügliche Überlegungen gestellte Frage nach einem Gesetzesvorbehalt für neue Programme¹⁸², in der Frage nach der Zulässigkeit von Programmzahlbegrenzungen nur dann weiterhilft, wenn man einen solchen Gesetzesvorbehalt annimmt. Dies steht aber doch recht eindeutig im Widerspruch zu der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die ausdrücklich den Anstalten die „primäre“ „Entscheidung“¹⁸³ über Art und Umfang der Programme zubilligt.¹⁸⁴ Im Übrigen nehmen die Anstalten gerade nicht konkret delegierte Staatsaufgaben wahr, vielmehr verwirklichen sie, als Träger des Grundrechts, die Rundfunkfreiheit.¹⁸⁵ Insofern haben sie (nur) einen finalen, eben auf diese Verwirklichung gerichteten, demgemäß grundrechtlich geprägten Auftrag, innerhalb dessen ihnen dann die Bestimmungsmacht über den Umfang zusteht.¹⁸⁶ Es ist daher davon auszugehen, „dass es jedenfalls jenseits der gesetzlichen Errichtung der Anstalten keinen Gesetzesvorbehalt hinsichtlich der Programmzahl gibt.“¹⁸⁷

Wenn man daher also die Frage nach einem Gesetzesvorbehalt für neue Programme verneint, bedeutet dies indes noch nicht die Unzulässigkeit von Programmzahlbegrenzungen.¹⁸⁸

Mangels Gesetzesvorbehalts ist aber davon auszugehen, dass die Anstalten zumindest

¹⁷⁷ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 203; M. Eifert, Programmauftrag, S. 102.

¹⁷⁸ BVerfGE 90, 60 (96).

¹⁷⁹ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 204; Ders. in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219; M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (601); Ders., Programmauftrag, S. 102 f.

¹⁸⁰ Vgl. nur M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (601).

¹⁸¹ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 204.

¹⁸² Vgl. zu dieser Diskussion etwa M. Eifert, Programmauftrag, S. 98 m.w.N.; Zur Gegenposition: A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 362 ff. m.w.N.

¹⁸³ BVerfGE 90, 60 (92); 87, 181 (201).

¹⁸⁴ Wie hier: J. Witt, Internet-Aktivitäten, S. 161 m.w.N.

¹⁸⁵ Vgl. M. Eifert, Programmauftrag, S. 98 m.w.N.

¹⁸⁶ Vgl. M. Eifert, Programmauftrag, S. 98 f. unter Verweis auf K.-H. Ladeur, ZUM 1987, S. 491 (494 f.).

¹⁸⁷ Formulierung nach M. Eifert, Programmauftrag, S. 99. Vgl. auch M. Bullinger, Aufgaben, S. 28 f;

W. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219. A.A.: A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 365 ff.

¹⁸⁸ Die Frage ist vielmehr, wie sie zu konstruieren sind; ob gesetzlich oder prozedural. Dazu sogleich im Text.

grundsätzlich eigenständig über Zahl und Umfang der Programme „entscheiden“ können.¹⁸⁹ Allerdings und hierauf weist das Bundesverfassungsgericht selbst hin, kann dies aufgrund des nicht von der Hand zu weisenden Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses der Rundfunkanstalten¹⁹⁰, eben *nicht grenzenlos* gelten.¹⁹¹ Daher können die Anstalten nur solange autonom über Zahl und Umfang der Programme entscheiden, solange diese Programm-Entscheidungen im Rahmen des Funktionsnotwendigen liegen.¹⁹²

Insofern kann eine Begrenzung der Zahl der Rundfunkprogramme ihrerseits durchaus eine rundfunkfördernde Funktion haben: Sie kann - im Falle des Versagens der Binnenkontrolle - eine Ausdehnung über das Funktionsnotwendige hinaus verhindern und sie kann die Konzentration des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf einen Kern von Aktivitäten lenken¹⁹³, was ebenfalls rundfunkfördernd ist, da eine unkontrollierte Vervielfältigung des Programms unweigerlich auch nachteilig auf die Qualität des Programms zurückschlägt¹⁹⁴ und damit wiederum auch dysfunktional in Bezug auf die Ziele der Rundfunkfreiheit wirkt.

¹⁸⁹ J. Witt, Internet-Aktivitäten, S. 161 m.w.N.; Vgl. auch Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219: [eben] „vorbehaltlich verfassungsrechtlich zulässiger einengender gesetzlicher Vorgaben“.

¹⁹⁰ BVerfGE 87, 181 (202); vgl. dazu auch C. Degenhart, ZUM 5/2000, S. 356 (359).

¹⁹¹ BVerfGE 90, 60 (92), deutlich: „Das bedeutet aber weder, daß gesetzliche Programmbegrenzungen mit der Verfassung von vornherein unvereinbar wären, noch umgekehrt, daß jede Programmentscheidung einer Rundfunkanstalt finanziell zu honorieren wäre.“ Siehe auch C. Degenhart, ZUM 5/2000, S. 356 (359).

¹⁹² Deutlich: BVerfGE 90, 60 (92): „Auf die Verwirklichung von Programmen, die für diese Funktion nicht erforderlich sind, hat er [der öffentlich-rechtliche Rundfunk] von Verfassungs wegen keinen Anspruch. Vielmehr ist die Heranziehung der Rundfunkeilnehmer, die die Mittel für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vor allem aufbringen müssen, nur in dem Maß gerechtfertigt, das zur Funktionserfüllung geboten ist (vgl. BVerfGE 87, 181 [201]).“ Vgl. auch: J. Witt, Internet-Aktivitäten, S. 160 f.

Ebenso: M. Bullinger, Aufgaben, S. 28 f. für den Fall, dass keine zahlenmäßige Begrenzung vorliegt und die Programmentscheidung auch nicht zu einer grundsätzlichen Veränderung des Charakters der Anstalt und ihres Programmangebots führt. Vgl. dort S. 29 auch zum Eingreifen des Grundsatzes des „Gesetzesvorrangs“ für den Fall einer bestehenden zahlenmäßigen Begrenzung sowie den Fall einer grundlegenden Veränderung (dann Eingreifen des Gesetzesvorbehalts). Siehe ferner: C. Degenhart, ZUM 5/2000, S. 356 (360).

¹⁹³ Hierzu gehöre vor allem die Sicherstellung der „Grundversorgung“ im Sinne von BVerfGE 74, 295 (324 ff.), vgl. K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 31; vgl. zur Konzentration auf einen „Kern von Aktivitäten“ auch W. Hoffmann-Riem, Regulierung, S. 205. A. Hesse, Rundfunkrecht, S. 120, 4. Kap., Rn. 4, stellt klar, dass diese Grundversorgung nicht „zur Disposition des Gesetzgebers“ steht. Zum Verhältnis des Grundversorgungsbegriffs zum „Funktionsauftrag“ vgl. H. Gersdorf, Grundzüge, Rn. 313 ff.

¹⁹⁴ Diese Erwartung teilt K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 32. Die Zahl der qualitativ hochwertigen Programme ist schon per se knapp, hinzu kommen mit steigender Programmzahl Aspekte wie Preissteigerungen (auch für die Öffentlich-rechtlichen) einerseits (vgl. hierzu W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 60 ff.) und abnehmende Werbeeinnahmen der Privaten andererseits. (Auch insofern ist die Erhöhung der Anzahl der öffentlich-rechtlichen Programme nicht unbegrenzt möglich, da in diesem Fall der private Rundfunk Bedingungen unterworfen wäre, die seine Veranstaltung „in hohem Maße erschweren, wenn nicht ausschließen“, was nicht zulässig ist. Vgl. BVerfGE 73, 118 (157)).

Damit ist im Grundsatz klar, dass eine Programmzahlbegrenzung (als rundfunkfördernde Maßnahme) nicht in jedem Falle verfassungswidrig ist.¹⁹⁵ Sie ist es insbesondere dann nicht, wenn sie eine unkontrollierte Programmexpansion über das Funktionsnotwendige hinaus verhindert, die für sich genommen nicht mehr rundfunkfördernd ist.¹⁹⁶ Dagegen ist eine „zu niedrige“ Programmfestsetzung in jedem Falle verfassungswidrig.¹⁹⁷

Da die Programmzahl mithin dem Funktionsnotwendigen entsprechen muss, und eine alleinige (völlig autonome) Festsetzung durch die Anstalten (wie bei der Rundfunkgebühr) nicht in Betracht kommt¹⁹⁸, stellt sich die Frage „wie“ ein entsprechendes Korrektiv zu konstruieren ist.

Der Gesetzgeber ist hierfür aus zwei Gründen nur suboptimal geeignet: Es besteht erstens die Gefahr einer unzulässigen Einflussnahme auf das Programm durch die Festlegung der Programmzahl¹⁹⁹; zweitens ist der Gesetzgeber - aufgrund der gerade in solchen Fragen zumeist kontroversen und langwierigen Entscheidungsfindungsprozesse - zu träge, notwendige, sich aus der Dynamik des grundrechtlichen Auftrags ergebende Anpassungen der Programmzahl in angemessener Zeit vorzunehmen.²⁰⁰ Eine solche Anpassungspflicht bestünde dann, wenn - umgekehrt zum oben geschilderten Problem der anstaltsseitigen Überschreitung des Funktionsnotwendigen - eine bestehende gesetzliche Programmzahlbeschränkung aufgrund der Veränderung der Realbedingungen zu niedrig geworden ist, um das Funktionsnotwendige, mithin den Auftrag, zu erfüllen.²⁰¹

Würde der Gesetzgeber aber, um eine dauernde Anpassung an sich stetig verändernde Gegebenheiten zu vermeiden, den Rahmen des gesetzlich Zulässigen (vorsorglich, als Höchstgrenze) etwas weiter ziehen, so hätte eine solche Regelung gerade keine - über die Binnenkontrolle hinausgehende - Begrenzungswirkung, sondern würde u.U. eher als Legitimationsbasis zur weiteren Ausweitung dienen. Da der Gesetzgeber die Grenze des

¹⁹⁵ Vgl. etwa A. Hesse, Rundfunkrecht, S. 133, 5. Kap., Rn. 33. Siehe auch M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (601): „Und dennoch ist eine Regulierung in diesem Bereich nicht ausgeschlossen.“ (nur eben prozedural abzustützen). Davon geht auch W. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219 aus. Vgl. die Formulierung „vorbehaltlich verfassungsrechtlich zulässiger einengender gesetzlicher Vorgaben“.

¹⁹⁶ M. Bullinger, Aufgaben, S. 28 f.; C. Degenhart, ZUM 5/2000, S. 356 (360). Es gibt also Konstellationen, in denen sie - als Behelf für das Versagen der Binnenkontrolle - zulässig sein kann. Dazu sogleich näher im Text.

¹⁹⁷ Dabei handelte es sich um eine ungeeignete Ausgestaltung der Rundfunkordnung. Insofern ist es auch unerheblich, ob dies dann „unabsichtlich“ passiert oder medienpolitisch motiviert ist.

¹⁹⁸ Dies ergibt sich aus der Gesamtschau von BVerfGE 90, 60 (91/92) und BVerfGE 87, 181 (202).

¹⁹⁹ W. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219.

²⁰⁰ Die Anpassungspflicht scheint allg. konsentiert zu sein: Vgl. A. Hesse, Rundfunkrecht, S. 133, 5. Kap., Rn. 33; M. Eifert, Programmauftrag, S. 104; F. Fechner, NJW 1997, S. 3211 (3213); C. Degenhart, ZUM 2000, S. 356 (362).

²⁰¹ Wenn also eine gesetzliche Begrenzung auf ein Maß unter dem Funktionsnotwendigen vorläge.

Funktionsnotwendigen auch nicht unterschreiten darf²⁰², wäre er für eine effektive gesetzliche Begrenzung gehalten, so dicht wie möglich (von oben) an die Grenze des Funktionsnotwendigen zu gehen. Dann unterläge er aber wieder dem ständigen - auch in sich dysfunktionalen - gesetzgeberischen, meist zu langwierigen Anpassungsprozess.

Dies zeigt, dass gesetzliche Programmzahlbegrenzungen als starre Regelungen allenfalls dann geeignet (*dann* aber auch als letztes denkbares Korrektiv „notwendig“²⁰³) sind, wenn die Binnenkontrolle bei der Bestimmung des Funktionsnotwendigen versagt.²⁰⁴ Dies zeigt aber auch und ganz besonders, dass das eigentliche Problem der Diskussion um bzw. die Notwendigkeit von Programmzahlbegrenzungen ganz woanders liegt: *Das Problem liegt in den Defiziten bei der Bestimmung des Funktionsnotwendigen durch die anstaltsinternen Gremien.*

Da auch der Gesetzgeber hier - eben über starre gesetzliche Programmzahlbegrenzungen, die nicht nach unten vom Funktionsnotwendigen abweichen dürfen, aber auch bei leichter Abweichung nach oben schon dysfunktional wirken - nur allenfalls notbehelflich nachsteuernd tätig werden kann²⁰⁵, stellt sich die Frage nach einem Ausweg aus diesem Dilemma, das in der Tat strukturell demjenigen bei der Gebührenfestsetzung ähnelt.²⁰⁶

²⁰² Siehe dazu auch K.-E. Hain, Gutachten, S. 67.

²⁰³ Vgl. C. Degenhart, in: BK-GG, Art. 5 GG, Rn. 795 (113. Aktualisierung, 2004).

²⁰⁴ In dem sie - wie oben gezeigt - nicht funktionsnotwendige Programme oder sogar Verdrängungen zulässt.

²⁰⁵ Bezogen auf die Effektivität und Durchsetzbarkeit von Programmzahlbegrenzungen stellt daher auch P. Mayer, ZUM 7/1999, S. 543 (547) zu Recht fest: „Eine Einschränkung programmlicher Expansionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist daher rechtlich nur schwer erreichbar.“

²⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat in BVerfGE 90, 60 (92) dazu festgestellt: „Der enge Zusammenhang von Programmfreiheit und Finanzausstattung verbietet es aber auch, dem Gesetzgeber bei der Gebührenfestsetzung freie Hand zu lassen. Er könnte sonst Einflußnahmen auf das Programm, die ihm verfassungsrechtlich untersagt sind, im Wege finanzieller Beschränkungen erreichen (vgl. BVerfGE 74, 297 [342]). Ebenso wenig können jedoch die Rundfunkanstalten selber über ihren Finanzrahmen bestimmen, weil sie keine Gewähr dafür bieten, daß sie sich stets im Rahmen des Funktionsnotwendigen halten und die finanziellen Belange der Rundfunkteilnehmer hinreichend berücksichtigen (vgl. BVerfGE 87, 181 [202]). Dieser Situation entspricht es, dass das Bundesverfassungsgericht den Anstalten die Programmfestlegung „primär“ zuweist (vgl. BVerfGE 90, 60 (91)) und nicht dem Gesetzgeber, der gerade hierüber in besonderem Maße Einfluß auf das Programm nehmen könnte (vgl. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 204), aber (wegen des Ausweitungsinteresses der Anstalten) auch „nicht jede“ Programmentscheidung finanziell honoriert wissen möchte (vgl. BVerfGE 90, 60 (92)). Vgl. zu den Parallelen auch M. Eifert, Programmauftrag, S. 102 ff.; Ders., ZUM 8/9/1999, S. 595 (601 f.); W. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219.

M. Eifert schlägt insofern als Ausweg auch ein Verfahren zur Festsetzung in Anlehnung an das KEF-Verfahren, durchgeführt von einer externen Expertenkommission vor²⁰⁷, sieht als Bedenken dagegen aber, dass es der Kommission an Beurteilungsmaßstäben fehle.²⁰⁸

Dies mag für die gesetzlichen Programmzahlbegrenzungen, die den Bereich des klassischen Rundfunks betreffen, unter den gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen zutreffen. Allerdings verhält sich dies in Bezug auf die hier letztlich maßgeblich interessierenden Online-Angebote - insofern kann hier vorgegriffen werden - vor dem Hintergrund des Drei-Stufen-Tests und der über ihn generierten Maßstäbe, anders.²⁰⁹ Hierauf wird sogleich zurückzukommen sein.

Hier ist zunächst nur festzuhalten, dass auch und gerade die Diskussion um die Programmzahlenbegrenzung verdeutlicht, dass das eigentliche Steuerungsproblem des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, aber auch der Rundfunkordnung insgesamt, ein (anstalts-) *internes* ist. Lösungen müssen in erster Linie *hier* ansetzen, da die Programminhalte, die Programmzahlen und wegen der Programmakzessorietät auch die Gebührenhöhe, letztlich die ganze Palette der bislang skizzierten Probleme, ihren Ursprung eben in der nicht mehr funktionsgerechten anstalts-internen Auftragskonkretisierung haben.²¹⁰

²⁰⁷ M. Eifert, Programmauftrag, S. 102 ff.; Ders., ZUM 8/9/1999, S. 595 (601 f.). Vgl. auch W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 205; Ders. in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219. In diese Richtung auch M. Bullinger, Aufgaben, S. 94, 98 f., 108; Neuerdings auch: K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 189 f. Zu den Vorschlägen vgl. auch T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 338 ff., 366 der sich in Bezug auf den Drei-Stufen-Test für ein externes *Beratungsgremium* „zur Stärkung des Verfahrens“ ausspricht. Für eine unabhängige externe Kommission in Verbindung mit einer Prozeduralisierung des Auftrags: K.-H. Ladeur, in FS E. Stein, S. 67 (88/89); Speziell für die Online-Dienste Ders., in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 123 Rn. 125 sowie: Ders., Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 94 ff. Hierauf wird zurückzukommen sein.

²⁰⁸ M. Eifert, Programmauftrag, S. 108 f. unter Verweis auf W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 205.

²⁰⁹ M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (601) stellt aber zu Recht eine grundsätzliche Vergleichbarkeit der Situation der Programmzahlbegrenzungen (Erfordernis prozeduraler Sicherungen) mit der Diskussion um den Tätigkeitsumfang der Anstalten im Online-Bereich fest: „Denn genau diese Situation stellt sich gegenwärtig (...) erst Recht für den Tätigkeitsumfang auf den Gebieten der neuen Medien.“

²¹⁰ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17 ff., 35; Vgl. auch: Ders., in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 123, Rn. 125. Deutliche Bedenken in dieser Richtung auch bei M. Eifert, Programmauftrag, S. 48, 52 f., 110 f.; M. Bullinger, Aufgaben, S. 20 f., 54; C. Degenhart, BK-GG, Art. 5 Rn. 829 (113. Aktualisierung, 2004). Zu Dysfunktionalitäten der internen Aufsicht allg. auch W. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219 und W. Schulz, in: P. Donges/M. Puppis (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 311 (318 f., 324).

b. „Programmbezug“ / „Programmbegleitung“ als gesetzliche Begrenzung

Dass die beschriebenen Steuerungsdefizite - und damit greifbare Probleme der dualen Rundfunkordnung²¹¹ - mit dem fortschreitenden Übergang ins digitale Zeitalter, mit einer Vielzahl neuer Übertragungswege, Netze und Plattformen und zunehmender Verflechtungen auf allen Ebenen, noch zunehmen, liegt auf der Hand.²¹² So verwunderte es denn auch nicht, dass sich der Gesetzgeber auch in Bezug auf das öffentlich-rechtliche Online-Angebot zum begrenzenden Einschreiten veranlasst sah und mit dem 4. RÄndStV eine ausdrückliche einfachgesetzliche Ermächtigung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Veranstaltung von Online-Aktivitäten in die Staatsverträge von ARD, ZDF und Deutschlandradio aufnahm.²¹³ Diese Ermächtigungen wurden mit dem 7. RÄndStV inhaltlich modifiziert und nahezu wortgleich auch in § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV (a.F.) übernommen. Die Vorschrift lautete: „Er [der öffentliche Rundfunk] kann programmbegleitend Druckwerke und Mediendienste mit programmbezogenem Inhalt anbieten.“²¹⁴

In Bezug auf diese Vorschrift war in der Folgezeit, abgesehen von der Auslegung der Begriffe „programmbegleitend“ und „programmbezogen“²¹⁵ umstritten, ob sie deklaratorisch in Bezug auf einen verfassungsrechtlich ohnehin gegebenen Auftrag zur Veranstaltung von Rundfunk unter Einschluß von Telemedien war, oder aber, ob sie erst auftragsbegründend wirkte.²¹⁶ Unabhängig davon wurde den entsprechenden Vorschriften in der Literatur jedoch ganz überwiegend eine grundsätzliche beschränkende Zielrichtung in Bezug auf die Online-Aktivitäten zugesprochen.²¹⁷

²¹¹ Dass die skizzierten Probleme *tatsächlich* bestehen, ist schon hinreichend dargelegt, zeigt sich darüber hinaus aber auch an den zahlreichen und in den letzten Jahren zunehmenden Interventionen des Gesetzgebers im Rundfunkbereich. Neben den Programmmzahlbegrenzungen, sind Belege dafür die gesetzliche Begrenzung der Online-Angebote durch das Merkmal des Programmbezugs (dazu sogleich im Text) und ganz besonders die Einführung des Drei-Stufen-Tests, wie auch die materielle Beschreibung der Digitalen Angebote usf. Parallel dazu wurden Selbstverpflichtungsverfahren und in diesem Zuge auch finanzielle Abdeckelungen eingeführt. All dies, um die notwendigen Anpassungsprozesse, die ganz offensichtlich von innen heraus (von) alleine nicht gewährleistet sind, extern zu veranlassen.

²¹² Zu den Grenzen der Leistungsfähigkeit der Binnenkontrolle (insbesondere vor dem Hintergrund der dynamischen und komplexer werdenden Verhältnisse im Rundfunksektor) vgl. O. Jarren/W. Schulz/T. Held/P. Donges/M. Künzler, *Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk*, S. 191 f.

²¹³ Zur politischen und rechtlichen Entstehungsgeschichte der entsprechenden Normen vgl. näher Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *RStV (Stand 9/2002)*, B I, Rn. 120 ff.

²¹⁴ Vgl. zum verfassungsrechtlichen Ursprung der Formulierung vgl. BVerfGE 83, 238 (313 f.).

²¹⁵ Vgl. dazu näher T. Held, *Online-Angebote öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, S. 373 ff., 396 ff.; J. Witt, *Internet-Aktivitäten*, S. 168 ff.

²¹⁶ Vgl. hierzu näher J. Witt, *Internet-Aktivitäten*, S. 166 ff. m.w.N.

²¹⁷ W. Hoffmann-Riem, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, S. 234; T. Held, *Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten*, S. 396; M. Rath-Glawatz, *AfP* 1998, S. 261 (262); J. Witt, *Internet-Aktivitäten*, S. 167 f., 172 ff.; C. Degenhart, *K&R* 2005, S. 296 (300).

Auf Details bezüglich dieser Punkte soll nicht näher eingegangen werden, da die hier interessierende Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 2 RStV im Zuge des 12. RÄndStV abgeschafft wurde. Gleichwohl findet sich aber nun in § 11d Abs. 2 Nr. 2, 3 RStV das dem Programmbezug ähnliche Merkmal des „Sendungsbezugs“ wieder. Nach § 2 Nr. 2 RStV ist eine „Sendung ein inhaltlich zusammenhängender, geschlossener, zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms.“ Die Inbezugnahme ist damit nunmehr enger und bezieht sich jeweils nur noch auf einen Teil des Programms.²¹⁸

Gleichwohl begegnet das Merkmal des „Bezugs“ generell ganz erheblichen Bedenken im Hinblick auf seine Begrenzungswirkung.²¹⁹ Zu Recht wurde schon in Bezug auf das Merkmal „Programmbezugs“ vielfach kritisiert, dass die Rundfunkanstalten das Merkmal des Programmbezugs allzu „offensiv“ gedeutet und häufig „außer Acht gelassen“²²⁰ haben.

Demgemäß stellte auch die Europäische Kommission im Hinblick auf die Merkmale „Programmbezug“ und „Programmbegleitung“ fest²²¹: „Die Kommission ist nicht davon überzeugt, dass der erforderliche Programmbezug der neuen Mediendienste („programmbezogene“ und „programmbegleitende“ „Mediendienste“ bzw. „Telemedien“ im Rahmen des neuen Rundfunkstaatsvertrags) angemessen ist (...).“²²² Und weiter: „Diesbezüglich stellt die Kommission fest, dass es keine allgemein anwendbaren Kriterien für die Bestimmung der Art des Programmbezugs gibt, anhand deren eindeutig ermittelt werden könnte, inwieweit die in Frage stehenden Online-Tätigkeiten dieser Vorgabe gerecht werden. Diesbezüglich erklärten die deutschen Behörden zwar, dass ein Programmbezug gegeben sei, wenn auf das Programmangebot unmittelbar Bezug genommen werde, wenn auf für Fernsehprogramme genutzte Quellen und Materialien zurückgegriffen und wenn die Fernsehprogramme thematisch und inhaltlich die Programmaufgaben unterstützen, vertiefen und begleiten. Allerdings sind diese Umstände nicht verbindlich festgelegt, so dass keine angemessene Kontrolle gewährleistet ist. In diesem Zusammenhang stellt die Kommission auch fest, dass die KEF wiederholt erklärt hat, dass sie nicht in der Lage gewesen sei zu

²¹⁸ R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (337): „trennschärfere Formulierung“.

²¹⁹ Vgl. (noch zum Programmbezug): K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 42: „Wirkungslosigkeit“ sowie T. Vesting, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet – Ausübung der Rundfunkfreiheit?, S. 11: „nicht justitiabel“; Kritik im Hinblick auf die grundsätzliche Sinnhaftigkeit dieser Unterscheidung auch bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 93 ff.

²²⁰ Formulierungen nach C. Degenhart, K&R 2005, S. 296 (300). Kritisch auch R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (336): „unscharfe Adjektive“.

²²¹ Vgl. dazu näher Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg. Rn. (234) - (236); vgl. auch Rn. (17), Fn. 7 sowie die Rn. (119) und (163) Fn. 72.

²²² Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg. Rn. (234). Originalzitat. Hervorhebungen von dort übernommen.

beurteilen, ob die Online-Angebote von ARD und ZDF tatsächlich programmbezogen und programmbegleitend waren.“²²³ Und schließlich: „Daher vertritt die Kommission die Auffassung, dass eine Bestimmung, der zufolge öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten programmbezogene und programmbegleitende neue Mediendienste anbieten dürfen, allein nicht hinreichend präzise ist und nicht erkennen lässt, dass die so definierten Dienste als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EGV-Vertrag angesehen werden können.“²²⁴

Der Gesetzgeber hat im Rahmen des 12. RÄndStV auf diese Kritik reagiert²²⁵ und in § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV (und § 2 Nr. 18 RStV²²⁶) eine materielle Ergänzung dahingehend vorgenommen, dass (nur noch) „inhaltlich und zeitlich bis zu sieben Tage danach auf eine konkrete Sendung bezogene Telemedien *soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Telemedien thematisch und inhaltlich die Sendung unterstützend vertiefen und begleiten, ohne jedoch bereits ein eigenständiges Telemedienangebot nach § 11f Abs. 3 darzustellen* (...)“²²⁷ zulässig sind.²²⁸

Diese Ergänzung besteht genau genommen aus zwei Teilen: Zum einen muss nunmehr auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien zurückgegriffen werden (Materialbenutzungsidentität). Zum anderen muss das jeweilige Angebot die bezogene Sendung thematisch und inhaltlich „unterstützend vertiefen und begleiten“ - ohne - schon ein eigenständiges Telemedienangebot darzustellen.

Diese Regelung ist jedoch zu einer effektiven Eingrenzung der Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Anstalten ungeeignet. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass

²²³ Insoweit verweist die Europäische Kommission in K (2007) 1761 endg. Rn. (235) Fn. 104 auf die Ausführungen der KEF zur Notwendigkeit klarer Kriterien zur Begrenzung und Konzentration der Online-Angebote auf Programmbegleitung (die die Feststellung erlauben würden, inwieweit die Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten tatsächlich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich sind), 14. KEF-Bericht Tz. 227, 229, 253 und 13. KEF-Bericht Tz. 201 sowie 15. KEF-Bericht, Bd. 2, Tz. 381.

²²⁴ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg. Rn. (236).

²²⁵ Vgl. zum Hintergrund näher: K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886).

²²⁶ In § 2 Nr. 18 RStV findet sich nunmehr eine Definition des Sendungsbezugs. Danach sind „unter sendungsbezogenen Telemedien zu verstehen: Angebote, die der Aufbereitung von Inhalten aus einer konkreten Sendung einschließlich Hintergrundinformationen dienen soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Angebote thematisch und inhaltlich die Sendung unterstützend vertiefen und begleiten, ohne jedoch bereits ein eigenständiges neues oder verändertes Angebot nach § 11f Abs. 3 darzustellen.“ Damit stellt diese Definition allerdings nur eine weitgehende Wiederholung des Wortlauts von § 11 Abs. 2 Nr. 2 RStV dar, eben unter Erweiterung um „Hintergrundinformationen“.

²²⁷ Kursive Hervorhebung der zusätzlichen Merkmale aus Rn. (235) des Beihilfe-Kompromisses nur hier.

²²⁸ Ergänzt wird dies um den (prozeduralen) Zusatz: „diese sendungsbezogenen Telemedien sind in Telemedienkonzepten entsprechend § 11f Abs. 1 zu beschreiben“. Vgl. § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV.

Angebote nach § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV, durch die vom Rundfunkgesetzgeber gewählte Konstruktion einer zunächst einmal grundsätzlichen Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Anstalten zur Erbringung von (journalistisch-redaktionellen) Telemedienangeboten in §§ 11, 11d Abs. 1 RStV²²⁹, „direkt“ (also ohne das Verfahren durchlaufen zu haben²³⁰) beauftragt werden. Wenn bestimmte Online-Angebote aber keinen Test durchlaufen müssen, setzt dies gerade voraus, dass die notwendige materielle Eingrenzungsnorm tatbestandlich so gefasst ist, dass eine Eingrenzung *hierüber* auch möglich ist.

Dies ist aber durch das höchst dehnbare Merkmal „sendungsbezogen“²³¹ und seine Erweiterung durch § 2 Nr. 18 RStV auch auf „Hintergrundinformationen“ nicht gegeben. Schon konzeptionell ist § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV nicht zu einer echten Einschränkung geeignet. Vielmehr ist in der Norm schon eine erhebliche Angebots-Ausweitung angelegt. Ob die teilweise scharf formulierte Kritik („Alles, was im Programm der öffentlich-rechtlichen Sender in irgendeiner Form Erwähnung findet, erhält nun Einzug ins Internet.“²³²) vollumfänglich auch Realität wird, bleibt abzuwarten, sie offenbart aber, dass dem Merkmal „Sendungsbezug“ (so gut wie) keine Begrenzungswirkung zukommt.²³³

Der Rückgriff auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien bedeutet gerade nicht, dass nur genau das gleiche Material verwendet wird, dass auch gesendet wurde²³⁴, denn dann würde es sich um eine bloße Wiederholung (ggf. „internettypischer“ aufgemacht) und nicht um eine unterstützende „Vertiefung und Begleitung“ im Sinne von § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV handeln.

Werden aber andere, eben „unterstützend vertiefende und begleitende“ Angebote unterbreitet, also weitergehende als in der Sendung²³⁵, dann schließt dies gerade nicht zuverlässig aus, dass *für die Sendung* bewusst Material „benutzt“²³⁶ wird, das letztlich nur dazu dient, das Online-Angebot über diesen Umweg „aufzuwerten“.²³⁷ Im Übrigen ist es auch so, dass in den Anstalten auch das Material für die jeweiligen Sendungen durchaus auch für mehrere

²²⁹ K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886) sowie oben Teil G.

²³⁰ Vgl. die Begründung des 12. RÄndStV, S. 21: „Soweit nach Nummer 2 ein Telemedienkonzept erforderlich ist, hat dies beschreibenden Charakter und bedarf keines Drei-Stufen-Tests.“

²³¹ Kritisch auch H. H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 5.

²³² Vgl. H. Heinen, in: puk Dossier, Öffentlicher Rundfunk, Beilage zur Zeitung „Politik und Kultur“ 9/10/2008, S. 20 (20); siehe auch N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (611 in Fn. 20).

²³³ Damit fällt die Begrenzung des Angebots letztlich wieder allein den Gremien zu. Dazu sogleich im Text.

²³⁴ Vgl. auch § 2 Nr. 18 RStV „Hintergrundinformationen“.

²³⁵ In diesem Sinne wohl auch R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (341): „Inhalte aufgreifen“.

²³⁶ Insofern wird ja gerade nicht verlangt, dass das Material in der Sendung auch gezeigt wird. Vgl. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 125.

²³⁷ H. Heinen, in: puk Dossier, Öffentlicher Rundfunk, Beilage zur Zeitung „Politik und Kultur“ 9/10/2008, S. 20 (21) stellt dazu fest: „Die Rundfunkanstalten können also aus dem Vollen schöpfen, auch weil der Sendungsbezug die Aufbereitung von Inhalten einschließlich deren Hintergrundinformationen erlaubt.“

Sendungen verwendet wird und zu diesem Zwecke auch entsprechende Pools an Bildmaterialien angelegt werden. Wie soll vor diesem Hintergrund aber eine sinnvolle Zuordnung der „genutzten“ Materialien zu *einer* Sendung vorgenommen werden²³⁸ und hierüber eine Begrenzung stattfinden können? Damit ist nicht nur die Frage, ab wann Material für eine Sendung „genutzt“ wird, völlig offen²³⁹, sondern es besteht nun (auch und gerade) der Anreiz, schon auf der Ebene der Materialbenutzung zu expandieren. Dies kann mit Blick auf die Verantwortung auf die gesamte Medienordnung, aber auch den Gebührenzahler, ersichtlich *nicht* richtig sein. § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV ist damit nicht nur als Einschränkung des Online-Angebots (mangels klarer, zumindest nachvollziehbarer tatbestandlicher Merkmale) ungeeignet, sondern wirkt ggf. sogar dysfunktional.

Hinzukommt, dass diesbezügliche Entscheidungen (über die Materialgewinnung, Materialbeschaffung, über die konkrete Auswahl der Materialien etc.) so frühzeitig im Programmproduktionsprozess - als Programmentscheidungen anstaltsintern - gefällt werden, dass eine *externe* Kontrolle durch die (subsidiäre) Rechtsaufsicht über das Merkmal der Materialbenutzung (gerichtet auf Feststellung der Materialbenutzungsidentität) am Endprodukt (etwa durch Abgleich der Sendung mit dem sendungsbezogenen Telemedium²⁴⁰), eben wegen ihres Charakters als erweiterte Programmentscheidung *überhaupt nicht* möglich ist.²⁴¹ Das bedeutet, dass die Kontrolle über die Ausweitung Online-Angebote in Form der Nr. 2 des § 11 Abs. 2 RStV *nur* vom anstaltsinternen Gremium vorgenommen werden kann.

Man wird angesichts des Umfangs und der Vielschichtigkeit der hierunter fallenden Online-Angebote²⁴² stark bezweifeln müssen, dass dem nur gelegentlich zusammentretenden

²³⁸ Vgl. hierzu auch die diesbezüglichen Überlegungen bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 96 f.

²³⁹ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 125 stellen zutreffend fest: „Wann das Material <<für die Sendung genutzt>> wurde, ist allerdings nicht näher bestimmt. Insbesondere ergibt sich daraus nicht, dass etwa nur in der Sendung *gezeigtes* Material gemeint ist.“

²⁴⁰ Mehr als stichprobenartig würde die Rechtsaufsicht dies ohnehin nicht prüfen können. Was aber auch nichts daran ändern könnte, dass es der Rechtsaufsicht ohnehin von Verfassungs wegen verwehrt ist, Prüfungen im Programmerstellungsbereich vorzunehmen. Zu den Kompetenzen der Rechtsaufsicht näher unten Teil J.

²⁴¹ Dabei wird auch davon auszugehen sein, dass die Produktion der Sendung zukünftig mit der Erstellung des entsprechenden Telemediums (faktisch, und auch zweckmäßigerweise) zusammengreift (was wünschenswerte, kostensparende Synergieeffekte hat). Wenn dies aber so ist, dann stellt sich erst Recht die Frage, welche Materialien wofür konkret beschafft wurden. Das ist - weder intern noch extern - auch nur ansatzweise kontrollierbar und kann auch nicht dadurch kompensiert werden, dass für Angebote der Nr. 2 ein Telemedienkonzept zu erstellen ist.

²⁴² Vgl. dazu nur die Übersicht zur Verweildauer einzelner Angebote in der NDR-Mediathek. Nachzulesen in der Vorlage des Intendanten des NDR an den Rundfunkrat zur 370. Sitzung des NDR-Rundfunkrats am 28. November 2008, S. 4 ff. (Es handelt sich dort, soweit einzelne Sendungen aufgeführt werden, i.d.R. wohlgermerkt um *beispielhafte* Aufzählungen.)

anstaltsinternen Gremium²⁴³ in dieser Hinsicht die von der Europäischen Kommission geforderte „angemessene Kontrolle“²⁴⁴, allein schon vom dafür erforderlichen Zeitumfang her, möglich ist. Hinzukommt, dass durch die Schnelllebigkeit der Angebote (Begrenzung auf sieben Tage, wobei mit jeder Sendung temporär neue hinzukommen), auch eine genaue und vor allem kontinuierliche Beobachtung erforderlich²⁴⁵ ist, die die Kapazitäten eines ehrenamtlichen und auch in der Sache nicht professionell besetzten²⁴⁶ Gremiums, dessen Vertreter als Repräsentanten anderer Organisationen naturgemäß auch noch andere Verpflichtungen haben²⁴⁷, bei Weitem²⁴⁸ übersteigt.²⁴⁹

Die gesetzliche Regelung des Sendungsbezugs in § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV offenbart damit (neben ihrer eigenen Unzulänglichkeit als materielle Begrenzung) zugleich die Ungeeignetheit der Binnensteuerung zur Bewältigung der heutzutage schon faktisch bestehenden, aber nunmehr auch gesetzlich aufgestellten - ganz erheblich gewachsenen²⁵⁰ - Anforderungen, gerade im Online-Bereich.²⁵¹

²⁴³ Vgl. etwa für den NDR, Art 5 Abs. 1 Satzung des Norddeutschen Rundfunks: „(..) mindestens vierteljährlich, im Übrigen nach Bedarf“. Gegen Ende des Jahres 2008 (Hochphase der Vorbereitungen des 12. RÄndStV und mithin auch des anstaltsintern zu organisierenden Drei-Stufen-Tests) kam der Rundfunkrat des NDR etwa monatlich zusammen. Sitzungen fanden statt am: 19.09. 2008, am 24.10.2008 und am 28.11.2008.

²⁴⁴ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg. Rn. (235).

²⁴⁵ Denn ein Rechtsverstoß ist nicht daher zu rechtfertigen, dass er nach sieben Tagen von sich aus endet.

²⁴⁶ Zur Kritik hieran vgl. etwa H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (236) und die dortige Fn. 74 (m.w.N.).

²⁴⁷ Kritisch dazu auch H. H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 6: „Die Mitglieder der Räte sind meist vielbeschäftigte Politiker und Verbandsfunktionäre („).“

²⁴⁸ Vgl. z.B. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 22, dort heißt es zu der Beurteilung der marktlichen Auswirkungen durch den Rundfunkrat anhand eines entsprechenden Gutachtens: „Das ist allerdings („) für den Rundfunkrat [um so] weniger nachvollziehbar, je mehr Rück- und Wechselwirkungen dabei [bei der Bestimmung der marktlichen Auswirkungen] einbezogen werden.“ Dies bestätigt sich durch einen Blick in das jüngst vom NDR in Auftrag gegebene Gutachten: H. Gundlach, Medienökonomisches Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen der geplanten NDR Mediathek, S. 17 ff. Dort tauchen schon zur Markt-abgrenzung äußerst problematische Fragestellungen auf, wo *entscheidend* die Weichen für die spätere Beurteilung der marktlichen Auswirkungen getroffen werden. Schon hier stellt sich durch die umfangreichen Verweise auf ökonomische und/oder rechtliche Probleme und die Verwendung entsprechender Fachbegriffe die Frage, wie ein nicht medienökonomisch vorgebildetes Ratsmitglied *allein die dort getroffenen Annahmen* (geschweige denn deren Folgen) nachvollziehen will. Gutachten alleine reichen daher nicht. Demgemäß fordert D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7) zu Recht eine „systematische Professionalisierung“ der Rundfunkgremien.

²⁴⁹ Vgl. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7): „ohne sachverständige Hilfe nicht zu leisten“; H.H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 6.

²⁵⁰ Vgl. z.B. K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (889): „ungekanntes Ausmaß“.

²⁵¹ Vgl. H. H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 6: „schlechterdings überfordert“; siehe auch H. Gersdorf, Legitimation, S. 5 f.; Bedenken auch bei N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608 ff).

IV. Verfassungswidrigkeit der anstaltsinternen Kontrolle bzgl. des Drei-Stufen-Tests

Die Ergebnisse der bisherigen Untersuchungen in Bezug auf die anstaltsinterne Kontrolle haben (in Bezug auf den Bereich des klassischen Rundfunks) gezeigt, dass die Binnenkontrolle in ihrer tradierten Form und Zusammensetzung und ihrer einseitigen Ausrichtung auf den öffentlich-rechtlichen Sektor den aus der Dualität der Rundfunkordnung erwachsenden Anforderungen an eine säulen-übergreifende Steuerung, die insgesamt rundfunkfördernd und damit in Bezug auf die Erreichung der Ziele der Rundfunkfreiheit grundrechtsgerecht ist, nicht mehr gerecht wird.²⁵² Sie ist (schon) hierfür ungeeignet.²⁵³

Die weiteren Untersuchungen haben ergeben, dass es bislang weder institutionelle noch gesetzliche Korrekture gibt, die diese Steuerungsdefizite kompensieren können.²⁵⁴

Diese Ergebnisse werden in Bezug auf den Online-Bereich nun dadurch bestätigt, dass sich der Gesetzgeber - motiviert durch das Beihilfe-Verfahren der Europäischen Kommission²⁵⁵ - abermals veranlasst sah, eine grundlegende Neuordnung der Beauftragung der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Online-Bereich vorzunehmen und mit dem Drei-Stufen-Test nun sogar ein aufwendiges Verfahren zur Konkretisierung des Auftrags einzuführen.²⁵⁶ Da die Europäische Kommission gegen die staatsvertragliche Ausgestaltung des Drei-Stufen-Tests momentan keine Bedenken hat²⁵⁷, soll im Folgenden allein untersucht werden, ob die den Test betreffenden Vorschriften²⁵⁸ verfassungsgemäß sind. Da es sich diesbezüglich um Vorschriften zur Ausgestaltung der Rundfunkordnung handelt²⁵⁹, ist insbesondere zu untersuchen, ob die Maßnahmen zur Erreichung der Ziele der Rundfunkfreiheit *geeignet*²⁶⁰ sind.

Die entsprechenden Vorschriften lassen sich dazu gedanklich in die zwei Komponenten „Verfahren“ und „Organisation“ (institutionelle Abstützung/Entscheidungsträger) des Drei-Stufen-Tests untergliedern.²⁶¹ Da die bisherigen Untersuchungen gezeigt haben, dass die Steuerungsdefizite primär aus der organisatorischen Ebene herrühren²⁶², ist im Folgenden

²⁵² Siehe hierzu oben die Teile H. I. - III.

²⁵³ Wie hier: K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17, 35; Ders. in Paschke/Berlit/Meyer, S. 120 Rn. 114, S. 123 Rn. 125; Vgl. auch C. Degenhart, ZUM 1997, S. 153 (158 ff.). Skeptisch bspw. auch H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (236) mit Fn. 74.

²⁵⁴ Vgl. oben Teil H. III. 3. b., c., 4.

²⁵⁵ Siehe dazu schon oben Teil B. III.

²⁵⁶ Vgl. Begründung zum 12. RÄndStV, S. 2; K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (885 f.).

²⁵⁷ Vgl. Veröffentlichung der Europäischen Kommission: MEMO/08/804 vom 18.12.2008.

²⁵⁸ Insbesondere § 11f Abs. 4 bis 6 RStV.

²⁵⁹ Vgl. die Begründung des 12. RÄndStV S. 7 ff, unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit sowie oben Teil E. III. 2. c.

²⁶⁰ Zur Geeignetheit als Kriterium der Verfassungsmäßigkeit von Ausgestaltungsgesetzen, s.o. Teil E. III. 2. d.

²⁶¹ Siehe Teil E. IV.

²⁶² Zu den einzelnen Defiziten der Binnenkontrolle vgl. oben Teil H. I.-III.

insbesondere der Frage nachzugehen, ob die gesetzlich vorgesehene organisatorische Absicherung des Entscheidungsprozesses, in Form der Übertragung der Entscheidung²⁶³ an die anstaltsinternen Gremien, (noch) funktionsgerecht und damit verfassungsgemäß ist, oder nicht. Zu der diesbezüglichen Beurteilung sind diejenigen Vorschriften des Gesamtverfahrens in den Blick zu nehmen, die sich auf die Behandlung der im Verfahren generierten Entscheidungs-Maßstäbe²⁶⁴ beziehen, da das Gremium zur Entscheidungsfindung eine Gewichtung²⁶⁵ und Abwägung²⁶⁶ dieser Entscheidungs-Maßstäbe vornehmen muss und zu prüfen ist, ob es *hierzu* geeignet ist. Dazu ist der Blick zunächst auf die Behandlung der Abwägungskriterien durch das Gremium zu lenken.

1. Zur Behandlung der Abwägungskriterien durch das Gremium

§ 11f Abs. 4 RStV benennt die vom Gremium bei seiner Entscheidung zu beachtenden Abwägungskriterien.²⁶⁷ So verlangt § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV von den Anstalten gegenüber dem zuständigen Gremium darzulegen, dass das „geplante, neue oder veränderte Angebot vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist.“ Die Formulierung „vom Auftrag umfasst“ bezieht sich ausweislich der Gesetzesbegründung²⁶⁸ auf die Grundnorm des § 11 RStV. Die Anstalt hat diesbezüglich „Aussagen darüber zu treffen“,

1. inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht,
2. in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und
3. welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.²⁶⁹

²⁶³ § 11 Abs. 6 RStV; Die Gesetzesbegründung, S. 23 spricht insofern von einer „grundlegenden Entscheidung“. K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (887) betont zutreffend, dass es sich um eine „eigenständige Entscheidung“ handelt, und kein bloßer Nachvollzug der Vorlage der Intendanz auf Plausibilität erfolge.

²⁶⁴ Zu dieser Ergänzung der Maßstäbe über das Verfahren vgl. oben D. II. 1. e.

²⁶⁵ Zum Erfordernis die Belange vor der Abwägung zu gewichten, vgl. ARD-Hintergrundinformationen, S. 15; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607); D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 5; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 28, 165.

²⁶⁶ Zum Abwägungscharakter vgl. die Gesetzesbegründung zum 12. RÄndStV, S. 23; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 22, 28, 140 f., 148 ff., 164; K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888); Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 491; Münchner Kreis, S. 9; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7); R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 14, 34, 66, 73; Ders., in: epd medien (29) 2008, S. 3 (5 f.).

²⁶⁷ Vgl. bspw. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 17, 8; ARD, Hintergrundinformationen, S. 13 f.; auch als „Abwägungsfaktoren“ (vgl. bspw. K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888)) oder als „Belange“ (siehe bspw. T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4)).

²⁶⁸ Siehe Gesetzesbegründung zum 12. RÄndStV, S. 22.

²⁶⁹ § 11 Abs. 4 Satz 2 RStV.

Diese Kriterien werden durch weitere, sich aus § 11f Abs. 4 Satz 3 ergebende Abwägungskriterien ergänzt.²⁷⁰

a. Unklarheit der Kriterien

In der Literatur ist angemerkt worden, dass das Verhältnis dieser „drei Stufen“ zueinander und deren Bedeutung im Einzelnen unklar seien.²⁷¹ Diese Kritik ist, selbst vor dem Hintergrund einer notwendig offenen Programmierung²⁷², nicht gänzlich von der Hand zu weisen. So ist z.B. die erste Stufe eine bloße Wiederholung eines Teils von Anforderungen, die schon die Grundnorm in § 11 RStV aufstellt, so dass offen ist, ob ihr überhaupt eine eigenständige Funktion zukommt.²⁷³ Auf der zweiten Stufe scheinen Bedeutung und Reichweite des Begriffs „Beitrag“ zum publizistischen Wettbewerb schwer zu bestimmen sein²⁷⁴ und auf der dritten Stufe ist unklar, ob eine Kosten-Nutzen-Abwägung gemeint ist, oder nicht.²⁷⁵

Satz 3 stellt zudem noch weitere, sehr dehnbare Anforderungen auf, wonach „dabei (..) Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote²⁷⁶, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen“ sind.²⁷⁷

Da die Kriterien die in Satz 3 enthalten sind, über die Formulierung „dabei“ auch im Rahmen der Beurteilung der Anforderungen nach Satz 2 und hierüber bei der Gesamt-Entscheidung

²⁷⁰ Dazu sogleich näher im Text.

²⁷¹ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 28 und 16; H.H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 7: „(..)Entscheidungskriterien in vieler Hinsicht vage und auslegungsbedürftig (..)“; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607).

²⁷² D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5).

²⁷³ Die in Stufe 1 und § 11 RStV „doppelt“ aufgenommene Passage entstammt dem Amsterdamer Protokoll. Näher dazu K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888). Kops/Sokoll/Bensinger, S.19, halten es für möglich, die erste und zweite Stufe zusammenzufassen. Dies spricht auch eher gegen eine nachhaltig eigenständige Bedeutung der ersten Stufe gegenüber der Grundnorm. Entsprechend bezieht D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6 f.) die drei Abwägungskriterien des Satzes 3 auch nur auf die zweite Stufe.

²⁷⁴ Vgl. dazu Kops/Sokoll/Bensinger, insb. S. 21 f.

²⁷⁵ Problematisiert aber offengelassen von K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888). Dafür: D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (8) und Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 75. Näher dazu sogleich (Teil H. IV. 1. b.).

²⁷⁶ Zu der umstrittenen Frage, inwieweit kostenpflichtige Angebote privater Anbieter in die Prüfung einzu-beziehen sind vgl.: I. Haarhoff/R. Kopp, NJOZ 2009, S. 2927 (2927 ff.); D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 4; M. Knothe, epd medien (60) 2009, S. 5 (7).

²⁷⁷ § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Näher hierzu: D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6 f.).

„zu berücksichtigen“ sind²⁷⁸, stellt sich auch die Frage, ob eine „sequentielle Prüfung“ der drei Stufen erfolgen sollte oder eine „Gesamtabwägung“²⁷⁹ vorzunehmen ist.

Zu diesen Unklarheiten kommt hinzu, dass vielfach, beispielsweise in Satz 2 mit „Beitrag zum publizistischen Wettbewerb“²⁸⁰, unscharfe Formulierungen gewählt wurden, die rechtstechnisch als unbestimmte Rechtsbegriffe (mit Beurteilungsspielraum) einzuordnen²⁸¹ und daher einer gewissen Interpretationsbandbreite zugänglich sind.²⁸² Dies setzt sich dann fort, wenn in Satz 3 mit „dabei (...) Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen“²⁸³ Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen“ auch noch eine Abwägung der begrifflich unbestimmten und zugleich - gegensätzlichen - Belange (auch Dritter) und der Kosten²⁸⁴ verlangt ist²⁸⁵, ohne Kriterien für die Gewichtung vorzugeben.²⁸⁶

b. Verzahnung der Kriterien

Zur näheren Betrachtung der skizzierten Schwierigkeiten soll in der Betrachtung zunächst von Satz 3 ausgegangen werden. Dieser stellt mit der Formulierung „dabei“ einen Gesamtbezug zu den Nummern 1 bis 3 des Satzes 2 her: Die Anforderungen des Satzes 3 sollen nach dem

²⁷⁸ Vgl. auch die Begründung des 12. RÄndStV, S. 22 „Die Beurteilung erfolgt nicht isoliert, sondern unter Einbeziehung vorhandener publizistischer Angebote, die sich an ein allgemeines Publikum richten und frei zugänglich sind. In diese Betrachtung fließen neben den Angeboten der privaten Konkurrenz auch bestehende Angebote der Rundfunkanstalten ein.“

²⁷⁹ Diese Frage werfen Kops/Sokoll/Besinger (Rahmenbedingungen, S. 75.) auf und entscheiden sich letztlich gegen eine solche „sequentielle Prüfung“ (wohl zu verstehen als „stufenweise/jede Stufe für sich“) und für eine „Gesamtabwägung“. Dafür spricht auch die Begründung des 12. RÄndStV, S. 22 (s.o.).

²⁸⁰ Vereinfachte Wiedergabe der Formulierung aus § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RStV.

²⁸¹ So bspw. Kops/Sokoll/Besinger, Rahmenbedingungen, die sogar im „Auftrag“ an sich (S. 17, 28) einen unbestimmten Rechtsbegriff erblicken, als auch in den Formulierungen der Stufen 1 und 2 (S. 63) und jeweils einen „weiten Beurteilungsspielraum“ annehmen (S. 168, S. 64) und daraus für die rechtsaufsichtliche Prüfung ableiten, dass eine (klassische) Beurteilungsspielraumkontrolle erfolgen könne (S. 64 f., S. 168). Das wird noch zu hinterfragen sein, vgl. unten Teil J. III.

²⁸² Ob der Spielraum allerdings tatsächlich so weit ist, wie Kops/Sokoll/Besinger, Rahmenbedingungen, bspw. auf S. 28, 168, 64 annehmen, wird noch zu hinterfragen sein. Vgl. dazu sogleich im Text. Unabhängig davon erscheint jedoch bedenklich/missverständlich, wenn Kops/Sokoll/Besinger, Rahmenbedingung, S. 65 über den Grundsatz der Selbstbindung eine einheitliche Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Form einer „Spruchpraxis“ verlangen. Denn: Wenn unbestimmte Rechtsbegriffe zur Auftragsbeschreibung benutzt werden, dann ist „deren Auslegung im Wandel der Zeit Wandlungen zugänglich“, wie W. Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 195 zutreffend feststellt und sich auch aus der Dynamik des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags ergibt.

²⁸³ Zu unterschiedlichen Interpretationen von „frei zugänglich“ siehe bspw. D. Dörr, Gutachten, Zusammenfassung, S. 4 und M. Knothe, epd medien (60) 2009, S. 5 (7).

²⁸⁴ Zu der umstrittenen Frage, ob die Kosten in die Abwägung einzustellen sind, sogleich näher im Text.

²⁸⁵ So bspw. auch Kops/Sokoll/Besinger, Rahmenbedingungen, bspw. S. 22 f., 28: „Gesamtabwägung“ und D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7): „in die Gesamtabwägung einzustellen.“

²⁸⁶ Vgl. etwa N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607): „Die Gesetzgeber geben damit zwar Regeln für die Zusammenstellung des Entscheidungsmaterials vor, jedoch keine expliziten Maßstäbe für die Gewichtung der gegenläufigen Belange.“

insoweit eindeutigen Wortlaut bei der Behandlung der Nummern 1 bis 3 des Satzes berücksichtigt werden.²⁸⁷ Legt man dies zugrunde, dann ergibt sich aber auch, dass sich die Anforderungen des Satzes 3 mit der dritten Stufe (also Satz 2 Nr. 3) überhaupt nur dann sinnvoll verbinden lassen, wenn man diese Stufe als Kosten-Nutzen-Abwägung versteht.²⁸⁸

Zwar legt die Formulierung von Nummer 3 nahe, dass nur eine bloße Angabe der Kosten verlangt ist²⁸⁹, nur wäre dann eben gerade keine Berücksichtigung der in Satz 3 genannten Umstände (insbesondere: meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote) möglich. Daraus ist zunächst abzuleiten, dass die Stufe 3, eben nicht nur eine bloße Angabe des finanziellen Bedarfs meint, sondern eine Kosten-Nutzen-Abwägung vorsieht.²⁹⁰ Da aber der Nutzen sich insbesondere aus den Stufen 1 und 2 (Beitrag zum publizistischen Wettbewerb), wiederum erst kombiniert mit Satz 3 („meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote“ usw.) ergeben kann, weil der Beitrag zum publizistischen Wettbewerb²⁹¹ gerade nur dann gegeben ist, wenn dem Angebot eine meinungsbildende Funktion auch vor dem Hintergrund der schon vorhandenen Angebote zukommt²⁹², ist Satz 3 auch mit den Nummern 1 und 2 konzeptionell verzahnt.

Zur Ermittlung des publizistischen Nutzens als Gesamtgröße lassen sich die Stufen 1 und 2 letztlich auch nicht sinnvoll trennen²⁹³, da es keinen publizistischen Nutzen im Sinne der Rundfunkfreiheit geben kann, wenn das Angebot nicht den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft, mithin dem einfach-gesetzlichen Auftrag aus § 11 RStV, entspricht.

²⁸⁷ Siehe auch die Begründung des 12. RÄndStV, S. 22: „Die Beurteilung erfolgt nicht isoliert (...)“

²⁸⁸ Vgl. auch Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 75.

²⁸⁹ Hierauf scheint sich bspw. der NDR in seiner Entscheidung zum Drei-Stufen-Test bzgl. der NDR-Mediathek zu stützen. Eine Kosten-Nutzen-Abwägung unterbleibt jedenfalls. Vgl. NDR-Rundfunkrat, Beschluss vom 29.03.2009, S. 6.

²⁹⁰ Wie hier auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (8); Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 74 ff.; B. Peters, K&R 2009, S. 26 (30); B. Holznagel/K. Siebenhaar, 7-Stufen-Plan, S. 2; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609); V. Henle, epd medien (92) 2007, S. 3 (4); Holznagel/Dörr/Hildebrand, Elektronische Medien, S. 492. Im Übrigen ergibt sich dies auch aus der Gesetzesbegründung zum 12. RÄndStV. Dort heißt es auf S. 22: „Drittens ist der finanzielle Aufwand für das Angebot festzustellen. Die Gremien tragen ganz wesentlich die Verantwortung für einen effektiven, auftragskonformen Mitteleinsatz.“ Wenn insofern auf einen „effektiven“ Mitteleinsatz abgestellt wird, so wird ein Angebot mit hohen Kosten und geringem publizistischem Nutzen darunter nicht zu verstehen sein, so dass es insofern auch auf die Kosten-Nutzen-Relation ankommt. Siehe auch die Protokollerklärung aller Länder zum 12. RÄndStV: „Hinsichtlich der dem Drei-Stufen-Test unterliegenden neuen oder veränderten Angebote erwarten die Länder von den zuständigen Rundfunkgremien eine umfassende und unabhängige Bewertung, die insbesondere eine kostenbewusste Würdigung etwaiger Auswirkungen auf die Höhe der Rundfunkgebühren einschließt.“ A.A. zum Ganzen aber (wohl) W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 33.

²⁹¹ Zu den Maßstäben des publizistischen Wettbewerbs vgl. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 172.

²⁹² Vgl. § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV.

²⁹³ Vgl. auch Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 76, 150.

Dabei kommt aber der Stufe 1 allenfalls eine Bedeutung als deklaratorischer Hinweis auf den (ohnehin) in § 11 RStV beschriebenen, *final-programmierten*²⁹⁴ Auftrag zu, aus dem sich zwar die grundsätzliche Beauftragung zum Angebot von Telemedien ergibt, die aber über den Drei-Stufen-Test gerade erst näher zu konkretisieren ist.²⁹⁵ Eine eigenständige Bedeutung hat die erste Stufe demgegenüber nicht.²⁹⁶

Dies zugrundegelegt, kommt der zweiten Stufe insofern die eigentliche Bedeutung zu²⁹⁷: Hier ist der publizistische Beitrag zum Wettbewerb auch in Ansehung der in Satz 3 zusätzlich formulierten Kriterien (wie etwa die marktlichen Auswirkungen usf.) zu ermitteln.²⁹⁸ Der so ermittelte publizistische Nutzen des Angebots ist dann gemäß der Stufe 3 den Kosten gegenüberzustellen.²⁹⁹ So muss sich ein Angebot, bspw. mit geringem publizistischen Nutzen, auf dieser Stufe gegenüber seinen Kosten rechtfertigen.

Es zeigt sich, dass letztlich alle Stufen miteinander verzahnt sind³⁰⁰, wobei zunächst auf der Stufe 2 eine Abwägung (publizistischer Nutzen in Ansehung marktlicher Auswirkungen und der Auswirkungen auf andere Angebote) vorzunehmen ist³⁰¹, deren Ergebnisse dann auf Stufe 3 erneut in eine Abwägung (Publizistischer Nutzen³⁰² versus Kosten dafür) einzustellen sind.³⁰³

²⁹⁴ Zur finalen Programmierung des Auftrags vgl. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 196; M. Eifert/H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11, Rn. 74; zum Drei-Stufen-Test: N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607).

²⁹⁵ Der Auftrag bzgl. der Telemedien ergibt sich unmittelbar aus § 11 RStV („Auftrag .. ist“), wobei in § 11a RStV lediglich das Merkmal „Angebot“ dahingehend definiert wird, dass es auch Telemedien umfasst.

²⁹⁶ Sie bewirkt für sich genommen keine über die Anforderungen des § 11 RStV hinausgehende Konkretisierung. Etwas anders W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 31 ff., der aber auch den Bezug zu § 11 RStV betont.

²⁹⁷ Vgl. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingen, S. 157: „Mittelpunkt des Drei-Stufen-Tests“. Siehe auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6): „Herzstück des Verfahrens“. Etwas anders M. Stock, Reformbedarf, S. 36 f., der (unter Verweis auf Gehalt des § 11 RStV) die erste Stufe für besonders bedeutsam hält und sodann feststellt: „Normalerweise wird auf der zweiten Stufe nicht anders votiert werden als auf der ersten.“, was letztlich verkennt, dass der ersten Stufe gar keine *eigenständige* Bedeutung gegenüber § 11 RStV zukommt (sie ist eine bloße Wiederholung). Wenn der ersten Stufe *für den Test* aber keine besondere Bedeutung zukommt, die § 11 RStV nicht ohnehin schon hätte, dann muss das Gewicht *des Tests* auf der zweiten Stufe liegen. Im Übrigen ist auf der zweiten Stufe die Einbeziehung der in § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV genannten (Korrektur-) Kriterien (zum weiten Auftrag des § 11 RStV) besser vornehmbar.

²⁹⁸ § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Siehe dazu K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886 f.).

²⁹⁹ Es ist eine Kosten-Nutzen-Abwägung durchzuführen. Wie hier: Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingen, S. 74 ff, 148. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (8); B. Peters, K&R 2009, S. 26 (30); B. Holznagel/K. Siebenhaar, 7-Stufen-Plan, S. 2. Die Interessen der Gebührenzahler sind auch ein grundrechtlich geschützter Belang (vgl. nur BVerfGE 90, 60 (60), 5. Leitsatz), dessen Einbeziehung von daher schon auf dieser Ebene geboten ist. Denn Fehler bei der Auftragskonkretisierung (mit der Folge des Angebots nicht funktionsnotwendiger Dienste) und eine damit verfassungswidrige Vernachlässigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Gebührenzahler, können im Festsetzungsverfahren nicht mehr korrigiert werden, vgl. oben Teil H. III. 3. c.

³⁰⁰ Vgl. auch Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 148.

³⁰¹ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 9; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7); R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 61; W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 37.

³⁰² Zu diesem (treffenden) Begriff siehe Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 100 ff, 20, 152.

³⁰³ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 150.

c. Normstruktur der dem Drei-Stufen-Test zugrundeliegenden Vorschriften

Die vorstehenden Erkenntnisse eröffnen auch den Blick auf die normative Struktur des Drei-Stufen-Tests. Insofern ist zunächst nochmals hervorzuheben, dass der grundsätzliche Auftrag zur öffentlich-rechtlichen Erbringung - auch für die Telemedienangebote - aus der Grundnorm des § 11 RStV folgt.³⁰⁴ Diese Norm enthält - verfassungsrechtlich geprägt³⁰⁵ durch den dynamischen Funktionsauftrag³⁰⁶ - eine einfachgesetzliche, *final* programmierte³⁰⁷, positive Aufgabenbestimmung³⁰⁸, hinter der das verfassungsrechtliche Primärziel steht, über den Rundfunk als Medium und Faktor, die freie Meinungsbildung zu gewährleisten.³⁰⁹

Diese finale Programmierung des § 11 RStV entspricht dem Erfordernis der Programmautonomie, nach dem es Aufgabe der Anstalten ist, den Auftrag inhaltlich zu konkretisieren.³¹⁰ Dazu sollen die Anstalten die Angebote (mit Bezug auf die Zielerreichung) selber gestalten³¹¹, sie verfügen hierbei über einen Gestaltungsspielraum.³¹²

Je offener die Finalnorm gehalten ist, desto mehr benötigt die Anstalt für die *konkrete* Angebotsgestaltung jedoch (zusätzliche) Entscheidungs-Maßstäbe.³¹³ Bei der klassischen Programmgestaltung zu Zeiten der Monopolsituation waren dies vor allem journalistische Standards verknüpft mit dem Vielfaltsgebot.³¹⁴

³⁰⁴ § 11a RStV stellt (dagegen nur) klar, dass der Begriff „Angebote“ eben auch Telemedien umfasst.

³⁰⁵ M. Eifert/H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11, Rn. 3.

³⁰⁶ Zu diesem Begriff vgl. M. Bullinger, Aufgaben, S. 13 ff.; W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 208 ff.

³⁰⁷ M. Eifert, Programmauftrag, S. 16 f.; Ders./H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11, Rn. 74; W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 196.

³⁰⁸ M. Eifert/H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11, Rn 2.; vgl. auch D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5).

³⁰⁹ BVerfGE 12, 205 (260); 57, 295 (320); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 29. Es handelt sich insofern um einen „funktionsorientierten Zielwert“, vgl. M. Eifert, Programmauftrag, S. 17 ff.; Ders./H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11, Rn 6.

³¹⁰ Vgl. zur anstaltsinternen Konkretisierung des § 11 RStV M. Eifert/H. Eicher, in: Hahn/Vesting, § 11, Rn 8. Bezogen auf den Drei-Stufen-Test: D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5) und H. Rossen-Stadtfeld, Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien, S. 19.

³¹¹ A. Hesse, Rundfunkrecht, 4. Kapitel, Rn. 91.

³¹² Vgl. BVerfGE 90, 60 (87, 91 f.).

³¹³ Vgl. bspw. H. Rossen-Stadtfeld, Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien, S. 4 (bzgl. des Drei-Stufen-Tests): „Diese Zielwerte ergeben für sich genommen keinen hinreichend operationalisierten Maßstab (..) Sie bedürfen der Konkretisierung (..)“

³¹⁴ Vgl. näher M. Eifert, Programmauftrag, S. 28 ff.

Durch das Hinzutreten der dualen Ordnung und den damit aufkommenden Wettkampf um Aufmerksamkeit³¹⁵ trat als (Akzeptanz sichernder und zugleich ambivalenter³¹⁶) Entscheidungs-Maßstab auch die Einschaltquote hinzu.³¹⁷

Stehen dann aber Entscheidungs-Maßstäbe zueinander auch in einem gewissen Widerspruch, wie etwa das Vielfaltsgebot einerseits und die Einschaltquote andererseits³¹⁸ (oder beim Drei-Stufen-Test der publizistische Wettbewerb einerseits und die marktlichen Einflüsse andererseits), dann gewinnt das Moment der Gewichtung der Maßstäbe an Bedeutung. Die solchermaßen gewichteten Maßstäbe sind dann, da sie sich teilweise widersprechen, zur Konkretisierung der Programmgestaltung und damit zur Erfüllung des Auftrags, gegeneinander abzuwägen.³¹⁹

Nichts anderes gilt, wenn man nun im Rahmen des Drei-Stufen-Tests die Entscheidung darüber, welche Online-Angebote zur Erfüllung des Auftrags angeboten werden, mithin die Auftragskonkretisierung im Online-Bereich, dem Gremium überträgt.³²⁰ Auch hier sind zur Konkretisierung Abwägungen interner Art³²¹ (wie soeben beschrieben) und darüber hinaus nun auch externer Belange³²² vorzunehmen³²³, die sich aber, im Gegensatz zur sonst nur „nachvollziehenden“ Kontrolle des Gremiums, beim Drei-Stufen-Test gerade nicht im Nachvollzug der Entscheidung des Intendanten erschöpfen. Vielmehr trifft das Gremium (zumindest theoretisch³²⁴) eine eigene³²⁵, unabhängige³²⁶, ggf. auch auf völlig anderen Erwägungen (u.a. auf eigenen Gutachten) beruhende Entscheidung.³²⁷ Mit diesem Ergebnis

³¹⁵ Zur Knappheit der Aufmerksamkeit siehe K.-H. Ladeur, in FS E. Stein, S. 67 (89); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 58.

³¹⁶ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 62; Vgl. auch A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 173.

³¹⁷ Vgl. dazu oben Teil H. III. 3.a.

³¹⁸ Siehe dazu A. Neun, Grenzen des Wachstums, S. 173.

³¹⁹ Vgl. dazu auch N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607 ff.).

³²⁰ § 11f Abs. 6 RStV. Vgl. hierzu näher H. Rossen-Staffeld, Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien, S. 21. Zur Möglichkeit einer Teilgenehmigung vgl. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 66, 68 ff.

³²¹ Vgl. etwa H. Rossen-Staffeld, Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien, S. 21.

³²² Wie d. marktlichen Auswirkungen (als Belang d. Privaten) und d. Kosten (als Belang der Gebührenzahler).

³²³ S. Münchner Kreis, S. 8: „Die Durchführung des Drei-Stufen-Tests erfordert umfängliche Such-, Findungs- und Abwägungsprozesse (...).“ Ebenso: D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7); K.-E. Hain, Gutachten, S. 70.

³²⁴ Zur (sehr) deutlichen Kritik an der Entscheidung des NDR-Rundfunkrats in dem Drei-Stufen-Test bzgl. der NDR-Mediathek, vgl. die Online-Artikel von R. Meyer-Lucht: „Drei-Stufen-Test: NDR Rundfunkrat im Aufsichtsabsichts“ und von K. Burkhardt: „Dreistufiger Unsinn: Die Drei-Stufen-Tests gefährden die Glaubwürdigkeit der Medienaufsicht“ (der eine einheitliche, externe Aufsicht fordert). Deutliche Kritik an der Kompetenz d. Gremien in Bezug auf d. Drei-Stufen-Test bspw. bei H. Gersdorf, Legitimation, S. 5 f.

³²⁵ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 66, 68 ff. auch zur Möglichkeit einer Teilgenehmigung. Differenzierend zur Zulässigkeit einer Teilgenehmigung: D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 4.

³²⁶ So jedenfalls die Begründung zum 12. RÄndStV, S. 20. Zu Bedenken zur Neutralität s. u. Teil H. IV. 2.

³²⁷ Wie hier: K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (887); Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 66.

deckt es sich denn auch, wenn in der Literatur bzgl. der letztendlichen Entscheidung - zu Recht - eine „Gesamtabwägung“ angenommen wird.³²⁸

Nicht anders verhält es sich auch mit den anderen, einzelnen „unbestimmten Rechtsbegriffen“ in § 11f Abs. 4 Sätze 2 und 3 RStV.³²⁹ Es handelt sich in allen Fällen um Abwägungsaspekte³³⁰, die das Gremium bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat.³³¹

Die diesen Vorschriften innewohnende „Unbestimmtheit“ ist dem finalen Charakter der Grundnorm des § 11 RStV³³² und der komplexen Übergangssituation ins digitale Zeitalter samt des technischen und inhaltlichen Zusammenrückens der Kommunikate in gewisser Weise geschuldet: Könnte man hier eindeutigere materielle („tatbestandliche“) Kriterien finden, wann ein Angebot vom öffentlich-rechtlichen Auftrag umfasst ist, dann bräuchte man den prozeduralen Drei-Stufen-Test zur Konkretisierung des Auftrags nicht.

Der Konstruktion des Drei-Stufen-Tests bedarf es gerade wegen des Mangels an (materiellen) Entscheidungs-Maßstäben und Regulierungswissen.³³³ Das Verfahren dient dabei dazu, (nicht originär im Entscheidungsträger vorhandenes) Wissen³³⁴ und darüber Entscheidungsmaßstäbe aufzubauen.³³⁵

³²⁸ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 22 f., 28, 140 f., 148 f.; K.-E. Hain, Gutachten, S. 70.

³²⁹ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen sehen in den „anzuwendenden Abwägungskriterien“ (zugleich) „unbestimmte Rechtsbegriffe“, vgl. S. 17.

³³⁰ Die zum Teil ihrerseits durch Abwägung zu ermitteln sind. Vgl. zur Abwägung auf der zweiten Stufe: Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, bspw. S. 9 u. näher S. 100 ff. (etwa bzgl. zu berücksichtigenden publizistischen Rückwirkungen auf andere Angebote, als ein Beispiel für dort abzuwägende Aspekte); W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess einer Begründung, S. 37. Siehe ferner: K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888); D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7 f.); N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (605 ff.).

³³¹ Vgl. § 11f Abs. 4 i.V.m. Abs. 6 RStV. K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (886, 888) spricht diesbezüglich von „Faktoren“ bzw. „Abwägungsfaktoren“; siehe auch Münchner Kreis, S. 9: „Abwägung zwischen allen Gesichtspunkten“.

³³² Die offene Programmierung ist dem Gebot der Staatsferne geschuldet. Vgl. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (5). Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz liegt darin aber nicht. Vgl. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 193: „Die Weite des Auftrags nimmt ihm nicht die Bestimmtheit seiner Umschreibung.“

³³³ Zutreffend stellt H. Gersdorf, Legitimation, S. 5 f. fest: „Angesichts der relativen Unschärfe der materiellen Maßstäbe des >>Funktionsauftrags<< des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Allgemeinen und des Programmbezugs sowie der Programmbegleitung für die Verbreitung digitaler Textdienste im Besonderen kommt der prozeduralen und organisationsrechtlichen Ausgestaltung bei der Verwirklichung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit eine Schlüsselrolle zu. Dies gilt insbesondere für den – durch Gemeinschaftsrecht geforderten – sogenannten Drei-Stufen-Test (..)“ Zum ebenfalls bestehenden Mangel an Regulierungswissen vgl. oben Teil E. V. 2.

³³⁴ Dazu, dass das Verfahren zum Aufbau von Wissen/Informationen dient bspw.: Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 27.

³³⁵ Die zusätzlichen Maßstäbe führen hierbei auch zu *Begründungslasten* für den Entscheidungsträger (etwa bzgl. der Gewichtung oder der Priorisierung bestimmter Maßstäbe oder Belange), was wiederum zu einer Rationalisierung der Entscheidungsfindung beiträgt (vgl. Vgl. K.-E. Hain, Gutachten, S. 69 f. mit Fn. 237). N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (604) spricht insofern von „Darlegungs- und Abwägungslasten“. Zur Pflicht der Gremien zur Begründung der Gewichtung und Priorisierung der Belange: T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4). All dies bewirkt eine beträchtliche Eingrenzung der Beurteilungsspielräume der Gremien.

Um dieses Zwischenziel auf dem Weg zur Auftragskonkretierung zu erreichen, bedient sich der Gesetzgeber eines prozeduralen Arrangements³³⁶, bestehend aus der finalen Grundnorm des § 11 RStV (als materieller Zielvorgabe) und den Verfahrensvorschriften zur Generierung ergänzender Entscheidungs-Maßstäbe.

d. Funktion des § 11f Abs. 4 Sätze 2 und 3 RStV

Im Hinblick auf die Generierung der Entscheidungsmaßstäbe über das Verfahren kommt den Sätzen 2 und 3 des § 11f Abs. 4 RStV zunächst die Funktion zu, Vorgaben in Bezug auf die abwägungserheblichen Aspekte³³⁷ und die dafür zu ermittelnden Belange (das „Abwägungsmaterial“) zu machen.³³⁸

aa. Abwägungserhebliche Aspekte

So wird in § 11f Abs. 4 Satz 2 Nummer 2³³⁹ RStV der „Beitrag“ des Angebots zum publizistischen Wettbewerb zum abwägungserheblichen Aspekt erklärt. Im Übrigen waren bislang auch der Aspekt „marktliche Auswirkungen“ oder die Frage, inwieweit andere Angebote (schon) die publizistische Funktion eines öffentlich-rechtlichen Angebots erfüllen, nicht Gegenstand einer Entscheidung über dessen Aufnahme.³⁴⁰ Durch deren ausdrückliche Erwähnung in § 11 Abs. 4 Satz 3 RStV werden auch diese Aspekte in den Rang der Abwägungserheblichkeit erhoben.³⁴¹ Damit wird die Abwägungsentscheidung insofern vorstrukturiert, als dass diese Aspekte im Rahmen der Entscheidung jedenfalls nicht gänzlich übergangen werden können. Nichts anderes gilt über Satz 2 Nr. 3 für den Aspekt „Kosten“ als Kehrseite der Belange der Gebührenzahler, auch diese sind nun im Rahmen der

³³⁶ Vgl. zu diesem Begriff und zur Wirkungsweise oben Teil D. II. 1. c.

³³⁷ Als (Abwägungs-) „Aspekte“ sollen die im Gesetz als abwägungserheblich genannten Positionen (wie etwa „Beitrag zum publizistischen Wettbewerb“ oder „marktliche Auswirkungen“ bezeichnet werden. Der Begriff „Belange“ soll sich dagegen auf die jeweiligen, individuellen, teilweise auch divergierenden (Einzel-) Interessen der Akteure (bezüglich der jeweiligen Abwägungsaspekte) beziehen.

³³⁸ Vgl. allg. dazu N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (610): „Neben wenigen materiell-rechtlichen Leitplanken für die Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Telemedien setzen [die Gesetzgeber] auf eine strukturierte verfahrensrechtliche Lösung: Die zuständigen Anstaltsorgane sollen (...) im Einzelfall das für die Zulassungsentscheidung relevante Abwägungsmaterial – mit gutachterlicher Hilfe – verantwortlich ermitteln und auswerten.“ Diese Vorgaben werden durch § 11 Abs. 5 RStV insofern ergänzt, als dass dort (in den Grundzügen) u.a. geregelt ist, *wie* diese Belange zu ermitteln sind. Vgl. § 11 Abs. 5 Satz 1 RStV: „Gelegenheit zur Stellungnahme“, Satz 4: „unabhängige Sachverständige“.

³³⁹ Auf die Nummer 1 ist nicht näher einzugehen, da sie hier als bloßer Verweis auf den allgemeinen Auftrag nach § 11 RStV angesehen wird und keine eigenständige Bedeutung hat. Vgl. dazu oben Teil H. IV. 1. b.

³⁴⁰ BVerfGE 74, 295 (335).

³⁴¹ Begründung des 12. RÄndStV, S. 22: „unter Einbeziehung (...)“.

Auftragskonkretisierung als Aspekt abwägungs- und damit entscheidungserheblich.³⁴²

bb. Behandlung individueller Belange, Bildung von Vorrangregeln

Über das Verfahren wird im Rahmen der Stellungnahmen und Gutachten eine Vielzahl individueller Einzel-Belange generiert³⁴³, die den gesetzlich für abwägungserheblich erklärten Aspekten zuzuordnen sind. Allein zu den marktlichen Auswirkungen sind insofern sehr verschiedene, ggf. gegensätzliche, Positionen (Belange) von je unterschiedlich betroffenen Marktteilnehmern zu erwarten.³⁴⁴

Während § 11f RStV Vorgaben darüber zu entnehmen sind, welche Aspekte in die Abwägung einzustellen sind, enthält die Vorschrift keine ausdrücklichen Vorgaben dazu, wie diese zu gewichten sind.³⁴⁵ Dies gilt einmal für die gesetzlich benannten Aspekte zueinander, aber auch für die Bildung von Vorrangregeln³⁴⁶ hinsichtlich der divergierenden Interessen (Belange) innerhalb der jeweiligen benannten Aspekte, wie etwa gegensätzliche marktliche Betroffenheiten.³⁴⁷

Die Gewichtung von Belangen erfolgt bei Abwägungsentscheidungen nach ihrer „objektiven Gewichtigkeit“.³⁴⁸ Für die Bemessung der „objektiven Gewichtigkeit“ ist der Entscheidungsträger auf diesbezügliche Vorgaben/gesetzliche Wertungen³⁴⁹ angewiesen. Solche liegen bzgl. des verfassungsrechtlich geprägten, einfachgesetzlich (nur) final programmierten Rundfunkrechts aber nur sehr begrenzt vor.³⁵⁰

³⁴² Dies ist konzeptionell ein ganz erheblicher Fortschritt, da diese Belange bisher nur auf der dritten Stufe des KEF-Verfahrens methodisch unsauber durch pauschale Abweichungen (nach vorangegangener präziser Berechnung durch die Fachkommission KEF), berücksichtigt werden konnten. Vgl. zu den Abweichungsgründen: Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 140; BVerfGE 90, 60 (103 f.).

³⁴³ Näher dazu T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4 ff.).

³⁴⁴ Siehe dazu die tabellarische Übersicht bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 109. Dort wird ersichtlich (unter „Option 1“), dass bspw. die Kabelnetz- und Telekommunikationsnetzbetreiber von einer Angebotsausweitung der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Online-Angebot (in ökonomischer Hinsicht) profitieren, während die „Private Free TV-Anbieter“ und die Elektronische Presse dadurch benachteiligt werden.

³⁴⁵ N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607): „keine expliziten Maßstäbe für die Gewichtung der gegenläufigen Belange.“; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 9: „Mangel an hilfreichen Anhaltspunkten“.

³⁴⁶ Allg. zur Bildung von Vorrangregeln vgl. W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Abmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 10 S. 681 Rn. 85; mit Bezug auf den Drei-Stufen-Test: T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4 ff.), die von „Priorisierung“ sprechen.

³⁴⁷ Weitere Beispiele bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 109.

³⁴⁸ W. Brohm, Öffentliches Baurecht, § 13 Rn. 19 m.w.N.

³⁴⁹ Solche folgen bei sonstigen Abwägungsentscheidungen, etwa im Baurecht, insb. aus objektivem Recht.

³⁵⁰ N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607): „kaum Abwägungsdirektiven“; H. Gersdorf, Legitimation, S. 5; Diese sind daher aus dem Verfassungsrecht und den im Verfahren generierten Belangen abzuleiten. § 11d Abs. 3 RStV enthält zudem auf einfachgesetzlicher Ebene Sekundärziele, die als gesetzliche Wertung in die Beurteilung einfließen können. Zu allen Aspekten sogleich im Text.

In Ansehung der vom Gesetzgeber bewusst vorgenommenen, offenen Programmierung (ohne explizite Vorgaben bzgl. der Gewichtung), ist es daher auch Aufgabe des Drei-Stufen-Tests und hier insbesondere des Entscheidungsträgers, über die Ermittlung der zu berücksichtigenden Belange Vorrangregeln hinsichtlich der verschiedenen Abwägungs-Belange (und entsprechend auch der benannten Abwägungs-Aspekte zueinander) zu entwickeln.³⁵¹

e. Ableitung von Gewichtungsvorgaben

Zwar sind dem Rundfunkstaatsvertrag keine ausdrücklichen Vorgaben für die Gewichtung zu entnehmen, gleichwohl lassen sich gewisse Anhaltspunkte ausmachen, die bei der Gewichtung der benannten Aspekte (und ggf. auch der Einzel-Belange) eine Rolle spielen werden. Diese sollen im Folgenden betrachtet werden, wobei sich zugleich zeigen wird, welche schwierige und verantwortungsvolle³⁵² Aufgabe dem Gremium diesbezüglich übertragen wurde.

aa. Aus Verfassungsrecht

Mangels einfachgesetzlicher Gewichtungsvorgaben in § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und 2 RStV ist als Anhaltspunkt für eine objektiv zutreffende Gewichtung des Aspekts „Beitrag zum publizistischen Wettbewerb“ zunächst in erster Linie auf die verfassungsrechtliche Funktion der Rundfunkfreiheit, die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu gewährleisten, zurückzugreifen.³⁵³

Für den klassischen Rundfunk hat das Bundesverfassungsgericht als wesentliche Gesichtspunkte hierfür wiederum die „besondere Bedeutung“³⁵⁴ (besondere Relevanz) des konkret zu

³⁵¹ Vgl. zu diesem Punkt auch T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (3 ff.).

³⁵² Zur besonderen Verantwortung und entsprechenden Bedenken siehe N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608).

³⁵³ Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass Telemedien dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff zuzuordnen sind (in diesem Punkt wie hier: T. Held, in: M. Eifert/H. Eicher, RStV, § 11 Anh., Rn. 15.), dessen primäre Funktion eben die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung ist. Vgl. dazu bspw. BVerfGE 57, 295 (319); 83, 238 (295 f.); 87, 181 (197); 90, 60 (87). Ebenfalls auf die Relevanz/Gefahr für freie Meinungsbildung stellen bspw. ab: O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (470 ff.); C. v. Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (444); R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (339 f.); Vgl. auch H. Rossen-Stadtfeld, Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien, S. 4, der feststellt: „Sie [die Kriterien des § 11f Abs. 4 RStV] bedürfen der Konkretisierung und weiteren Entfaltung. Für beides sind die höherrangigen normativen Vorgaben des deutschen Kommunikationsverfassungsrechts vorgreiflich, sie geben jeder Konkretisierung und Entfaltung der Zielwerte des § 11f Abs. 4 RStV Rahmen und Richtung vor.“ Rückgriff aufs Verfassungsrecht auch bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 8.

³⁵⁴ Std. Rspr. Vgl. nur BVerfGE 90, 60 (87): „Unter den Medien kommt dem Rundfunk wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft besondere Bedeutung [für die freie Meinungsbildung] zu.“ Das Bundesverfassungsgericht verwendet den Begriff Meinungsbildungsrelevanz selbst aber nicht explizit.

beurteilenden Angebots für die Meinungsbildung (Meinungsbildungsrelevanz)³⁵⁵ und die Gewährleistung der „Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglichster Breite und Vollständigkeit“³⁵⁶ herausgestellt. Eben weil das Bundesverfassungsgericht dem klassischen Rundfunk eine *besonders* hohe Meinungsbildungsrelevanz beimisst³⁵⁷ und zugleich eine Gefährdung der inhaltlichen Vielfalt durch Marktzwänge annimmt³⁵⁸, leitet das Bundesverfassungsgericht für diesen Bereich auch eine *besondere* Schutzbedürftigkeit der Grundrechtsverwirklichung durch den einfachen Gesetzgeber ab, die sich in einer Sonderdogmatik bzgl. der Rundfunkfreiheit niederschlägt.³⁵⁹ Vor dem Hintergrund der veränderten Umstände im Realbereich wird man sicher auch grundsätzlich die Frage nach der Berechtigung dieser Sonderdogmatik bzgl. der Rundfunkfreiheit stellen können.³⁶⁰ Angesichts der nochmaligen jüngsten Bestätigung dieses Ansatzes durch das Bundesverfassungsgericht³⁶¹ scheint dies aber, trotz der Berechtigung mancher Kritik in der Sache, momentan zu weit ab von

³⁵⁵ Das Kriterium der Meinungsbildungsrelevanz wird auch für d. einfachgesetzliche Unterscheidung zwischen „Rundfunk“ und „Telemedien“ herangezogen. Vgl. dazu bspw. das „Dritte Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten“ der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM). Zwar geht es vorliegend nicht direkt um eine solche Kategorisierung. Wenn aber, bei Vorliegen der in BVerfGE 90, 60 (87) genannten Faktoren der Meinungsbildungsrelevanz, also „Breitenwirkung“, „Aktualität“ und „Suggestivkraft“ (Begriffe näher erläutert im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.09.2007 - 1 BvR 2270, Rn. 116), das Bundesverfassungsgericht eine so hohe Meinungsbildungsrelevanz annimmt, dass es hierüber das Erfordernis einer positiven Ordnung (und in diesem Zusammenhang auch ein Zulassungserfordernis) ableitet und zugleich (vom Landesgesetzgeber, der die positive Ordnung setzt) davon ausgegangen wird, dass bei Nichtvorliegen einer so hohen Meinungsbildungsrelevanz (entsprechende) Telemedien dann zulassungsfrei sein sollen, wird erkennbar, dass die besondere Behandlung des klassischen Rundfunks ihre Berechtigung gerade auf dessen besondere Meinungsbildungsrelevanz (und eine Sondersituation im klassischen Rundfunk) stützt. Im Hinblick auf die Online-Angebote wird daher im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zu fragen sein, ob die Situation der Online-Angebote mit derjenigen des klassischen Rundfunk vergleichbar ist. In Bezug auf die Beurteilung der Meinungsbildungsrelevanz wird daher den genannten drei Kriterien eine Bedeutung zukommen. Entsprechende Betrachtungen müssen aber, dies bringt § 11f Abs. 4 Satz 3 zum Ausdruck, auch die Wechselwirkungen mit anderen Angeboten (etwa die abnehmende Breitenwirkung eines anderen meinungsbildenden, ggf. öffentlich-rechtlichen Angebots) mit berücksichtigen, so dass schon eine Beurteilung auf der Basis dieser drei (für sich genommen noch recht einfachen) Kriterien sehr voraussetzungsvoll wird. Auf das Kriterium der Meinungsbildungsrelevanz und seine Bedeutung für das vorliegende Problem wird sogleich im Text zurückgekommen.

³⁵⁶ Std. Rspr. Vgl. jüngst BVerfG, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 114 m.w.N. Dies soll die Meinungsvielfalt (BVerfGE 57, 295 (320 f.)), die Vielfalt der Informationen (BVerfGE 74, 297 (324)) und die kulturelle Vielfalt (vgl. etwa BVerfGE 73, 118 (157 f.)) umfassen.

³⁵⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 116: „herausgehobene Bedeutung“.

³⁵⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 117 m.w.N.

³⁵⁹ Vgl. hierzu etwa (mit z. Tl. unterschiedlichen Positionen dazu) C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (434); K.-E. Hain, JZ 2008, S. 128 (129 ff.); C. Degenhart, AfP-Sonderhaft 2007, S. 24 (27 ff.); Holznagel/Dörr/Hildebrand, Elektronische Medien, S. 470 ff.

³⁶⁰ So etwa S. Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 116 ff. m.w.N.; K. Thum, DÖV 2008, S. 653 (661)m.w.N. Vgl. ferner die Kritik bei K.-E. Hain, JZ 2008, S. 128 (129 ff.) m.w.N. sowie bei W. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (222).

³⁶¹ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, nunmehr jüngst bestätigt durch den 2. Senat: Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 12. 3. 2008 – 2 BvF 4/03, Rn. 91.

den tatsächlichen Gegebenheiten³⁶², weshalb diese (gegenwärtig eher theoretische) *Grundsatz-Frage* hier nicht vertieft werden soll.³⁶³

Nimmt man also für den Bereich des klassischen Rundfunk an, dass eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Ausgestaltung besteht, so fragt sich aber gleichwohl, ob die besonderen Bedingungen, die das Bundesverfassungsgericht veranlassten, in diesem Bereich *besonders* hohe Anforderungen an die gesetzlichen Vorkehrungen aufzustellen, auch für den Bereich der Online-Dienste gelten (sollen).³⁶⁴

Dazu ist zu fragen, ob die beiden Kernkriterien, die den Grund für die besondere Behandlung des klassischen Rundfunks darstellen, also die „besondere Meinungsbildungsrelevanz“ und die „Notwendigkeit der Vielfaltsicherung“, in dieser Form auch im Online-Bereich erfüllt sind, bzw. wo Abweichungen sind, die ggf. eine andere Behandlung rechtfertigen.

(1) Besonders hohe Meinungsbildungsrelevanz

Ordnet man, wie hier die Online-Dienste grundsätzlich dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff zu³⁶⁵, so fällt zunächst auf, dass der Gesetzgeber innerhalb des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs zwischen Rundfunk im einfach-gesetzlichen Sinne³⁶⁶ und Telemedien³⁶⁷ unterscheidet und diese einer nach ihrem jeweiligen Gefährdungspotential differenzierten, abgestuften Regulierung unterwirft³⁶⁸. So bedarf es für die Veranstaltung klassischen Rundfunks bspw. einer Zulassung³⁶⁹, während Telemedien zulassungsfrei sind.³⁷⁰ U.a. wegen der unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen bedarf es einer Abgrenzung zwischen beiden Erscheinungsformen. Hierzu wird auf die vom Bundesverfassungsgericht zur

³⁶² Vgl. auch C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (434): „jedenfalls mittelfristig [stehen] die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Parameter mit dieser Entscheidung fest.“

³⁶³ Es ist im Übrigen auch weder nötig, noch angebracht, dass Konzept der Sonderdogmatik für den klassischen Rundfunk aufzugeben, nur weil sich Regulierungsfragen im Online-Bereich stellen. (Wie hier: Holznagel/Dörr/Hildebrand, Elektronische Medien, S. 474). Gleichwohl ist es aber weder nötig, noch angebracht, dass Sonderkonzept für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk unbesehen und vollumfänglich auch auf den Online-Bereich zu übertragen. Es bietet sich eher eine nach Gefährdungen abgestufte (einfach-gesetzliche) Lösung an, die zu erarbeiten auch Aufgabe des Drei-Stufen-Tests ist.

³⁶⁴ Vgl. dazu auch R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (339); C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (438); K.-H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 111 Rn. 79.

³⁶⁵ Zum weiten Verständnis des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff vgl. die Nachweise oben in Teil A.

³⁶⁶ § 2 Abs. 1 Satz 1 RStV; Zum einfachrechtlichen Rundfunkbegriff vgl. etwa C. Brenner, Zur Gewährleistung des Funktionsauftrags, S. 26 f. m.w.N.

³⁶⁷ § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG.

³⁶⁸ T. Misserre, Rundfunk, S. 103 ff. sowie S. 112 und S. 152 f.; W. Hoffmann-Riem, Pay-TV, S. 51; H. Gersdorf, Rundfunkbegriff, S. 149 ff.; Dittmann, in: Dittmann/Fechner/Sander, Rundfunkbegriff, S. 32 ff.; vgl. auch D. Jarras, in: Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 46 sowie speziell bzgl. der Telemedien-Dienste: K.H. Ladeur, in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 111, Rn. 79; T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 85 f.; C. Brenner, Zur Gewährleistung des Funktionsauftrags, S. 28.

³⁶⁹ § 20 Abs. 1 und Abs. 2 RStV.

³⁷⁰ § 4 TMG.

Beurteilung der Meinungsbildungsrelevanz entwickelten Kriterien „Breitenwirkung“, „Aktualität“ und „Suggestivkraft“ abgestellt.³⁷¹ Ist die Meinungsbildungsrelevanz eines Angebots danach als „hoch“ einzuschätzen, handelt es sich um „Rundfunk“ im Sinne des RStV, andernfalls um ein zulassungsfreies Telemedium.

Dieser einfachgesetzlichen Differenzierung liegt zugrunde, dass es „verfassungsrechtlichen Rundfunk“ (auch im Bereich der Online-Angebote) gibt, der keine so hohe Meinungsbildungsrelevanz besitzt, wie der klassische Rundfunk.³⁷² Nun folgt aus dieser einfachgesetzlichen Regelung zwar nicht umgekehrt, dass dies die verfassungsrechtlich zwingende Einschätzung ist. Gleichwohl spricht aber einiges dafür, dass die nach der Gefährdung abgestufte Differenzierung zwischen einfachgesetzlichem Rundfunk nach dem RStV und den Telemedien sachangemessen ist.³⁷³

Wenn nun aber schon bei der (sonstigen) Regulierung der Internetangebote zwischen Rundfunk und Telemedien nach der potentiellen Gefährdung für die freie Meinungsbildung durch diese Medien unterschieden wird, so muss das erst recht bei der Bestimmung der Reichweite des Funktionsauftrags der Anstalten gelten³⁷⁴, wo ja schon von je her auch genau auf diesen Gesichtspunkt abgestellt wurde, um die besondere Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Erbringung zu begründen.³⁷⁵

Stellt man somit letztlich (zur Bestimmung dessen, was notwendig dem Funktionsauftrag unterfallen muss) auf die besondere „Gefahr“³⁷⁶ für die Meinungsbildung ab, so impliziert dies, dass dem Angebot überhaupt eine entsprechende „Relevanz“ für die freie Meinungsbildung zukommen muss. Für die Beurteilung dieser Relevanz, eben der Meinungsbildungsrelevanz (von Online-Angeboten), lassen sich die vorbenannten Kriterien „Suggestivkraft“, „Aktualität“ und „Breitenwirkung“ heranziehen.³⁷⁷

³⁷¹ Vgl. nur DLM, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 6.

³⁷² Vgl. etwa C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (443).

³⁷³ Vgl. hierzu auch Holznagel/Dörr/Hildebrand, Elektronische Medien, S. 480 f., die in diesem Zuge eine Orientierung an der Richtlinie für audiovisuelle Medien für vorzugswürdig halten.

³⁷⁴ Treffend formuliert bei O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (472).

³⁷⁵ Vgl. zu dieser Gefahr BVerfGE 57, 295 (323): „Es muß der Gefahr begegnet werden, daß auf Verbreitung angelegte Meinungen von der öffentlichen Meinungsbildung ausgeschlossen werden und Meinungsträger, die sich im Besitz von Sendefrequenzen und Finanzmitteln befinden, an der öffentlichen Meinungsbildung vorherrschend mitwirken (vgl. OVG Münster, DVBl. 1977, S. 210). Dies ist sicher nicht mit letzter Gewißheit möglich; zumindest muß aber eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, daß sich in dem gesetzlich geordneten Rundfunksystem eine solche gleichgewichtige Vielfalt einstellt.“

³⁷⁶ Zum Gesichtspunkt der Gefahr für die freie Meinungsbildung sogleich im Text.

³⁷⁷ Die Frage der Meinungsbildungsrelevanz eines Online-Angebots stellt sich z.B. im Rahmen von § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Insofern ist für die Frage, ob ein bestimmtes Online-Angebot für die Meinungsbildung (besonders) relevant ist (vgl. Abs. 4 Satz 3), auf die bekannten Kriterien „Breitenwirkung“, „Aktualität“ und „Suggestivkraft“ abzustellen. Wie hier: O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (470); vgl. auch C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (438 ff.); P. Klickermann, MMR 2008, S. 793 (796).

Spielt man dies gedanklich für verschiedene Online-Angebote durch, so ist es keineswegs so, dass bei jedem denkbaren Online-Angebot, eine dem klassischen Rundfunk vergleichbare Meinungsbildungsrelevanz gegeben ist. Ja „noch nicht einmal“ gegenüber der Presse ist in den meisten Fällen eine hervorgehobene Meinungsbildungsrelevanz auszumachen: So ist bei einer (journalistisch-redaktionellen) Website mit nur gelegentlich aktualisierten Inhalten wohl kaum von einer solch besonderen „Aktualität“ auszugehen, wie sie der verfassungsrechtlichen Sonderbehandlung des Rundfunks (gegenüber der Presse) zugrundeliegt. Nichts anderes gilt für die ebenfalls stark mit den konkreten Angeboten variierenden Kriterien „Breitenwirkung“³⁷⁸ und „Suggestivkraft“³⁷⁹.

Man kann daher feststellen: Nicht alles was dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterfällt, besitzt eine dem klassischen Rundfunk vergleichbar hohe Meinungsbildungsrelevanz.³⁸⁰

Daraus folgt: Mit abnehmender Meinungsbildungsrelevanz nimmt (trotz des fortgesetzten Unterfallens unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff) die Gefährdungslage für die freie Meinungsbildung - und damit der wesentliche Aspekt für die Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Erbringung/Absicherung - ab.³⁸¹ Dieser Umstand ist bei der Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Online-Bereich über den Drei-Stufen-Test einzelfallbezogen³⁸² zu berücksichtigen.³⁸³

³⁷⁸ So ist etwa die Reichweite kleiner Online-Stadtanzeiger oder diejenige der Webseiten von kleinen Kirchengemeinden oder Vereinen nicht im Ansatz mit der besonderen Breitenwirkung des klassischen Rundfunks (oder auch der Presse) vergleichbar. Zur Breitenwirkung vgl. auch C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (444); P. Klickermann, MMR 2008, S. 793 (796).

³⁷⁹ Durchaus möglich ist, dass eine Website, auf der bspw. Videos abrufbar sind, eine ähnlich hohe Suggestivkraft erreicht, wie klassischer Rundfunk. Dies muss daher aber lange noch nicht für alle Webseiten gelten und kann letztlich nur am einzelnen Angebot beurteilt werden. Zur Suggestivkraft von Angeboten siehe auch O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (470); P. Klickermann, MMR 2008, S. 793 (796) und C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (444). Zur Beurteilung am Einzelfall siehe T. Held, in Hahn/Vesting, RStV, Anh. § 11, Rn. 95: „bestimmter Online-Angebote“ und A. Roßnagel, Die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Medien, S. 5.

³⁸⁰ Vgl. auch C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (442); P. Klickermann, MMR 2008, S. 793 (796).

³⁸¹ Vgl. auch C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (444).

³⁸² Vgl. R. Müller-Terpitz, AfP 04/2005, S. 335 (341). Die Frage nach der Reichweite des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Online-Bereich zu evaluieren und festzulegen ist gerade das Ziel des Drei-Stufen-Tests. Dabei ist die Beurteilung der Meinungsbildungsrelevanz von Online-Angeboten nicht pauschal, sondern einzelfallbezogen vorzunehmen.

³⁸³ Vgl. § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Vgl. auch O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (470) und R. Müller-Terpitz, AfP 04/2005, S. 335 (341).

(2) Notwendigkeit der Vielfaltsicherung auch im Online-Bereich?

Das Bundesverfassungsgericht geht - wie dargelegt - davon aus, dass es zur Sicherung der freien Meinungsbildung erforderlich und zu gewährleisten ist, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.³⁸⁴ Für den klassischen Rundfunk sieht es bei einer rein privatwirtschaftlichen Erbringung aufgrund ökonomischer Zwänge hier die *Gefahr*³⁸⁵ einer Verengung der Vielfalt.³⁸⁶

Für den Bereich des klassischen Rundfunks wird man dies annehmen können. Dagegen ist die Lage im Internet aber gänzlich anders: Hier besteht ein offener publizistischer „Markt“³⁸⁷ mit einer ungleich größeren Anzahl von Anbietern und Angeboten, der auch nicht allein ökonomischen Zwängen unterliegt.³⁸⁸ Im Gegensatz zum klassischen Rundfunk kann „jeder“³⁸⁹ (insb. im Rahmen der web 2.0-Angebote³⁹⁰) zu sehr geringen Kosten Angebote unterschiedlichster Art ins Internet einstellen. So haben beispielsweise auch viele gemeinnützige Vereine, Kirchengemeinden etc. hier (sogar) *eigene* Angebote.³⁹¹ Sie sind damit nicht mehr lediglich auf eine Berücksichtigung ihrer Belange in einem Bruchteil eines öffentlich-rechtlichen

³⁸⁴ Std. Rspr. Vgl. bspw.: BVerfGE 57, 295 (319); 73, 118 (152 f.); 90, 60 (88); 114, 371 (387 ff.).

³⁸⁵ Vgl. zu dieser Gefahr nur BVerfGE 57, 295 (323).

³⁸⁶ Std. Rspr. Vgl. nur Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 11.09.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 117 m.w.N.

³⁸⁷ Zur „Dominanz des Marktmodells“ im Online-Bereich vgl. bspw. H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (231). „Offen“ ist der Markt in rechtlicher Hinsicht, da keine Zutrittsschranken wie Zulassungen etc. bestehen, in wirtschaftlicher Hinsicht, weil keine nennenswerten Machtkonzentrationen auf der inhaltlichen Seite (also bzgl. der Angebotsinhalte) bestehen und in publizistischer und tatsächlicher Hinsicht, weil (nicht zuletzt durch das „web 2.0“) jedermann beliebig viele Inhalte kurzfristig ins Netz stellen und auch jedermann hierauf (frei) zugreifen kann. Vgl. auch die bestätigende Marktanalyse bei J. Haucap/R. Dewenter, Ökonomische Auswirkungen, S. V.

³⁸⁸ Viele einflussreiche Online-Angebote verfolgen bewusst gerade keinen kommerziellen Zweck. Aus der Vielzahl sei Wikipedia als Beispiel genannt, aber auch die gesamte, für die Bedeutung des Internet nicht zu unterschätzende, Open-Source-„Gemeinde“, die über neue Betriebssysteme (linux) und freie Anwendungen auch hier den kommerziellen Markt zunehmend stärker unter Druck setzt. Dies zeigt, dass es sehr wohl auch starke unabhängige Kräfte im Internet gibt. Selbst wenn sie aber eines Tages nicht mehr unabhängig sein sollten, so sind es dennoch enorm *viele*, es handelt sich um die Idealform von Außenpluralismus. Vgl. dazu auch C. Degenhart, AfP-Sonderhaft 2007, S. 24 (30): „plurales Medium par excellence“. Ebenso: H. H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 9; P. Klickermann, MMR 2008, S. 793 (796): „unvergleichbare Vielfalt“. R. Müller-Terpitz, AfP 05/2008, S. 335 (340) weist zutreffend darauf hin, dass es im Internet auch „nicht *den* dominierenden Anbieter mit entsprechender Meinungsmacht“ gibt, sondern eine unübersehbare Vielzahl von Anbietern. In einem derart „zersplitterten“ Markt, kann ein öffentlich-rechtliches Angebot gar keine nennenswerten Reichweiten, und damit auch keine die Meinungsbildung nennenswert sichernde Funktion, erzielen. Zur daher notwendigen (Neu-) Bestimmung der Online-Aufgabe der Anstalten, sogleich im Text unter bb.

³⁸⁹ Solange es sich nicht einfach-gesetzlich um Rundfunk handelt, bedarf es noch nicht einmal einer Zulassung, § 4 TMG i.V.m. § 20 Abs. 1 und 2 RStV. Die notwendigen finanziellen Investitionen sind im vgl. zum klassischen Rundfunk und zur Presse verschwindend gering. Vgl. auch C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (438): „jedermann“.

³⁹⁰ Vgl. R. Müller-Terpitz, AfP 05/2008, S. 335 (340); C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (438).

³⁹¹ Vgl. aus der Vielzahl bspw. <http://www.verein-fuer-behinderte.de/>. Da die programmliche Repräsentation dieser Gruppen im klassischen Rundfunk eher gering ist, ist hier zweifelsohne ein Vielfaltszuwachs (gerade bzgl. derjenigen Interessen, die der klassische Rundfunk in Orientierung an massenattraktiven Programmen vernachlässigt) zu verzeichnen.

Angebots verwiesen, das ohnehin individuelle Interessen und Standpunkte bestimmter Vereine etc. bestenfalls in Einzelfällen berücksichtigen kann.

Die Angebotssituation im Internet³⁹² entspricht damit gegenwärtig dem Ziel der Rundfunkfreiheit, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.³⁹³ Es gibt dabei sogar Internet-Angebote, die in kommunikativ-integrierender Weise von unterschiedlichen Nutzern gemeinsam inhaltlich entwickelt und weiterentwickelt werden (Bsp.: Wikipedia³⁹⁴, Multimedia-Community-Plattformen wie Youtube³⁹⁵). Insgesamt ist die darüber schon erreichte Vielfalt im Internet um ein Vielfaches größer, als sie im klassischen Rundfunk technisch, wie finanziell je erreicht werden könnte.³⁹⁶ Einer (vollumfänglichen) öffentlich-rechtlichen Gewährleistung von Vielfalt im Internet bedarf es daher nicht.³⁹⁷

³⁹² W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 244 konstatierte schon um d. Jahrtausendwende einen „Vielfaltsreichtum“. Dies wird bestätigt durch die aktuelle Analyse (2009) zu unterschiedlichen Online-Angebots-Kategorien von J. Haucap/R. Dewenter, Ökonomische Auswirkungen, S. V.: „Im Rahmen einer Analyse von 12 Online-Kategorien (...) wurden im Allgemeinen eine hohe Wettbewerbsintensität sowie in der Regel eine hohe bis sehr hohe Anzahl an Anbietern gemessen. Es wurde damit kein Markt bzw. keine Kategorie identifiziert, die a priori einen größeren Marktangel, geschweige denn ein Marktversagen, erkennen lässt.“

³⁹³ Std. Rspr. Vgl. bspw.: BVerfGE 57, 295 (319); 73, 118 (152 f.); 90, 60 (88); 114, 371 (387 ff.).

³⁹⁴ Vgl. www.wikipedia.de. Hier ist keine Vielfaltsverengung zu befürchten, da eine effektive Kontrolle der Inhalte durch die Öffentlichkeit erfolgt. Es besteht auch die Möglichkeit, Beiträge zu überarbeiten oder zu kommentieren. Im Übrigen erfolgt die Mitarbeit unentgeltlich und freiwillig.

³⁹⁵ Vgl. www.youtube.de. Zwar ist hier Vielfaltsverengung etwa durch Angebote kommerzieller Herkunft denkbar. Gleichwohl besteht dort aber (im Effekt vielfaltvergrößernd und vorgenannte Risiken kompensierend) für jedermann die Möglichkeit, eigene Videos etc. hochzuladen. Diese Möglichkeit macht die Popularität der Website youtube.de (wie der Name andeutet) in hohem Maße mit aus.

³⁹⁶ Vgl. auch H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (234): Öffentlich-rechtliche Gewährleistung eines „Vielfaltsgesamtzustands“ „kein realistisches, vor allem kein juristisch handhabbares Ziel“.

³⁹⁷ Vgl. auch H.H. Klein, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 9 f.: „Die Beschworung eines Marktversagens im Internet durch die Anstalten ist pures Wunschdenken. Wenn die Unüberschaubarkeit der Angebote, die die Funktionsfähigkeit des Marktes ja gerade bestätigt, die verfassungsrechtliche Begründung für öffentlich-rechtliche Orientierungsleuchttürme böte, wie man gelegentlich hört, dann hätte es seit je im Bereich der gedruckten Presse gebührenfinanzierte öffentlich-rechtliche Zeitungen und Buchverlage geben müssen.“

(3) Konsequenzen für die Bewertung des „Beitrags“ zum publizistischen Wettbewerb

Die vorgenannten Erwägungen haben (verfassungs-) rechtliche Konsequenzen³⁹⁸ und sind daher bei der Bewertung des „Beitrags“ eines Angebots zum publizistischen Wettbewerb zu berücksichtigen.³⁹⁹

Hat ein Angebot bspw. eine hohe Meinungsbildungsrelevanz, so entspricht seine Erbringung grundsätzlich dem Schutzziel der freien Meinungsbildung und damit nach Nummer 1 bzw. § 11 RStV „den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft“.⁴⁰⁰ Für die Frage, ob es auch nach Nummer 2 in ausreichendem Umfang in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beiträgt, führt der Drei-Stufen-Test nun erstmals ein Korrektiv zu der weiten Beauftragung des § 11 RStV ein: Sind beispielsweise schon andere, vergleichbar meinungsbildungsrelevante öffentlich-rechtliche oder private Angebote auf dem Markt vorhanden⁴⁰¹ oder werden diese in ihrem publizistischen Nutzen für den Rezipienten durch die Neueinführung erheblich geschmälert⁴⁰², so dass für den Rezipienten (so gut wie) kein publizistischer Netto-Nutzen⁴⁰³ durch die Einführung des neuen Angebots entstünde, so erbringt

³⁹⁸ Da die Notwendigkeit der Gewährleistung möglicher Vielfalt als realistisches Ziel der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit im Bereich des Internet aufgrund der realen Gegebenheiten (Vorhandensein einer ungleich größeren Vielfalt ggü. dem Rundfunk) wegfällt und die Gefährdungslage von Einzelfall zu Einzelfall variiert, kann auch nur am Einzelfall bestimmt werden, ob es, in Bezug auf ein konkretes Angebot, einer Ausgestaltung, samt einer öffentlich-rechtlichen Gewährleistung (wie beim klassischen Rundfunk) bedarf, oder nicht. (Zu Möglichkeiten einer Differenzierung vgl. T. Held, in: Hahn/Vesting, RStV, Anh. § 11, Rn. 95.)

³⁹⁹ Vgl. auch O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (470) und R. Müller-Terpitz, AfP 04/2005, S. 335 (341).

⁴⁰⁰ Wobei die Aufnahme dieser Passage in § 11 RStV ausweislich der Gesetzesbegründung insbesondere dazu dienen soll, die „inhaltliche Vielfalt“ „in den Mittelpunkt der Norm“ zu stellen. Vgl. Gesetzesbegründung, S. 9, was nichts daran ändert, dass § 11 RStV insgesamt seinen regulatorischen Grund (etwa gegenüber der Presse) in der besonderen Gefährdung der freien Meinungsbildung durch die hochgradig meinungsbildungsrelevanten Inhalte des klassischen Rundfunks findet. Dazu sogleich näher im Text.

⁴⁰¹ § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV.

⁴⁰² Ein Beispiel für einen solchen Rückgang des publizistischen Nutzens des „alten“ Angebots wären etwa ein Qualitätsrückgang aufgrund Kostendrucks der aus der neuen Konkurrenz resultiert. Noch weitergehend wäre insofern der Fall der Einstellung des alten Angebots, bspw., weil es sich aufgrund der neuen Konkurrenzsituation nicht mehr rechnet. (Vgl. dazu bspw. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (602)). Solche negative Folgen müssten in jedem Falle über einen entsprechend deutlich überwiegenden publizistischen Netto-Nutzen, der auf das neue Angebot zurückzuführen sein muss, gerechtfertigt werden.

⁴⁰³ Gemeint ist hier der *zusätzliche publizistische* Nutzen, den das neue Angebot bezogen auf den Nutzen, den der Nutzer aus den schon vorhandenen Angeboten (nach Berücksichtigung der Wechselwirkungen) ohnehin hatte. In einem anderen Sinn verwenden Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 112 den Begriff „Nettonutzen“.

das geplante neue Angebot (auch so gut wie) keinen *qualitativen* „Beitrag“ zum publizistischen Wettbewerb.⁴⁰⁴

Wird bspw. ein solch „neues“ Angebot in Ansehung seines Beitrags zur inhaltlichen Vielfalt und Meinungsbildungsrelevanz schon in publizistischer Hinsicht gleichwertig vom Markt zur Verfügung gestellt, so bedarf es dieses Angebots in öffentlich-rechtlicher Form zur Absicherung der Vielfalt zur freien Meinungsbildung und damit zur Sicherung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht, da diese schon über den Markt erreicht ist.

Dieser Umstand ist gerade die Kehrseite der Rechtfertigung der Sondersituation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner Gebührenfinanzierung: Die Gebührenfinanzierung (im klassischen Rundfunk) ist gerechtfertigt, weil und *solange*⁴⁰⁵ der Markt nicht selbst in der Lage ist, eine freie Meinungsbildung zu gewährleisten, d.h. solange es Marktdefizite (bzw. diesbezügliche Gefahren) in Bezug auf die Angebotsvielfalt gibt. Nichts anderes gilt im Online-Bereich⁴⁰⁶, nur dass eben dort gegenwärtig eine gegenüber dem klassischen Rundfunk nicht vergleichbare Vielfalt (schon) vorherrscht⁴⁰⁷, wodurch das wesentliche Ziel der Rundfunkfreiheit, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet⁴⁰⁸, schon erreicht ist.

⁴⁰⁴ Die teilweise geäußerte Annahme, dass mit jedem neuen austauschbaren Angebot der publizistische Wettbewerb verstärkt werde (und dies quasi jeden „Beitrag“ dazu rechtfertige), stimmt allenfalls so isoliert wie damit vorgetragen. (Deutliche Kritik an der zitierten Argumentation auch bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 81 in Fn. 289 und N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608)).

In der logischen Konsequenz dieser Ansicht läge es, dass der anzustrebende maximale publizistische Wettbewerb gerade dann vorläge, wenn es „unendlich“ viele (auch austauschbare) Angebote gäbe. Dann wäre aber auch die Breitenwirkung (und damit die Meinungsbildungsrelevanz) jedes einzelnen dieser Angebote unendlich klein, womit aber dann gerade keine (*besondere*) Meinungsbildungsrelevanz mehr vorläge, die eine Sonderbehandlung rechtfertigen könnte.

Man erkennt, dass der bloß quantitative „Beitrag“ zum publizistischen Wettbewerb (für sich genommen) kein Kriterium für die Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlichen Angebots sein kann. Da der Vorteil eines solchen Beitrags zum publizistischen Wettbewerb auf Kosten der Breitenwirkung (und damit auch der Meinungsbildungsrelevanz) geht, handelt es sich um ein Argument, dass allenfalls auf publikumsstarken (sonst liegt schon per se keine besondere Breitenwirkung vor), aber engen Märkten (wenig Anbieter) mit der Tendenz zum Marktversagen (wie im klassischen Rundfunk) Geltung beanspruchen kann. Es kommt mithin auf die tatsächliche Angebotssituation an. Die Sonderbehandlung des klassischen Rundfunks fußt auf der *dortigen Sonder-Situation* (publikumsstarker, aber relativ enger Fernsehangebotsmarkt mit standardmäßig ca. 30 Programmen, Marktversagen, bzw. entsprechende Tendenzen liegen, zumindest partiell, vor). Dies ist mit den Gegebenheiten im Internet nicht zu vergleichen (erheblich geringere Breitenwirkung; kein enger Markt, sehr viele Anbieter; kein Marktversagen. Näher zu diesen Aspekten sogleich im Text.). So gab es bereits 2007 schon allein 630 Online-Angebote deutscher Tageszeitungen. (Vgl. dazu Hans-Bredow-Institut, Zur Entwicklung der Medien in Deutschland zwischen 1998 und 2007, S. 115, Tabelle 1.5.1.1.) Richtigerweise ist daher nur auf den qualitativen Beitrag des Angebots abzustellen, was austauschbare Angebote weitestgehend ausschließt.

⁴⁰⁵ Vgl. R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (339).

⁴⁰⁶ Vgl. dazu R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (339 ff) und O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (470 ff.) sowie C. von Coelln, AfP 05/2005, S. 433 (439 ff.).

⁴⁰⁷ C. Degenhart, AfP Sonderhaft 2007, S. 24 (29 f.); R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (340); C. von Coelln, AfP 05/2008, S. 433 (443); J. Haucap/R. Dewenter, Ökonomische Auswirkungen, S. V.

⁴⁰⁸ Std. Rspr. Vgl. bspw.: BVerfGE 57, 295 (319); 73, 118 (152 f.); 90, 60 (88); 114, 371 (387 ff.).

Dieser Umstand ist bei der Frage der Erforderlichkeit öffentlich-rechtlicher Online-Angebote und damit im Rahmen des Drei-Stufen-Tests, bei der Frage des „Beitrags“ zum publizistischen Wettbewerb angesichts schon vorhandener Angebote, zu berücksichtigen.⁴⁰⁹ Es gilt daher für den Online-Bereich: Ist ein bestimmtes Angebot schon (austauschbar) auf dem Angebots-Markt vorhanden, so bedarf es dieses Angebots, jedenfalls zur Sicherung der Vielfalt und damit zur Sicherung der freien Meinungsbildung, als Ziel der Medienordnung insgesamt, nicht noch einmal.⁴¹⁰ Es gibt damit im Online-Bereich keinen generellen publizistischen Vorranganspruch⁴¹¹ der öffentlich-rechtlichen Angebote gegenüber denen der Privaten zur Gewährleistung vollumfänglicher (Internet-) Vielfalt, wie dies in der *besonderen* Situation des klassischen Rundfunks der Fall ist.⁴¹²

bb. Notwendigkeit der (Neu-) Bestimmung der Online-Aufgabe der Anstalten

Hieraus ist nicht zu folgern, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet gar nicht partizipieren darf, sondern nur, dass er auch hier einen die Medienordnung insgesamt *fördernden* Beitrag leisten muss, um eine Sonderstellung - auch gegenüber den grundrechtlich geschützten Interessen der anderen Marktteilnehmer, aber auch der Gebührenzahler - zu rechtfertigen. Das kann im Internet aber eben nur über eigenständige⁴¹³, nicht über austauschbare Angebote erfolgen und erfordert somit eine Profilierung des öffentlich-rechtlichen Internet-Angebots.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Vgl. zu den Einzelementen der zweiten Stufe: D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (6 f.).

⁴¹⁰ Vgl. dazu auch O. Castendyk, AfP 05/2008, S. 467 (473). Die Gegenansicht überzeugt indes nicht: Es ist zwar zutreffend, dass jedes weitere Angebot den publizistischen Wettbewerb erhöht, nur ist dies kein Argument für die Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlichen Engagements im Online-Bereich solange gar kein Marktversagen besteht (wenn also die Vielfalt, die der publizistische Wettbewerb gerade sichern soll, schon über den Markt hergestellt wird.) Das Hinzutreten des öffentlich-rechtlichen Angebots stört in diesem Fall nur (europarechtlich unzulässig) den aus sich heraus funktionellen Markt und schafft Ungleichgewichte und unkontrollierbare Marktverschiebungen. Im Übrigen ist es verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, dass Angebote, die schon austauschbar vorhanden sind, mithin dem Gebührenzahler schon zur Verfügung stehen, nun von ihm noch über eine Gebühr finanziert werden müssen, ohne dass er dadurch einen (seine Belastung rechtfertigenden zusätzlichen) Nutzen hätte. Vgl. hierzu auch die Argumente bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 81 in Fn. 289 und bei N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608).

⁴¹¹ Im Internet kann auch die „existenzielle Bedingtheit“ der privaten Angebote (vgl. dazu M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (595 f.)) an die Erfüllung des klassischen Auftrags durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht gelten. Nicht nur, dass „diesmal“ das Internet zuerst da war und völlig unabhängig vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk entstanden ist. Es kann in seinem Bestand auch niemals abhängig sein vom Bestand oder Funktionieren öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Eine solche Annahme wäre bar jeder Realität.

⁴¹² Im Internet müssen (und können) die öffentlich-rechtlichen (schon rein praktisch) nicht die „Grundversorgung“ sichern.

⁴¹³ Die Eigenständigkeit kann sich dabei gerade aus Verbindungs- und Ergänzungsangeboten zur eigentlichen Profession der Rundfunkanstalten - dem klassischen Rundfunk - ergeben.

⁴¹⁴ Vgl. zur Notwendigkeit einer Profilierung: K.-H. Ladeur Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 41 ff., 63, 67, 95. Für eine Profilierung beider Säulen der dualen Rundfunkordnung, im Rahmen einer Interpretation der beiden Säulen als Vielfalt *eröffnende* Struktur [Anm.: Die dem Konzept der strukturellen Diversifikation ohnehin näherliegt, als die „existenzielle Bindung“ des Privatfunks an den öffentlich-rechtlichen.] spricht sich H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (234) aus.

Insofern spielen dann auch Kriterien wie die Qualität des Angebots im Verhältnis zu der Qualität schon vorhandener Angebote⁴¹⁵ und in diesem Rahmen ggf. weitere (im RStV aber nicht ausdrücklich genannte) Gesichtspunkte wie z.B. die Unabhängigkeit (der Auswahl) seiner Inhalte, ggf. die Möglichkeit oder (Nicht-) Notwendigkeit einer Orientierungsfunktion im Internet („trusted guide“⁴¹⁶- bzw. „Leuchtturm“-Gedanke⁴¹⁷) usw. eine Rolle für die Bewertung (und damit die Gewichtigkeit) des Beitrags zum publizistischen Wettbewerb.⁴¹⁸

(1) Berücksichtigungsfähigkeit internettypischer Gefährdungslagen

Soweit in der Literatur - nicht zu Unrecht - auch darauf verwiesen wird, dass im Internet, etwa hinsichtlich der Verfälschbarkeit oder Verlässlichkeit der Kommunikationsinhalte, der Manipulierbarkeit der Rezeptions- und Interaktionsakte usf. auch neue „Gefährungsdimensionen“ für die freie Meinungsbildung bestehen⁴¹⁹, fragt sich, ob sich hierüber ein Auftrag für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ergeben kann. Dabei ist zu beachten, dass solche Gefährdungen weniger auf der Ebene der inhaltlichen Vielfalt der Angebote gegeben sind, sondern eher auf der Seite des Zugangs zu den vorhandenen Informationen bestehen.⁴²⁰

Solche Gefährdungen können z.B. bei Suchmaschinen in einer anbieterseitigen Beeinflussung/Verkürzung der Suchergebnisse liegen.⁴²¹ Sie können sich aber auch bei anderen Websites daraus ergeben, dass systemseitig Nutzerpräferenzen abgespeichert und bei einem späteren, erneuten Aufruf des Angebots dazu genutzt werden, dem Nutzer (nur) präferenzgerechte Informations-Angebote zu unterbreiten („Me-Angebote“⁴²²). In solchen Entwicklungen liegt dann jeweils eher eine Gefahr im *Zugang* zu den Informationen, als in der Vielfalt an sich, denn der Umfang des Angebots an Informationen im Internet (der bestehende

⁴¹⁵ Siehe § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV. Hierfür gilt mit I. Haarhoff/R. Kopp, NJOZ 2009, S. 2927 (2933): „Je höher das Qualitätsniveau des öffentlich-rechtlichen Angebots, desto eher ist eine Beeinträchtigung kostenfrei zugänglicher oder kostenpflichtiger privater und anderer Wettbewerbsangebote zu akzeptieren.“ Zur Notwendigkeit zur diesbezüglichen Beurteilung Qualitätskriterien zu entwickeln, siehe näher W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 37 f.

⁴¹⁶ Mit guten Argumenten dagegen: C. Degenhart, Gehören Online- und New Media Aktivitäten zum Grundversorgungsauftrag?, S. 4 ff.

⁴¹⁷ Kritisch und mit guten Argumenten dagegen: R. Müller-Terpitz, AfP 04/2008, S. 335 (340).

⁴¹⁸ Wobei dann wiederum zu fragen und über den Drei-Stufen-Test ggf. zu bewerten ist, ob es „unabhängiger“ Angebote im außenpluralistischen System des Internet überhaupt bedarf. Dies wirft die Frage nach der Funktion öffentlicher-rechtlicher Angebote im Internet auf. Dazu sogleich im Text.

⁴¹⁹ W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 244.

⁴²⁰ Vgl. dazu näher H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (242 ff.).

⁴²¹ T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 207 f.

⁴²² Die Formulierung wurde in Anlehnung an den Begriff „Me-TV“ gewählt. Der Begriff „Me-TV“ kennzeichnet lernfähige Programmführer im TV-Bereich, die dem Nutzer aufgrund seiner bisherigen Sehgewohnheiten präferenzgerechte Vorschläge für „ähnliche“ Angebote unterbreiten. Dort besteht auch die Gefahr einer (längerfristige) systemseitigen Fremdbestimmung. Vgl. näher dazu K.-H. Ladeur, in FS E. Stein, S. 67 (82).

„Vielfaltsreichtum“⁴²³ ist hiervon grundsätzlich unabhängig, nur kann der Nutzer über Vorselektionen etc. nicht auf alle Angebote ungehindert zugreifen.⁴²⁴

Die Regulierung des freien Zugangs zu Informationen im Internet ist hier nicht das Thema.⁴²⁵ Gleichwohl sind diesbezügliche Gefährdungs-Aspekte angesichts des Umstands, dass die bisherige, nur geringe rechtliche Durchdringung des Internets diesbezügliche Gefährdungen nicht auszuschließen vermag, bei der Beantwortung der Frage, welche Aufgabe den öffentlich-rechtlichen Anstalten im Internet zukommt bzw. zukommen soll, u.U. nicht gänzlich außer Betracht zu lassen⁴²⁶, bspw. um die zulässigerweise von den Anstalten veranstalteten Angebote (sei es im Internet oder im klassischen Rundfunk) in ihrer Auffindbarkeit über das Internet abzusichern.⁴²⁷

Hierzu ist festzustellen: Die öffentlich-rechtlichen Anstalten können im Internet (trotz eventueller Gefährdungslagen) weder inhaltlich, noch finanziell die Rolle des Vielfaltsgaranten übernehmen⁴²⁸ (wie dies im klassischen Rundfunk der Fall ist), noch können sie, aus den gleichen Erwägungen, vollumfänglich den Zugang zu den im Internet vorhandenen Informationen absichern.⁴²⁹ Den internettypischen, zumeist auch multinational angelegten bzw. verwurzelten Gefährdungslagen kann so jedenfalls nicht erfolgreich begegnet werden.

(2) Konsequenzen für den Aufgabenbereich

Aus dem Umstand, dass es nicht (mehr) Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Anstalten sein kann, eine vollumfängliche, mögliche Vielfalt auch im Internet zu gewährleisten, folgt auch, dass eine (*Neu-*) *Festlegung der Aufgaben* des öffentlich-rechtlichen Rundfunks *für den Bereich der Online-Angebote* notwendig ist, die (auch und insbesondere) über die Durchführung des Drei-Stufen-Test erfolgen muss und nach dem gesetzgeberischen Willen ganz offensichtlich ja auch

⁴²³ Formulierung nach W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 244.

⁴²⁴ Dies könnte möglicherweise dann, etwa bei der Partizipation an web 2.0-Angeboten, auch wieder auf die Vielfalt zurückwirken. Hier sind vielfältige Konstellationen denkbar. Etwa, dass ein Angebot, aufgrund einer „Verschmähung“ durch eine Suchmaschine wirtschaftlich unrentabel wird und daher, mit der Konsequenz abnehmender Vielfalt, eingestellt wird. Ähnlich ist es, wenn die Suchmaschine web 2.0-Angebote verschmährt, da der Nutzer dann möglicherweise auch davon abgehalten wird, neue (oder Ergänzungs-) Angebote (bspw. bei Wikipedia) ins Netz einzustellen. Vgl. allg. zu sog. „Informationsasymmetrien“: T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 206 ff.

⁴²⁵ Vgl. dazu näher H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (242 ff.).

⁴²⁶ Vgl. allg. dazu auch T. Held, in: Hahn/Vesting, RStV, Anh. § 11, Rn. 95.

⁴²⁷ Man könnte solche Angebote als „zugangsabsichernde (Zusatz-) Angebote“ klassifizieren.

⁴²⁸ Deutliche Einschränkung auch bei K.-E. Hain, Gutachten, S. 77: „konzentrierte Rekonstruktion eines adäquat vielfältigen Gesamt-Meinungsbildes“.

⁴²⁹ Dies dürfte angesichts des Umfangs und des Wachstums der Internetangebote außer Frage stehen.

erfolgen soll.⁴³⁰ Die Gewährleistung von *vollumfänglicher* Vielfalt durch öffentlich-rechtliche Anstalten kann dabei nicht mehr als vernünftiges Ziel angesehen werden.⁴³¹

(3) Konsequenzen für die Geeignetheit der binnenpluralen Gremienkontrolle

Aus dem Umstand, dass es unter den Gegebenheiten nicht Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Anstalten sein kann, (auch) im Internet eine vollumfängliche, mögliche Vielfalt zu gewährleisten, folgt aber auch, dass die allein *hierauf*, also *gerade* auf die Gewährleistung einer möglichen Vielfalt ausgerichtete binnenplurale Kontrolle, für die Kontrolle einer solchen, gar nicht mehr auf umfassende Vielfalt ausgerichtete Anstaltsaufgabe, schon konzeptionell völlig ungeeignet (und damit verfassungswidrig⁴³²) ist.

⁴³⁰ Vgl. dazu bspw. die Begründung des 12. RÄndStV, S. 15 f.: „Die in der Vergangenheit lediglich innerhalb des dualen Rundfunksystems von öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkveranstaltern notwendige Abgrenzung bedarf wegen der beschriebenen Entwicklung ebenfalls einer Aktualisierung. Nicht anders als bisher für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme gefordert, müssen sich auch die öffentlich-rechtlichen Telemedien auf der Grundlage ihres staatsvertraglichen Auftrags von kommerziellen Angeboten *unterscheiden*, die nicht nur von privaten Rundfunkveranstaltern, sondern auch einer Vielzahl weiterer Marktakteure über das Internet zur Verfügung gestellt werden.“ (Hervorhebung nur hier.)

⁴³¹ Vgl. H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (234): „kein realistisches Ziel“.

⁴³² Dazu sogleich im Text unter Teil H. IV. 2.

(4) Staatsvertragliche Anhaltspunkte für die Neubestimmung der Aufgabe

Eben weil der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet nicht mehr (allein) an der Gewährleistung von Vielfalt ausgerichtet sein kann, wird über den Test auch noch *konkreter* danach zu fragen und zu evaluieren sein, *welche* Aufgaben die öffentlich-rechtlichen Anstalten in Bezug auf das Internet konkret (und sinnvollerweise) übernehmen sollen: Wo sind meinungsrelevante Angebote, die der (Internet-) Markt vernachlässigt und deren Erbringung *nur* öffentlich-rechtlich und nicht anderweitig (marktlich oder sonst) regulativ zu gewährleisten ist?⁴³³

Zur Bestimmung des Beitrags zum publizistischen Wettbewerb werden in diesem Rahmen auch die in § 11d Abs. 3 RStV formulierten Sekundär-Ziele, inwieweit das neue Angebot die Teilhabemöglichkeiten aller Bevölkerungsgruppen an der Informationsgesellschaft verbessert, eine Orientierungshilfe bietet und die technische und inhaltliche Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten fördert⁴³⁴, zu berücksichtigen sein.

⁴³³ Es wäre ja auch durchaus denkbar, in anderer Weise regulativ auf die Marktordnung des Internet einzuwirken, um möglichen Defiziten (etwa im Informationszugang etc.) entgegenzuwirken. So ist beispielsweise die Einhaltung der Informationspflicht in Bezug auf die Herkunft der Angebote über die Impressumspflicht (§ 5 TMG) gesetzlich kaum anders kontrollierbar und damit auch nicht anders „staatlich gewährleistet“, als dass Verstöße hier über das Wettbewerbsrecht (§§ 3, 4 Nr. 11 UWG) von der Vielzahl der Marktteilnehmer selbst kontrolliert und wettbewerbsrechtlich geahndet werden. Eine öffentliche Stelle könnte dies nicht leisten. Bestehen im Internet spezifische „Gefährdungsdimensionen“ für das Allgemeinwohl, so ist ihnen grundsätzlich auch durch einen an diese speziellen Gefährdungen angepassten Internet-Ordnungsrahmen zu begegnen. (Was nicht heißt, dass dies das Wettbewerbsrecht sein muss, denn dieses konnte bislang, jedenfalls im klassischen Rundfunk, keine nennenswerten Steuerungserfolge erzielen. Vgl. Teil H. III. 3 .b.) Defizite hinsichtlich des Internet-Ordnungsrahmens über das (nationale) Rundfunkrecht auffangen zu wollen, erscheint schon angesichts der (in vielerlei Hinsicht bereichsübergreifenden) Dimensionen wenig erfolgversprechend.

Solange es an einem solchen speziellen Internetordnungsrahmen zur Absicherung von Gemeinwohlinteressen aber fehlt, sind die hieraus resultierenden Gefährdungsdimensionen, die insbesondere den Zugang zu öffentlich-rechtlichen Angeboten betreffen, u.U. auch im Rahmen des Drei-Stufen-Tests zu berücksichtigen. Allerdings ist hier äußerste Zurückhaltung geboten: Denn *alle* diesbezüglichen Gefährdungslagen können die Anstalten ohnehin nicht auffangen. Sie wären damit überfordert. Sie müssten sich daher auf einzelne Aspekte konzentrieren. Zu der Bestimmung ihres solchermaßen kompensierenden Aufgabenbereichs im Internet müssten die Anstalten dann auch Entscheidungen treffen (wie etwa die Etablierung einer eigenen Suchmaschine), die infolge diverser Wechselwirkungen auch auf vor- und nachgelagerten Märkten so weit in die gesamte Medienordnung reichen, dass man sie den Anstalten auf keinen Fall alleine überlassen kann. Da die Anstalten die Reichweite ihrer Online-Betätigung (gerade in dieser, Mängel der sonstigen Rechtsordnung kompensierenden, Dimension), schon wegen des jeder Organisation innewohnenden Ausweitungsinteresses, nicht eigenständig bestimmen können, bedarf es - nicht nur für diesen speziellen Fall - eines objektiven, unabhängigen, zur Beurteilung kompetenten Entscheidungsträgers. Hierfür sind die anstaltsinternen, ehrenamtlichen Gremien aufgrund mangelnder Unabhängigkeit, aber auch aufgrund mangelnder Professionalität, nicht geeignet (vgl. bspw. H. Gersdorf, Legitimation, S. 5 f.).

Im Übrigen ist der Gesetzgeber grundgesetzlich dazu aufgerufen, *selbst* die Medienordnung in ihren Grundzügen zu regeln, da sie eine Vielzahl von Akteuren in grundrechtsrelevanten Bereichen betrifft. Dies kann er nicht einem Akteur in Selbstverwaltung überlassen (Vgl. C. Degenhart, ZUM 03/1997, S. 153 (159)).

⁴³⁴ Vgl. dazu näher die Gesetzesbegründung des 12. RÄndStV, S. 18/19.

cc. Zu der Berücksichtigung der weiteren Aspekte in der Gesamtabwägung

(1) Der Aspekt der Kosten des Angebots

§ 11f Abs. 2 Nr. 3 RStV verlangt dann, wenn man die Formulierung in Nummer 3 so versteht, dass es nicht allein auf die bloße Veröffentlichung des finanziellen Aufwands, sondern auf dessen Relation zu seinem öffentlichen Nutzen (bzw. seinen Beitrag zum publizistischen, meinungsbildenden Wettbewerb) ankommt⁴³⁵, auch die Einbeziehung der Interessen der Gebührenzahler in die Abwägung: Das neue Angebot muss sich damit über die Anforderungen der Nummer 3 in seinem publizistischen Nutzen auch gegenüber seinen Kosten rechtfertigen.⁴³⁶

Auch dies ist ein Novum gegenüber dem klassischen Rundfunk: Bisher wurden die Interessen der Gebührenzahler, obwohl grundrechtlich schon bisher als schützenswert angesehen⁴³⁷, nur nachrangig und methodisch wenig konsequent als vages Korrektiv⁴³⁸ im Rahmen der Gebührenfestsetzung berücksichtigt.

Dem Abwägungsaspekt „Kosten des Angebots“ dürfte, neben dem Umstand, dass er die grundrechtlich geschützten Interessen der Gebührenzahler (nun am richtigen Ort) repräsentiert, auch vor dem Hintergrund der aktuellen wirtschaftlichen Entwicklung und des Umstands, dass über den Drei-Stufen-Test eine größere Transparenz bzgl. der Verwendung der Gebührengelder entsteht, eine erhebliche Bedeutung auch in der öffentlichen Wahrnehmung zukommen. Diese Umstände verleihen diesem Aspekt auch ein erhebliches Abwägungsgewicht bzw. auferlegen dem Entscheidungsträger eine entsprechende Begründungslast⁴³⁹ hinsichtlich der Entscheidung.⁴⁴⁰

⁴³⁵ So zutreffend B. Holzner/K. Siebenhaar, 7-Stufen-Plan, S. 2; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (8); Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 74 ff.; B. Peters, K&R 2009, S. 26 (30); Holzner/Dörr/Hildebrand, Elektron. Medien, S. 492; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609); V. Henle, epd medien (92) 2007, S. 3 (4).

⁴³⁶ Deutlich: Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 75, 23.

⁴³⁷ Vgl. nur BVerfGE 90, 60 (60), 5. Leitsatz.

⁴³⁸ Zum dreistufigen KEF-Verfahren vgl. schon oben Teil B. II. 2. Gegen das prozedurale Konzept an sich spricht nichts. Problematisch ist nur, dass die KEF zunächst eine aufwendige fachliche Prüfung vornimmt, die dann durch völlig vage und letztlich nicht zu operationalisierende Kriterien auf der dritten Stufe kontaktiert wird. Zwar sieht das Bundesverfassungsgericht hier zu recht hohe Begründungsanforderungen vor, nur vermögen diese die letztlich maßgeblichen Fehler, nämlich die, die auf ersten Stufe gemacht werden, nicht mehr zu verhindern. Fehler der ersten Stufe setzen sich daher im Verfahren fort und werden - bezeichnender Weise - besonders auf der Dritten Stufe deutlich, wo den einfachen Gesetzgeber dann hohe Begründungsanforderungen treffen, um die an sich schon grundrechtlich geschützten Interessen der Gebührenzahler noch „irgendwie“ (einfach-gesetzlich) zu berücksichtigen. Die Erweiterung des Online-Bereichs wird diese „Schwierigkeiten“ weiter verdeutlichen und letztlich auf den Kern des Problems, die erste Stufe (und damit die Binnenkontrolle), zurückverweisen.

⁴³⁹ Dazu näher Vgl. K.-E. Hain, Gutachten, S. 69 f. mit Fn. 237; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (604) spricht insofern von „Darlegungs- und Abwägungslasten“; vgl. ferner T. Schmid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4).

⁴⁴⁰ Aus der Notwendigkeit, die grundrechtlich geschützten Interessen der Gebührenzahler schon im Auftragskonkretisierungsprozess mit einzubeziehen, folgt auch das Erfordernis, die Kosten des Angebots, so präzise wie es im Vorfeld geht, und den jeweiligen Angeboten konkret zugeordnet (was wiederum eine hinreichend konkrete Angebotsbeschreibung erfordert), in der Intendantenvorlage zu beziffern. Vgl. dazu Begründung zum 12. RÄndStV, S. 21.

(2) Der Aspekt der marktlichen Auswirkungen - Vergleich mit dem Public Value Test

Soweit § 11 f Abs. 4 Satz 3 RStV auch vorsieht, dass u.a. die marktlichen Auswirkungen mit „zu berücksichtigten“ sind, ist allerdings noch unklar, welches Gewicht den *wirtschaftlichen* Belangen der Privaten beizumessen ist. In Ansehung der Funktion der Rundfunkfreiheit war es bislang so, dass die Marktchancen der Privaten nur insofern eine Rolle spielten, als dass ein privates Angebot durch das öffentlich-rechtliche Angebot nicht Bedingungen unterworfen werden durfte, die sein Angebot wesentlich erschweren oder gar unmöglich machen.⁴⁴¹ Diese verfassungsgerichtliche Leitlinie konnte bislang gleichwohl nicht verhindern, dass es trotzdem zu unzulässigen Verdrängungen privater Angebote gekommen ist.⁴⁴² Die Berücksichtigung der marktlichen Auswirkungen im Testverfahren sollte - bei fehlerfreier Abwägung - zumindest eine bewusste wirtschaftliche Verdrängung ausschließen können.⁴⁴³

Wie weit wirtschaftliche Belange *in concreto* (etwa auf vor- und nachgelagerten Märkten) darüber hinaus eine weitergehende Bedeutung erlangen können oder sollen, ist auch eine Frage, für die gesetzliche Vorgaben fehlen. Daher ist auch sie, wie die Bestimmung der konkreten Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Anstalten, erst im Wege des richtigerweise gewählten Konzepts der Struktursteuerung⁴⁴⁴ (über das Verfahren und eine entsprechende Organisation⁴⁴⁵) über das dabei generierte Wissen am Einzelfall zu beantworten.⁴⁴⁶

Nimmt man Aufbau und Formulierung des § 11f Abs. 4 RStV in den Blick, so ist es wohl aber so, dass die zweite Stufe vorrangig nach dem publizistischen Nutzen des geplanten Angebots fragt und die marktlichen Auswirkungen „dabei“ nur als einer von mehreren Aspekten zu

⁴⁴¹ So für den klassischen Rundfunk etwa: BVerfGE 83, 238 (311). Vgl. näher hierzu auch M. Bullinger, *Regulierung von Wirtschaft und Medien*, S. 207 m.w.N. zur diesbezüglichen Rechtsprechung.

⁴⁴² Vgl. schon oben Teil H. III. 3. b.

⁴⁴³ Vgl. dazu näher T. Held, *Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten*, S. 363; Zur Unzulässigkeit einer Verdrängung vgl. auch Ders., in: Hahn/Vesting, *Anh. § 11 RStV*, Rn. 31 und W. Hoffmann-Riem, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, S. 226.

⁴⁴⁴ Zu diesem Begriff vgl. W. Hoffmann-Riem, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, S. 297 ff.; M. Eifert, *Programmauftrag*, S. 143 ff. Zu den Einsatzmöglichkeiten der Struktursteuerung als Kollisionsordnung für die beiden unterschiedlichen Grundrechtsregime in der dualen Ordnung vgl. K.-H. Ladeur, *Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05*, S. 77 ff. und S. 55 ff.

⁴⁴⁵ „Entsprechend“ ist eine Organisation in diesem Sinne dann, wenn sie funktionsgerecht ist. Es gilt auch hier der (allg.) Grundsatz funktionsgerechter Organisation/Organstruktur. Dazu sogleich unter Teil H. IV. 3.

⁴⁴⁶ Vgl. W. Hoffmann-Riem, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, S. 298: „Struktursteuerung ist vor allem der richtige Weg, wenn das Ziel gar nicht so definiert ist (und definiert werden kann/darf), daß eine Operationalisierung durch Angabe konkreter Schritte der Zielerreichung möglich ist.“ Dies gilt einmal für den Aufgabenbereich der Anstalten im Online-Bereich an sich, aber auch für dabei erhebliche Unterfragen, wie etwa die Bedeutung und Behandlung marktlicher Aus- und Rückwirkungen auf das publizistische Gesamtangebot in der dualen Ordnung. Da die diesbezüglichen Auswirkungen von Angebot zu Angebot ganz erheblich variieren können, lassen sich auch gerade keine generellen „Verhaltens-“ Vorgaben dazu treffen, bis zu welcher vor- oder nachgelagerten Ebene Auswirkungen zu erfassen und wie sie insgesamt zu gewichten sind. Dies alles kann nur mittels Struktursteuerung ermittelt, bewertet und entschieden werden.

berücksichtigen sind.⁴⁴⁷ Dies lässt nicht erwarten, dass den marktlichen Auswirkungen im Sinne wirtschaftlicher Auswirkungen hierbei ein im Verhältnis zu dem publizistischen Nutzen gleich hohes Gewicht beigemessen wird, wie dies beim Public Value Test der Fall ist. Dort ist die Kosten-Nutzen-Abwägung Teil der Bestimmung des Public Value⁴⁴⁸ (mithin des „öffentlichen Nutzens“⁴⁴⁹).

In dieser gegenüber dem britischen Testverfahren abweichenden Zuordnung der Abwägungsaspekte äußert sich auch eine abweichende Vorstrukturierung bzgl. der Gewichtung der Belange: Beim Public-Value-Test ist der öffentliche Nutzen unmittelbar gegen den Markteinfluss (= Interessen der Privaten) abzuwägen.⁴⁵⁰ Beim Drei-Stufen-Test ist dagegen der publizistische Nutzen gegen die Kosten (= Interessen der Gebührenzahler) abzuwägen, wobei der Markteinfluss (= Interessen der Privaten) nur ein Teilaspekt des publizistischen Nutzens ist.⁴⁵¹

dd. Auswirkungen auf die Gesamtabwägung

Die vorstehenden Untersuchungen zeigen, dass sich aus § 11f Abs. 4 Sätze 2 und 3 RStV (und ihrer Interpretation aus verfassungsrechtlich angemessener Perspektive), nur in sehr geringem Maße Vorgaben für die Gewichtung der dort zugleich für abwägungserheblich erklärten Aspekte ergeben.⁴⁵² Insofern obliegt es nach der Konzeption des Staatsvertrags dem Gremium, aus den generierten Belangen und Informationen, Vorrangregeln zu entwickeln⁴⁵³ und darüber auch die Gewichtung der abwägungs- und damit entscheidungserheblichen Aspekte vorzunehmen.

⁴⁴⁷ Diese Deutung ergibt sich aus der Struktur der Norm. Vgl. zu dieser Sicht T. Held, S. 362: „Nicht die Auswirkungen auf kommerzielle Märkte, sondern die Auswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb stehen im Mittelpunkt der Betrachtung, wobei aber nicht außer Acht gelassen werden kann, dass die Einnahmen, die private Anbieter auf kommerziellen Märkten erzielen, ihre publizistische Wettbewerbsfähigkeit sichern.“ Vgl. auch Europäische Kommission K (2007) 1761 endg. Rn. (362).

⁴⁴⁸ Vgl. oben Teil C. II. 3. e.

⁴⁴⁹ Ebenda.

⁴⁵⁰ Teil C. II. 3. e. mit Abb. 3.

⁴⁵¹ Vgl. § 11f Abs. 4 S. 3 RStV; Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 8.

⁴⁵² Vgl. dazu N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607): „keine expliziten Maßstäbe für die Gewichtung“.

⁴⁵³ Allg. zur Bildung von Vorrangregeln vgl. W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 10 S. 681 Rn. 85; bzgl. des Drei-Stufen-Tests, T. Schid/P. Gerlach, FK 25/2009, S. 3 (4 ff.).

Da es bei Fehlgewichtungen zwangsläufig auch zu einer fehlerhaften Abwägung und damit zu einer fehlerhaften Auftragskonkretisierung kommt, führen die geringen Vorgaben bzgl. der Interpretation und Gewichtung der Aspekte zu einer ganz erhebliche (Eigen-) *Verantwortung* des Gremiums für die Zielerreichung des gesamten Testverfahrens.⁴⁵⁴

Zu einer funktionsgerechten Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Online-Bereich kommt es über den Drei-Sufen-Test aber eben gerade *nur* dann, wenn alle abwägungserheblichen Belange richtig und vollständig ermittelt, entsprechend ihrer objektiven Wichtigkeit zutreffend gewichtet und dementsprechend gegeneinander abgewogen werden. Damit sind insbesondere die Gewichtung und die Abwägung der Belange die maßgeblichen, letztlich (über die Qualität der Konkretisierung) entscheidenden Verfahrensschritte. Ihre Qualität hängt, eben wegen weitgehend fehlender Gewichtungsvorgaben und der damit gegebenen Notwendigkeit, Vorrangregeln hinsichtlich der einzelnen Belange, aber auch bzgl. der benannten Abwägungsaspekte, erst über das Verfahren zu generieren, maßgeblich von der Qualität des Entscheidungsträgers ab.⁴⁵⁵ Die Verfahrensschritte „Gewichtung“ und „Abwägung“ bedürfen daher in besonderem Maße einer für diese komplexen Entscheidungsvorgänge *geeigneten* organisatorischen Absicherung.⁴⁵⁶

2. Ungeeignetheit der anstaltsinternen Binnenkontrolle

Die staatsvertragliche Regelung des § 11f RStV legt die Entscheidung, welche Online-Angebote noch zum Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen Anstalten gehören sollen, in die Hand der anstaltsinternen Gremien.⁴⁵⁷ Diesen obliegt damit nunmehr, Entscheidungen zu treffen, die - konvergenzbedingt - eine Vielzahl von Akteuren aus der Medienwirtschaft in ihren grundrechtlich geschützten Interessen unmittelbar betreffen.

Diese Konstruktion begegnet erheblichen Bedenken: So geht der gesetzgeberische Ansatz der Entscheidungsübertragung gänzlich daran vorbei, dass das Bundesverfassungsgericht⁴⁵⁸ und die

⁴⁵⁴ Zu der erheblichen Verantwortung des Gremiums im Rahmen des Drei-Stufen-Tests vgl. auch H. Rossen-Stadtfeld, Anforderungen d. Dreistufentests an d. Gremien, S. 19 ff.; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608).

⁴⁵⁵ Deutlich N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608): „Mangels subsumierbarer materieller Vorgaben der Gesetzgeber kommt den Organisations- und Verfahrensregelungen des 12. RÄndStV mithin aller Voraussicht nach praktisch ausschlaggebende Bedeutung zu. Pointiert gesagt: Für die Praxis wird entscheidend sein, wessen Beurteilung der Sachlage und wessen Abwägungsentscheidung letztlich rechtlich nicht kontrolliert wird.“

⁴⁵⁶ Mängel in der Organisation werden zu Mängeln in der Entscheidung.

⁴⁵⁷ § 11f Abs. 6 RStV. Vgl. auch die Gesetzesbegründung zum 12. RÄndStV, S. 23.

⁴⁵⁸ Vgl. jüngst Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 09.11.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 138; BVerfGE 87, 181 (200 ff.);

Literatur⁴⁵⁹ - zu Recht - davon ausgehen, dass jeder Institution - und ausdrücklich gerade auch den öffentlich-rechtlichen Anstalten⁴⁶⁰ - ein Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse innewohnt. Gerade dies hat das Bundesverfassungsgericht auch dazu veranlasst, die grundrechtsrelevante Entscheidung im Gebührenbereich gerade nicht den Anstalten alleine - und eben *auch nicht* deren Gremien - zu überlassen, sondern zur Entscheidungsfindung eine unabhängige, externe Kommission zu etablieren.

Die Notwendigkeit dieser Externalisierung ist schon durch einen oberflächlichen Blick auf das Verhältnis zwischen den angemeldeten Bedarfen der Anstalten und deren Kürzungen durch die KEF erkennbar: In den drei letzten Gebührenanpassungs-Runden hat die KEF den von den Anstalten angemeldeten Bedarf jeweils um ca. 44 % (also regelmäßig um fast die Hälfte des angemeldeten Bedarfs!) gekürzt.⁴⁶¹ Dies bestätigt die Annahme des Bundesverfassungsgerichts, eines Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses der Anstalten, anhand neutral und zugleich fachmännisch ermittelter Zahlen eindeutig.

Dabei wird zugleich auch offenkundig, wie sehr die Gebührenzahler, aber auch die Privaten durch die anstaltsinterne (Selbst-) Einschätzung der Gebührenhöhe belastet wären, wenn es die externe Kontrolle durch die KEF nicht gäbe. Im Endeffekt zeigt sich (schon hier), *wie* notwendig die Einschaltung *externer* Kontrollen tatsächlich ist, um Ausweitungstendenzen zu begrenzen.

So unabdingbar damit die KEF-Kontrolle mit ihren enormen, letztlich systemerhaltenden Kürzungen⁴⁶² ist, so klar ist aber auch festzustellen, dass die Notwendigkeit zur Kürzung *allein* aus der Dysfunktionalität der Binnenkontrolle resultiert. Die ständige Erforderlichkeit, den

⁴⁵⁹ S. dazu etwa K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 63 f.; C. Degenhart, ZUM 5/2000, S. 356 (359); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 275: „Es gibt keinen Anlaß für die Annahme, daß nicht auch Rundfunkanstalten und ihr Personal Eigeninteressen entwickeln (...)“. W. Schulz, in: P. Donges/M. Puppis, Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, S. 311 (318): „natürlicher Drang jeder Organisation nach Expansion“.

⁴⁶⁰ Vgl. nur Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 09.11.2007 - 1 BvR 2270/05, Rn. 138 und BVerfGE 87, 181 (200 ff.). Die Anstalten unterliegen zudem dem - expansive Tendenzen unterstützenden - Umstand, ihre Ausgaben nicht refinanzieren zu müssen. Faktisch wird - ganz im Gegensatz zu privatwirtschaftlichen Unternehmen - *jede* Programm- / Angebotsentscheidung honoriert, obwohl das Bundesverfassungsgericht eindeutig festgestellt hat, dass dies gerade nicht zwingend der Fall sein muss (BVerfGE 90, 60 [92]). Dass nicht jede Programmentscheidung der letzten Jahrzehnte zu honorieren gewesen wäre, steht schon angesichts der Fälle gezielter Verdrängung von Wettbewerbern (und damit von publizistischem Wettbewerb) außer Frage. Zur Unzulässigkeit gezielter Verdrängung vgl. bspw. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 226.

⁴⁶¹ Die Berechnung bezieht sich auf die sich aus den Bedarfsanmeldungen ergebenden Gebührenerhöhung: So betrug die Anmeldung für die Gebührenperiode ab 2001 DM 5,75. Die KEF hat diesen Betrag auf DM 3,33 gekürzt (mithin um ca. 42 %). Für die Gebührenperiode ab 2005 meldeten die Anstalten einen zusätzlichen Bedarf von Euro 2,01 an, die KEF kürzte diesen Betrag auf Euro 1,09 (mithin um ca. 46 %). Zur Gebührenperiode ab 2009 wurde die Anmeldung von Euro 1,69 auf Euro 0,95 gekürzt (mithin um ca. 44%). Der oben genannte Wert ist das Mittel der prozentualen Kürzungen im genannten Zeitraum.

⁴⁶² Anderfalls hätte jedesmal eine vom Gebührenzahler getragene Überfinanzierung vorgelegen, die den publizistischen (aber auch den ökonomischen!) Wettbewerb zugleich behindert hätte. Möglicherweise hätte dies die Europäische Kommission schon früher auf den Plan gerufen.

angemeldeten Bedarf um regelmäßig fast die Hälfte zu kürzen, bestätigt nachhaltig die Eingangsthese, dass die plural-besetzte Gremienkontrolle (schon strukturell bedingt) *nicht* zu einer Begrenzung der Anstaltstätigkeiten in der Lage ist.⁴⁶³

Wenn schon der angemeldete Bedarf regelmäßig fast doppelt so hoch ist, wie es den objektiven Erfordernissen entspricht, dann fragt sich erst recht, warum dies für den tatsächlichen Bedarf gänzlich anders sein sollte. Gerade *dort* wirkt sich der Gruppenpluralismus am ehesten additiv auf das Programm aus.⁴⁶⁴ Im Übrigen wird man sich fragen müssen, wofür die überhöhten Bedarfsanmeldungen überhaupt verwendet worden wären, wenn nicht für eine Expansion. Ein Qualitätszuwachs war jedenfalls nicht geplant, denn diesen hätten die Anstalten ohne weiteres als solchen deklarieren können: Bei aus Qualitätszuwachs resultierenden (Zusatz-) Bedarfen ergibt sich für die KEF gerade kein Kürzungspotential.⁴⁶⁵

Hieraus wird denn zugleich auch ersichtlich, dass die KEF in ihrem Kontroll- und Steuerungspotential notwendig beschränkt ist.⁴⁶⁶ Dysfunktionalitäten und Steuerungsfehler auf der ersten Stufe kann die KEF weder kontrollieren, noch korrigieren.⁴⁶⁷

Vielmehr manifestieren sich solche Fehler über das KEF-Verfahren sanktionslos zu fortdauernden Grundrechtsverstößen.⁴⁶⁸ Wirksame gesetzliche Korrektive, die die beobachtbaren Defizite⁴⁶⁹ der ersten Stufe wirksam auffangen könnten, gibt es keine⁴⁷⁰ und auch der Rechtsaufsicht kommt keine nennenswerte Begrenzungsfunktion zu, erst recht nicht in Programmangelegenheiten.⁴⁷¹

Dies alles verweist auf die konzeptionellen Schwächen und die verfassungsrechtliche Gebotenheit, den Prozess der Bestimmung der Aufgaben der Anstalten in der neuen

⁴⁶³ Der Grund hierfür ist, dass keines der Gremienmitglieder als Repräsentant einer Interessengruppe ein vernünftiges Interesse daran hat, nicht möglichst häufig im Programm vertreten zu sein. Ein gremieninternes Korrektiv (oder ein anderer Anreiz) ist dagegen nicht erkennbar. So sind denn auch kritische Stimmen zur beobachtbaren Massensorientierung der Programminhalte, zur Verdrängung privater Angebote und zur Angebotsexpansion aus den Reihen der Gremien so gut wie nicht zu verzeichnen, obwohl diese Probleme gerade dort anzusprechen (und auch dort zu lösen) wären.

⁴⁶⁴ Vgl. schon oben Teil H. III. 1.

⁴⁶⁵ Anstalten wie Gebührenzahler können sich gleichermaßen sagen: Geld (für Qualität) hat man zu haben.

⁴⁶⁶ M. Eifert, Programmauftrag, S. 75 f.; M. Bullinger, Aufgaben, S. 20 f.; K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17.

⁴⁶⁷ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17. Es geht hierbei beim Drei-Stufen-Test nicht allein um Inhalte, sondern insbesondere auch um Art und Umfang der Tätigkeiten, denn über § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV kann fast jedes journalistisch-redaktionelle Online-Angebot dort genehmigt werden (Eine Ausnahme sind bspw. „nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote“).

⁴⁶⁸ Ähnlich auch K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverf. 1 BvR 2270/05, S.17.

⁴⁶⁹ S. dazu ausführlich K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 17 ff. sowie oben die Beispiele und Nachweise in Teil H. III.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu oben Teil H. III. 4.

⁴⁷¹ Zur beschränkten und nur subsidiären Rechtsaufsicht vgl. BVerfGE 12, 205 (261); 57, 295 (326); A. Hesse, Rundfunkrecht, 4. Kap. Rn. 117 ff. und ausführlich unten Teil J.

Medienordnung nunmehr grundrechts- und funktionsgerecht anzupassen, was zugleich unter veränderten Realbedingungen eben auch eine Anpassung des Kontrollkonzepts an die Gegebenheiten erfordert.

Nimmt man den status quo, das beobachtbare Ausweitungsbestreben der Anstalten, die nicht vorhandenen gesetzlichen und externen institutionellen Korrektive und das strukturell bedingte Versagen der anstaltsinternen Binnenkontrolle in den Blick, so wird augenfällig, dass damit die Anstalten letztlich ihre Programmgestaltung unkontrolliert und unkontrollierbar vornehmen (können) und so - entgegen der ausdrücklichen Zielsetzung des Bundesverfassungsgerichts - doch (nahezu) jede ihrer Programmentscheidungen honoriert bekommen.

An diesem Befund wird auch die nunmehrige Konzeption des Drei-Stufen-Tests mit der verfahrensmäßigen Umhegung der Gremien-Entscheidung nichts zu ändern vermögen: Zwar wird man nicht jedem Mitglied des Gremiums pauschal eine Anstaltsnähe unterstellen können. Gleichwohl zeigen aber die Ausrichtung der Vorschläge der Anstalten zur gesetzlichen Ausgestaltung des Drei-Stufen-Tests⁴⁷², die interne Gestaltung des Verfahrens⁴⁷³ (bspw. der interne „Austausch“ von Informationen mit dem Intendanten, der gegenüber den Dritten und der Öffentlichkeit nicht stattfindet⁴⁷⁴) mit der nur leidlich ausgeprägten „Transparenz“⁴⁷⁵, wie auch die letztendliche Entscheidungsbegründung im NDR-Verfahren⁴⁷⁶, die nicht einmal im Ansatz

⁴⁷² Siehe dazu oben Teil F. III. und IV.

⁴⁷³ Siehe dazu oben Teil G. II.

⁴⁷⁴ Vgl. dazu oben Teil G. II. 2. („Fortschreibung der Intendantenvorlage“). Dies erfolgte im Kika-Verfahren des MDR auch in praxi so (allerdings ohne Veröffentlichung des Gutachtens. Dazu siehe d. nächste Fn.). Vgl. die Mitteilung des MDR vom 16.02.2009 unter: www.mdr.de/presse/unternehmen/6135063.html.

⁴⁷⁵ So ist in den anstaltsinternen Durchführungsvorschriften noch nicht einmal vorgesehen, dass das Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen zu veröffentlichen ist. Vgl. dazu V. Bensing, Carta-Interview: „Es [das Gutachten] wird nicht eingeholt, um die Öffentlichkeit zu informieren, oder eine Diskussionsgrundlage zu bilden.“ Das mag der Intention der Anstalten entsprechen, ist aber mit dem prozeduralen Ziel der produktiven Wissens- und Entscheidungsmaßstabs-Generierung über das Verfahren und mit allgemeinen Verfahrensgrundsätzen (etwa das Recht auf Akteneinsicht) unvereinbar. Letzteres ist keine bloße Nachlässigkeit des Gesetzgebers (denn auch der Staatsvertrag sieht eine Veröffentlichung nicht vor) oder der Anstalten. Siehe hierzu bspw. D. Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung, S. 244(m.w.N.); „Das Recht auf Akteneinsicht (..) ist Ausdruck des Schutzes der Grundrechte durch Verfahren. Seine grundsätzliche Existenz gebieten die Grundrechte (..)“ Nichts anderes kann für den Drei-Stufen-Test gelten, der ein Musterbeispiel für Grundrechtsschutz durch Verfahren ist. Die Nichtveröffentlichung des Gutachtens entspricht ferner auch nicht dem vom Gesetzgeber selbst ausgegebenen Ziel eines „durchgehend transparenten Verfahrens“. (Vgl. dazu die Begründung zum 12. RÄndStV, S. 23.) Kritisch zur Nichtveröffentlichung der Gutachten auch die DLM, Positionspapier, S. 10 f.

Zu dieser nur spärlichen „Transparenz“ des Verfahrens passt es dann auch, wenn der NDR Rundfunkrat in dem Beschluss über die NDR Mediathek auf S.6 (zum Nachweis vgl. die nächste Fußnote) feststellt: „Die Stellungnahmen Dritter lassen erkennen, dass eine Reihe von Anmerkungen darauf zurück zu führen ist, dass detaillierte Unterlagen im Veröffentlichungsverfahren nicht zur Verfügung standen.“ Dies dokumentiert allzu deutlich, wie der Test gerade nicht verlaufen soll. Eine Wissensgenerierung ist so gerade nicht möglich.

⁴⁷⁶ Siehe dazu: NDR Rundfunkrat, 372. Sitzung des NDR Rundfunkrates am 27. März 2009, Abschließende Beratung und Beschluss über das Angebot der NDR Mediathek.

Alternativen oder auch nur Modifikationen des angemeldeten Angebots erwägt und (bewusst) eine Kosten-Nutzen-Analyse unterlässt⁴⁷⁷, überdeutlich wo die Gremien im Verhältnis zu den betroffenen Akteuren stehen: Eine neutrale und transparente Auseinandersetzung mit den Gutachten und den Stellungnahmen, aber auch mit der Verfahrensgestaltung insgesamt und der Handhabung des Informationsflusses dabei, sieht jedenfalls anders aus. Letztlich lässt sich daraus nur ein Schluss ziehen: Die Gremien *an sich* sind nicht neutral. Gerade dies ist aber für ein faires und akzeptables Verfahren zur Ausgestaltung der zukünftigen Medienordnung ggü. allen grundrechtlich betroffenen Akteuren unabdingbar und auch verfassungsrechtlich geboten.⁴⁷⁸

Wenn das Gremium damit schon die für jeden Entscheidungsträger gebotene Neutralität vermissen lässt, so verschärfen sich die Probleme bei näherer Betrachtung der Konzeption noch erheblich: Aus dem schon dargelegten Umstand, dass es unter den Gegebenheiten der immensen Angebotsvielfalt und -dynamik im Internet nicht Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Anstalten sein kann, dort (auch) eine vollumfängliche, mögliche Vielfalt (öffentlich-rechtlich) zu gewährleisten⁴⁷⁹, folgt aber auch, dass die konzeptionell allein *hierauf* (also *gerade* auf die Gewährleistung einer möglichen Vielfalt) ausgerichtete, binnenplural strukturierte Kontrolle, für die Bestimmung der neuen (gerade nicht mehr auf vollumfängliche öffentlich-rechtliche Gewährleistung der Vielfalt ausgerichteten) Anstaltsaufgabe, konzeptionell überhaupt nicht geeignet ist.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Es wird dort auf S. 6 (nennenswert) lediglich festgestellt: „Insgesamt hat die Prüfung ergeben, dass der finanzielle Aufwand für die NDR Mediathek erforderlich und auskömmlich ist.“ Die Begründung zu den Kosten erschöpft sich (neben 2 Sätzen dazu, warum eine Vollkostenrechnung zu unterbleiben habe) in Folgendem: „Durch die NDR Mediathek sollen unterschiedliche Beiträge redaktionell gebündelt und bereit gestellt werden. Dabei ist 2009 nicht die Produktion von Sendungen mit neuen Themen und Inhalten beabsichtigt. Schließlich haben auch die Erfahrungen anderer Rundfunkanstalten, die eine Mediathek schon seit geraumer Zeit unterhalten, erkennen lassen, dass es keine gravierenden Verwerfungen in finanzieller Hinsicht gab, die eine Fortführung ihrer Mediatheken in Frage gestellt hätten.“ Dies wird man kaum als ausreichende Begründung im Sinne des § 11f Abs. 6 S. 2 RStV ansehen können.

⁴⁷⁸ Zum Gebot der Neutralität als allg. Verfassungsprinzip, vgl. etwa A. Nolte, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band 48 (2000), S. 87 (111 f.): „selbständiges Staatsprinzip“ (m.w.N.) Zur Gegenans. vgl. S. Huster, Neutralität des Staates, S. 664. Zur verfassungsrechtl. Verpflichtung der Verwaltung zur Neutralität vgl. H. Pünder, in: Ehlers/Burgi, § 13 Rn. 7; M. Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, S. 28 (m.w.N.) und S. 47; C. Möllers, Gewaltengliederung, S. 100 f. Zweifel an der Neutralität des Rundfunkrats hat offensichtlich auch W. Schulz, MP 04/2008, S. 158 (163): „Die von den privaten Konkurrenten zu erwartenden Informationen sind mit Blick auf ihr Interesse zu bewerten. Sie können eine neutrale Prüfung nicht ersetzen.“ Er zieht hieraus jedoch nur die Konsequenz externe Beratung heranzuziehen. Dadurch wird die Neutralität der Entscheidung selbst jedoch nicht abgesichert.

⁴⁷⁹ Vgl. hierzu oben Teil H. IV. 1. e. aa. (2).

⁴⁸⁰ K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2270/05, S. 17 ff., 35 f.; Ders. in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 123 Rn. 125.

Dies heißt nun nicht, dass die Gremien damit überflüssig sind und abzuschaffen wären: Zum einen bestehen die Vollprogramme fort⁴⁸¹, zum anderen können die Gremien durchaus auch in den anderen Angebotssektoren *beratend* (das ist ja auch ihre eigentliche und zugleich auch kapazitäts- und kompetenzadäquate Aufgabe bisher⁴⁸²) in angebots-inhaltlichen Angelegenheiten (auch im Online-Bereich) tätig werden.

Zugleich ist aber klar festzuhalten, dass die gruppenplurale Binnenkontrolle der nunmehr zugewiesenen Rolle als *Entscheidungsträger* im Hinblick auf die Festlegung von Art und Umfang der Aufgaben der Anstalten im Internet, mithin auf grundlegende (und grundrechtsrelevante) Entscheidungen in Bezug auf die zukünftige Medienordnung funktional nicht gerecht wird: Zum einen kann die gruppenplurale Besetzung hier strukturell-bedingt *erst recht* nicht zu einer Begrenzung der Online-Angebote führen. Sie wirkt vielmehr auch hier plural-additiv⁴⁸³ (was durch die Eigenart des Mediums Internet, mit der beliebigen Hinzufügbarkeit und Vorhaltbarkeit von Inhalten, noch deutlich begünstigt wird), ohne dass die Interessen Dritter, trotz „pluraler“ Besetzung des Entscheidungsträgers, hierbei auch nur annähernd berücksichtigt wären (denn die Interessen der Dritten sind nicht im Entscheidungsträger repräsentiert).⁴⁸⁴ Eine Begrenzung der öffentlich-rechtlichen Online-Tätigkeit auf einen Kern von bewältig- und finanzierbaren Aufgaben ist durch das den plural-divergierenden Interessen „folgende“ Gremium jedenfalls nicht sichergestellt und nach den bisherigen Entwicklungen - und den jüngsten Entscheidungen - auch zukünftig nicht zu erwarten.

Es ist angesichts der Professionalisierung des (sonstigen) Mediensystems auch als ausgeschlossen zu betrachten, dass das anstaltsinterne Gremium in diesem komplexen Gesamtsystem, gewissermaßen en passant, ehrenamtlich Vielfalt und Qualität gleichermaßen sichern könnte.⁴⁸⁵ Wie soll ein (fast ausschließlich) aus Laien bestehendes Gremium⁴⁸⁶, das nur

⁴⁸¹ Vgl. näher K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2270/05, S. 35.

⁴⁸² Zu den (begrenzten) Befugnissen des Rundfunkrats vgl. etwa A. Hesse, Rundfunkrecht, 4. Kapitel, Rn. 85 ff. (m.w.N. auch zu den einschlägigen Gesetzesvorschriften).

⁴⁸³ Siehe dazu näher oben Teil H. III.

⁴⁸⁴ Die Interessen der Dritten werden über das Verfahren zwar ermittelt, aber nicht zwingend berücksichtigt. Treffend formuliert dies W.-D. Ring, in AfP 04/2008, S. 342 (343): „Betroffene und nicht betroffene Dritte sind im Verfahren zu hören, haben aber nichts zu sagen.“

⁴⁸⁵ H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (236), Fn. 74.

⁴⁸⁶ Vgl. etwa § 17 NDR-StV. Das Gremium besteht aus Mitgliedern aus Parteien der Landesparlamente, weiteren aus der Kirche und der jüdischen Gemeinde, aus den Gewerkschaften, den Arbeitgeberverbänden usw., aus dem Bauerverband, den Frauenverbänden, aus dem Landessportbund, dem Grundeigentümerversen, Robin Wood, der Opfer des Stalinismus und der Aktion Sühnezeichen usw. (Aufzählung nicht abschließend). Es wird erkennbar, dass die Zusammensetzung ohnehin wenig systematisch und eher willkürlich wirkt und fernab davon ist, das angestrebte Abbild der Gesellschaft darzustellen.

gelegentlich zusammentritt⁴⁸⁷, unter den Bedingungen einer immer schneller fortschreitenden Professionalisierung der Medienlandschaft, mit zunehmender Verwachsung mit anderen Wirtschaftsbereichen auch auf vor- und nachgelagerten Märkten, mit einer Multiplikation der Kommunikate⁴⁸⁸, mit enormer technologischer Dynamik⁴⁸⁹, mit dem ständigen Entstehen neuer Formate (bei gleichzeitigen Individualisierungs- aber auch Konzentrationsbestrebungen) und vor einem sich verändernden gesellschaftlichen und ökonomischen Hintergrund, sachgerechte Entscheidungen für eine zukunftsfähige Neuordnung des Mediensektors treffen können?

Dabei ist insbesondere in Bezug auf den Drei-Stufen-Test festzuhalten, dass es den Gremienmitgliedern, neben ihren sonstigen Aufgaben als gesellschaftliche Repräsentanten⁴⁹⁰, in praxi unmöglich sein wird, insb. bei der Vielzahl der Verfahren⁴⁹¹, die Angebotsbeschreibung samt Kostenberechnungen, die Stellungnahmen, die komplexen medienwissenschaftlichen Gutachten usf. in der verbleibenden Zeit überhaupt zu durchdringen, geschweige denn richtig zu werten⁴⁹², zutreffend zu gewichten und letztlich angemessen abzuwägen. Die gegenwärtige Konzeption der binnenpluralen anstaltsinternen ehrenamtlichen Kontrolle ist *hierfür* (mithin zu einer sachgerechten Bewältigung der durch den Drei-Stufen-Test gestellten Aufgabe) sowohl von der Qualifikation der Mitglieder her, als auch kapazitativ, ungeeignet.

⁴⁸⁷ Vgl. bspw. Art. 5 Abs. 1 Satzung des NRD: „mindestens vierteljährlich einmal, im Übrigen nach Bedarf.“

⁴⁸⁸ Vgl. zum Ganzen nur Hans-Bredow-Institut, Zur Entwicklung der Medien in Deutschland zwischen 1998 und 2007, S. 11 ff, 229 ff.

⁴⁸⁹ Als Beispiele der letzten Jahre für neue Technologien seien nur DVB-T, DAB, DVB-H und IP-TV genannt.

⁴⁹⁰ So haben bspw. die Vertreter der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften eine Fülle anderer Aufgaben aus dem „Tagesgeschäft“, die eine intensive Befassung mit den Gutachten und Stellungnahmen nicht zulassen.

⁴⁹¹ Anfang 2009 wurde geschätzt, dass die Gremien der Landesrundfunkanstalten u.U. „zwischen 20 und 30“ Drei-Stufen-Testverfahren gleichzeitig zu bewältigen haben. Vgl. dazu: FK 5/6/2009, S. 12 f. Schon dies zeigte, wie sehr sich die Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Anstalten außerhalb der breiten öffentlichen Wahrnehmung (wohl auch im doppelten Sinne) schon ausgedehnt haben. Tatsächlich laufen bei Rundfunkanstalten gegenwärtig 39 (!) Testverfahren, vgl. V. Nuening, FK 32/2009, S. 5 (5 ff.).

⁴⁹² Vgl. dazu auch DLM, Leitfaden, S. 6 f.: „Die bisher erstellten Gutachten erscheinen in ihrer Darstellung überkomplex.“ sowie zu der Frage, wie man „dafür sorgen [kann], dass auch medienökonomische Laien die Aussagen der Gutachten verstehen und bewerten können.“

Sieht man sich einmal die Tragweite der vom Gremium zu treffenden Drei-Stufen-Test-Entscheidungen mit ihren grundrechtsrelevanten Auswirkungen bis tief in die Presse- und Internetlandschaft und die Gesellschaft hinein an, so ist es nicht verfassungsgerecht, wenn *solch* grundsätzliche Entscheidungen über die Ausgestaltung der zukünftigen Medienordnung - gewissermaßen nebenbei - von Laien entschieden werden, deren Unabhängigkeit, Qualifikation aber auch deren zeitliche Kapazität unzureichend sind, um die komplexen, säulenübergreifenden Bewertungen, Folgeabschätzungen, Gewichtungen und Abwägungen auch nur annähernd sachgerecht vornehmen zu können.⁴⁹³ Solch wesentliche, säulenübergreifende, die Medienordnung insgesamt betreffende Entscheidungen⁴⁹⁴ können auch nicht einem Akteur dieser Ordnung in Selbstverwaltung überlassen werden.⁴⁹⁵ Nach allem ist festzustellen: Die Übertragung der Entscheidungsbefugnis in § 11f RStV an die Gremien ist als organisatorische Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit evident ungeeignet und damit verfassungswidrig.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests, an denen die Entscheidung festzumachen ist, ihrerseits offen sind und erst durch die Generierung von Entscheidungsmaßstäben konkretisiert werden, was umfangreiche Ermittlungen, Gewichtungen und Abwägungen divergierender Belange der Betroffenen (näher dazu bspw. D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7): „bei dieser komplexen Prüfung ist ein umfänglicher Such-, Findungs- und Abwägungsprozess erforderlich“) und zudem auch einen sachgerechten und die Wissensgenerierung fördernden und zugleich neutralen Einsatz der Verfahrensinstrumente voraussetzt. All diese Prozesse sind äußerst komplex, wenn man das Ziel der Richtigkeit der Entscheidung (i.w.S.) vor Augen hat. Dies muss aber (das) Ziel der Verfahrensdurchführung sein. Vgl. hierzu schon oben Teil D. II. 2., E. V. 2. und allg. etwa BVerfGE 42, 64 (72).

⁴⁹⁴ H. Gersdorf, Legitimation, S. 6 stellt zutreffend klar: „Die Gremienmitglieder fungieren bei der Hervorbringung und Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt als Sachwalter der Allgemeinheit. Ihre Legitimation besteht aber nicht darin, den publizistischen Wettbewerb zu schützen und insbesondere die legitimen Interessen der von einer Programmexpansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betroffenen privaten Anbieter und der Gebührenzahler wahrzunehmen. Die hierdurch entstehende >>Schutzlücke<< lässt sich auch nicht durch die Möglichkeit der Stellungnahme betroffener Dritter schließen.“

⁴⁹⁵ Vgl. C. Degenhart, ZUM 03/1997, S. 153 (159).

⁴⁹⁶ Zur Verfassungswidrigkeit einer ungeeigneten Ausgestaltung vgl. oben Teil E. III. 2. d. sowie, speziell auf den Drei-Stufen-Test bezogen: W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 28: „Der Gesetzgeber handelt [angesichts des weiten Spielraums bei Ausgestaltungen] nur dann verfassungswidrig, wenn er das Ziel, freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu sichern, aus dem Auge verliert, es mit ungeeigneten Mitteln anstrebt oder einzelne Interessen in einer verfassungsrechtlich kritikwürdigen Weise vernachlässigt.“ Eine sachgerechte und neutrale Entscheidung eines anstaltsinternen Gremiums über die Belange publizistischer Konkurrenten ist angesichts Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses der Anstalten, aber auch wegen der enormen Anforderungen und des dazu im Gegensatz stehenden Mangels an Fachkompetenz, aber auch vor dem Hintergrund anderer Verpflichtungen der Gremienmitglieder und der Vielzahl der Verfahren, in ehrenamtlicher Tätigkeit nicht (im Ansatz) zu leisten.

3. Verstoß gegen den Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur

Im vorstehenden Kapitel wurde festgestellt, dass die staatsvertragliche Übertragung der Entscheidungsträgerschaft an die anstaltsinternen Gremien als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ungeeignet und daher verfassungswidrig ist. Dies ist insofern noch zu ergänzen, als dass sich die Verfassungswidrigkeit dieser Übertragung nicht allein aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ergibt. Es liegt auch ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur⁴⁹⁷ vor.

Dieser aus dem Rechtsstaats-⁴⁹⁸ bzw. dem Gewaltenteilungsprinzip⁴⁹⁹ abgeleitete verfassungsrechtliche Grundsatz ist auch durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt.⁵⁰⁰ Er besagt, dass „staatliche Entscheidungen möglichst richtig, d.h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“⁵⁰¹

Es besteht insofern eine sachliche Konnexität zwischen (Organ-) Funktion und Organstruktur⁵⁰², aus der für die Verfassungsordnung „ein prinzipielles Verbot der Wahrnehmung oder Zuweisung von Funktionen, die der Struktur des Organs und der von ihm wahrzunehmenden Grundfunktion nicht entsprechen“, folgt.⁵⁰³ Anders gewendet bedeutet dies, dass der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur auch als verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab gegenüber einfach-gesetzlich geschaffenen Entscheidungsstrukturen⁵⁰⁴ zur Anwendung kommt.⁵⁰⁵ Die Grenze zur Verfassungswidrigkeit der Entscheidungsstruktur ist spätestens dann überschritten, wenn sie „keine Gewähr für eine sachgerechte Entscheidungsfindung mehr bietet“⁵⁰⁶. Hieraus ergibt sich, dass insbesondere evident

⁴⁹⁷ So schon O. Küster, Das Gewaltenteilungsproblem im modernen Staat, AöR 75 (1949), S. 397 (402 f., 404 ff.); Vgl. bspw. auch: E. Schmidt-Aßmann, HdbStR I, § 24, Rn. 50; F. Ossenbühl, HdbStR III, § 62 Rn. 48; Ders, DÖV 1980, 547 (547 ff.); K. Stern, Staatsrecht, Band I, S. 824; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 484 ff.; H. Bethge, NJW 1982, S. 1 (4); M. Möstl, Die staatliche Garantie, S. 367; R. Lorz, Interorganrespekt, S. 42; T. von Danwitz, Der Staat 35 (1996), S. 329 (329 ff.); U. Di Fabio, VerwArch 81 (1990), S. 193 (209 f.); Wolff/Bachof/Stober/Kluth, § 18 Rn. 23 f.; Ehrichsen/Ehlers, § 6 Rn. 30; M. Burgi, VVDStRL 62 (2003), S. 405 (430 f.) spricht vom Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur.

⁴⁹⁸ Ehrichsen/Ehlers, § 6 Rn. 30 und U. Di Fabio, VerwArch 81 (1990), S. 193 (210).

⁴⁹⁹ T. von Danwitz Der Staat 35 (1996), S. 329 (331 ff.) m.w.N.

⁵⁰⁰ Vgl. dazu: BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15): „tragendes Organisations- und Funktionsprinzip“.

⁵⁰¹ BVerfGE 68, 1 (86). Auch im Rundfunkrecht hat dieser Grundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seinen Niederschlag gefunden. Vgl. dazu näher T. von Danwitz, Der Staat 35 (1996), S. 329 (343, 348) unter Verweis auf BVerfGE 90, 60 (98, 100, 102 ff.).

⁵⁰² T. von Danwitz, Der Staat 35 (1996), S. 329 (334).

⁵⁰³ K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 489; T. von Danwitz, Der Staat 35 (1996), S. 329 (334); R. Lorz, Interorganrespekt, S. 42; W. Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 412.

⁵⁰⁴ Wie § 11 f RStV i.V.m. den jeweiligen Vorschriften über die Zusammensetzung, Aufgaben und Funktionen des Rundfunkrats.

⁵⁰⁵ So ausdrücklich auch T. von Danwitz, Der Staat 35 (1996), S. 329 (347).

⁵⁰⁶ T. von Danwitz, Der Staat 35 (1996), S. 329 (347) mit Verweis auf BVerfGE 90, 60 (98 f.).

ungeeignete Entscheidungsstrukturen wegen Verstoßes gegen den Grundsatz funktionsgerechter Entscheidungsstruktur verfassungswidrig sind.⁵⁰⁷ Da die staatsvertragliche Übertragung der Entscheidung im Rahmen des Drei-Stufen-Tests an das anstaltsinterne Gremium nach dem bereits Festgestellten für die Entscheidungsfindung evident ungeeignet ist⁵⁰⁸, ergibt sich die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden staatsvertraglichen Regelungen nicht nur aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern über den Verstoß gegen den Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur auch aus dem Gewaltenteilungs- bzw. dem Rechtsstaatsprinzip, mithin aus Art. 20 Abs. 2, 3, Art 28 GG⁵⁰⁹.

4. Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers / Notwendigkeit zur Externalisierung

War die Binnenkontrolle ursprünglich einmal als funktionsgerechte organisatorische Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit anzusehen, so ist sie dies unter den seither gewandelten Umständen nicht mehr. Der Gesetzgeber ist, das ergibt sich aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Rundfunkfreiheit, als verpflichtet anzusehen, eine Organisationsform, die starkem Wandel ausgesetzt ist, genauer zu beobachten und ggf. „nachzubessern“⁵¹⁰, wenn sie sich im Hinblick auf ihre Funktion als ungeeignet erweist.⁵¹¹

Da die Ungeeignetheit des Gremiums als Entscheidungsträger im Rahmen des Drei-Stufen-Test-Verfahrens im Wesentlichen aus der ungenügenden Sachkompetenz i.V.m. der nicht gegebenen Professionalität und der mangelnden Neutralität herrührt, kommt zur Behebung beider Problemkreise unter Beachtung der Staatsfreiheit nur eine Externalisierung der

⁵⁰⁷ T. von Danwitz, Der Staat 35 (1996), S. 329 (348); vgl. auch H. Bethge, NJW 1982, S. 1 (4).

⁵⁰⁸ Vgl. vorstehendes Kapitel. Zum Zusammenhang von Rechtsstaatsprinzip und dem Erfordernis der Neutralität im Zusammenhang mit dem Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur, vgl. Ehrichsen/Ehlers § 6 Rn. 30 a.E. und M. Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, S. 285 f., insb. S. 286: „Ist eine Verwaltungsentscheidung gesetzlich entsprechend strukturiert, insbesondere als mehr oder minder umfassende Abwägungsentscheidung ausgestaltet, kann zu den Anforderungen an eine funktionsgerechte Organstruktur auch Unparteilichkeitssicherung gehören.“ Gerade wenn es grundrechtlich geboten ist, auch Interessen Dritter mit abzuwägen, wie dies beim Drei-Stufen-Test der Fall ist, muss die Unparteilichkeit des Entscheidungsträgers organisatorisch sichergestellt sein. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Vgl. dazu oben Teil H. IV. 2.

⁵⁰⁹ Der Frage, wo d. Grundsatz der funktionsgerechten Organstruktur dabei genau anzusiedeln ist, soll in diesem Rahmen nicht näher nachgegangen werden, da ihre Beantwortung an dem vorliegenden Verfassungsverstoß nichts änderte.

⁵¹⁰ Zu Beobachtungs- Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers vgl. allg.: BVerfGE 50, 290 (335); 88, 203 (269, 309 f.); 90, 145 (194); 95, 267 (314 f.). In Bezug auf den Rundfunkbereich: BVerfGE 83, 238 (330); K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 35 f.; T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 40 f.; Ders., in: Hahn/Vesting, RStV, Anh. § 11, Rn. 95.

⁵¹¹ Vgl. allg. dazu BVerfGE 49, 89 (130, 139 f.), 50, 290 (335).

Aufgabenbestimmung an ein anstaltsexternes, professionelles Gremium in Betracht. Insofern ähnelt die Problematik derjenigen bei gesetzlichen Programmzahlbegrenzungen.⁵¹²

Es empfiehlt sich die Einrichtung einer professionellen, externen Kommission⁵¹³ zur Bestimmung des Aufgabenbereichs der Anstalten im Online-Bereich, wobei die Maßstäbe zur Entscheidungsfindung über die gewählte Struktursteuerung⁵¹⁴, d.h. im Zusammenspiel zwischen Organisation und Verfahren (hier dem Drei-Stufen-Test i.w.S.) gewonnen werden.⁵¹⁵ Eine solche Kommission sollte sich aus unabhängigen Experten mit publizistischem, ökonomischem und juristischem Sachverstand zusammensetzen.⁵¹⁶ Hierdurch wären sowohl die Staatsfreiheit nebst Programmautonomie⁵¹⁷, als auch Sachkompetenz (i.V.m. Professionalität)⁵¹⁸ und Neutralität⁵¹⁹ des Gremiums gewahrt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche Externalisierung (auch mit Letztentscheidungsbefugnis⁵²⁰) bestehen bei entsprechender Ausgestaltung im Einzelnen⁵²¹ nicht.⁵²²

⁵¹² Vgl. hierzu oben Teil H. III. 4. a.

⁵¹³ Für den Bereich der Festlegung des Auftrags in Form von maximalen Programmzahlen vgl. M. Eifert, Programmauftrag, S. 102 ff.; Ders., ZUM 8/9/1999, S. 595 (601 f.); W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 205; Ders. in: AK-GG, Art. 5, Rn. 219. In diese Richtung auch M. Bullinger, Aufgaben, S. 94, 98 f., 108; K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 189 f. Zu den Vorschlägen vgl. auch T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 338 ff., 366 der sich in Bezug auf den Drei-Stufen-Test für ein externes *Beratungsgremium* „zur Stärkung des Verfahrens“ ausspricht. Für eine unabhängige externe Kommission in Verbindung mit einer Prozeduralisierung des Auftrags: K.-H. Ladeur, in FS E. Stein, S. 67 (88/89); Speziell für die Online-Dienste Ders. in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 123 Rn. 125 sowie: Ders., Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 94 ff. Ebenfalls für eine „externe Evaluierung“ im Bereich der öffentlich-rechtlichen Internet-Aktivitäten, T. Vesting, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet, S. 11. Konkret für den Drei-Stufen-Test fordert ein externes und staatsfrei organisiertes Aufsichtsgremium H. Gersdorf, Legitimation, S. 6. Im Grundsatz geht auch die Europäische Kommission von der Notwendigkeit einer Externalisierung der Entscheidung aus. Vgl. den Entwurf der „Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“ (Version vom 03.11.2008), Rn. 62.

⁵¹⁴ Vgl. dazu oben Teil H. 1. e. cc. (2).

⁵¹⁵ Da die entsprechenden Maßstäbe über das Verfahren gewonnen werden, mangelt es dem externen Entscheidungsträger also nicht an entsprechenden Entscheidungsmaßstäben.

⁵¹⁶ In Anlehnung an M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (602).

⁵¹⁷ Vgl. M. Eifert, ZUM 8/9/1999, S. 595 (601 f.).

⁵¹⁸ Eine Professionalisierung des Entscheidungsträgers fordern zu Recht: K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 36 f und H.-H. Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (236). Ebenso D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7).

⁵¹⁹ U. Di Fabio, VerwArch 81 (1990), S. 193 (209) nennt als wesentliche Aspekte in Bezug auf Sachverständigen-Gremien, insb. „Sachkompetenz“ und „Unabhängigkeit“.

⁵²⁰ Bei einer Anlehnung an das KEF-Verfahren käme dem externen Gremium keine Letztentscheidungsbefugnis zu (Dort entscheidet abschließend der Gesetzgeber, wobei Abweichungen jedoch hohen Begründungsanforderungen unterliegen). Mehr Staatsferne würde demgegenüber ein Entscheidungsträger bieten, dem die Letztentscheidungsbefugnis übertragen wurde. Diese Frage kann in diesem Rahmen nicht vertieft werden.

⁵²¹ Etwa hinsichtlich der Gewährleistung von Neutralität und Qualifikation der Mitglieder. Das Gremium muss auch staatsfrei organisiert sein und darf keinen staatlichen Weisungen unterliegen. Vgl. dazu auch K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 190; H. Gersdorf, Legitimation, S. 6.

⁵²² K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 190.

V. Verfassungsmäßigkeit der weiteren Verfahrensvorschriften

Nachdem im vorstehenden Kapitel festgestellt wurde, dass die Übertragung der Entscheidungsbefugnis im Rahmen des Drei-Stufen-Tests an die anstaltsinternen Gremien in § 11f Abs. 6 RStV nicht verfassungsgemäß ist, soll im Folgenden untersucht werden, ob die staatsvertraglichen Vorgaben für die Verfahrensgestaltung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

Auch bzgl. der Ausgestaltung des Verfahrens gilt, dass dem Rundfunkgesetzgeber grundsätzlich ein relativ weiter Ausgestaltungsspielraum zusteht, dessen Grenze (spätestens⁵²³) dann erreicht ist, wenn die Regelungen zur Gewährleistung und Sicherung der Rundfunkfreiheit ungeeignet sind.⁵²⁴ Die Beurteilung, ob dies bei den staatsvertraglichen Regelungen bzgl. des Verfahrensablaufs des Drei-Stufen-Tests der Fall ist, soll sich im Wesentlichen auf die folgenden Aspekte konzentrieren: Die Aufgreiffrage (1.), die weitere Verfahrensgestaltung vor dem Hintergrund seiner Kapazität zur Auftragskonkretisierung (2.) und die Kontrolle des Verfahrens durch die Rechtsaufsicht (Teil J.).

1. Die staatsvertragliche Regelung der Aufgreiffrage, § 11f Abs. 3 RStV

Ein zentrales Problem des Drei-Stufen-Tests i.w.S. ist zunächst die Frage, für welche neuen und veränderten Angebote der Test überhaupt durchzuführen ist (Aufgreiffrage).⁵²⁵ Konsens scheint insofern zu bestehen, als dass der Test nicht für jede (marginale) Veränderung Anwendung finden muss.⁵²⁶

Die staatsvertragliche Regelung sieht bzgl. der Aufgreiffrage vor, dass die Rundfunkanstalten in den Satzungen oder Richtlinien übereinstimmende Kriterien festlegen, „die sie in jedem Einzelfall bei der Entscheidung der Frage anzuwenden haben, in welchen Fällen ein neues oder verändertes Telemedienangebot vorliegt, das nach dem nachstehenden Verfahren [dem Drei-Stufen-Test] zu prüfen ist.“⁵²⁷

⁵²³ Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ausgestaltungsgesetze näher oben Teil E. III. 2. b. und d.

⁵²⁴ Vgl. etwa K.-H. Ladeur, Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 16: „Grundsätzlich ist der politische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Entscheidung über die Strukturierung eines komplexen Entscheidungsverfahrens, das auf die Berücksichtigung von Expertenwissen angelegt ist, relativ weit. Im Bereich der Rundfunkfreiheit ist dies allerdings anders zu sehen. Die Verfahrensgestaltung soll hier dazu dienen, eine nach materiellen Gesichtspunkten nur schwer zu konkretisierende Entscheidung durch ein grundrechtgerechtes Verfahren zu strukturieren.“

⁵²⁵ Vgl. R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 47; H.G. Bauer/A. Bienefeld, in: FK (49) 2007, S. 3 (10). Vgl. zu dieser Frage auch ZDF, Beschluss des Fernsehrates vom 7.12.2007, S. 2 bis 4 und den Verfahrensvorschlag des VPRT, dokumentiert in epd medien (24/25) 2008, S. 29 (32).

⁵²⁶ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (329). Dies schätzt auch der VPRT so ein. Vgl. VPRT Verfahrensvorschlag, dokumentiert in epd medien (24/25) 2008, S. 29 (30).

⁵²⁷ § 11f Abs. 3 S. 1 RStV.

Die Frage, wann ein Drei-Stufen-Test überhaupt durchzuführen ist, ist eine *zentrale* Frage für das Erreichen der verfassungs- und europarechtlich gebotenen Auftragskonkretisierung im Online-Bereich. Findet der Test nicht statt, findet auch keine Auftragskonkretisierung über das Verfahren (und damit auch keine Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen bei der Auftragskonkretisierung) statt.

Wegen der Grundrechtsbetroffenheit Dritter (gerade im Online-Bereich) ist der Gesetzgeber verpflichtet, den Auftrag der Anstalten im Online-Bereich zu konkretisieren.⁵²⁸ Wählt er hierzu ein Verfahren, über das die Auftragskonkretisierung erreicht werden soll, dann ist er, insbesondere wegen der Grundrechtsbetroffenheit Dritter, auch verpflichtet, die wesentlichen Eckpunkte des Verfahrens selbst zu regeln.⁵²⁹ Insofern begegnet § 11f Abs. 3 S. 1 RStV ganz erheblichen Bedenken: Die Vorschrift sieht vor, dass die Anstalten selber die Kriterien festlegen, nach denen sie dann (später auch) entscheiden, wann ein Angebot dem Test unterfällt. Diese Regelung bietet schon auf der Ebene der Aufgreiffrage keine Gewähr für Neutralität.⁵³⁰ Es ist auch nicht erkennbar, warum hier gerade das Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse der Anstalten keinen Einfluss auf die Gestaltung der Kriterien (und die spätere Entscheidung) haben können sollte. Hinzukommt erschwerend, dass dem Gremium zur Kontrolle, etwa einer ablehnenden Entscheidung der Anstalten, keine sinnvoll handhabbaren Kontroll-Kriterien vorliegen, nach denen es die Entscheidung der Anstalt bewerten könnte. Dem Staatsvertrag selbst ist dazu nur zu entnehmen: „Ein verändertes Angebot liegt insbesondere vor, wenn die inhaltliche Gesamtausrichtung des Angebots oder die angestrebte Zielgruppe verändert wird.“⁵³¹ Satz 2 enthält damit zwar eine Art „staatsvertragliche Aufgreifschwelle“ in Bezug auf die Erforderlichkeit der Testdurchführung. Allerdings ist fraglich, ob den in § 11f Abs. 3 Satz 2 RStV gewählten Begriffen irgendeine eingrenzende Wirkung im Hinblick auf die Bestimmung des Maßes an Veränderung bzw. Neuheit des Angebots, ab dem eine Durchführung des Tests erforderlich ist, zukommt.

Es geht (bei der Aufgreiffrage) letztlich darum, Fälle bloß marginaler Angebotsveränderung auszuscheiden. Dabei dürfen die hierfür anzulegenden Kriterien aber auch nicht so weit sein,

⁵²⁸ Vgl. hierzu K. Thum, Einfachgesetzliche Präzisierung, S. 156f. unter Verweis auf die Wesentlichkeitstheorie; C. Degenhart, K&K 2005, 295 (301) sowie oben Teil F. IV. 6.

⁵²⁹ Vgl. oben Teil F. IV. 6. Siehe dazu auch: Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 490: „Vor dem Drei-Stufen-Test steht die zunächst entscheidende Frage, wann ein neues bzw. verändertes Angebot vorliegt. Die dafür maßgeblichen Kriterien müssen im Staatsvertrag festgelegt (..) werden.“; vgl. auch K.-E. Hain, Gutachten, S. 57 ff.; 64 mit Fn. 222.

⁵³⁰ Sorge bzgl. einer Umgehung des Verfahrens äußert auch: V. Henle, in: epd medien (92) 2007, S. 3 (3); vgl. auch den Vorschlag des VPRT, dokumentiert in: epd medien (24/25) 2008, S. 29 (30). Zur Erforderlichkeit der Neutralität des Entscheidungsträgers vgl. schon oben Teil H. IV. 2.

⁵³¹ § 11f Abs. 3 S. 2 RStV.

dass der Test hierüber, insb. in Fällen erheblicher Betroffenheit Dritter, ausgeschlossen wird, bzw. ausgeschlossen werden kann. Die in § 11f Abs. 3 S. 2 RStV gewählten Formulierungen „Veränderung der inhaltlichen Gesamtausrichtung“ und „Veränderung der angestrebten Zielgruppe“ sind jedenfalls in Ansehung der grundrechtlichen Verantwortung (für die Interessen Dritter, aber auch für die Rundfunkfreiheit selbst) zu vage und zu dehnbar formuliert, um einer anstaltsinternen Entscheidung einen, die Entscheidung angemessen leitenden Rahmen⁵³² vorzugeben.

Die insofern zu konstatierende Unzulänglichkeit der staatsvertraglichen Regelung ergibt sich zudem auch aus folgender Überlegung: Den Positiv-Negativ-Listen der Anstalten⁵³³ kommt nur eine Indikatorwirkung für die Entscheidung über die Erforderlichkeit des Drei-Stufen-Tests zu. Letztlich sieht daher auch der Vorschlag des ZDF eine am Einzelfall vorzunehmende Abwägung hinsichtlich der Frage der Erforderlichkeit vor.⁵³⁴ Für eine solche Abwägung bedarf es aber, wie bei jeder Abwägungsentscheidung, entsprechender Abwägungsdirektiven.⁵³⁵ Sie ergeben sich regelmäßig aus objektivem Recht. Als solches kommt diesbezüglich hier nur § 11f Abs. 3 RStV in Betracht. Dieser Vorschrift enthält jedoch (wenn überhaupt) nur sehr vage, letztlich kaum handhabbare Abwägungsdirektiven.⁵³⁶ Der zur Feststellung der Erforderlichkeit vorzunehmenden Abwägung fehlen damit (für eine sachgerechte Ausfilterung) hinreichend klare Vorgaben, so dass die Anstalten, mangels staatsvertraglichen Rahmens, „freie Hand“ beim Erlass der Satzungen und Richtlinien (und damit letztlich auch bei der Entscheidung über die Durchführung des Tests) haben.⁵³⁷

⁵³² Auch insofern kommt nur eine *regulierte* Selbstregulierung in Betracht.

⁵³³ Diese Liste ist nicht zu verwechseln mit der Negativliste des RStV, deren Angebote generell (und ohne Testdurchführung) unzulässig sind, § 11d Abs. 5 S. 4 RStV.

⁵³⁴ Im Beschluss des Fernsehrates heißt es: „Ob ein geändertes Angebot vorliegt, kann nicht anhand eines einzelnen Kriteriums entschieden werden. Es wird vielmehr [...] maßgeblich auf eine Abwägung in der Gesamtschau ankommen.“ Vgl. ZDF, Beschluss des Fernsehrates v. 7.12.2007, S. 3.

⁵³⁵ Vgl. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607).

⁵³⁶ So erfasst bspw. das Kriterium „Veränderung der inhaltlichen Gesamtausrichtung“ jedenfalls nicht so radikale Änderungen des Online-Angebots wie einen kompletten Relaunch (die Ausrichtung bliebe die gleiche) und vor allem auch nicht erhebliche Weiterentwicklungen des Angebots, wie etwa eine Vervielfachung der Inhalte in quantitativer Hinsicht (da die inhaltliche Gesamtausrichtung hiervon gar nicht erfasst wird), obwohl sich hierdurch die marktlichen Auswirkungen und der erforderliche Aufwand ganz erheblich verändern können. Daran sieht man auch: Es bedarf (auch nach der Durchführung des Drei-Stufen-Tests) einer kontinuierlichen Beobachtung der Online-Angebote (Für eine regelmäßige Überprüfung spricht sich auch T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 363 aus). Eine solche kann aber nur eine neutrale und vor allem professionelle Institution leisten.

⁵³⁷ Mit dieser Regelung wird der Gesetzgeber seiner Verantwortung für die Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Interessen der Dritten nicht gerecht. Vgl. zur Sicht der Kommission auch A. Antoniadis, Konsequenzen, S. 5: „(..) nicht allein in der Hand der Anstalten zu belassen, über die Durchführung eines solchen Verfahrens zu entscheiden.“

Dagegen scheinen die vom BBC Trust in dieser Frage beim Public Value Test zu berücksichtigenden Gesichtspunkte⁵³⁸ - der Einfluss der Änderung, die finanziellen Auswirkungen der Änderung, die Neuheit/Innovation der Änderung und die Dauer/Bindungswirkung der Änderung - „griffiger“ und besser handhabbar zu sein. Entscheidend für die Beurteilung des Drei-Stufen-Tests ist aber, dass der Staatsvertrag von dem Beihilfe-Kompromiss abweicht. Dort heißt es zu der Frage, wann ein Test durchgeführt werden soll: „Deutschland erläuterte, dass nicht jede Änderung eines Online- oder anderen Digitalangebots diesem Verfahren unterliegt. Die staatsvertragliche Regelung wird vorsehen, dass die öffentlichen Rundfunkanstalten in Satzungen und Richtlinien transparente und überprüfbare Kriterien entwickeln und niederlegen, wann ein neues Angebot vorliegt und das beschriebene Verfahren greift. Bei der Erstellung dieser Satzungen und Richtlinien müssen die Rundfunkanstalten folgende Kriterien berücksichtigen: Die *Bedeutung des Vorhabens für den publizistischen Wettbewerb*, seine *finanzielle Relevanz*, seine *geplante Dauer* und inwieweit *vergleichbare Angebote* von den Anstalten bereits angeboten werden (d.h. welche Dienste aus Sicht der Nutzer austauschbar sind).“⁵³⁹

Diese Kriterien hätte der Staatsvertrag zum einen wiederaufnehmen müssen⁵⁴⁰, zum anderen durfte er sie (erst recht) nicht durch völlig unklare, neue Kriterien ersetzen, denen keinerlei Regulierungsfunktion zukommt. Insofern verstößt § 11f Abs. 3 S. 2 RStV gegen den Beihilfe-Kompromiss. Zugleich ist aber § 11f Abs. 3 RStV (insgesamt) auch verfassungswidrig, da er *die* zentrale Entscheidung des Drei-Stufen-Tests, die Frage, wann der Test überhaupt durchzuführen ist, in das Belieben der Anstalten stellt. Diese wesentliche Frage, die für die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung grundrechtlich geschützter Interessen der Akteure der Medienordnung und der Gebührenzahler und die Vornahme der gebotenen Auftragskonkretisierung entscheidend ist, kann (erst recht) nicht einem Akteur dieser Medienordnung in Selbstverwaltung überlassen werden. Die staatsvertragliche Delegation dieser Entscheidung an die Anstalten selbst (einem publizistischen und ökonomischen Konkurrenten der anderen Akteure der Medienordnung), sichert eine neutrale Befassung mit der Frage der Erforderlichkeit der Testdurchführung und damit auch die gebotene Auftragskonkretisierung nicht ab. § 11f Abs. 3 RStV ist daher als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit ungeeignet und damit (trotz des weiten Spielraums des Gesetzgebers) verfassungswidrig.

⁵³⁸ Vgl. Clause 25 (2) Subparagraphs (a) bis (d) BBC Agreement.

⁵³⁹ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (329). Hervorhebungen nur hier.

⁵⁴⁰ Zur Verpfl. Deutschlands d. Zusagen aus d. Beihilfe-Kompromiss einzuhalten, K.-E. Hain, Gutachten, S. 18.

Nach dieser Feststellung stellt sich die Frage, wie eine geeignete staatsvertragliche Regelung der Aufgreiffrage aussehen könnte. Voranzustellen ist, dass dann, wenn die letztendliche Entscheidung von einem neutralen Entscheidungsträger getroffen werden muss⁵⁴¹, dies auch für die vorgelagerte Aufgreiffrage gelten muss. Im Hinblick auf das Verfahren ist, unter Beachtung der Vorgaben des Beihilfe-Kompromisses, staatsvertraglich ein gesetzlicher, die Entscheidung leitender Rahmen vorzugeben. Eine geeignete staatsvertragliche Rahmenvorgabe muss in Bezug auf die Erforderlichkeit der Testdurchführung sicherstellen, dass immer dann ein Drei-Stufen-Test stattfindet, wenn widerstreitende abwägungserhebliche Belange vorliegen. Damit verlangt die Beurteilung der Erforderlichkeit des Drei-Stufen-Tests zunächst eine Beurteilung der Frage, ob (überhaupt) abwägungsrelevante⁵⁴² Belange Dritter durch die Änderung betroffen sind bzw. sein könnten.⁵⁴³ Für den Fall, dass abwägungsrelevante Belange etwa der Gebührenzahler oder der Privaten betroffen sind bzw. sein könnten, bedarf es dann eines Drei-Stufen-Tests, wenn die Betroffenheit *erheblich* ist. Sind abwägungsrelevante Belange Dritter nicht betroffen, oder sind diese Betroffenheiten nicht erheblich, so unterbleibt der Test.

Abwägungserheblich werden Belange Dritter regelmäßig dann betroffen sein, wenn nicht nur unerhebliche Auswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb, auf andere vergleichbare Angebote, auf den ökonomischen Wettbewerb oder auch auf die Gebührenhöhe vorliegen.⁵⁴⁴ Es bedarf also einer summarischen Beurteilung der Auswirkungen des Vorschlags, ob abwägungserhebliche Belange tangiert werden.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ Vgl. dazu oben Teil H. IV. 2.

⁵⁴² Als abwägungsrelevant sollen hier alle Belange angesehen werden, die den in § 11f Abs. 4 RStV genannten Aspekten zugeordnet werden können. Abwägungserheblich sind sie erst dann, wenn das Maß der Betroffenheit nicht objektiv unerheblich ist und sie von daher in die Abwägung einzustellen sind.

⁵⁴³ Ausdrücklich in diesem Sinne auch D. Dörr, in: epd medien (34/35) 2008, S. 3 (4). Ebenso Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 490: „Dafür [also zur Beurteilung der Frage, ob das Angebot neu oder verändert ist] ist entsprechend den Zusagen und Vorstellungen der Europäischen Kommission entscheidend, in welchem Umfang das Projekt Nutzer und Marktteilnehmer betrifft.“

⁵⁴⁴ Zur Beantwortung der Frage, was „unerheblich“ in concreto heißt, sind von der unabhängigen Expertenkommission entsprechende Kriterien zu entwickeln. Dies erscheint für die jeweiligen Aspekte in Anlehnung an den Beihilfe-Kompromiss unschwer möglich zu sein, und soll daher hier nicht vertieft werden.

⁵⁴⁵ Gemeint ist hier eine summarische Prüfung wie etwa bei § 80 Abs. 5 VwGO. Es geht um eine überschlägige Prüfung nach „Aktenlage“; es sollen in diesem Stadium gerade noch keine umfangreichen Anhörungen erfolgen.

Daher sind die für die Aufgreiffrage heranzuziehenden Kriterien letztlich die gleichen, wie beim Drei-Stufen-Test selbst⁵⁴⁶, nur dass zweckmäßigerweise lediglich eine summarische Prüfung auf das nicht nur unerhebliche Betroffensein abwägungserheblicher Belange Dritter erfolgt.⁵⁴⁷ Hierbei muss schon die Möglichkeit einer nicht nur unerheblichen Tangierung ausreichen, um den Drei-Stufen-Test (bzw. eine entsprechende Vorabsondierung) auszulösen.⁵⁴⁸ Bleiben (insb. nach einer Vorabsondierung) Zweifel daran, ob abwägungserhebliche Belange Dritter in nicht nur unerheblicher Weise betroffen sind, ist der Drei-Stufen-Test durchzuführen.

2. Ausgestaltung der weiteren Verfahrensschritte

Aufgabe des Drei-Stufen-Tests ist die Konkretisierung des gesetzlich nur final vorgegebenen Auftrags der Anstalten im Online-Bereich. Hierzu bedarf es - wie dargelegt - einer Ergänzung der Entscheidungsmaßstäbe über das Verfahren, mithin einer entsprechend auf Produktivität ausgerichteten Verfahrensgestaltung. Für die Produktivität des Verfahrens ist insbesondere die Berücksichtigung der Faktoren der Maßstabergänzung maßgeblich.⁵⁴⁹

a. Zur Begründung von Informationspflichten

Wesentliches Element des Drei-Stufen-Tests ist die Abwägung der abwägungserheblichen Belange der von dem Angebot betroffenen Akteure. Hierfür unerlässlich ist die verfahrensmäßige Sicherstellung eines Informationsflusses zwischen den Akteuren.⁵⁵⁰ Da der

⁵⁴⁶ Alles andere wäre auch „eigenartig“, denn es geht (auch bei der Frage der Erforderlichkeit des Drei-Stufen-Tests) immer um die Frage, ob das jeweilige Angebot dem Auftrag der Anstalten unterfällt bzw. dazu gehört. Das Aufgreifkriterium dient nur dazu, solche Fälle vom Test auszunehmen, die eindeutig zum Auftrag gehören oder bei denen es um marginale Änderungen schon bestehender Angebote geht, die keine wesentlichen Auswirkungen auf Belange Dritter haben können. Es geht also schon auf dieser Ebene um die Frage, inwieweit (auch) Belange Dritter durch die Änderung betroffen sind. Hier die Grenze zu definieren, ist Aufgabe der Aufgreifkriterien; diesen liegt daher letztlich die gleiche Überlegung wie beim gesamten Test zugrunde, nur sollen offensichtlich unbedeutende Veränderungen schon vor dem Test ausgeschieden werden. Aus diesen Grund sind die im Beihilfe-Kompromiss genannten Kriterien, die bei der Erforderlichkeitsfrage zu berücksichtigen sind, auch (nahezu) identisch mit denen, die den Kern des Drei-Stufen-Tests i.e.S. bilden. Vgl. Rn. (328) Satz 5 und 6 einerseits und Rn. (329) S. 3 andererseits.

⁵⁴⁷ Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 490 stellen fest: „Für die Frage der marktrelevanten Auswirkungen ist bereits an dieser Stelle [also im Rahmen der Aufgreiffrage] Expertenwissen gefragt.“ Dies trifft zu und verdeutlicht, dass diese Entscheidung nicht vom anstaltsinternen Gremium getroffen werden kann. Allerdings kann damit auch nicht (schon vor der Aufnahme des eigentlichen Testverfahrens) die Einholung von umfangreichen Gutachten gemeint sein. Hieraus folgt, dass selbst beigezogene Experten (ebenso wie ein professionelles, externes Gremium) in diesem Stadium nur eine überschlägige Prüfung (auf der Basis der bis dahin vorhandenen Informationen) vornehmen könnten.

⁵⁴⁸ Vgl. auch D. Dörr, in: epd medien (34/35) 2008, S. 3 (4), der in Bezug auf die marktlichen Auswirkungen ebenfalls eine Wahrscheinlichkeit genügen lässt: „Auswirkungen (..) haben könnte“. Ebenso Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 490.

⁵⁴⁹ Näher zum Ganzen Teil E. V.

⁵⁵⁰ Vgl. oben Teil E. III. 2.

Ansatz, ein neues Angebot zu etablieren, von den Anstalten ausgeht⁵⁵¹, verfügen zunächst sie über (alle) Informationen, die die anderen Akteure benötigen, um ihre eigene Position hierzu und ihre diesbezüglichen Belange ermitteln zu können. Um den daher erforderlichen Informationsfluss von den Anstalten zu den anderen Akteuren zu gewährleisten, bedarf es der Begründung von Informationspflichten, die zunächst die Rundfunkanstalten selbst in die Pflicht nehmen.

Demgemäß setzt § 11f Abs. 5 RStV eine Veröffentlichung des geplanten Angebots voraus.⁵⁵² § 11f Abs. 5, 6 RStV sehen dann *während* des weiteren Verfahrens keine Veröffentlichungen mehr bis zur Entscheidung vor.⁵⁵³

Eine solche Gestaltung widerspricht zum einen der produktiven Funktion des Verfahrens, da sie nicht auf die Herstellung eines diskursiven Lernprozesses⁵⁵⁴ gerichtet ist und wird zum anderen auch dem eigenen Anspruch des Gesetzgebers an ein „durchgehend transparentes Verfahren“⁵⁵⁵ nicht gerecht.

Zur Gewährleistung eines produktiven Verfahrens, das bestrebt ist, *alle* abwägungserheblichen Belange ermitteln, objektiv zutreffend gewichten und entsprechend abwägen zu können, sollten auch im weiteren Verfahrensverlauf Informationspflichten begründet werden, wie etwa die

⁵⁵¹ § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV; ZDF, Beschluss des Fernsehates v. 7.12.2007, S. 2; ARD, Verfahren, S. 1.

⁵⁵² Dies ergibt sich aus § 11f Abs. 5 Satz 2 RStV, dort heißt es: „Die Gelegenheit zur Stellungnahme besteht innerhalb einer Frist von mindestens sechs Wochen nach Veröffentlichung des Vorhabens.“ Vgl. auch die Begründung zum 12. RÄndStV, S. 22.

⁵⁵³ In § 11f Abs. 6 Satz 4 RStV heißt es: „Die jeweilige Rundfunkanstalt hat das Ergebnis ihrer Prüfung einschließlich der eingeholten Gutachten unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in gleicher Weise wie die Veröffentlichung des Vorhabens bekannt zu machen.“ Hieraus ergibt sich zwar nicht eindeutig, dass die Gutachten und die Stellungnahme nach ihrer Einreichung beim Gremium nicht zu veröffentlichen sind. In der Begründung zum 12. RÄndStV, S. 22 heißt es aber zu den Gutachten und Stellungnahmen: „Weil dies allein der Information der Gremienmitglieder dient, werden nur allgemeine Festlegungen zum Publikationsorgan und zur Mindestfrist einer Anhörung getroffen.“ und: „Es sind nicht nur die Vorhaben, sondern auch die Namen der befassten Gutachter zu veröffentlichen.“ Hieraus wird geschlossen, dass keine Pflicht der Gremien zur Veröffentlichung der Gutachten und Stellungnahmen während des Verfahrens besteht (Näher dazu oben Teil H. IV. 2. in d. Fn. 475). Der NDR-Rundfunkrat hat entsprechend im Mediathek-Verfahren weder das Gutachten, noch die Stellungnahmen der Dritten *während* des Verfahrens veröffentlicht.

⁵⁵⁴ Die den Stellungnahmen und Gutachten zu entnehmenden Informationen müssen den anderen Akteuren noch im Verlauf des Verfahrens zur Verfügung stehen (insbesondere für eine erneute Stellungnahme auf der Basis der veränderten Informationsgrundlage). Demgemäß betont auch die DLM, Positionspapier, S. 11: „Erst durch die Möglichkeit, zu dem Gutachten Stellung zu nehmen, bevor die abschließende Entscheidung der Gremien fällt, wird eine breite Grundlage für deren eigene Bewertung geschaffen.“

Da nach dem hiesigen Ansatz davon ausgegangen wird, dass eine Optimierung des Informationsflusses auch zu einer Optimierung des anzustrebenden kollektiven, wechselseitigen Lernprozesses (vgl. oben Teil E. III. 2) und damit zu einer deutlich verbesserten Entscheidungsgrundlage führt, ist dementsprechend davon auszugehen, dass wechselseitig vorhandene Informationen zwischen den Akteuren schnellstmöglich auszutauschen sind. Dagegen ist ein nicht durch Sachzwänge gerechtfertigtes Hemmen des Informationsaustauschs dem wechselseitigen Lernprozess und damit der Verbesserung der Entscheidungsgrundlage (die zugleich die Basis für eine möglichst „richtige“ Entscheidung ist) nicht förderlich. Der Informationsfluss sollte daher, aber auch aus Transparenzgesichtspunkten, zeitnah und umfassend erfolgen.

⁵⁵⁵ Vgl. Begründung des 12. RÄndStV, S. 23.

Pflicht zur zeitnahen Veröffentlichung der Ergebnisse der Anhörungen. Diesbezüglich sollte für das Gremium auch die Verpflichtung bestehen, eine zeitnahe zusammenfassende Darstellung der im Rahmen der Anhörungen erfolgten Eingaben zu veröffentlichen.⁵⁵⁶ In verfassungsrechtlicher Hinsicht dürfte die gewählte Gestaltung allerdings der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers⁵⁵⁷ unterfallen.

§ 11 Abs. 6 RStV sieht wohl keine Veröffentlichung der eingegangenen Stellungnahmen in den Entscheidungsgründen vor, sondern lediglich eine Begründung „unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen“.⁵⁵⁸ Auch hier wird man bemängeln müssen, dass diese Verfahrensgestaltung nicht einer durchgehend transparenten Verfahrensgestaltung entspricht und die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung erheblich erschwert. Auch dieser Umstand der Verfahrensgestaltung wird aber der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterfallen.

b. Zur Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen

Da das die Abwägung vornehmende Gremium nicht aus sich heraus in der Lage ist, alle abwägungserheblichen Belange zu generieren⁵⁵⁹, bedarf es eines Informationsflusses zwischen den Akteuren.⁵⁶⁰ Hierzu ist wiederum eine Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen an die Akteure erforderlich.⁵⁶¹ Zentrales Verfahrenselement ist hierbei die Durchführung von Anhörungen bzw. die Schaffung der Möglichkeit für die Akteure, Eingaben beim Entscheidungsträger zu tätigen. § 11 Abs. 5 S. 1 RStV sieht eine „Gelegenheit zur Stellungnahme“ vor. Eine sachliche Beschränkung der Stellungnahmen auf bestimmte Fragen (etwa nur die marktlichen Auswirkungen) sieht der Staatsvertrag - zu Recht - nicht vor.

⁵⁵⁶ Hierbei kann man sich an dem PVT-Modell der BBC orientieren. Dort erfolgt eine Analyse aller Eingaben und diese werden dann nach Abschluss des PVA und des MIA veröffentlicht (Vgl. zum Ganzen die Veröffentlichung des BBC Trust, Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT, S. 12 f. Auf der durch diese Veröffentlichung geschaffenen, neuen Informationsgrundlage sollte es zu einem erneuten Informationsaustausch kommen, denn durch den Informationsrückfluss (Kenntnisnahmemöglichkeit der Argumente und Belange der Dritten) ist es möglich, dass wieder neue Informationen generiert werden. Möglicherweise konnte etwa ein Irrtum eines Akteurs ausgeräumt werden; möglicherweise ergibt sich aus der Gesamtschau der Eingaben ein neues Problem bzw. Argument. Denkbar ist auch, dass ein Akteur seine Meinung über das Vorliegen neuer Informationen ändert, etc.

Es bietet sich daher an, in das Modell des Drei-Stufen-Tests eine Doppelung der Anhörungen/Eingabemöglichkeiten einzubauen, wie dies etwa beim britischen PVT dadurch der Fall ist, dass nach der vorläufigen Entscheidung (provisional conclusion), noch einmal die Möglichkeit zur Eingabe besteht. Näher dazu sogleich im Text.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu oben Teil E. III. 2. d.

⁵⁵⁸ § 11f Abs. 6 Satz 3 RStV.

⁵⁵⁹ Vgl. oben Teil E. III. 2.

⁵⁶⁰ Näher dazu oben Teil E. V. 2.

⁵⁶¹ Ebenda.

Förderlich für die Gewährleistung eines rationalen Diskurses ist allerdings auch die Einführung gedoppelter Anhörungsrunden, wie sie beim Modell des PVT der BBC Anwendung finden.⁵⁶²

Der überragende Vorteil der Doppelung liegt darin, dass die (betroffenen) Akteure mit den Stellungnahmen der anderen Akteure vor der letztendlichen Entscheidung noch einmal konfrontiert werden und Gelegenheit erhalten, sich in Kenntnis neuer, zusätzlicher, ggf. auch gegensätzlicher Informationen ein verbessertes Bild von der Sach- und Problemlage zu machen. Sie können hierüber ihre Belange qualifizierter darlegen⁵⁶³ und Standpunkte ggf. auch anpassen. Es kommt damit über die Doppelung⁵⁶⁴ zu einem (in qualitativer Hinsicht gesteigerten) rationalen Diskurs.

Bedenklich ist insofern, dass sich die Anstalten selber diesen Doppelungseffekt in einem abgewandelten Sinne zu Nutze machen wollen: So sieht etwa der Vorschlag des ZDF vor, dass das Gremium den Anstalten die Gutachten und Stellungnahmen zuleitet und der Intendant dann die Intendantenvorlage in Ansehung dieser Informationen „fortschreibt“⁵⁶⁵, ohne dass vorgesehen wäre, diese Fortschreibung dann wiederum zu veröffentlichen, Anhörungen hierzu stattfinden zu lassen oder Gutachten dazu einzuholen. Diese Konstruktion führt nicht nur zu einer Verschärfung der ohnehin bestehenden Informationsasymmetrie und mangelnder Verfahrenstransparenz: Durch die Fortschreibung verändert sich das Angebot in einer Weise, die für Dritte nicht nachvollziehbar ist (sie erlangen von den Veränderungen - vor der dann folgenden Entscheidung - gar keine Kenntnis mehr). Hinzukommt, dass das „fortgeschriebene“, mithin veränderte Angebot, sie möglicherweise auch in (gegenüber dem ursprünglichen Angebot) erheblich verändertem Maße grundrechtlich betrifft. Nach einer

⁵⁶² Vgl. hierzu Teil C. II. 3, Abbildung 2. Vgl. nunmehr auch DLM, Leitfaden, S. 7.

⁵⁶³ Der Ansatz einer gezielten Doppelung (Mehrfach-Durchführung) der Anhörungen/Befragungen zur Erzielung von Rückkoppelungseffekten ist auch in der Kommunikations-Wissenschaft (unter dem Begriff „Delphi-Methode“) bekannt. Dabei handelt es sich dort um die Mehrfachbefragung von Experten. Da vorliegend davon ausgegangen wird, dass jeder Akteur Experte im Hinblick auf die Kenntnis und damit auf die Beibringungsmöglichkeit der ihn betreffenden Belange ist (Vgl. dazu oben Teil E. V. 2.), handelt es sich hier um eine (sehr) ähnliche Situation, in der jedenfalls Rückkoppelungseffekte (und darüber Wissenszuwächse) zu erwarten sind. Vgl. zur Delphi-Methode und zu deren Rückkoppelungseffekten: G. Vowe/S. Opitz/M. Dohle, in: M&K 2008 (2), S. 159 (164 ff.).

⁵⁶⁴ In der Rechtswissenschaft hat sich das Prinzip der Doppelung in anderen Bereichen, etwa dem Zivilprozessrecht, bewährt und überdies auch als unerlässlich zur Ermittlung des Sachverhalts (und damit - in Fällen wie dem vorliegenden - auch der abwägungserheblichen Belange) erwiesen. Zwar gilt im öffentlichen Recht i.d.R. der Untersuchungsgrundsatz, nur kann im Falle prozeduraler Arrangements die notwendige Generierung des (dem Entscheidungsträger gerade) fehlenden Wissens nur über eine Mitwirkung der beteiligten Akteure (Wissensträger) erreicht werden (näher dazu: D. Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung, S. 39.), was die vorliegende Konstruktion auch dem (zivilrechtlichen) Beibringungsgrundsatz annähert.

⁵⁶⁵ Vgl. etwa ZDF, Beschluss des Fernsehates vom 12.12.2008, S. 5.

Veränderung des Angebotsvorschlags, der Erweiterungen oder erhebliche Veränderungen enthält, ist daher eine erneute Anhörung geboten.⁵⁶⁶ Dass eine solche in § 11f Abs. 5 RStV nicht vorgesehen ist (bzw. dass die anstaltsinterne Möglichkeit zur Angebotsveränderung nach Vorlage des Vorschlags beim Gremium nicht staatsvertraglich unterbunden ist⁵⁶⁷), ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht äußerst bedenklich.⁵⁶⁸

c. Begründung von Verfahrensrechten / Behandlung von Verfahrensfehlern

Verfahrensrechte sieht der RStV weder für die betroffenen Dritten, noch für die Gebührenzahler vor. Aus der Gesetzesbegründung zu § 11f Abs. 5 RStV ergibt sich, dass Dritten im Rahmen des Drei-Stufen-Tests (jedenfalls über die Anhörungen) keine subjektiven Rechte zustehen sollen.⁵⁶⁹

Da im Falle prozeduraler Arrangements der formellen Komponente, mithin dem Verfahren, eine konstitutive Funktion im Hinblick auf die Generierung der abwägungserheblichen Maßstäbe zukommt⁵⁷⁰, sind Fehler im Verfahren (Verfahrensfehler) besonders bedeutsam. Dies gilt in Bezug auf den Drei-Stufen-Test umso mehr, als über das Verfahren Entscheidungen getroffen werden, die grundrechtlich geschützte Interessen Dritter betreffen. Es stellt sich daher die Frage, ob der gänzliche Ausschluss von Verfahrensrechten, verfassungsgemäß ist.⁵⁷¹

Festzuhalten ist zunächst, dass die Anstalten von Verfassungs wegen gehalten sind, die gesetzlichen Verfahrensvorschriften einzuhalten.⁵⁷² Insofern scheint es bedenklich, wenn Dritten über eine „staatsvertragliche Versagung“ subjektiver Rechte⁵⁷³ auch der gerichtliche Rechtsschutz gegen Verfahrensverstöße verwehrt werden soll.⁵⁷⁴ Andererseits besteht für alle Akteure der Medienordnung (insbesondere aber auch für die Anstalten) ein Interesse daran, dass

⁵⁶⁶ D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 4.

⁵⁶⁷ Zwar kann eine Anpassung des Vorschlags als prozeduraler Effekt auch eine Optimierung der widerstreitenden Interessen haben. Nur dies ist mit der vorliegenden Konstruktion gerade nicht sichergestellt (genauso sind gegenteilige Effekte denkbar). Die anstaltsinterne, völlig intransparente Weiterleitung der Stellungnahmen und Gutachten nebst interner Angebotsveränderung, ohne jedwede Veröffentlichung, lassen jedenfalls eher letzteres befürchten.

⁵⁶⁸ In diesem Kontext steht auch, dass die Betroffenen von der Veränderung noch nicht einmal durch Akteneinsicht o.ä. Kenntnis erlangen können. Zur grundrechtlichen Relevanz dieses Umstands vgl. schon oben Teil H. (Fn. 475 m.w.N.).

⁵⁶⁹ Begründung zum 12. RÄndStV, Seite 22: „Um den Rundfunk-, Fernseh- und Hörfunkräten eine objektive Prüfung zu ermöglichen, sollen Dritte die Möglichkeit zur Äußerung haben. Damit werden jedoch keine subjektiven Rechte Dritter begründet.“

⁵⁷⁰ E. Hagenah, Prozeduraler Umweltschutz, S. 55.

⁵⁷¹ Dies fragt sich insbesondere deshalb, weil Verfahrensfehler bei einem hochkomplexen Verfahren (das zudem noch von einem Betroffenen der Entscheidung in Selbstverwaltung durch geführt wird) nicht unwahrscheinlich sind.

⁵⁷² Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt auch für Anstalten. Vgl. nur G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 14 Rn. 42.

⁵⁷³ Näher (auch zu einer denkbaren abweichenden gerichtlichen Beurteilung): Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 137.

⁵⁷⁴ Wie hier N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609).

die Auftragskonkretisierung der Rundfunkanstalten im Online-Bereich möglichst kurzfristig erfolgt und nicht über (jahre-) lange gerichtliche Verfahren⁵⁷⁵ praktisch unmöglich gemacht wird.

Wenn von daher ein ausgeprägter Rechtsschutz über subjektive Rechte (in Bezug auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften) das Ziel des Gesamtverfahrens vereiteln würde und andererseits der Rechtsschutz der von der Entscheidung Betroffenen aber grundrechtlich geboten ist, dann bedarf es eines (anderen) Rechtsschutzkonzepts, das zwar nicht subjektiv-rechtlich orientiert ist, gleichwohl aber angemessenen Rechtsschutz vermittelt. Der Gesetzgeber hat sich diesbezüglich für einen objektiv-rechtlichen Ansatz entschieden, der im Folgenden näher untersucht werden soll.

aa. Das Konzept der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren

Die Idee der Prozeduralisierung geht, wie dargestellt, mit einer Stärkung des Verfahrensaspekts einher. Im deutschen (Verwaltungs-) Recht wird dem Verfahren (dagegen) allerdings grundsätzlich eher eine geringe Bedeutung im Hinblick auf die Entscheidungsfindung beigemessen.⁵⁷⁶ Insofern besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der deutschen Rechtsordnung und derjenigen in vielen anderen europäischen Ländern, insbesondere in England und Frankreich (aber auch gegenüber dem EU-Eigenverwaltungsrecht).⁵⁷⁷ Dem Verfahren selbst und auch Fehlern im Verfahren werden dort eine deutlich höhere Wichtigkeit beigemessen.⁵⁷⁸ Dieser Unterschied der Wertschätzung des Verfahrens ist dabei Ausdruck eines tiefgreifenden systemischen Unterschieds.⁵⁷⁹ Im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht sind insofern zwei Ansätze denkbar: Man kann die Gewähr der Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung dabei entweder vom Bemühen um das richtige Ergebnis oder von der Einhaltung eines ordnungsgemäßen Verfahrens abhängig machen.⁵⁸⁰ Ausschließlich stützt sich keine Rechtsordnung allein auf den einen oder anderen Faktor, so dass es eine Frage des Ausmaßes ist, in welchem man den einen oder anderen Faktor stärker betont.⁵⁸¹ Es lassen sich insofern zwei (gegensätzliche) Konzepte unterscheiden.

⁵⁷⁵ Die Frage, ob ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Rechtsaufsicht gegeben ist, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Vgl. zu den Positionen: D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S. 5 einerseits und M. Knothe, epd medien (60) 2009, S. 5 (7ff.) andererseits. Offengelassen bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 64.

⁵⁷⁶ R. Wahl, in: DVBl. 2003, 1285 (1287).

⁵⁷⁷ R. Wahl, in: DVBl. 2003, 1285 (1288).

⁵⁷⁸ G. Gornig/C. Trübe, in: JZ 2000, 395 (397).

⁵⁷⁹ J. Kokott, in: Die Verwaltung, Band 31 (1998), S. 335 (365ff.).

⁵⁸⁰ R. Wahl, in: DVBl. 2003, 1285 (1287).

⁵⁸¹ R. Wahl, in: DVBl. 2003, 1285 (1287, 1290).

Bei dem ersten Konzept hat das Verfahren eine lediglich dienende Funktion, wohingegen der materiellen Komponente der Vorrang zukommt.⁵⁸² Dies Konzept hat (vorwiegend) die materielle Richtigkeit des Ergebnisses zum Ziel.⁵⁸³ Diesem Konzept entspricht das überwiegend konditional programmierte deutsche Rechtsschutzkonzept der VwGO und VwVfG.⁵⁸⁴

Das Verwaltungsverfahren dient hier in erster Linie als „vorgezogener Rechtsschutz“.⁵⁸⁵ Die Richtigkeit des materiellen Ergebnisses wird dagegen im Gerichtsverfahren vorrangig anhand ergebnisbezogener Maßstäbe geprüft.⁵⁸⁶ Verfahrensfehler sind dabei, aufgrund der zahlreichen Unbeachtlichkeitsvorschriften, nur ausnahmsweise von Einfluss auf das Ergebnis.

Das zweite Konzept erkennt dem Verfahren dagegen einen Eigenwert zu und erwartet von der Einhaltung der Verfahrensvorschriften die wichtigste Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung.⁵⁸⁷ (Konzept der „Richtigkeitsgewähr durch Verfahren“⁵⁸⁸) Das Verfahren wird dabei zum Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts.⁵⁸⁹

Allerdings ist auch dem deutschen Recht der Gedanke der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren nicht gänzlich fremd. Eine erste Aufwertung des Verfahrens erfolgte durch das Bundesverfassungsgericht im Mühlheim-Kärlich-Beschluss⁵⁹⁰: Im Hinblick auf die Effektivität des Grundrechtsschutzes hat das Bundesverfassungsgericht dort den Gedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren entwickelt.⁵⁹¹ Durch dieses Urteil, das sich primär auf den Gedanken des Grundrechtsschutzes bezieht, ist darüber hinaus auch die Bedeutung der Verfahrenskomponente für das Verwaltungsrecht stärker ins Blickfeld geraten. Auch durch den zunehmenden Einfluss der anderen europäischen Rechtsordnungen, die teilweise an dem Konzept der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren orientiert sind, gewinnt im deutschen Recht dieses Konzept zunehmend stärker an Einfluss.⁵⁹² Der Ansatz der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren berücksichtigt konzeptionell, dass es nicht in allen Bereichen möglich ist, als Gesetzgeber nur mit konditionaler Programmierung zu arbeiten. Vielmehr bedarf es vieler Orten des Rückgriffs auf Institute wie unbestimmte Rechtsbegriffe, Gestaltungsaufträge, Zielvorgaben usf. In diesen Bereichen ist die materiell-rechtliche Vorgabe notwendig zurückgenommen.

⁵⁸² K. Hansmann, in: NVwZ 2006, 51 (52).

⁵⁸³ R. Wahl, in: DVBl. 2003, 1285 (1287).

⁵⁸⁴ K. Hansmann, in: NVwZ 2006, 51 (52).

⁵⁸⁵ W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 9 (13).

⁵⁸⁶ W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 9 (13).

⁵⁸⁷ G. Hirsch, in: VBIBW 2000, 71 (74).

⁵⁸⁸ Vgl. dazu: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, S. 305 Rn. 46, S. 361 Rn. 149;

W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 9 (13).

⁵⁸⁹ C. Franzius, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen, Bd. I, § 4, S. 205, Rn. 51.

⁵⁹⁰ BVerfGE 53, 30.

⁵⁹¹ Vgl. zum Grundrechtsschutz durch Verfahrensvorkehrungen etwa: D. Grimm, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, in: NVwZ 1985, 865, (865ff.).

⁵⁹² M. Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, 489 (492).

Dieses Minus an rechtlichen Vorgaben fängt gerade das Konzept der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren auf und kompensiert es. Insofern sind prozedurale Arrangements (wie der Drei-Stufen-Test), aufgrund ihrer Ausrichtung an der Entscheidungsfindung über das Verfahren, diesem zweiten Konzept zuzurechnen.

bb. Konsequenzen für die Behandlung von Fehlerfolgen

Der Unterschied der Systeme wird besonders deutlich bei der Behandlung von Fehlerfolgen. In dem Modell, das vom Vorrang des materiellen Rechts ausgeht, wird im Falle der materiellen Richtigkeit des Ergebnisses ein formeller Fehler i.d.R. unbeachtlich sein.⁵⁹³ Ein Beispiel hierfür ist die Unbeachtlichkeitsvorschrift des § 46 VwVfG.

Soweit man auch im deutschen (Verwaltungs-) Recht nunmehr eine gewisse Tendenz zu einer stärker final ausgerichteten Programmierung, verbunden mit einer größeren Bedeutung des Verfahrens, mithin zu einer Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, erblicken mag, so sind zugleich gegenläufige Tendenzen im deutschen Verwaltungsrecht festzustellen: Im Rahmen der Überlegungen, das Verwaltungsrecht zu modernisieren, entwickelten sich mit Blick auf das Verwaltungsverfahren Bestrebungen, die Verfahren zu beschleunigen und effizienter zu gestalten.⁵⁹⁴

Der Gesetzgeber griff entsprechende Ansätze ab Anfang der 90er Jahre auf und verabschiedete zahlreiche Novellen von Verfahrensvorschriften.⁵⁹⁵ Die verabschiedeten Neuerungen umfaßten neben Verfahrenserleichterungen⁵⁹⁶ auch die Einführungen neuer Verfahrenstypen⁵⁹⁷ und die Ausweitung von Heilungs-⁵⁹⁸, Unbeachtlichkeits-⁵⁹⁹ und Präklusionsvorschriften⁶⁰⁰. Ziel der zahlreichen Vereinfachungen war die „nachfragegerechte“ Beschleunigung von Verwaltungsverfahren, insbesondere von Planungs- und Genehmigungsverfahren.⁶⁰¹

⁵⁹³ Dem entspricht im deutschen Verwaltungsrecht die Regelung des § 46 VwVfG. In diesem Zusammenhang steht auch die stark subjektiv-rechtliche, eben materiell-orientierte Ausprägung des deutschen Verwaltungsrechts.

⁵⁹⁴ A. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 277 (282).

⁵⁹⁵ Beispielhaft sind hier zu nennen: Das Verkehrswegeplanungsgesetz vom 16.12.1991 (BGBl. I, S. 2174), das Planungsvereinfachungsgesetz vom 17.12.1993 (BGBl. I, S. 2123), das Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren vom 12.9.1996 (BGBl. I, S. 1354).

⁵⁹⁶ Dies gilt insbesondere für Genehmigungs- und Massenverfahren. Vgl. beispielsweise §§ 71b, 71c, 71d, 71e VwVfG als Vereinfachungen von Genehmigungsverfahren. Zur Vereinfachung von Massenverfahren wurde die Grenze von 3000 auf 50 Personen gesenkt. Vgl. bspw. § 17 Abs. 4 S. 2 VwVfG (i.V.m. § 41 Abs. 3 S. 1 VwVfG).

⁵⁹⁷ Bspw. das Genehmigungsfreistellungsverfahren in den LBauO.

⁵⁹⁸ Bspw. § 45 Abs. 2 VwVfG, § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG.

⁵⁹⁹ Bspw. § 46 VwVfG, § 75 Abs. 1a S.1 VwVfG.

⁶⁰⁰ Bspw. § 71d Abs. 2 VwVfG, § 73 Abs. 3a VwVfG.

⁶⁰¹ A. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform, Bd. 9, S. 277 (282).

Der Ansatz der Beschleunigung durch vereinfachte Regulierung und damit einhergehende Ausweitung von Unbeachtlichkeits- und Heilungsvorschriften im Verwaltungsverfahrenrecht steht allerdings in einem gefährlich destruktiven Gegensatz zum Ansatz der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren (mit entsprechender Behandlung von Verfahrensfehlern) und damit zum prozeduralen Steuerungsansatz.⁶⁰² Um diesen Ansatz nicht insgesamt durch eine „fehlerhafte Fehlerbehandlung“ zu kontaminieren, müssen Fehler im Verfahren bei Konzepten, die dem Verfahren einen Eigenwert zumessen, i.d.R. auf die Rechtswidrigkeit der Entscheidung durchschlagen.⁶⁰³

cc. Übertragung auf die formelle Komponente des Drei-Stufen-Tests

Auf das prozedurale Konzept des Drei-Stufen-Tests übertragen, bedeutet dies folgendes: Fehler in der formellen Komponente des Drei-Stufen-Tests i.w.S. müssen im Rahmen einer Rechtswidrigkeitsprüfung auf das Ergebnis durchschlagen.⁶⁰⁴ D.h. ein Fehler in der Verfahrensdurchführung muss zur Rechtswidrigkeit des Ergebnisses des Drei-Stufen-Tests führen.

Wählt der Gesetzgeber zur Verhinderung einer Verfahrensverzögerung eine allein objektiv-rechtliche Rechtsschutzkonzeption (in Bezug auf Verfahrensfehler), obwohl es sich um ein Verfahren zur Sicherung des Grundrechtsschutzes handelt, dann ist es geboten, die Einhaltung der Verfahrensvorschriften (und damit die Rechtmäßigkeit der Verfahrensdurchführung) so gut wie möglich abzusichern.

Hierbei helfen Verfahrensrechte. Zweckmäßig eingesetzt, kommt ihnen zum einen die Funktion der Rückkopplung über die Richtigkeit des Verfahrensverlaufes an den Entscheidungsträger zu⁶⁰⁵, zum anderen können sie auch die spätere rechtsaufsichtliche Kontrolle erleichtern bzw. auf Verfahrensverstöße aufmerksam machen.

Es ist daher fraglich, ob der gänzliche Ausschluss von Verfahrensrechten dem Gewicht des Verfahrens für den Grundrechtsschutz gerecht wird. Es muss jedenfalls Konsequenzen für den Bestand der Entscheidung haben, wenn etwa die Anhörung gänzlich unterblieben ist oder die Veröffentlichungen zu dem geplanten Vorhaben in wesentlichen Fragen lückenhaft sind.

Die gegenwärtige staatsvertragliche Regelung setzt im Hinblick auf angemessenen Rechtsschutz ganz offensichtlich im Wesentlichen darauf, dass die Rechtsaufsicht die Einhaltung der

⁶⁰² Ebenda.

⁶⁰³ R. Wahl, in: DVBl. 2003, 1285 (1287).

⁶⁰⁴ Fehler im Verfahren werden zu Fehlern in der Entscheidung.

⁶⁰⁵ Nicht das Ziel ist jedoch hierüber eine Blockademöglichkeit in Bezug auf die Entscheidungsfindung zu etablieren. Daher sind Art und Umfang eines Verfahrensmittels mit den Erfordernissen des Einzelfalls abzustimmen.

Verfahrens-Vorschriften überprüfen kann. *Dies* ist eine Einschätzung, die dem Gesetzgeber im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums zusteht.⁶⁰⁶ Sie ist daher als (noch) verfassungsgemäß anzusehen.

Gleichwohl ergeben sich aber auch Bedenken: Die Rechtsaufsicht prüft die Einhaltung der Verfahrensvorschriften (auch im Falle von Beschwerden Dritter) immer erst nach Abschluss des Verfahrens. Wird dann ein (ggf. auch nur kleiner) Verfahrensfehler entdeckt⁶⁰⁷, dann müsste, in Ansehung der Bedeutung des Verfahrens für die Richtigkeit dieser Entscheidung, der Fehler *nachträglich* behoben werden.⁶⁰⁸ Dies würde aber eine ganz erhebliche Verzögerung des Verfahrens (mit Wiederholung insbesondere auch der Gewichtung der Abwägungsaspekte und der Abwägung, d.h. der Entscheidung selbst) bedeuten, die es gerade zu vermeiden gilt. Daher wäre es zweckmäßig gewesen, ein Beschwerderecht zum Gremium (bzw. zum Entscheidungsträger) ohne Suspensiveffekt staatsvertraglich abzusichern, das sich auf die Einhaltung aller wesentlichen (d.h. der staatsvertraglich geregelten) Verfahrensschritte bezieht.

Liegt ein Fehler bei einem staatsvertraglich vorgesehenen, wesentlichen Verfahrensschritt vor (bspw. Fehlen der Anhörungen etc.), ist unabhängig von den vorstehenden Überlegungen zu einem Beschwerderecht - wegen der konstitutiven Funktion des Verfahrens - jedenfalls eine restriktive Handhabung des Verstoßes geboten: Eine Entscheidung auf dieser (unvollständigen) Grundlage ist rechts- und damit *hier* auch verfassungswidrig.⁶⁰⁹ Dies gilt es (insbesondere auch aus der Sicht der Anstalten) zu vermeiden, denn ein solches (lediglich aufgrund eines „technischen Fehlers“ zustande gekommenes) Ergebnis ist letztlich für keine der „Parteien“ ein Gewinn (schon weil es - trotz der Durchführung des Tests - zu keiner Konkretisierung kommt).

Zusammenfassend wird man im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit des Fehlens von Verfahrensrechten sagen können: Die staatsvertragliche, objektiv-rechtlich orientierte

⁶⁰⁶ Dazu, was die Rechtsaufsicht im Rahmen der Kontrolle des Drei-Stufen-Tests genau überprüfen darf, vgl. unten Teil J. III. Die Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften ist davon jedenfalls umfasst.

⁶⁰⁷ Bspw. das Übersehen einer einzelnen Stellungnahme im Rahmen der Anhörungen.

⁶⁰⁸ Ein anderes Ergebnis (etwa eine Unbeachtlicherklärung des Fehlers) steht im logischen Widerspruch zu dem Ansatz über das Verfahren überhaupt erst das Steuerungswissen aufzubauen. Es handelt sich beim Drei-Stufen-Test (wie bei jedem prozeduralen Arrangement) in logischer Hinsicht um ein sog. „chaotisches System“, so dass eine isolierte Abschätzbarkeit der Bedeutsamkeit dieses Belangs für die Entscheidung logisch nicht (ohne weiteres) möglich ist, ohne den Belang von vorneherein in den Entscheidungsfindungsprozess mit einzustellen. Deutlicher: Es ist dann offen, welche Bedeutung ein Belang für die erst über das Verfahren zu generierende Entscheidung hat, bzw. gehabt hätte. Die Zusammenhänge der Steuerungsprobleme des Rechts mit der der Mathematik/Logik entstammenden Chaos-Theorie erkannt hat bspw. W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 276 mit Fn. 75 (m.w.N.). Vgl. dazu auch T. Vesting, Die Verwaltung 2001, S. 21 (50) mit der dortigen Fn. 111, der diese Zusammenhänge dem „Theorem vom historischen Zufall mit Abweichungsverstärkung“ zuordnet: „Dieses Theorem, demzufolge kleine Ausgangsursachen große Abweichungsverstärkungen haben können (...).“

⁶⁰⁹ Die Verfassungswidrigkeit ergibt sich hier aus dem Umstand, dass das Verfahren des Drei-Stufen-Tests dem Grundrechtsschutz dient (Grundrechtsschutz durch Verfahren. Vgl. dazu bspw. D. Grimm, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, 865, (865ff.)).

Ausgestaltung hält sich im Grundsatz im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Gleichwohl verdeutlichen sich auch hier noch einmal die Bedenken, die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften zu dem komplexen und umfangreichen Drei-Stufen-Testverfahren ausschließlich in die Hand der anstaltsinternen Gremien zu legen. Besonders bedenklich ist, dass die rechtsaufsichtliche Kontrolle (unabhängig von diesbezüglichen sonstigen Bedenken⁶¹⁰) regelmäßig „zu spät“ kommt bzw. eine ganz erhebliche Verzögerung der Entscheidung verursacht.

d. Begründungspflichten und Verfahrens-Transparenz

Begründungspflichten sieht allein § 11 f Abs. 6 RStV vor. Dies erscheint im Hinblick darauf, dass im Verfahrensverlauf (u.U.) mehrere Entscheidungen getroffen werden, die den letztendlichen Ausgang nicht unmaßgeblich beeinflussen, nicht sachgerecht und entspricht auch nicht dem Erfordernis der durchgehenden Transparenz des Verfahrens. Es ist darüber nachzudenken, ob der Gesetzgeber nicht auch für solche Konkretisierungen, die er (etwa zum Erlass von Satzungen oder Richtlinien) gesetzlich an die Anstalten delegiert, im Gegenzug für die damit erfolgende Kompetenzverschiebung, eine Pflicht zur umfassenden Begründung einführen sollte.⁶¹¹ Die neben den anderen Faktoren der Maßstabsergänzung anzustrebende Transparenz des Verfahrens erfordert gerade eine transparente Handhabung aller wesentlichen Verfahrensschritte, insbesondere wesentlicher (Zwischen-) Schritte und Ergebnisse. Trotz dieser Bedenken, hält sich die diesbezügliche Ausgestaltung des Verfahrens, nebst der Begründungspflicht bzgl. des Endergebnisses, allerdings noch im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

⁶¹⁰ Vgl. dazu näher Teil J.

⁶¹¹ Zur Rationalisierung der Entscheidung über Begründungspflichten, K.-E. Hain, Gutachten, S. 69 f. mit Fn. 222. Die Frage des Bestehens von Begründungspflichten für den Entscheidungsträger ist von der Frage zu unterscheiden, ob den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung selbst eine Begründungspflicht trifft. Wenn das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber im Hinblick auf die Gebührenfestsetzung bei einer Abweichung vom Vorschlag der KEF die Angabe nachprüfbarer Gründe verlangt, so ist dies sicher nicht ohne weiteres zu verallgemeinern. Wie hier: T. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 38, der insofern von „Begründungsobliegenheiten“ spricht und weiter davon ausgeht, dass das Fehlen einer Begründung als Indiz gewertet werden könne, „dass sich der Gesetzgeber von anderen Kriterien als der Verfolgung der Ziele des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG leiten lies.“ Dies ist bzgl. des RStV indes nicht problematisch.

3. Zwischenergebnis

Die staatsvertragliche Regelung der Aufgreiffrage in § 11f Abs. 3 RStV sichert (schon) die ordnungsgemäße Aufnahme des Drei-Stufen-Test-Verfahrens im Erforderlichkeitsfalle weder institutionell, noch durch hinreichend klare (Rahmen-) Kriterien ab. Sie ist in Ansehung des Umstands, dass das Verfahren dem Grundrechtsschutz (auch Dritter) dient, ungeeignet und damit verfassungswidrig.⁶¹² Zudem weicht sie auch von den diesbezüglich eindeutigen Vereinbarungen des Beihilfe-Kompromisses in unzulässiger Weise ab.⁶¹³

Auch die weitere Verfahrensgestaltung in den Abs. 5 und 6 des § 11f RStV begegnet im Hinblick auf die Sicherung der produktiven Verfahrensfunktion (insbesondere im Hinblick auf den wissensgenerierenden Informationsfluss zwischen den Akteuren und die unabdingbare Transparenz aller Verfahrensschritte) ganz erheblichen Bedenken. Besonders deutlich wird dies, wenn die internen Verfahrensgestaltungen anstaltsinterne Möglichkeiten zur Veränderung des Vorschlags außerhalb der anstaltsexternen Wahrnehmung vorsehen (können), nachdem die Anhörungen und Gutachteneinholungen schon stattgefunden haben. Diese Umstände wird man (insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein anstaltsinternes Organ die letztendliche Entscheidung trifft) kaum als faires und in Ansehung der grundrechtlichen Betroffenheit Dritter, als grundrechtsgerechtes Verfahren ansehen können.⁶¹⁴

⁶¹² Teil H. V. 1.

⁶¹³ Ebenda.

⁶¹⁴ Betrachtet man einzelne Aspekte der Absätze 5 und 6 des § 11f RStV allerdings *isoliert* (auch von der institutionellen Unzulänglichkeit des Entscheidungsträgers), dann wird man sie zum Teil (wie dargestellt), in ihrer Gestaltung - trotz aller Bedenken in den Details - wohl als (noch) der Einschätzungsprärogative des Rundfunkgesetzgebers unterfallend einordnen können. Vgl. Teil H. V. 2. a., c. cc. und d.

Teil J. Die Prüfung durch die Rechtsaufsicht

I. Die rechtsaufsichtliche Prüfung

Der Beihilfe-Kompromiss sieht vor, dass die Ergebnisse des Drei-Stufen-Tests für das jeweilige Angebot, nach der Genehmigung durch die Aufsichtsgremien, in den amtlichen Veröffentlichungsblättern der Länder veröffentlicht werden.¹ Weiter heißt es dann in Satz 2 der Randziffer 332 des Beihilfe-Kompromisses: „Diese [die Länder] werden im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.“ In § 11f Abs. 7 RStV findet sich eine entsprechende Vorschrift.

In der Literatur wird diese rechtsaufsichtliche Prüfung im Hinblick auf ihre Stellung im bzw. zum Verfahren unterschiedlich beurteilt: So sehen etwa H. G. Bauer/A. Bienefeld in der rechtsaufsichtlichen Prüfung den dritten und damit letzten Schritt des (Gesamt-) Verfahrens.²

Dagegen sieht W. Schulz das Verfahrensende in der Entscheidung des Gremiums der Anstalt über die Aufnahme des Dienstes.³ Diese Entscheidung bewirke die Beauftragung im Sinne des Europäischen Rechts.⁴ W. Schulz weist dabei daraufhin, dass die Europäische Kommission das Verfahren wohl erst mit der Prüfung durch die Rechtsaufsicht als beendet ansieht.⁵

Da es sich bei der rechtsaufsichtlichen Überprüfung des Drei-Stufen-Tests um eine neue, bisher unbekannte Aufgabe für die Rechtsaufsicht handelt und sich mit der Einführung des Drei-Stufen-Tests ganz allgemein die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsaufsicht zum Drei-Stufen-Test (als neuem, rundfunkrechtlichem Instrument) stellt, soll zunächst ein kurzer Blick auf die Grundlagen der bislang bestehenden Regeln und Grundsätze zur Rechtsaufsicht

¹ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (332) Satz. 1.

² H.G. Bauer/A. Bienefeld, FK 49/2007, S. 3 (11).

³ W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, S. 33.

⁴ W. Schulz, a.a.O., S. 33, Fn. 44. Zur Beauftragung als Ausgangspunkt des Europäischen Rechts vgl. A. Hesse, AfP 2005, 499 (501).

⁵ W. Schulz, a.a.O., S. 33, Fn. 44. Vgl. R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 79. T. Kleist, promedia 2/2008, S.11 (12). Diese Deutung lässt sich aus den Formulierungen im Beihilfe-Kompromiss ableiten. So heißt es in Randziffer 327 am Ende: „(..) dieses Verfahren endet mit der Prüfung und Feststellung durch die Länder im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht.“ Vgl. dazu Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (327). Auch klingt die Bezeichnung „Beauftragung“ in Randziffer 325 danach, dass letztlich der Staat einen Leistungserbringer (hier die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten) damit beauftragen soll, den jeweiligen Dienst zu erbringen. So sieht auch D. Dörr, Gutachten-Zusammenfassung, S.2/3 als letzte Verfahrensschritte die Bestätigung durch die Rechtsaufsicht und die Veröffentlichung des Vorhabens im amtlichen Verkündungsblatt. Holznagel/Dörr/Hildebrand, S. 492f. halten diese Frage dagegen für noch „klärungsbedürftig“ und führen dazu weiter aus: „Jedenfalls ist vorzusehen, dass das Verfahren der Rechtsaufsicht in angemessener Zeit durchgeführt werden muss.“ In Ansehung des Gebotes der Staatsferne, darf die Aufnahme des Dienstes jedenfalls nicht von einer Entscheidung einer staatlichen Institution abhängen, die einer *inhaltlichen* Genehmigung gleichkommt. Es ist daher vor der Beantwortung dieser Frage präziser zu beantworten, was die Rechtsaufsicht überhaupt überprüft bzw. überprüfen darf, um dann auf dieser Grundlage die Bedeutung ihrer Entscheidung einordnen zu können.

erfolgen, um die sich in diesem Zusammenhang für den Drei-Stufen-Test ergebenden Fragen sachgerecht einordnen zu können.

II. Die Rechtsaufsicht über den Rundfunk in der Bundesrepublik Deutschland

1. Übersicht

Für die meisten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist eine Rechtsgrundlage bzgl. der Rechtsaufsicht einfach-gesetzlich in den Landesrundfunkgesetzen geregelt.⁶ Eine Ausnahme bildet insofern der Hessische Rundfunk, für den § 1 Abs. 1 Satz 2 HR-Gesetz ausdrücklich feststellt, dass er nicht der Staatsaufsicht⁷ unterliegt.⁸

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Staatsaufsicht

Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit gebietet eine staatsfreie Organisation des Rundfunks.⁹ Diesem Grundsatz steht eine staatliche Aufsicht über den Rundfunk im Grunde entgegen, ermöglicht sie dem Staat doch in gewisser Weise Einfluss auf die Rundfunkanstalten. Zu diesem Gegensatz führte das Bundesverfassungsgericht im ersten Fernsehurteil aus, dass die Rundfunkanstalten „dem staatlichen Einfluss entzogen oder höchstens einer beschränkten staatlichen Rechtsaufsicht unterworfen“ seien.¹⁰

Die ganz überwiegende Literatur geht im Anschluss hieran davon aus, dass die eine *Fachaufsicht* über den Rundfunk nicht zulässig ist.¹¹ Darüber hinaus herrscht jedoch weitgehende Einigkeit über die Zulässigkeit einer beschränkten *Rechtsaufsicht* über den Rundfunk.¹² Dieser Ansicht wird zuweilen entgegengehalten, dass sich, aufgrund der im Rundfunkrecht häufig anzutreffenden positiv formulierten unbestimmten Rechtsbegriffe, eine Rechtmäßigkeitskontrolle faktisch letztlich doch als Fachaufsicht auswirke.¹³ Dieser Ansicht

⁶ Siehe Art. 23a, 24 BR-Gesetz, § 26 RBG, § 42 SaarlMedG, § 54 WDR-Gesetz sowie § 37 NDR-StV, § 39 RBB-StV, § 37 MDR-StV, § 37 SWR-StV, § 31 ZDF-Staatsvertrag (jeweils mit den entsprechenden Umsetzungsgesetzen) und § 62 DWG.

⁷ Die Begriffe Staatsaufsicht und Rechtsaufsicht werden in der Literatur uneinheitlich verwendet. Hier wird davon ausgegangen, dass Staatsaufsicht die Rechtsaufsicht durch den Staat (und nicht durch andere Aufsichtsinstanzen) ist. Da im Bereich des Rundfunks die Rechtsaufsicht regelmäßig (nur) durch den Staat erfolgt, erscheint im vorliegenden Kontext eine vereinfachende synonyme Verwendung unschädlich zu sein.

⁸ Gleichwohl wird vertreten, dass für den Hessischen Rundfunk auch ohne gesetzliche Grundlage eine Rechtsaufsicht in Betracht käme. Vgl. dazu etwa W. Rudolph, ZRP 1977, 213 (215) sowie G. Herrmann, AöR 90 (1965), 286 (311). Gegen diese Sicht ausdrücklich: C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 204.

⁹ Vgl. oben Teil B. I.

¹⁰ BVerfGE 12, 205 (261).

¹¹ Vgl. etwa B. Frye, Staatsaufsicht, S. 120; K. Jank, Die Rundfunkanstalten, S. 101; K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 101 f.; E.W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 407; C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 2.; G. Herrmann, AöR 90, S. 286 (307); P. Lerche, Landesbericht, S.99; W. Rudolf, ZRP 1977, 213 (215); E. Wufka, Rundfunkfreiheit, S. 110 f.; H. Wilkens, Aufsicht, S. 102f.

¹² B. Frye, Staatsaufsicht, S. 72; C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 2.; E.W. Fuhr, ZDF-Staatsvertrag, S. 407 ff.

¹³ Vgl. H. Reichert, Autonomie des deutschen Rundfunks, S. 212 ff., 247 f.; H. Wilkens, Aufsicht, S. 105 ff.

wird in der ganz überwiegenden Literatur nicht zugestimmt: Die Gefahr eines Missbrauchs der Rechtsaufsicht sei weitgehend dadurch ausgeschlossen, dass den Rundfunkanstalten bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ein weiter Beurteilungsspielraum zuzuerkennen sei,¹⁴ so dass sich die Rechtsaufsicht auf eine Evidenzkontrolle beschränke.¹⁵ Den folgenden Überlegungen wird die ganz herrschende Ansicht zugrunde gelegt.

3. Aufsichtsgegenstand

Die staatliche Rechtsaufsicht erstreckt sich auf alle anstaltlichen Tätigkeitsbereiche, wozu nach h.M. auch die Programmgestaltung zählt.¹⁶ Gerade gegen die Überwachung (auch) der Programmgestaltung wird in der Literatur zuweilen (das schon bekannte Argument) vorgebracht, dass, wegen der in den Rundfunkgesetzen in Bezug auf die Programmgestaltung häufig gebrauchten unbestimmten Rechtsbegriffe und deren vager Formulierung bezüglich der Programminhalte, die Gefahr bestehe, dass die Rechtsaufsicht in eine Fachaufsicht umkippt.¹⁷ Überdies stehe dem Staat wegen der Staatsfreiheit auch keine Kompetenz zur Veranstaltung von Rundfunk zu, so dass auch eine Rechtsaufsicht des Staates über Betätigungen, die staatlicher Wahrnehmung entzogen sind, unzulässig sei.¹⁸

Die Zugrundelegung dieser Auffassung würde dazu führen, dass die rechtsaufsichtliche Überprüfung den Kernbereich der Anstaltstätigkeit, die Gestaltung des Programms, nicht mitumfassen würde. Eine solche Rechtsaufsicht bezöge sich daher nur auf Randbereiche der Anstaltstätigkeit und wäre daher inhaltsleer und letztlich mehr oder weniger unwirksam.¹⁹ Es kann nicht richtig sein, den Anstalten einen völlig unkontrollierten Freiraum zuzubilligen,

¹⁴ Vgl. E.W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 407; J. Salzwedel, VVDStRL 22, S. 206 (237); K. Berendes, DÖV 1975, 413 (419). Die Argumentationen dazu, worauf sich die Zulässigkeit der Rechtsaufsicht stützen lässt, divergieren. Vgl. etwa hierzu die Darstellung bei B. Frye, Staatsaufsicht, S. 72 ff. Dazu, die Zulässigkeit der Rechtsaufsicht als zulässiges Korrelat der Selbstverwaltung der Anstalten zu sehen, vgl.: M. Fromm, FuR 1980, S. 414 (422).

Ferner ist die Frage umstritten, ob eine Rechtsaufsicht notwendig ist. B. Frye geht davon aus, dass eine Rechtsaufsicht über die Rundfunkanstalten verfassungsrechtlich nicht geboten ist. Vgl. Ders., Staatsaufsicht, S. 121. Dagegen ist C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 208 f., der Auffassung, dass sich die Notwendigkeit einer beschränkten Staatsaufsicht aus dem allgemeinen anstaltsrechtlichen Aufsichtsgrundsatz ergebe und folgert hieraus, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 HR-Gesetz verfassungswidrig sei.

¹⁵ K. Berendes, DÖV 1975, 413 (419); Ders. Staatsaufsicht, S. 217; E.W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 407.

¹⁶ BVerwGE 54, 29 (36), VG Mainz, JZ 1979, 303 (304); K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 104 ff.; H. Bethge, RuF 1977, 41 (43 f.); M. Fromm, RuF 1980, 414 (423); E.W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 408; C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 160; G. Herrmann/ M. Lausen, Rundfunkrecht, § 14, Rn. 27 ff.; W. Hoffmann-Riem, in: FG für von Unruh, S. 951 (963); H. Jarass, Freiheit des Rundfunks, S. 55; W. Kewenig, Rundfunkfreiheit, S. 129; W. Mallmann, Rechtsaufsicht, S. 88 f.

¹⁷ H. Wilkens, Aufsicht, S. 105 ff.

¹⁸ H. Ipsen, Mitbestimmung im Rundfunk, S. 50; G. Leibholz, Rechtsgutachten, S. 34 ff.

¹⁹ VG Mainz, JZ 1979, 303 (304); M. Fromm, FuR 1980, 414 (422).

indem sie schalten und walten können, wie es ihnen beliebt²⁰, da es hierbei zu Verstößen gegen objektives Recht kommen kann, welche dann - selbst bei schwersten Verstößen (bis hin zur gänzlichen Missachtung) - nicht kontrollierbar, geschweige denn behebbar, wären.²¹

Die aus dem Grundsatz der Staatsfreiheit abzuleitende notwendige Zurückhaltung bei der staatlichen Aufsicht über den Rundfunk betrifft daher bei zutreffender Betrachtung nicht schon die Frage der Zulässigkeit einer rechtsaufsichtlichen Kontrolle im Programmbereich. Vielmehr ist der gebotenen Zurückhaltung (erst) im Rahmen der Ausgestaltung der Aufsicht durch eine Beschränkung des Aufsichtsmaßstabs²² Rechnung zu tragen.²³

4. Aufsichtsmaßstab

Maßstab für die Überprüfung durch die staatliche Rechtsaufsicht ist allein die Gesetzmäßigkeit des zu beaufsichtigenden Verhaltens der jeweiligen Anstalt.²⁴ Hierbei sehen die jeweiligen zur Rechtsaufsicht ermächtigenden Gesetze in den einzelnen Bundesländern unterschiedliche Bestimmungen zu der Frage, an welchen gesetzlichen Vorschriften das Verhalten der Rundfunkanstalten zu messen ist, vor.²⁵ Es lassen sich diesbezüglich enge und weite Aufsichtsmaßstäbe unterscheiden. Beim engen Aufsichtsmaßstab ist Gegenstand der rechtsaufsichtlichen Überprüfung die Einhaltung der Bestimmungen des jeweiligen Rundfunkgesetzes.²⁶ Dagegen umfasst die Prüfung beim weiten Aufsichtsmaßstab, neben der Einhaltung der Bestimmungen des jeweiligen Rundfunkgesetzes, auch die Einhaltung der „allgemeinen Rechtsvorschriften“.²⁷

Neben diesen landesrechtlichen Regelungen bzgl. der jeweiligen Landesrundfunkanstalten besteht in den Ländern regelmäßig ein Umsetzungsgesetz zum Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (RStV). Der RStV enthält in § 11f Abs. 7 RStV eine Vorschrift in Bezug auf

²⁰ Hiervon gehen aber E. Wufka, Rundfunkfreiheit, S. 130 und G. Leibholz, Rechtsgutachten, S. 30 ff. aus.

²¹ Hier greift auch zu kurz, allein auf die vorgeschaltete Kontrolle durch d. anstaltsinternen Gremien (Rundfunkrat bzw. Fernsehrat) zu verweisen, denn es kann (wie in Teil H. IV. dieser Arbeit bereits dargelegt) nicht ausgeschlossen werden, dass die interne Kontrolle nicht auch gewissen Eigenrationalitäten unterliegt, die dazu führen können, dass keine ausreichende Überprüfung stattfindet. Kritisch auch: C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 148.

²² Dazu sogleich unter Teil J. II. 4.

²³ Vgl. M. Fromm, FuR 1980, 414 (422); E. W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 409.

²⁴ E.W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 406.

²⁵ Vgl. B. Frye, Staatsaufsicht, S. 124.

²⁶ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der jeweiligen Gesetze. Beispielweise beim WDR und der Deutschen Welle bezieht sich die Rechtsaufsicht, ausweislich des jeweiligen Gesetzeswortlauts, auf die Bestimmungen „dieses Gesetzes“. Vgl. § 54 Abs. 2 WDR-G und § 62 Abs. 2 DW-G. Vgl. zum Ganzen etwa B. Frye, Staatsaufsicht, S. 124 f.

²⁷ So etwa beim SWR, dem MDR und dem NDR. Vgl. § 37 Abs. 1 SWR-StV, § 37 Abs. 1 MDR-StV, § 37 Abs. 1 NDR-StV.

die Rechtsaufsicht, die sich nur auf die Anwendung von § 11f RStV bezieht und daher nur einen begrenzten Anwendungsbereich hat.

Es stehen sich damit in Bezug auf die rechtsaufsichtliche Prüfung mit den Vorschriften der Umsetzungsgesetze zum 12. RÄndStV und den jeweiligen Regelungen zur Rechtsaufsicht in den Rundfunkgesetzen des Landes zwei rechtsaufsichtliche Regelungen gegenüber, die ggf. voneinander abweichen. Hieraus ergibt sich aber kein Kollisionsproblem, da die rechtsaufsichtlichen Regelungen in den Umsetzungsgesetzen zum 12. RÄndStV gemäß § 1 Abs. 2 RStV denen der landesrechtlichen Regelungen vorgehen.²⁸ Dies gilt auch für den Hessischen Rundfunk, wobei sich dort die Besonderheit ergibt, dass die vorgehenden Vorschriften aus den rechtsaufsichtlichen Regelungen in den Umsetzungsgesetzen zum 12. RÄndStV dem ausdrücklichen Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 2 HR-Gesetz eindeutig widersprechen. Dies stellt allerdings nicht mehr als einen unvermeidlichen Schönheitsfehler im HR-Gesetz dar, der insofern verschmerzbar erscheint, als dass es sich auch nur um eine partielle „Unrichtigkeit“ handelt: Denn die rechtsaufsichtlichen Regelungen aus den Umsetzungsgesetzen zum 12. RÄndStV beziehen sich nur auf den Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests, d.h. auf neue und/oder geänderte Telemedienangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Nicht hiervon erfasst ist die sonstige Tätigkeit des Hessischen Rundfunks, so dass es insofern bei der Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 HR-Gesetz bleibt.²⁹

5. Beschränkung des Aufsichtsmaßstabs

Im Rahmen der Rechtsaufsicht wird die Tätigkeit des Beaufsichtigten nur auf seine Gesetzmäßigkeit hin überprüft.³⁰ Voraussetzung für ein Einschreiten der Rechtsaufsicht ist mithin ein gesetzwidriges Verhalten des Beaufsichtigten, wobei sich die Überprüfung auf die Legalität des Handelns beschränkt und keine Überwachung der Zweckmäßigkeit stattfindet.³¹

Der Aufsichtsmaßstab ist dabei, entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten höchstens einer beschränkten Rechtsaufsicht unterliegen³², verfassungskonform zu beschränken.³³

²⁸ Siehe zu dieser Vorrangregelung B. Frye, Staatsaufsicht, S. 125.

²⁹ Ein (theoretisch denkbares) Ausscheren des Hessischen Rundfunks (durch Nichtunterzeichnung des RÄndStV durch das Land Hessen) kommt in praxi nicht in Betracht, da dies der ausdrücklichen Vereinbarung des Beihilfe-Kompromisses widersprechen würde, dass eine *einheitliche* rechtsaufsichtliche Prüfung durchzuführen ist. Den Vorgaben der Kommission wird nur dann genüge getan sein, wenn auch der Hessische Rundfunk in Bezug auf neue oder geänderte Telemedien- bzw. Digitalangebote einer Rechtsaufsicht unterliegt.

³⁰ Wolff/Bachof/Stober, VerwR Bd. 2, § 84 Rn. 39; C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 21.

³¹ C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 21.

³² BVerfGE 12, 205 (261).

³³ E. W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 409.

Eine Beschränkung bei der Überprüfung ist zunächst dahingehend vorzunehmen, dass den Rundfunkanstalten bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ein weiter Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist,³⁴ so dass sich die Rechtsaufsicht insofern auf eine Evidenzkontrolle beschränken muss.³⁵ Sofern es sich bei den zu überprüfenden Vorschriften um Ermessensvorschriften handelt, ist den Rundfunkanstalten entsprechend ein Ermessensspielraum zuzubilligen, so dass sich die Kontrolle nur auf das Vorliegen von Ermessensfehlern beschränkt (und gerade nicht die Zweckmäßigkeit des Handelns überprüft wird).³⁶

Für die Frage, inwieweit neben formellen Gesetzen auch materielle Gesetze Prüfungsgegenstand sind, wird in der Literatur zunächst danach differenziert, ob ein enger oder ein weiter Aufsichtsmaßstab vorliegt. Im Falle eines engen Aufsichtsmaßstabs wird, unter Verweis auf den klaren Wortlaut der Ermächtigungsgrundlagen, davon ausgegangen, dass die Vorschriften der Anstaltssatzungen, grundsätzlich nicht Aufsichtsmaßstab sind.³⁷ Die Anstaltssatzungen sollen nach dieser Ansicht nur dann Aufsichtsmaßstab sein, wenn das Rundfunkgesetz besondere Regelungen vorschreibt, die in die Satzung aufzunehmen sind.³⁸

Im Falle des weiten Aufsichtsmaßstabs ist die Frage, ob Anstaltssatzungen Prüfungsgegenstand sind, umstritten. Während etwa B. Frye davon ausgeht, dass Anstaltssatzungen nicht Prüfungsgegenstand sein sollen, weil sie, als von der Anstalt autonom gesetztes Recht, „weder zu den Bestimmungen dieses Vertrages noch zu den allgemeinen Rechtsvorschriften“ gehörten³⁹, geht dagegen K. Berendes davon aus, dass die Anstaltssatzungen Prüfungsgegenstand sind.⁴⁰ Die Gegenmeinung setzte zu formalistisch an, denn wenn neben den Rundfunkstaatsverträgen sogar untergesetzliche „allgemeine“ Rechtsvorschriften den Aufsichtsmaßstab bilden sollten, dann müsse dies erst recht für untergesetzliche „besondere“ Rundfunknormen gelten.⁴¹

³⁴ Vgl. E.W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 407; J. Salzwedel, VVDStRL 22, S. 206 (237); K. Berendes, DÖV 1975, 413 (419).

³⁵ K. Berendes, DÖV 1975, 413 (419); ders. Staatsaufsicht, S. 217; E.W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 407.

³⁶ C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 21 f. Zur Überprüfung von Ermessensentscheidungen im Allgemeinen vgl. etwa R. Alexy, JZ 1986, 701 (701 ff.); J. Dietlein/M. Burgi/J.Hellermann, Öffentliches Recht, S. 319 ff.; F. Schoch, JURA 2004, 462 (462 ff.).

³⁷ K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 158; B. Frye, Staatsaufsicht, S. 125.

³⁸ K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 158; B. Frye, Staatsaufsicht, S. 125. C. Gotzmann geht dagegen wohl davon aus, dass alle materiellen Gesetze (auch Rechtsverordnungen und Satzungen) Prüfungsgegenstand sind. Vgl. Dies., Staatsaufsicht, S. 22.

³⁹ B. Frye, Staatsaufsicht, S. 125 unter Verweis auf K. Jank, Die Rundfunkanstalten, S. 104.

⁴⁰ K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 159.

⁴¹ Vgl. K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 159. Die Hervorhebungen wurden von dort übernommen.

Dieses Problem hat für die Beurteilung der Rechtsaufsicht über die Durchführung des Drei-Stufen-Tests insofern eine Bedeutung, als dass, je nach Ausgestaltung des anstaltsinternen Testablaufs, auch in Betracht kommt, dass Teile des Verfahrens in ihrer Durchführung auch von dem Erlass bzw. der Anwendung von Satzungen abhängen. Ein Beispiel könnte etwa der Fall sein, dass die Rundfunkanstalten eine Satzung bzgl. der Aufgreifkriterien für den Drei-Stufen-Test erlassen. Dann käme es für eine effektive Durchführung des gesamten Testverfahrens darauf an, dass diese Satzung zum einen entsprechend den Direktiven der Ermächtigungsnorm⁴² erlassen wurde, zum anderen, dass sich bei der Durchführung des Tests dann auch an die Satzung gehalten wurde, die Satzung also entsprechend angewendet wurde. Daher ist eine differenzierte Betrachtung angebracht: Was den „autonomen“ Erlass der Satzung angeht, so hat sich diese an den verfassungsrechtlichen Direktiven der Rundfunkfreiheit zu orientieren. Regelmäßig wird der Anstalt hierbei aber ein Spielraum diskretionären Handelns (Spielraum zur Satzungsgestaltung) zuzubilligen sein, der sich insoweit einer rechtsaufsichtlichen Überprüfung entzieht. Dagegen besteht im Hinblick auf die bereits erlassene Satzung keine „Satzungs-Autonomie“ mehr, die eine zurückhaltende Überprüfung ihrer Einhaltung rechtfertigen würde. Insofern ist mit K. Berendes davon auszugehen, dass Anstaltssatzungen als rundfunkspezifische Vorschriften genauso wie „allgemeine“ untergesetzliche Vorschriften zu überprüfen sind.⁴³ Hierbei ist allerdings eine zurückhaltende Überprüfung angebracht, wenn die Satzung ihrerseits weit (unbestimmt) formuliert ist bzw. Ermessen vorsieht.⁴⁴

Festzuhalten bleibt bzgl. des Aufsichtsmaßstabs, dass die Prüfungstiefe bzgl. der Rechtmäßigkeit mit der Dichte der Direktiven variiert: Je bestimmter eine Norm ist, desto präziser kann die rechtsaufsichtliche Kontrolle vorgenommen werden. So kann beispielsweise eine Norm, die eine gebundene Entscheidung vorsieht, vollumfänglich auf ihre Einhaltung überprüft werden. Ein Beispiel hierfür sind Werbezeitbeschränkungen.⁴⁵ Dagegen kann eine Norm, die, aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe im Tatbestand oder aufgrund Ermessens als Rechtsfolge, (lediglich) reduzierte Direktiven enthält, nur (sehr) eingeschränkt überprüft werden.

⁴² § 11f Abs. 3 RStV. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf diese Norm vgl. oben Teil H. V.

⁴³ Dies muss gerade auch in Bezug auf den Drei-Stufen-Test gelten.

⁴⁴ Im Rahmen der Überprüfung ist der entsprechenden Zurückhaltung dadurch Rechnung zu tragen, dass die Überprüfung nur im Hinblick darauf vorgenommen wird, ob Fehler bei der Ausübung des Beurteilungsspielraums bzw. Ermessensfehler vorliegen.

⁴⁵ Beispielsweise §§ 16 Abs. 1 bis Abs. 4, 15 Abs. 1 RStV.

6. Grundsatz der Subsidiarität

Der Grundsatz der Staatsfreiheit fordert, neben der beschriebenen Beschränkung des Aufsichtsmaßstabs, auch eine Beschränkung dahingehend, dass die staatliche Rechtsaufsicht nur insoweit zum Eingreifen berechtigt ist, wie die anstaltsinterne Kontrolle durch die Gremien ihren (Kontroll-) Aufgaben nicht nachkommt.⁴⁶ Insofern steht die Rechtsaufsicht in einem subsidiären Verhältnis zur anstaltsinternen Kontrolle (Grundsatz der Subsidiarität).⁴⁷

Soweit der Beihilfe-Kompromiss in Randziffer 332 Satz 2 vorsieht, dass die Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen der Anstalten auf ihre Übereinstimmung „mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag“ prüfen und diese feststellen⁴⁸, stellt sich die Frage, inwieweit dieses Vorgehen mit dem Grundsatz der Subsidiarität vereinbar ist. Hierauf soll zurückgekommen werden, wenn der Umfang der rechtsaufsichtlichen Prüfung bzgl. des Drei-Stufen-Tests näher dargelegt ist.⁴⁹

7. Beschränkung der Aufsichtsmittel

Die Rechtsaufsicht ist überdies auch hinsichtlich der Aufsichtsmittel beschränkt.⁵⁰ So kommen als Aufsichtsmittel im Wesentlichen Beobachtungs-, Informations- und Beratungsrechte, Hinweise und Anweisungen in Betracht.⁵¹ Dagegen scheiden eine Ersatzvornahme, die Einsetzung eines Staatskommissars⁵² und Vollstreckungsmaßnahmen⁵³ aus.

Die rechtsaufsichtliche Überprüfung hinsichtlich der Durchführung und des Ergebnisses des Drei-Stufen-Tests gemäß Randziffer 322 des Beihilfe-Kompromisses stellt im Hinblick auf das Gesamtverfahren den Abschluss dar. Da davon auszugehen ist, dass die Europäische Kommission eine zulässige Beauftragung erst nach (positiver) rechtsaufsichtlicher

⁴⁶ Vgl. VG Mainz, JZ 1979, S. 303 (304); G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 14, Rn. 2; E. W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 409. Einfach-gesetzlich ist dieser Grundsatz beispielsweise in § 54 Abs. 4 WDR-G geregelt. Er gilt aber auch für die Rundfunkanstalten, bei denen er keine ausdrückliche einfach-gesetzliche Regelung erfahren hat. Siehe dazu G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 14 Rn. 45 m.w.N.

⁴⁷ G.h.M., vgl. etwa: VG Mainz, JZ 1979, S. 303 (304 f.); D. Dörr, Umfang und Grenzen der Rechtsaufsicht über die Deutsche Welle, S. 59; B. Frye, Staatsaufsicht, S. 25; E. W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 409 f.; C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 166; G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 14 Rn. 45; M. Knothe/E. Wanckel, DÖV 1995, 365 (367); J. Rüggeberg, in: FG Ule, S. 109 (114 f.); C. Starck, JZ 1979, 305 (305); anderer Ansicht: W. Mallmann, Rechtsaufsicht, S. 116 ff.; Kritisch zu der beschränkten, nachrangigen Konzeption: C. Degenhart, K&R 7/2005, S. 295 (298).

⁴⁸ Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn.(332) Satz 2.

⁴⁹ Vgl. dazu unten Teil J. III. 4.

⁵⁰ Vgl. G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 14 Rn. 40.

⁵¹ Vgl. zum Ganzen etwa: E. W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 411 ff.; Die Terminologie ist nicht ganz einheitlich, dennoch besteht in der Sache soweit ersichtlich kein Streit.

⁵² Siehe zu diesen beiden Möglichkeiten: G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, § 14 Rn. 40.

⁵³ Siehe dazu: E. W. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 413.

Überprüfung annimmt, stellt diese so etwas wie eine Beauftragungs-Prüfung (förmliche Entscheidung über die Beauftragung) dar, die zumindest faktisch einem Genehmigungsvorbehalt gleichkommt. Dieser Umstand tangiert die Frage der Subsidiarität der Rechtsaufsicht. Hierauf wird später noch zurückzukommen sein.

8. Verfassungsrechtliche Qualifikation der Aufsichtsvorschriften

Die Vorschriften über die Rechtsaufsicht werden von der überwiegenden Ansicht in der Literatur verfassungsrechtlich als Ausgestaltungen qualifiziert.⁵⁴ Im Vordringen begriffen ist im Anschluss an eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1997⁵⁵ eine Ansicht, die den Vorschriften über die Rechtsaufsicht eine „Doppelnatur“ zumisst. Danach könnten die Vorschriften zur Rechtsaufsicht ausgestalten oder beschränken, je nachdem, wie die der Aufsicht zugrunde liegende Maßstabnorm, deren Einhaltung die Rechtsaufsicht überprüft, zu qualifizieren ist.⁵⁶ Die Rechtsnatur der rechtsaufsichtlichen Regelungen richtet sich nach dieser Ansicht nach der Rechtsnatur der zu überwachenden Regelung: Im Falle der Überwachung einer ausgestaltenden Regelung, ist auch die Rechtsaufsicht ausgestaltender Natur. Im Falle der Überwachung von in die Rundfunkfreiheit eingreifenden Regelungen (Eingriffe), stellt auch die diesbezügliche Rechtsaufsicht einen Eingriff dar.⁵⁷

Im Hinblick auf die Regelungen zur rechtsaufsichtlichen Überprüfung des Drei-Stufen-Tests muss der Streit nicht entschieden werden, da die Regelungen des Drei-Stufen-Tests der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit dienen⁵⁸ und von daher beide Ansichten zu dem Ergebnis kommen, dass es sich auch bei den Vorschriften zur Rechtsaufsicht um Ausgestaltungen handelt.

⁵⁴ K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 102; E. Buri, NJW 1972, 705 (707f.); H. Bethge, RuF 1977, 41 (43); C. Degenhardt, in BK-GG, Art. 5, Rn. 825 (113. Aktualisierung, September 2004); Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV, Vor § 11, Rn. 33; A. Hesse, Rundfunkrecht, 4. Kap., Rn. 104; W. Hoffmann-Riem, in FG für von Unruh, S. 951 (967); O. Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 70f. Eine ältere, soweit ersichtlich in neuerer Zeit nicht mehr vertretene Ansicht stützt die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rechtsaufsicht direkt auf Art. 5 Abs. 2 GG, so dass die Vorschriften der Rechtsaufsicht hiernach konsequenterweise als zu rechtfertigende Eingriffe in Art. 5 Abs. 1 GG anzusehen wären. Nachweise zu dieser älteren Ansicht und eine überzeugende Ablehnung dieser Ansicht finden sich bei C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 175. Vgl. hierzu auch: B. Frye, Staatsaufsicht, S. 82.

⁵⁵ BVerfGE 95, 220 (220 ff.).

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 95, 220 (235). Zur Übertragbarkeit dieser für den Privatfunk ergangenen Entscheidung auf den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vgl. C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 177.

⁵⁷ Vgl. C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 178.

⁵⁸ Siehe oben Teil E. II. 2. c.

III. Die Rolle der Rechtsaufsicht im Rahmen des Drei-Stufen-Tests

Nachdem in den vorangegangenen Kapiteln die Grundzüge der Rechtsaufsicht über den Rundfunk dargestellt und erste Bezüge zum Drei-Stufen-Test hierbei bereits beleuchtet wurden, soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, was Gegenstand der rechtsaufsichtlichen Prüfung in Bezug auf die Durchführung und das Ergebnis des Drei-Stufen-Tests ist bzw. sein darf. Diese Frage ist insofern schwierig zu beantworten, als dass weder dem Staatsvertrag⁵⁹, noch dem Beihilfe-Kompromiss⁶⁰, noch der Begründung des 12. RÄndStV präzise und handhabbare Vorgaben zum genauen Prüfgegenstand zu entnehmen sind. So heißt es in der Begründung des 12. RÄndStV dazu nur: „Die Behörde prüft die Einhaltung der Verfahrensschritte und der gesetzlichen Vorgaben. Kommt sie zu dem Ergebnis, dass das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt ist und das neue Angebot dem gesetzlichen Auftrag entspricht, ist das Telemedienkonzept gemäß Absatz 1 im jeweiligen amtlichen Verkündungsblatt zu veröffentlichen.“⁶¹ Ungenau scheint dabei insbesondere die Formulierung „dass (..) das neue Angebot dem Auftrag entspricht“⁶², da das Drei-Stufen-Test-Verfahren gerade dazu dient, diesen Auftrag unter Berücksichtigung der Interessen Dritter (und weiterer Umstände) erst näher zu bestimmen. Selbst wenn man aber annähme, dass damit die „bloße“ Überprüfung der Übereinstimmung des Angebots mit der Grundnorm des § 11 RStV gemeint sei⁶³, so stellt sich die Frage, ob eine solche Beurteilung überhaupt noch mit dem Grundsatz einer (in Ansehung der gebotenen Staatsfreiheit) nur beschränkten staatlichen Rechtsaufsicht vereinbar ist. Soweit ersichtlich, gibt es bislang im Wesentlichen zwei Arbeiten, die diese Frage näher untersuchen.

⁵⁹ § 11f Abs. 7 RStV sind hierzu keine konkreten Vorgaben zu entnehmen.

⁶⁰ Im Beihilfe-Kompromiss heißt es in Rn. (332) S. 2 dazu auch nur: Diese [die Länder] werden im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Selbstverpflichtungen [die vom Gremium genehmigten Angebotskonzepte] auf ihre Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Auftrag prüfen und diese feststellen.“

⁶¹ Begründung des 12. RÄndStV, S. 23.

⁶² „Die gesetzlichen Vorgaben“ beziehen sich dagegen mindestens (als engem Aufsichtsmaßstab) auf die Einhaltung der (sonstigen) Vorschriften des RStV, wie etwa den § 11d Abs. 5 RStV (Keine Angebote aus der Negativliste, Verbot von Werbung in den Telemedien, etc.). Offen ist, ob die Vorschrift darüber hinaus auch andere Vorschriften umfassen soll (im Sinne eines weiten Aufsichtsmaßstabs).

⁶³ In dessen Rahmen hat ja sich jedes öffentlich-rechtliche Angebot, auch jedes Telemedium, zu halten. Gleichwohl machte eine solch grobe Prüfung (unabhängig davon, ob die Rechtsaufsicht dies überhaupt überprüfen kann) in Bezug auf die Telemedien wenig Sinn. Denn es geht in diesem Bereich ja gerade darum, der grundrechtlichen und europarechtlichen Notwendigkeit nachzukommen, den Auftrag im Online-Bereich *näher* als in § 11 RStV zu konkretisieren.

1. Der Ansatz von R. Meyer

Zuerst hat sich Rudolph Meyer mit der Frage des Prüfungsgegenstandes und der Prüfungstiefe der rechtsaufsichtlichen Überprüfung der Durchführung und des Ergebnisses des Drei-Stufen-Tests auseinandergesetzt.

In Bezug auf die Überprüfung des Drei-Stufen-Tests stellt er dazu zunächst fest, dass sich die Prüfung auf Rechtsfragen beziehe und führt dann weiter aus, dass sich letztlich „die Aufsicht auf die Einhaltung des Verfahrens, die ordnungsgemäße Begründung der Entscheidung der Gremien (unter Berücksichtigung der Stellungnahmen Dritter) und die Frage konzentrieren, ob das Vorhaben innerhalb des von den Anstalten selbst im Rahmen der Programm- und Telemedienkonzepten definierten Auftrags liegt.“⁶⁴ Nach einem Vergleich mit dem Public Value Test der BBC kommt R. Meyer zu dem Ergebnis, dass gerade in Deutschland, wegen des Grundsatzes der Staatsferne, die Prüfungskompetenz des Staates „nicht über die Prüfung der Einhaltung des Verfahrens“ hinausgehen könne.⁶⁵

Im Zusammenhang mit der Frage, ob es sich bei der rechtsaufsichtlichen Überprüfung des Drei-Stufen-Tests um eine Vorabprüfung oder eine ex-post-Kontrolle handelt, stellt R. Meyer dann einen Vergleich der Aufgabe der Staatskanzleien mit der Rolle des Bundespräsidenten her; wörtlich führt er dazu aus: „Die Staatskanzleien werden die Vorhaben in ihren Amtsblättern veröffentlichen, wenn sie bei ihrer Prüfung zum Ergebnis kommen, dass sie rechtmäßig sind. Vergleichbar wäre dies mit der Ausfertigung von Gesetzen durch den Bundespräsidenten (..)“.⁶⁶

Der Ansatz von R. Meyer enthält bei näherer Betrachtung einen (scheinbaren) Widerspruch in sich: Auf der einen Seite führt er aus, dass sich die Prüfung allein auf die Einhaltung des Verfahrens zu konzentrieren habe, während er andererseits auf die Rolle des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen verweist. Nach herrschender Meinung steht dem Bundespräsidenten aber ein materielles Prüfungsrecht (im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit) zu.⁶⁷ Der Bundespräsident prüft daher bei der Ausfertigung von Gesetzen, neben der Einhaltung der formellen Anforderungen, in materieller Hinsicht das Vorliegen eines evidenten Verstoßes.⁶⁸ Es handelte sich danach bei dieser Prüfung gerade nicht um eine rein auf das Verfahren bezogene Prüfung.

⁶⁴ R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 79.

⁶⁵ R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 80.

⁶⁶ R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 81.

⁶⁷ Vgl. bspw. H. Maurer, in BK-GG, Art. 82 Rn. 28f. m.w.N. (54. Lieferung, Juni 1988).

⁶⁸ Zu der Frage, wann ein solcher vorliegt, werden unterschiedliche Ansätze vertreten. Vgl. dazu H. Maurer, in BK-GG, Art. 82 Rn. 28 f. sowie B. Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 82 Rn. 6 ff.

Hierzu passen dann auch nicht die Ausführungen R. Meyers, dass sich die Aufsicht letztlich „auf die Einhaltung des Verfahrens, die ordnungsgemäße Begründung der Entscheidung der Gremien (unter Berücksichtigung der Stellungnahmen Dritter) und die Frage (..), ob das Vorhaben innerhalb des von den Anstalten selbst im Rahmen der Programm- und Telemedienkonzepten definierten Auftrags liegt“, konzentriere.⁶⁹ Schon die Überprüfung, ob sich das Vorhaben im Rahmen der Programm- und Telemedienkonzepte hält, ist eine materielle Prüfung und keine Verfahrensfrage.

Der Ansatz R. Meyers soll, wegen der Unklarheiten in den Details⁷⁰, hier so verstanden werden, dass die Einhaltung der Verfahrensvorschriften (inkl. des Begründungserfordernisses) vollständig geprüft werden kann, während in materieller Hinsicht äußerste Zurückhaltung zu üben sein soll (keine Ergebnisprüfung, allenfalls eine Evidenzprüfung).

2. Der Ansatz von Kops/Sokoll/Bensinger

Das von Kops/Sokoll/Bensinger erstellte WDR-Gutachten geht, in Anlehnung an deren Annahme, dass es sich bei der Frage, ob ein Angebot dem „Auftrag entspricht“ und den ersten beiden Stufen um unbestimmte Rechtsbegriffe handele⁷¹, bei deren Auslegung den Anstalten ein weiter „Beurteilungsspielraum“ zukäme⁷², davon aus, dass demgemäß auch eine Beurteilungsspielraumkontrolle durch die Rechtsaufsicht zu erfolgen habe.⁷³

⁶⁹ Vgl. R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 79.

⁷⁰ Die Prüfung, ob sich ein „Vorhaben innerhalb des von den Anstalten selbst im Rahmen der Programm- und Telemedienkonzepten definierten Auftrags liegt“, ist dagegen ohne Erkenntnisgewinn. Die Telemedienkonzepte stecken ja gerade (konkret) den Auftrag (im Online-Bereich) erst ab. Sie sind zugleich die Beschreibung des Angebots, weswegen sie sich auch regelmäßig mit dem Angebot (das sie beschreiben) decken. Vgl. hierzu nur die zutreffende Beschreibung der Begrifflichkeiten bei Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 16 f. : „*Telemedienkonzept* (oder *Angebotskonzept*) bezeichnet das auf konkrete Angebote bezogene Konzept der Rundfunkanstalt zu den Telemedien, und zwar sowohl in der Form, in der es von der Intendantin als *Antrag* auf Durchführung eines Drei-Stufen-Tests dem Rundfunkrat vorgelegt wird (auch als *Angebotsbeschreibung* oder *Angebotsvorlage* bezeichnet), als auch in der Form, in der es im Lauf des Drei-Stufen-Tests möglicherweise noch verändert und nach abschließender Prüfung durch die Rechtsaufsicht in den Amtlichen Verkündungsblättern veröffentlicht wird. Das veröffentlichte Telemedienkonzept stellt die verbindliche Konkretisierung des Auftrags für bestimmte Telemedienangebote dar.“ (Hervorhebungen von dort übernommen.)

⁷¹ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 12, 63, 17: „Im Drei-Stufen-Test ist vom Rundfunkrat zu entscheiden, ob ein Telemedienangebot gemäß den Drei-Stufen-Kriterien *dem Auftrag entspricht*. Dieser Schlüsselbegriff des Drei-Stufen-Tests ist – ebenso wie auch die einzelnen im Rahmen seiner Prüfung anzuwendenden Abwägungskriterien – ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der wertenden Auslegung durch den Rundfunkrat bedarf.“ (Hervorhebung von dort übernommen.)

⁷² Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 17ff., 12, 64 und 168: „weiter Beurteilungsspielraum“.

⁷³ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 17 f., 29, 64, 168: „Wie bereits mehrfach erwähnt, verfügt der Rundfunkrat bei seiner Entscheidung allerdings über einen weiten Beurteilungsspielraum, so dass seine Abwägung und Entscheidung von der Rechtsaufsicht *nicht inhaltlich überprüft wird*, sondern nur daraufhin, ob er dabei die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen eingehalten und keine rechtlich angreifbaren Beurteilungsfehler gemacht hat. Ein solcher Fehler liegt insbesondere vor, wenn die oben beschriebenen Regeln für die Ausübung von Beurteilungsspielräumen nicht beachtet worden sind.“ (Hervorhebung von dort.)

Zu prüfen seien daher von der Rechtsaufsicht insbesondere folgende Punkte:

1. Verfahrensvorschriften sind einzuhalten.
2. Rechtsbegriffe sind zutreffend auszulegen.
3. Das Gremium muss eine eigene Abwägungsentscheidung treffen.
4. Die Entscheidung muss auf einem zutreffenden und vollständigen Sachverhalt beruhen.
5. Allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe sind zu beachten.
6. Es dürfen keine sachfremden Erwägungen angestellt werden.⁷⁴

3. Bewertung der Ansätze

Beiden Vorschlägen ist gemein, dass sie übereinstimmend die vollständige Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften vorsehen. In materieller Hinsicht sehen die beiden Vorschläge jedoch Abweichungen in Bezug auf die Prüfungstiefe und den Prüfungsgegenstand vor, denen - insbesondere vor dem Hintergrund des Gebots der Staatsfreiheit der Rechtsaufsicht - näher nachzugehen ist.

a. Grundsätzliche Übertragbarkeit gerichtlicher Kontrollansätze auf die Rechtsaufsicht

Die zweite Ansicht sieht in Bezug auf die Kontrolle der Entscheidung des Gremiums die Vornahme einer Beurteilungsfehlerkontrolle durch die Rechtsaufsicht vor. Das dazu vorgeschlagene Kontrollraster entspricht demjenigen der gerichtlichen Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielräumen.⁷⁵ Es stellt sich daher zunächst die Frage nach der grundsätzlichen Übertragbarkeit gerichtlicher Kontrollansätze auf die Rechtsaufsicht.

Zunächst ist diesbezüglich klarzustellen, dass es zwischen der gerichtlichen Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung und der rechtsaufsichtlichen Kontrolle von Entscheidungen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Unterschiede gibt. So haben Gerichte beispielsweise ganz andere Kompetenzen als die Rechtsaufsicht: Gerichtliche Urteile können über die (dort subsidiäre⁷⁶) Feststellung der Rechtswidrigkeit hinaus, auch gestaltend wirken und/oder Leistungspflichten begründen. Gerichtliche Urteile unterliegen als Judikativakte einzig einer ggf. weiteren gerichtlichen Kontrolle, d.h. keine andere staatstragende Säule aus dem sich wechselseitig kontrollierenden drei-poligen System Legislative-Exekutive-Judikative hat die

⁷⁴ Vgl. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 168 i.V.m. S. 64 f.

⁷⁵ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 64 Fn. 180 (m.w.N.).

⁷⁶ § 43 Abs. 2 VwGO.

Kompetenz zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen. Dagegen unterliegt die der Verwaltung zuzuordnende rechtsaufsichtliche Entscheidung gerade auch (noch) einer gerichtlichen Kontrolle.⁷⁷ Zudem besteht auch ein Unterschied in Bezug auf das jeweils kontrollierte Normenspektrum: Gerichtliche Kontrolle bezieht sich (zumindest in der Bundesrepublik) in aller Regel auf das Vorliegen einer subjektiven Rechtsverletzung⁷⁸, während die Rechtsaufsicht auf die Überprüfung des objektiven Rechts gerichtet ist.⁷⁹

Trotz der insofern bestehenden Unterschiedlichkeiten zwischen gerichtlicher Kontrolle und rechtsaufsichtlicher Überprüfung besteht aber in dem für die Frage der Übertragbarkeit maßgeblichen Punkt Übereinstimmung: Beide Kontrollen beziehen sich auf die Rechtmäßigkeit des Handelns des Überwachten.⁸⁰ Die Überprüfung ist jeweils eine rechtsakzessorische Legalitätskontrolle.⁸¹ Es geht in beiden Fällen um die Frage, ob der Überwachte⁸² sich bei seinem Handeln im gesetzlich vorgegebenen Rahmen verhalten hat. Hierbei variiert die Überprüfungstiefe mit der Dichte der materiellen Vorgaben der zu überprüfenden Kontrollnorm. Sowohl bei der Rechtsaufsicht, als auch bei der gerichtlichen Kontrolle sind daher auf oberster Betrachtungsstufe zwei Kontrollmodelle zu unterscheiden: Die Rechtmäßigkeitskontrolle bei gebundenen Entscheidungen (Subsumtionskontrolle)⁸³ und

⁷⁷ Eingehend hierzu J. Rüggeberg, in FG Ule, S. 109 (109 ff.).

⁷⁸ Vgl. Art. 19 Abs. 4 GG; konkretisiert durch § 42 Abs. 2 VwGO (ggf. analog) als entsprechende Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage. Für die Begründetheit siehe etwa § 113 Abs. 1 VwGO. Ist ein Verwaltungsakt zwar objektiv rechtswidrig, wird der Kläger aber durch ihn nicht in seinen Rechten verletzt, so ist die Klage unbegründet. H.A. Wolff, in: Wolff/Decker, § 113 VwGO, Rn. 19. Die §§ 42, 113 VwGO gelten zwar unmittelbar nur für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage; sie sind aber auf die Leistungsklage analog anzuwenden. Vgl. zum Ganzen: H. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, § 8, Rn. 9.

⁷⁹ K. Berendes, Staatsaufsicht, S. 102; E. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 407.

⁸⁰ Vgl. für die Rechtsaufsicht bzgl. der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten etwa E. Fuhr, in: ZDF-Staatsvertrag, § 25, S. 406; C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 21 sowie allgemein: H. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, § 23, Rn. 45. Bzgl. der gerichtlichen Überprüfung vgl. etwa: E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 181; K. Dolde, NVwZ 2006, 857 (857).

⁸¹ Vgl. bzgl. der Rechtsaufsicht: C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 21. Bzgl. der gerichtlichen Kontrolle vgl. etwa E. Pache, Tatbestandliche Abwägung, S. 458.

⁸² Etwa die Behörde in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle bzw. das als Entscheidungsträger fungierende Gremium in der jeweiligen Anstalt bei der Rechtsaufsicht.

⁸³ Vielfach auch „nachvollziehende Kontrolle“ genannt. Gemeint ist damit das Auffinden eines im Gesetz bereits abschließend vorgegebenen Ergebnisses (So beispielsweise bei der Kontrolle der Vorschriften bzgl. der Werbung im öffentlich-rechtlichen Fernsehen.) Der Begriff „nachvollziehende Kontrolle“ wird auch im (gegensätzlichen) Zusammenhang mit der *übergreifenden* (alle Bereiche diskretionären Verwaltungshandelns umfassenden) Abwägungskontrolle und daher in einem anderen Sinn verwendet. Explizit gegen eine Verwendung im ersteren Sinn: W. Hoffmann-Riem, Grundlagen, Bd. 1, § 10, S. 679, Fußnote 377 (auch zur Verwendung im danach vorzugswürdigen Sinne).

die Kontrolle bei diskretionären Entscheidungen des Überwachten.⁸⁴ In letzterem Fall kann sich die Befugnis zu diskretionären Entscheidungen des Überwachten - mit der Konsequenz einer eingeschränkten Überprüfbarkeit - sowohl bei der gerichtlichen, als auch bei der rechtsaufsichtlichen Überprüfung jeweils aus dem Vorhandensein entweder eines Beurteilungs-, eines Ermessensspielraums oder auch aus der Befugnis zu einer abwägenden Entscheidungsfindung ergeben.⁸⁵

Vor dem Hintergrund, dass es sich sowohl bei der rechtsaufsichtlichen, als auch bei der gerichtlichen Überprüfung um eine rechtsakzessorische Legalitätskontrolle⁸⁶ und damit in beiden Fällen im Kern um die gleiche Aufgabe handelt, bei der zudem mit der Dichte der Direktiven der Kontrollrahmen in ebenfalls identischem Maße variiert, ist zumindest *grundsätzlich* eine Übertragung der gerichtlichen Kontrollansätze auf die Rechtsaufsicht denkbar.

b. Ausreichende Beachtung des Grundsatzes der Staatsfreiheit

Fraglich ist jedoch, ob der Grundsatz der Staatsfreiheit - im Rahmen des Drei-Stufen-Tests - eine noch weitergehende Zurückhaltung in Bezug auf die Kontrolle gebietet.

Die zweite Ansicht, die der Rechtsaufsicht die Kompetenz zur Durchführung einer Beurteilungsfehlerkontrolle einräumen will, begegnet diesbezüglich verschiedenen Bedenken. Zum einen kann schon nicht davon ausgegangen werden, dass das Gremium nur unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen und so zu prüfen habe, ob ein bestimmtes Angebot dem (noch gar nicht festliegenden) Auftrag unterfalle. Die Aufgabe des Gremiums erschöpft sich nämlich gerade nicht im Nachvollzug einer schon von den Anstalten getroffenen Entscheidung.⁸⁷ Vielmehr trifft das Gremium eine eigene „Abwägungsentscheidung“⁸⁸ in Ansehung der

⁸⁴ Zu dem (im Schrifttum stark im Vordringen begriffenen) übergreifenden Kontrollansatz vgl. etwa: W. Hoffmann-Riem, in: Ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 10, S. 687, Rn. 96 ff, insbesondere Rn. 98 a.E.; M. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner (Hrsg.), Vorb. § 113 Rn. 19 ff., § 114 Rn. 4 ff.; U. Ramsauer, in: AK-GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 113. Die Vertreter dieses Ansatzes schlagen vor, den Gedanken des planungsrechtlichen Abwägungsmodells auch auf andere Bereiche diskretionären Verwaltungshandelns zu übertragen. Zu den einzelnen Aspekten und Begründungen hierzu (auf die hier nicht näher eingegangen werden kann) vgl. etwa: E. Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34, (1976), S. 221 (251 ff.); E. Pache, DVBl. 1998, S. 380 (384 f.); M. Herdegen, JZ 1991, S. 747 (749ff.); R. Alexy, JZ 1986, S. 701 (713).

⁸⁵ Vgl. hierzu schon oben Teil J. II. 5.

⁸⁶ Vgl. bzgl. der Rechtsaufsicht: C. Gotzmann, Staatsaufsicht, S. 21. Bzgl. der gerichtlichen Kontrolle vgl. etwa E. Pache, Tatbestandliche Abwägung, S. 458.

⁸⁷ Ausdrücklich: K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (887) und Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 66 ff.

⁸⁸ K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (887); Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 66 ff. Dies zeigt sich auch an der Möglichkeit einer (bloßen) Teilgenehmigung. Vgl. dazu Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, bspw. S. 18, 66, 68 ff. Zur Abwägungsentscheidung siehe ferner: Holznagel/Dörr/ Hildebrand, S. 491; Münchner Kreis, S. 9; D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7); R. Meyer, Drei-Stufen-Test, S. 14, 34, 66, 73; Ders., epd medien (29) 2008, S. 3 (5 f.)

unterschiedlichen abwägungserhelichen Belange, über die die Konkretisierung des Auftrags erst erreicht wird.⁸⁹

Entscheidend ist aber, dass unter Punkt 2. von Kops/Sokoll/Bensinger von der Rechtsaufsicht verlangt wird zu prüfen, ob die Rechtsbegriffe „zutreffend“ ausgelegt wurden. D.h. in concreto soll die Rechtsaufsicht danach überprüfen (können), ob die Beurteilungen, „inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht“ und „in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird“, vom Gremium zutreffend vorgenommen wurden.

Selbst wenn man (konsequenter Weise) auch bzgl. der Beurteilung dieser Punkte wieder nur eine Beurteilungsfehlerkontrolle (für die einzelnen unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum auf den unterschiedlichen Stufen⁹⁰) verlangt sehen wollte, wäre die Rechtsaufsicht zu einer solchen Beurteilung weder in der Lage, noch dazu befugt. Die diesbezüglichen Bewertungen sind, wie Kops/Sokoll/Bensinger selbst feststellen, in ganz erheblichem Maße ihrerseits von Bewertungen und Abwägungen (in verfassungsrechtlich sensiblen Bereichen) geprägt.⁹¹ Diese Bewertungen und Abwägungen sind, da Maßstäbe aus objektivem Recht (so gut wie) nicht vorliegen⁹², „nur“ verfassungsrechtlich (und damit äußerst grob) vorstrukturiert.⁹³ Da die rechtsaufsichtliche Kontrolle immer nur eine rechtsakzessorische Rechtmäßigkeitskontrolle sein kann, mithin in ihrer Tiefe mit der Dichte der Direktiven variiert, fehlen der Rechtsaufsicht hier kontrollierbare Maßstäbe.⁹⁴ Zwar werden über das Verfahren Maßstäbe generiert, nur erfolgt dies (eben) seinerseits auch durch Wertungen⁹⁵ und Abwägungen⁹⁶, so dass *diese* Maßstäbe nicht dem Zugriff der

⁸⁹ Die Belange Dritter sollen bei der Auftragskonkretisierung ja erst berücksichtigt werden. Der Auftrag steht daher vorher (vor dem Test) noch nicht fest, sondern er wird durch den Test erst bestimmt und festgelegt. Dabei wird nicht etwas Vorgegebenes nachvollzogen, sondern es gilt, die widerstreitenden Belange über einen Abwägungsprozess optimierend zum Ausgleich zu bringen (vgl. zum Optimierungsgebot im Rahmen der Ausgestaltung näher: W. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, S. 98) und hierüber den Bedarf einer öffentlich-rechtlichen Angebotserbringung im Online-Bereich (mithin den Auftrag) erst zu bestimmen.

⁹⁰ Kops/Sokoll/Bensinger sehen auch in den einzelnen „Abwägungskriterien“ unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum, siehe: Dies., Rahmenbedingungen, S. 17.

⁹¹ Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, bspw. S. 63, 17, 22.

⁹² Vgl. oben Teil H. IV. 1. d. bb. Sowie bspw. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607 f.)

⁹³ Und auch hier bestehen in der Rechtswissenschaft noch ganz erhebliche Unklarheiten, inwieweit sich etwa aus der Sonderdogmatik des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für den klassischen Rundfunk (überhaupt) Konsequenzen für den Online-Bereich ergeben. Vgl. hierzu oben Teil H. IV. 1. e. aa.

⁹⁴ Vgl. auch N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (607).

⁹⁵ Vgl. Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, bspw. S. 63.

⁹⁶ So eben in Bezug auf die Bewertung des publizistischen Nutzens unter Berücksichtigung der weiteren, teilweise gegenläufigen Aspekte aus § 11f Abs. 4 S. 3 RStV.

Rechtsaufsicht unterliegen. Dies gilt insbesondere für Bewertungen und Abwägungen zur Bestimmung etwa des Beitrags zum publizistischen Wettbewerb.⁹⁷

Man wird daher Folgendes festhalten können: Für eine rechtsaufsichtliche Kontrolle, der im Rahmen der Entscheidungsfindung vielfältig vorzunehmenden Abwägungsprozesse⁹⁸, liegen keine kontrollfähigen Maßstäbe vor, die hier (überhaupt) beurteilt werden könnten, ohne doch eigene Wertungen (insb. solche mit unmittelbarem oder mittelbarem Bezug auf den Aufgabenbereich der Anstalten im Online-Bereich) vorzunehmen⁹⁹, was aber gerade gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit verstieße. Die Vornahme einer echten Beurteilungsfehlerkontrolle durch die Rechtsaufsicht stellte daher im Rahmen der Überprüfung des Drei-Stufen-Tests¹⁰⁰ einen Verstoß gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit dar.

Damit ist die Frage, was die Rechtsaufsicht im Rahmen des Drei-Stufen-Test-Verfahrens prüfen kann und muss, jedoch noch nicht abschließend beantwortet. Die vorzunehmende Kontrolle (samt der Fehlerbehandlung) muss den Besonderheiten des Drei-Stufen-Tests Rechnung tragen. Da der maßgebliche Aspekt des Drei-Stufen-Tests die produktive Kapazität des Verfahrens ist, die letztlich zu einer Maßstabsergänzung und darüber zu einer Auftragskonkretisierung führt¹⁰¹, ist über die rechtsaufsichtliche Überprüfung sicherzustellen, dass das Verfahren eingehalten wird.

In Bezug auf die Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensvorgaben kann sich aus dem Grundsatz der Staatsfreiheit auch kein besonderes, weitergehendes Zurückhaltungsgebot ergeben, da die Programmierung des Drei-Stufen-Tests als prozedurales Arrangement mit einer lediglich als Zielvorgabe formulierten materiellen Komponente, deren Ausfüllung durch die Rechtsaufsicht nicht kontrollierbar ist, gerade schon der gebotenen Zurückhaltung Rechnung trägt. Verlangte man eine weitergehende, auch auf die formelle Komponente bezogene Zurückhaltung, wäre die Überprüfung des Verfahrens des Drei-Stufen-Tests inhaltsleer, weil nicht mehr sichergestellt wäre, dass es über das (möglicherweise nicht eingehaltene) Verfahren überhaupt zu einer Maßstabsergänzung und darüber zu einer

⁹⁷ Vgl. zur Abwägung auf der zweiten Stufe: Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, bspw. S. 9 u. näher S. 100 ff. Vgl. ferner W. Schulz, Der Programmauftrag als Prozess einer Begründung, S. 37; K. Sokoll, NJW 2009, S. 885 (888); D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7 f.); N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (605 ff.).

⁹⁸ Vgl. dazu etwa D. Dörr, FK 48/2008, S. 3 (7).

⁹⁹ Zur Unzulässigkeit eigener Wertungen der Rechtsaufsicht vgl. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609).

¹⁰⁰ Damit soll nicht in Frage gestellt werden, dass die Rechtsaufsicht andere, nicht im Zusammenhang mit der Auftragskonkretisierung stehende, unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum grundsätzlich eingeschränkt kontrollieren kann. Vgl. dazu auch Teil J. II. 5.

¹⁰¹ Vgl. oben Teil D. III.

Konkretisierung des Auftrags - dem Ziel des Verfahrens bzw. der entsprechenden staatsvertraglichen Vorschriften - käme. Der Grundsatz der Staatsfreiheit verlangt daher keine Zurückhaltung in Bezug auf die Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensvorschriften. Dies umfasst die Kontrolle des Vorhandenseins einer Begründung. Anhand der Begründung kann die Rechtsaufsicht dann (allerdings) nur kontrollieren, *ob überhaupt* eine Abwägung im Sinne des § 11f Abs. 4 i.V.m. 6 RStV stattgefunden hat.¹⁰²

§ 11f Abs. 7 RStV ist damit, wegen der Anforderungen des Grundsatzes der Staatsfreiheit, verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass sich die Prüfung der Rechtsaufsicht i.d.R. auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften, das Vorliegen einer Entscheidungs-Begründung und die Kontrolle, ob überhaupt eine Abwägung im Sinne des § 11f Abs. 4 i.V.m. 6 RStV stattgefunden hat, beschränkt.

Mit der Feststellung, dass die rechtsaufsichtliche Kontrolle auf die Überprüfung der Verfahrensfehler reduziert ist, ist allerdings noch nichts darüber gesagt, was die Folge eines solchen Verfahrensfehlers ist. Diese Frage lässt sich in Ansehung des vom Gesetzgeber gewählten Konzepts der Richtigkeitsgewähr (der Entscheidung) durch Verfahren¹⁰³ beantworten: Liegt ein Fehler bei einem staatsvertraglich vorgesehenen Verfahrensschritt vor (bspw. Fehlen der Anhörungen etc.), ist - wegen der konstitutiven Funktion des Verfahrens für die Entscheidung - verfassungsrechtlich bedingt eine restriktive Handhabung des Verfahrens-Verstoßes geboten: Eine Entscheidung auf dieser (unvollständigen) Grundlage ist rechtswidrig - und, da das Verfahren insgesamt dem Grundrechtsschutz (auch Dritter) dient, auch verfassungswidrig.¹⁰⁴ D.h., liegt (auch nur) einer der (o.g.) Verfahrensfehler vor, muss die Rechtsaufsicht eine ablehnende Entscheidung treffen.¹⁰⁵

¹⁰² Anhand der Begründung kann die Rechtsaufsicht kontrollieren, ob die Belange Dritter, die über die Stellungnahmen gesammelt wurden, *überhaupt* in die Abwägung eingestellt wurden. (Vgl. dazu auch N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609 f.)) Dagegen kann sie nicht kontrollieren, ob die Gewichtung der Belange entsprechend ihrer objektiven Wichtigkeit vorgenommen wurde, da es insofern, mangels Anhaltspunkten aus objektivem Recht, an Maßstäben für eine diesbezüglichen Kontrolle fehlt (Der Entscheidungsträger muss insofern eigene Vorrangregeln entwickeln, die der Kontrolle der Staatsaufsicht nicht zugänglich sind.). Damit kann auch die Abwägungsentscheidung nicht weiter kontrolliert werden. (Ebenso: N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609)). Allenfalls können Fälle äußerster Evidenz eine Nichtgenehmigung rechtfertigen (Siehe dazu oben den Ansatz von R. Meyer; ferner vgl. N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609 f.); ähnlich auch K.-E. Hain, Gutachten, S. 70 Fn. 239). Zu weit geht daher auch der Ansatz des VPRT, Vorschlag des VPRT, Teil II., S. 5, der eine rechtsaufsichtliche Kontrolle der „Gewichtung“ und sogar des „Ergebnisses“ vorsieht.

¹⁰³ Vgl. dazu oben Teil H. V. 2. c. aa.

¹⁰⁴ Vgl. oben H. V. 2. c. cc.

¹⁰⁵ Für diesen Fall wird sich eine „Zurück[ver]weisung“ an das Gremium empfehlen. Vgl. dazu näher Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 64, Fn. 181.

4. Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität

Nachdem nunmehr untersucht ist, dass § 11f Abs. 7 RStV den Grundsatz der Staatsfreiheit nur bei verfassungskonformer Auslegung angemessen berücksichtigt, kann auf die eingangs aufgeworfene Frage, der Vereinbarkeit der Feststellung der Rechtmäßigkeit und Auftragsgemäßheit mit dem Grundsatz der Subsidiarität zurückgekommen werden.

Da es bei der Durchführung des Drei-Stufen-Tests vorrangig um eine Aufgabe geht, die die Anstalt zunächst in eigener Verantwortung eigenständig durchführt¹⁰⁶, greift der Staat zugleich auch nicht in einer gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßenden Weise der anstaltsinternen Kontrolle vor, denn das Kontrollorgan selbst (der Rundfunkrat bzw. der Fernsehrat), fällt die letztendliche Abwägungsentscheidung und hat damit zugleich auch die Kontrollfunktion über seine diesbezügliche Entscheidung. Dies entspricht (in etwa) der Situation der Anwendung von Normen durch die Anstalt, in deren Verlauf zunächst die Anwendung der Norm i.d.R. durch den Intendanten erfolgt, bevor sodann eine anstaltsinterne Kontrolle durch den Rundfunk- bzw. Fernsehrat nachfolgt. Bzgl. des Drei-Stufen-Tests steht der Rundfunk- bzw. Fernsehrat aber sogar noch „eigenständiger“ da, denn hier liegen sowohl die Kompetenzen zur Handlung (Genehmigung) als auch die Kompetenzen zur Kontrolle (im Rahmen des Genehmigungsprozesses) in seiner und damit in *einer* Hand.

Diese anstaltsinterne Kompetenzkonzentration, die Handlungs- und Kontrollkompetenzen in dem selben Gremium verschmelzen lässt¹⁰⁷ und insofern die Frage aufwirft, ob der Kontrollfunktion des Gremiums hierbei noch eine eigenständige Bedeutung neben der (neuen) Entscheidungsträgerfunktion des Gremiums beizumessen ist, rechtfertigt, dass als Abschluss des Verfahrens¹⁰⁸ standardmäßig eine rechtsaufsichtliche Überprüfung (der Einhaltung der formellen Vorschriften) erfolgt.

¹⁰⁶ Vgl. § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV; Begründung des 12. RÄndStV, S. 21 f. Im Übrigen geht die Initiative zu neuen Angeboten und deren Gestaltung immer von den Anstalten aus. Siehe dazu Kops/Sokoll/Bensinger, Rahmenbedingungen, S. 69.

¹⁰⁷ Kritisch zur Effektivität von Doppelzuständigkeiten des Rundfunk- bzw. Fernsehrats auch: Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (256) Satz 2 sowie Rn. (255). Wörtlich heißt es in Rn. (256): „Der Rundfunkrat/F Fernsehrat legt die Programmleitlinien fest und berät den Intendanten bei den Programmtätigkeiten der Rundfunkanstalt. Der Umstand, dass der Rundfunkrat/F Fernsehrat gleichzeitig dafür zuständig ist, die Befolgung dieser Regeln/Leitlinien zu überprüfen (siehe z.B. § 20 ZDF-StV), kann jedoch zu einem Interessenkonflikt zwischen seiner Funktion hinsichtlich der Programmtätigkeit einerseits und den Aufsichts- und Kontrollfunktionen andererseits führen.“ Nicht anders liegt es hier.

¹⁰⁸ Auch die Europäische Kommission sieht dies als letzten Verfahrensschritt. So heißt es in Rn. (327) unter (3): „(..) dieses Verfahren endet mit der Prüfung und Feststellung durch die Länder im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht.“ Vgl. Europäische Kommission, K (2007) 1761 endg., Rn. (327) a.E. Vgl. ebenda auch Rn. (312).

Dabei verbleibt dem Gremium die *alleinige* Kompetenz, seine eigene Entscheidung *inhaltlich* zu überprüfen.¹⁰⁹ Vor diesem Hintergrund ist der Grundsatz der Subsidiarität durch die abschließende rechtsaufsichtliche Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften als (in vertretbarer Weise) gewahrt anzusehen.

Wenn damit feststeht, dass dem Gremium (trotz und wegen der nachfolgenden, beschränkten Prüfung durch die Rechtsaufsicht) die *alleinige* Kompetenz zur *inhaltlichen* Überprüfung der Entscheidung und damit auch die alleinige Verantwortung für die Richtigkeit der Auftragskonkretisierung zukommt und diese Entscheidung anders - als ggf. (verfassungs-) gerichtlich - nicht mehr kontrolliert und ggf. revidiert werden kann¹¹⁰, dann verdeutlicht dies nochmals die unbedingte Notwendigkeit abzusichern, dass der Entscheidungsträger seine Entscheidung neutral und sachangemessen trifft bzw. hierzu kapazitativ und kompetenziell überhaupt in der Lage ist. Dies erfordert eine Externalisierung und Professionalisierung des Entscheidungsträgers.¹¹¹

Fazit: Die staatsvertraglichen Regelungen des Drei-Stufen-Tests gewährleisten - insbesondere in organisatorischer Hinsicht - keine hinreichende Konkretisierung des Auftrags im Telemedien-Bereich. Sie sind daher verfassungswidrig und erfüllen zugleich auch nicht die Anforderungen der Europäischen Kommission. Die Nachschaltung einer standardmäßigen Kontrolle durch die Rechtsaufsicht, die die eigentliche Konkretisierungs-Entscheidung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht kontrollieren darf und sich auf die Kontrolle überschaubarer Formalia begrenzen muss, vermag hieran nichts (mehr) zu ändern.

¹⁰⁹ Insofern hat das Gremium einen in der Tat (weiten) Entscheidungsspielraum, der (jedenfalls) nicht durch die Rechtsaufsicht kontrolliert werden kann, denn die rechtsaufsichtliche Kontrolle bezieht sich, wie bereits festgestellt, nicht auf die Entscheidung selbst, sondern nur auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften. Unabhängig davon erkennt man, dass die dem Drei-Stufen-Test an sich zugrunde liegende Konzeption dem Grunde nach richtig ist, da sie den Entscheidungsträger (als Ausfluß der Staatsfreiheit) weitestgehend unabhängig (von Kontrollen, mithin von Einflußnahmen) stellt. Problematisch an der konkreten Gestaltung ist eben nur, dass der im RStV gewählte Entscheidungsträger (das anstaltsinterne Gremium) dieser Aufgabe aus verschiedensten Gründen nicht gerecht werden kann.

¹¹⁰ Vgl. diesbezüglich die treffliche Formulierung bei N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (608): „Mangels subsumierbarer materieller Vorgaben der Gesetzgeber kommt den Organisations- und Verfahrensregelungen des 12. RÄndStV mithin aller Voraussicht nach praktisch ausschlaggebende Bedeutung zu. Pointiert gesagt: Für die Praxis wird entscheidend sein, *wessen* Beurteilung der Sachlage und *wessen* Abwägungsentscheidung letztlich rechtlich nicht kontrolliert wird.“ (Hervorhebungen nur hier.)

¹¹¹ Näher dazu oben Teil H. IV. 4. Vgl. ferner K.-H. Ladeur, in FS E. Stein, S. 67 (88/89); Speziell für die Online-Dienste: Ders., in: Paschke/Berlit/Meyer, S. 123 Rn. 125; Ders., Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, S. 94 ff.; T. Vesting, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet, S. 11; N. Wimmer, ZUM 2009, S. 601 (609); H. Gersdorf, Legitimation, S. 6.

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Teil A.

1. Die Konvergenz der Medien und die zunehmende Verflechtung des deutschen Rechts in den europäischen Rechtsverband stellen das deutsche Rundfunkrecht vor neue Herausforderungen. Insbesondere die Frage, inwiefern Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten von ihrem Auftrag umfasst sind, wirft in ihrer Beantwortung Schwierigkeiten auf.
2. Gleichwohl besteht aber ein Bedarf an einer hinreichenden Präzisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, gerade im Bereich der Online-Angebote. Insbesondere die widerstreitenden Rechtsauffassungen zwischen dem europäischen Recht und dem deutschen Verfassungsrecht verdeutlichen dies.
3. Im Rahmen der weltweit konvergenten Entwicklung der Medien stellt sich die Frage der zulässigen Reichweite der Ausdehnung öffentlich-rechtlich finanzierter Rundfunkanstalten in gleicher oder ähnlicher Weise vieler Orten. Die BBC hat eine turnusmäßig anstehende Novation des britischen Rundfunkrechts zum Anlass genommen, sich mit diesem Problem intensiv auseinanderzusetzen. Ergebnis dieses Prozesses ist u.a. die Einführung eines neuen Testverfahrens, dem sog. Public Value Test, der der Konkretisierung des Auftrags dienen soll.
4. In Anlehnung an das britische Vorbild wurde im Zusammenhang der Ruf nach der Einführung eines solchen konkretisierenden Testverfahrens auch in Deutschland laut.

Teil B.

1. Vor dem Hintergrund der Bestands- und Entwicklungsgarantie und der mit der Digitalisierung verbundenen mannigfaltigen Möglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Anstalten auch im Bereich der neuen Medien Dienste anzubieten, bedarf es einer, über die (bloße) Beschreibung des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags hinausgehenden, auf einfach-gesetzlicher Ebene vorzunehmenden Konkretisierung des Auftrags (gerade im Online-Bereich).
2. Dies folgt insbesondere aus der Verpflichtung des Gesetzgebers, wesentliche Entscheidungen in Bezug auf die Grundrechtsausübung selbst zu treffen. Hierzu wird insbesondere die Frage zu zählen sein, inwieweit sich die Rundfunkanstalten mit ihren Angeboten in ein neues Medium ausdehnen können (ohne ihren verfassungsrechtlich vorgezeichneten Aufgabenbereich zu verlassen) bzw. müssen, um ihre verfassungsrechtliche Funktion erfüllen zu können.
3. Der Grundsatz der Staatsfreiheit erlaubt es dem Gesetzgeber nicht, den Auftrag der Rundfunkanstalten durch detaillierte Vorgaben konkret vorzugeben.

4. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass es sich bei der geltenden Finanzierungsregelung um eine Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG handelt. Auf der Grundlage dieser Prämissen gelangte sie im Rahmen des Beihilfe-Verfahrens zu dem Ergebnis, dass die derzeitige Auftragsdefinition im Hinblick auf die digitalen Zusatzkanäle und die Mediendienste als nicht hinreichend präzise anzusehen sei.
5. Um eine Auseinandersetzung aufgrund der divergierenden Rechtspositionen zwischen der Bundesrepublik und der Europäischen Kommission zu vermeiden, wurde ein Kompromiss zur Beilegung des Streits vereinbart (sog. Beihilfe-Kompromiss). Danach wird für die Mediendienste und die digitalen Zusatzangebote die Einführung eines Testverfahrens zur Präzisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten durchgeführt. (Der sog. Drei-Stufen-Test.)
6. Den Ländern kam die Aufgabe zu, unter Beachtung der Vorgaben des Beihilfe-Kompromisses einerseits und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an die (Aus-) Gestaltung der Rundfunkordnung andererseits, einfach-gesetzliche Regeln bzgl. der Durchführung und Organisation des Drei-Stufen-Tests zu erlassen.
7. Vor dem Hintergrund, dass der Grundsatz der Staatsfreiheit keine präzise materielle Auftragskonkretisierung zulässt, ist ein prozedural-organisatorischer Ansatz zu favorisieren.
8. Der Prototyp für die Konkretisierung des Auftrags einer öffentlich-rechtlichen Anstalt über ein Testverfahren ist der in Großbritannien von der BBC eingesetzte Public Value Test (PVT).

Teil C.

1. Als Reaktion auf öffentlichen Druck adaptierte die BBC das der Wirtschaftswissenschaft entstammende "public value"-Konzept. Um diesem Konzept im Rahmen des Charter Review-Prozesses Rechnung zu tragen, wurde u.a. ein Verfahren zur Konkretisierung des Auftrags der BBC (der sog. Public Value Test) eingeführt.
2. Der Trust berücksichtigt die Ergebnisse von Bewertungen des Öffentlichen Nutzens/Wertes (PVA) und des Markteinflusses (MIA) bei seiner Entscheidung bzgl. der Genehmigungsfähigkeit eines neuen Angebots. Dieser Entscheidung liegt eine Abwägung zugrunde - der PVT im engeren Sinne: Der BBC Trust muss für eine stattgebende Entscheidung davon überzeugt sein, dass jeder zu erwartende nachteilige Einfluss auf den Markt durch den zu erwartenden öffentlichen Nutzen des neuen Angebots gerechtfertigt ist.

Teil D.

1. Das Konzept der Prozeduralisierung des Rechts geht auf eine etwa Mitte der 70er Jahre aufgekommene Diskussion über die Steuerungsfähigkeit von Recht zurück (sog. Steuerungsdiskussion). Ein vertretener Ansatz zur Lösung des dabei ausgemachten Steuerungsproblems ist die Theorie von der Prozeduralisierung des Rechts.
2. Vorliegend wird als entscheidender Aspekt der Prozeduralisierung angesehen, dass die Norminhalte selbst überwiegend im Verfahren gewonnen werden.
3. Ein Gewinnen der Norminhalte über das Verfahren bedingt, daß die Norminhalte nicht bereits materiell-rechtlich eng vorbestimmt sind. Die reduzierte materiell-rechtliche Vorgabe der betreffenden Norm wird im Rahmen der Prozeduralisierung ergänzt durch prozedurale (Verfahrens-) Vorgaben. Es wird insoweit auch von prozeduralen Arrangements gesprochen.
4. Im Gegensatz zu den "klassischen" Finalnormen, kommt der formellen Komponente (dem Verfahren) bei den prozeduralen Arrangements, eine wesentlich stärkere, die Entscheidung konstituierende Funktion zu.
5. Der Gestaltungsauftrag, den die Finalnorm beinhaltet, enthält selbst nur (reduzierte) Vorgaben (Direktiven). Diese reduzierten Vorgaben bedürfen zu ihrer Anwendung einer näheren Konkretisierung. Ein solche Konkretisierung der materiell-rechtlichen Vorgaben erfolgt über die Bildung ergänzender (Entscheidungs-) Maßstäbe (Maßstabsergänzung).
6. Durch die Maßstabsergänzung erweitert der Entscheidungsträger die im konkreten Fall zu berücksichtigenden Faktoren. Die Bildung solch ergänzender Maßstäbe findet bei prozeduralen Arrangements gerade über die Verfahrenskomponente statt.
7. Die Informationen, die über die "starke" Verfahrens-Komponente gewonnen werden, sind, soweit sie abwägungserheblich sind, in die (bei Finalnormen regelmäßig notwendige) Abwägung der Interessen als zusätzliche Maßstäbe einzustellen. Der Entscheidungsträger hat damit, neben den abwägungserheblichen Maßstäben, die sich unmittelbar aus der Finalnorm ergeben (Direktiven), die zusätzlichen abwägungserheblichen Maßstäbe zu berücksichtigen, die über das Verfahren gewonnen wurden. Damit führt d. Prozeduralisierung letztlich zu einer Maßstabsergänzung bzw. Normergänzung und damit zu einer Konkretisierung der Norm.
8. Die für das Verwaltungsrecht beschriebene Situation ähnelt der des Rundfunkrechts: Es gilt auch hier eine multipolare Interessenlage in der Situation von Unsicherheit und Nichtlinearität (gesetzgeberisch) zu regulieren.

9. Um in dieser Situation dennoch zu einer Konkretisierung zu gelangen, bietet sich der prozedurale Ansatz an: Trotz rechtlich (und faktisch) gebotener Zurückhaltung bei der materiellen Programmierung ermöglicht er über die Stärkung der Verfahrenskomponente eine Ergänzung der Maßstäbe der Norm und hierüber eine Konkretisierung. Ein eben solch prozedurales Steuerungsinstrument ist auch der Public Value Test.
10. Bei theoretischer Betrachtung der Wirkungsweise des britischen Public Value Test-Verfahrens lässt sich eine maßstabergänzende Kapazität ausmachen. Die Durchführung des PVT-Verfahrens ermöglicht dort die Gewinnung von zusätzlichen Maßstäben, die die vorhandenen materiellen (Ziel-)Vorgaben des Auftrags ergänzen. Die zusätzlichen, im Verfahren gewonnenen, Maßstäbe sind bei der Entscheidung, ob ein (geplanter) Service bzw. eine Änderung vom Auftrag gedeckt sind, zu berücksichtigen. Daher führt die Ergänzung der Maßstäbe zu einer Konkretisierung des Auftrags der BBC.
11. Dieses Ergebnis wird durch die Analyse der real durchgeführten Public Value Tests gestützt.

Teil E.

1. Für die Einführung des Drei-Stufen-Tests in Deutschland sind zum einen die Anforderungen aus dem Beihilfe-Kompromiss und zum anderen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Rundfunkrechts maßgeblich.
2. Sowohl in europa-, als auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht ergibt sich als Anforderung an das Testverfahren, dass es eine hinreichende Auftragskonkretisierung gewährleisten muss.
3. Die zur Ein- und Durchführung des Drei-Stufen-Tests zu erlassenden Regelungen sind verfassungsrechtlich als Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit zu klassifizieren.
4. Die Weite des Ausgestaltungsspielraums des Gesetzgebers bei Ausgestaltungen wird nach der h.M. wie folgt begrenzt: Das ausgestaltende Gesetz ist erst dann verfassungswidrig, wenn es zur Erreichung der Ziele der Rundfunkfreiheit entweder ungeeignet ist oder kommunikative Interessen untermäßig berücksichtigt werden. Dem Gesetzgeber steht so gesehen ein Entscheidungskorridor zur Verfügung, innerhalb dessen er grundsätzlich in seiner Entscheidung frei ist. Hierbei soll es nach dieser Ansicht das Ziel des Gesetzgebers sein, die Ausgestaltung im Hinblick auf die widerstreitenden Interessen zu optimieren.
5. Im Hinblick auf die Ein- und Durchführung des Drei-Stufen-Tests ergibt sich die "Besonderheit", dass die ausgestaltende staatsvertragliche Regelung zur Einführung des Drei-Stufen-Tests nicht selbst (gesetzlich) den endgültigen Ausgleich der widerstreitenden Interessen

vornimmt, sondern die abwägende letztendliche Entscheidung über das Testverfahren an ein Gremium (außerhalb des Gesetzgebers) delegiert wird.

6. Strebt man (als gesetzgeberisches Ziel) eine Optimierung des Nachvollzugs der Ausgestaltung durch das Gremium an, so muss diese so beschaffen sein, dass sie eine Optimierung im "Ausgestaltungsnachvollzug" (überhaupt) ermöglicht. Dies setzt voraus, dass für die Optimierung, die das Gremium im Rahmen seiner Abwägung herbeiführen soll, *alle* abwägungserheblichen Belange zur Verfügung stehen.
7. Vor dem Hintergrund, dass die abschließende Entscheidung durch ein *gesetzgeber*-externes Gremium vorgenommen wird, verbleibt dem Gesetzgeber notwendig ein Prognosespielraum im Hinblick darauf, wie die gesetzliche Regelung des Verfahrens zweckmäßigerweise im Konkreten auszugestalten ist, um darüber die angestrebte Optimierung zu erreichen.
8. Dieser Prognosespielraum wird erst dann überschritten, wenn die ergriffenen Maßnahmen nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit geeignet sind. Geeignet kann eine Ausgestaltung des Verfahrens des Drei-Stufen-Tests nur dann sein, wenn die Durchführung des Tests (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) zu einer Auftragskonkretisierung führt bzw. führen kann. Hieraus folgt, als Anforderung an das Verfahren, dass das Verfahren so ausgestaltet sein muss, dass es (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) eine *maßstabsergänzende* (und darüber auftragskonkretisierende) *Wirkung* hat.
9. Wenn es für die Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung des Verfahrens des Drei-Stufen-Tests damit insbesondere auf eine (umfassende) Maßstabsergänzung über die Durchführung des Verfahrens ankommt, stellt sich die Frage, welches die Faktoren für eine solche Maßstabsergänzung sind.
10. Mit Blick auf die Elemente der unterschiedlichen Definitionen bzgl. der Prozeduralisierung lässt sich feststellen, dass nicht alle dort genannten Elemente als Faktoren der Maßstabsergänzung anzusehen sind. Vielmehr lassen sich zwei Gruppen unterscheiden: Faktoren und (deren) Effekte. Faktoren der Maßstabsergänzung sind:
 - Das Bestehen von Informations-/Öffentlichkeitspflichten des Entscheidungsträgers
 - Die Sicherstellung der Transparenz des Verfahrens
 - Die Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen
 - Das Bestehen von Begründungspflichten
 - Und ggf. das Bestehen von Verfahrensrechten (als Absicherungselement)

11. Dagegen sind die restlichen Elemente der Definitionen die Folge und damit Effekte des Vorliegens der Faktoren der Maßstabergänzung. Liegen die Faktoren der Maßstabergänzung vor, so hat die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens folgende Effekte:

- Ergänzung/Bereitstellung zusätzlicher abwägungserheblicher Maßstäbe/Belange
- Steigerung der Akzeptanz der Entscheidung
- Steigerung der Legitimität der Entscheidung/des Entscheidungsträgers
- Steigerung der Qualität der Entscheidung (Rationalität / Optimalität)

Teil F.

1. Dem Beihilfe-Kompromiss sind im Hinblick auf die konkrete Verfahrensgestaltung lediglich Eckpunkte zu entnehmen. Die konkrete Verfahrensgestaltung war auf dieser Grundlage vom deutschen Rundfunkgesetzgeber, mithin von den Ländern, noch näher zu regeln.
2. Die ARD, das ZDF und der VPRT haben im Vorfeld der staatsvertraglichen Regelung jeweils eigene Vorschläge zur Durchführung des Drei-Stufen-Tests vorgelegt.
3. Aus der Orientierung an den verfassungsrechtlichen Vorgaben, speziell des Grundsatzes der Staatsfreiheit, folgt, dass der auftragskonkretisierende Drei-Stufen-Test (i.w.S.) nicht bis ins Detail von den Ländern geregelt werden kann und somit den Anstalten eigene Kompetenzen (bspw. zur Erstellung von Aufgreifkriterien) zukommen, um die staatsvertraglichen Regelungen zu ergänzen.
4. Den Vorschlägen von ARD, ZDF und VPRT kam daher einerseits eine Impulsfunktion bei der Erstellung der staatsvertraglichen Regelungen, sowie andererseits eine Indikatorfunktion im Hinblick auf die Bestimmung der Inhalte möglicher anstaltsinterner Entscheidungen der Anstalten im Rahmen des Drei-Stufen-Tests (etwa bzgl. der Aufgreifkriterien etc.) zu.
5. Ausgangspunkt für eine sachgerechten Bewertung aller Verfahrensmodelle zur Auftragskonkretisierung muss die dem Drei-Stufen-Test zugrundeliegende prozedurale Wirkungsweise sein, über die es überhaupt nur zu einer Auftragskonkretisierung über das Verfahren kommen kann. Denn: Nur über die Durchführung eines Verfahrens, das sicherstellt, dass (möglichst) alle abwägungserheblichen Belange der betroffenen Akteure ermittelt werden, werden die Maßstäbe für die letztendliche Abwägung hinreichend ergänzt.
6. Im Rahmen der Abwägung sind dann die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Rundfunkfreiheit für die richtige Gewichtung der abwägungserheblichen Belange maßgeblich. Das Bundesverfassungsgericht geht insofern *bzgl. des klassischen Rundfunks* von einem

grundsätzlichen Vorrang des publizistischen Wettbewerbs vor dem ökonomischen aus. Grundsätzlich andere Prinzipien gelten dagegen für die Pressefreiheit.

7. So trennscharf damit der Bruch der Grundrechtsregime zwischen Rundfunkfreiheit einerseits und Pressefreiheit andererseits auf verfassungsrechtlicher Ebene theoretisch sein mag, desto schwieriger gestaltet sich, vor dem Hintergrund des Zusammenrückens der Kommunikate, die praktische (einfach-gesetzliche) Einordnung der Telemedien. So umfasst zwar, nach hier zugrundegelegtem Verständnis, der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff auch den Bereich der Telemedien. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist aufgrund der Bestands- und Entwicklungsgarantie auch nicht generell auf das Angebot klassischen Rundfunks (in klassischer Verbreitungsweise) beschränkt, so dass grundsätzlich auch das Angebot von Telemedien von dessen Auftrag umfasst sein kann. Telemedien werden zugleich aber mit gleichen oder sehr ähnlichen Inhalten auch von den (für die freie Meinungsbildung ebenso relevanten) Unternehmen des Pressesektors bzw. Internetdienstleistern angeboten. Wegen eben dieser Grundrechtsbetroffenheit "Dritter", die selbst einen ganz gewichtigen Beitrag zu gerade dem (gleichen) Gewährleistungsziel auch der Anstaltstätigkeit, der freien Meinungsbildung, erbringen, ist auch die Inblicknahme der Interessen der Dritten bei der Regulierung der Telemedien, die nun einmal unumkehrbar "von beiden Seiten" bestückt werden, erforderlich.
8. Da sich nun die Kommunikate sowohl der öffentlich-rechtlichen Anstalten, als auch der Pressekonzerne im Bereich der Telemedien immer mehr annähern bzw. häufig schon (ohne öffentlich-rechtliches Zutun) austauschbar auf dem Markt vorhanden sind, ist es erforderlich (geworden), klar zuordnen zu können, ob, und wenn ja, welche Telemedien-Angebote ein so hohes Gefährdungspotential für die öffentliche und private Meinungsbildung haben, dass ihre Zurechnung zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gerechtfertigt ist, und welche nicht. An diesem Punkt setzt das prozedurale Konzept des Drei-Stufen-Tests an: Ihm kommt die Aufgabe zu, die für eine solche Entscheidung relevanten Informationen zu identifizieren und entsprechende Abwägungsmaßstäbe zu generieren.
9. Nur im Rahmen der über das prozedurale Verfahren gewährleisteten Berücksichtigung (möglichst) aller abwägungserheblichen Belange - also auch solcher, die den Belangen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entgegenstehen - lässt sich für die jeweilige Angebotsform jeweils eine angemessene Entscheidung erzielen. So wird der "Vorrang des publizistischen Wettbewerbs" (als Ausdruck der Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sich eines bestimmten Angebots anzunehmen) etwa (spätestens) dort seine Grenze finden, wo die Meinungsbildungsrelevanz eines geplanten Angebots gering ist. Dies gilt umso mehr, wenn mit dem Angebot zugleich erhebliche Kosten verbunden sind

oder das Angebot in gleicher oder sonst (objektiv betrachtet) austauschbarer Weise bereits am Markt ist.

10. Diesbezüglich sind vielfältigste Konstellationen (variierend mit den konkreten Angeboten) denkbar. Entscheidend wird es letztlich aber, bei Vorliegen aller abwägungserheblichen (i.d.R. widerstreitenden) Belange, immer um die Frage der Gewichtung der Belange gehen. Ein pauschaler Hinweis auf einen Vorrang publizistischer oder marktlicher Aspekte wird der gegebenen Situation jedenfalls nicht gerecht. Mit der einerseitigen Angleichung der Typen der Kommunikate und der anderseitigen Diversifizierung auch der Nachfrage sind (auch zukünftig) unterschiedlichste Kommunikationsformen denkbar, die sich einer pauschalen Einordnung entziehen (insbesondere was deren Meinungsbildungsrelevanz und die Gefahr eines Marktversagens, respektive Vielfaltsdefizits angeht).

11. Hier liegt die Chance des Drei-Stufen-Tests: Über dieses Verfahren ist es nicht nur möglich, die abwägungserheblichen Belange zu generieren, sondern zugleich auch Informationen bzgl. der objektiv richtigen Gewichtung der Belange zu erlangen. Der Schlüssel hierbei ist die Relevanz des Kommunikats zur freien öffentlichen und individuellen Meinungsbildung. Da diese mit der Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft des jeweiligen Kommunikats variiert und die Durchführung des Tests Informationen hierüber liefert (etwa dazu, wie ein geplantes Angebot wahrscheinlich angenommen wird), führt der Drei-Stufen-Test über die einzelfallbezogene Informationsgewinnung zu einer (einzelfallbezogenen) Maßstabsergänzung, verbunden mit einer an diesen Ergebnissen orientierten Möglichkeit zur entsprechenden Gewichtung der Belange und damit letztlich zu einer, die unterschiedlichen Belange (vor dem Hintergrund ihrer grundrechtlichen Gewichtigkeit) austarierenden Abwägungsentscheidung, die eine klare Aussage dazu trifft, ob ein Angebot noch zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gehört oder nicht.

12. Der Rundfunk ist, neben den Bereichen Presse und Internet, nur ein Teil der Medienordnung, die auch insgesamt, als (zu sichernde) Funktion, die freie öffentliche und individuelle Meinungsbildung zum Ziel hat. Insofern darf eine Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit auch nicht insgesamt dysfunktional in Bezug auf die Funktion des *Gesamtsystems* Medienordnung sein. Hieraus ergibt sich, dass bei der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit auch die Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der anderen, durch ihre Tätigkeit die Funktion der Medien insgesamt sichernden Akteure (Presse und Internet), zu berücksichtigen sind. Daher kommt dem Gesetzgeber bei der (Aus-) Gestaltung des Drei-Stufen-Tests die besondere Verantwortung zu, unterschiedliche, jeweils für sich

grundrechtlich geschützte Interessen zum Ausgleich zu bringen. Diese Situation entspricht dem Anwendungsbereich der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts. Danach muss der Gesetzgeber selbst und mit hinreichender Bestimmtheit tätig werden, wenn eine Regulierung die Grundrechtsausübung entscheidend betrifft und/oder - wie hier - jeweils für sich grundrechtlich geschützte Interessen zum Ausgleich zu bringen sind.

13. “Ausgleich der grundrechtlich geschützten Interessen” bedeutet hier nichts anderes als “Auftragskonkretisierung”. Da diese wegen der Komplexität und Dynamik der Regelungsmaterie nur über ein (die multipolaren Interessen erst evaluierendes) Verfahren geregelt werden kann, bedeutet dies, dass der Gesetzgeber das Wesentliche in Bezug auf die Verfahrensgestaltung selbst (hier über den RStV) regeln muss. Der Gesetzgeber muss insofern sicherstellen, dass das (Gesamt-) Verfahren tatsächlich eine hinreichend *auftragskonkretisierende Wirkung* hat. Daher muss er das *hierfür* Wesentliche selbst regeln.

14. Das insofern Wesentliche ist vor allem, neben einer entsprechenden organisatorischen Untermauerung, dass das Verfahren die letztendliche Abwägungsentscheidung um alle abwägungserheblichen Maßstäbe tatsächlich anreichert (Maßstabsergänzung). Insofern muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass die für das Erreichen der Maßstabsergänzung maßgeblichen Faktoren (Faktoren der Maßstabsergänzung) bei der Verfahrensdurchführung Berücksichtigung finden. Da die Anstalten von sich aus dazu tendieren, genau diese Faktoren außer Acht zu lassen, muss der Gesetzgeber staatsvertraglich sicherstellen, dass die Faktoren der Maßstabsergänzung im Rahmen der Durchführung des Verfahrens Berücksichtigung finden *müssen*. Dazu muss er entsprechende Rahmenregelungen bzgl. des Bestehens von Informations-/ Öffentlichkeitspflichten des Regulierenden, bzgl. der Sicherstellung der Transparenz des Verfahrens, bzgl. der Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen, bzgl. des Bestehens von Begründungspflichten und bzgl. des Bestehens von Verfahrensrechten *selber* erlassen.

Teil G.

1. Die staatsvertragliche Regelung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist durch den 12. RÄndStV grundlegend verändert worden. Die ursprüngliche Auftragsdefinition in § 11 RStV a.F. wurde ergänzt und es kamen mit den §§ 11 a bis 11f RStV n.F. weitere, den Auftrag näher beschreibende Vorschriften neu hinzu. Die für den Drei-Stufen-Test maßgeblichen Regeln finden sich in den §§ 11d bis 11f des RStV.

2. Die digitalen Zusatzkanäle von ARD und ZDF werden auf der Basis von Programmkonzepten der Rundfunkanstalten im Staatsvertrag konkret beauftragt. Sie unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests.
3. Die Grundnorm des § 11 RStV bezieht sich nunmehr auf “Angebote” der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und umfasst damit gemäß § 11a Abs. 1 Satz 1 RStV neben Hörfunk- und Fernsehprogrammen auch Telemedien. § 11d RStV konkretisiert nunmehr die bisherige Ermächtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, “programmbegleitend Telemedien mit programmbezogenem Inhalt” anzubieten, näher.
4. Nach § 11d Abs. 1 RStV setzen Telemedien, die von den Anstalten angeboten werden, jetzt eine journalistisch-redaktionelle Veranlassung und journalistisch-redaktionelle Gestaltung des betreffenden Angebots voraus. Diese Beauftragung des Abs. 1 wird durch Abs. 2 weiter konkretisiert. In § 11d Abs. 2 Nummern 1 bis 4 RStV werden dazu vier Angebotsformen unterschieden: Sendungen (Nr. 1), Sendungsbezogene Telemedien (Nr. 2), Weitere Telemedien (Nr. 3) und Unbefristete Archive (Nr. 4). Die Beauftragung der Angebote nach Nr. 1 und 2 erfolgt, ohne dass ein Drei-Stufen-Test erforderlich ist, (jedoch) zeitlich befristet.
5. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten werden durch § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV mit dem Angebot weiterer Telemedien beauftragt. Danach umfasst der Auftrag auch das Angebot von Sendungen und sendungsbezogenen Telemedien nach Ablauf der Fristen nach § 11d Abs. 2 Nr. 1, 1. Halbsatz und Nr. 2 RStV sowie von nichtsendungsbezogenen Telemedien und nach Nr. 4 auch unbefristeter Archive. Die Bereitstellung dieser Telemedien erfolgt jeweils auf der Grundlage eines Telemedienkonzepts und erfordert bei neuen oder veränderten Angeboten die Durchführung eines Drei-Stufen-Tests.
6. § 11e RStV ist Ausdruck des prozeduralen Konzepts, dass der Gesetzgeber zur Auftragskonkretisierung verfolgt. Abs. 1 Satz 1 verpflichtet die Anstalten zum Erlass von Satzungen oder Richtlinien in drei Bereichen: (- Zur näheren Durchführung ihres jeweiligen Auftrags; - Für das Verfahren zur Erstellung von Angebotskonzepten; - Für das Verfahren für neue oder veränderte Telemedien). Die Satzungen und Richtlinien sollen der näheren Konkretisierung des Auftrags und seiner Umsetzung (über das Testverfahren) dienen.
7. Der prozedurale Ansatz des Gesetzgebers findet seine Fortsetzung in § 11f RStV. Die Absätze 1 und 2 beziehen sich dabei auf die Erstellung der Telemedienkonzepte, während die Abs. 3 bis 7 die Details des Drei-Stufen-Tests (i.w.S.) betreffen.

8. Die staatsvertraglichen Regelungen geben den Anstalten einen Regulierungs- Rahmen vor, den die Anstalten durch eigene Regelungen in Form von Satzungen oder Richtlinien ihrerseits zu ergänzen haben. Insofern werden die staatsvertraglichen Vorschriften in Bezug auf den Drei-Stufen-Test durch die anstaltsinternen Regelungen weiter konkretisiert.
9. Bei genauerer Betrachtung der anstaltsinternen, den Staatsvertrag ergänzenden Regelungen des ZDF wird ersichtlich, dass diese insgesamt "eher gering" ausfallen, sich in vielen Fällen sogar mit der Wiederholung des Gesetzeswortlauts begnügen. Allein in Bezug auf die Aufgreiffrage sind Regelungen geschaffen worden, die deutlich über die Vorgaben des Staatsvertrags hinausgehen. Insofern ist aber zu bedenken, dass die bzgl. der Aufgreiffrage entwickelten (anstaltsinternen) Kriterien letztlich dazu dienen, den Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests einzugrenzen, mithin den Handlungsspielraum der Anstalten zu erweitern.

Teil H.

1. Die staatsvertraglichen Regelungen sehen vor, dass die maßgeblichen Entscheidungen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests vom Rundfunk- bzw. Fernsehrat getroffen werden.
2. Es handelt sich bei der Entscheidung über die Aufnahme eines neuen öffentlich-rechtlichen Telemedien-Angebots regelmäßig um eine hoch-komplexe Entscheidung, für die es einer Abschätzung ihrer vielschichtigen, nicht-linearen Auswirkungen in Bezug auf die Funktionsfähigkeit der dualen Rundfunkordnung (und der Medienordnung insgesamt) bedarf. Da in diesem Zuge ebenso regelmäßig auch unterschiedliche Dritte in ihren jeweils grundrechtlich geschützten Interessen betroffen sind, handelt es sich bei der Entscheidungsfindung um eine wesentliche Aufgabe in Bezug auf die funktionsgerechte Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit, die einer entsprechenden (zur Erfüllung dieser Aufgabe geeigneten) organisatorischen Abstützung bedarf, für die der Gesetzgeber, wegen ihrer Wesentlichkeit für die Medienordnung insgesamt, aber auch für die grundrechtlich geschützten Interessen Dritter, verantwortlich zeichnet. Der Gesetzgeber ist insofern auch verpflichtet, durch entsprechende Regelungen für eine *funktionsgerechte Organisation*, auch und gerade in Bezug auf den Drei-Stufen-Test, zu sorgen.
3. Hierbei ist zu beachten, dass die beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung zwar rechtlich jeweils besonders strukturiert, aber letztlich nicht voneinander unabhängig, sondern im Gegenteil auf vielfältige Art und Weise miteinander verschränkt sind. Eben aus dieser Verschränkung, resultieren auch Überlappungen der unterschiedlichen Regulierungsregime, ("Regime-Kollisionen"). Für eben diese Kollisionen hält das duale System keine Kollisions-

Ordnung bereit, so dass es fortwährend zu - von der bestehenden Rechtsordnung nicht aufzufangenden - Konflikten zwischen den beiden Säulen der dualen Ordnung kommt, die im Hinblick auf das Konzept des wechselseitigen Sich-Befruchtens der beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung ("strukturelle Diversifikation"), genau diesen Befruchtungsprozess untergraben, mithin zu Dysfunktionalitäten des Rundfunksystems führen.

4. Hierbei spielt eine entscheidende Rolle, dass die allein für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten konzipierte Binnenkontrolle für solche regime-übergreifenden Konflikte keine Problemlösungs-Kapazität besitzt. Dies liegt nicht allein daran, dass der Binnenkontrolle schon in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Bereich so gut wie keine *Begrenzungswirkung* zukommt. Vielmehr haben sich auch die Grundvoraussetzungen der anstaltsinternen Kontrolle seit ihrer Einführung fundamental verändert: Die ursprünglich als "Abbild der Gesellschaft" gedachte pluralistische Zusammensetzung entspricht den Realitäten nicht mehr. Hinzukommt, dass nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts für die Beurteilung der über dieses Abbild zu gewährleistenden programminhaltlichen Vielfalt nunmehr an die hoch-komplexe, permanent im Fluss befindliche Gesamtheit *aller* Angebote der dualen Rundfunkordnung ("Vielfalt dritter Ordnung") anzuknüpfen ist. Damit ist die Binnenkontrolle eine äußerst voraussetzungsvolle Aufgabe geworden, mit deren Bewältigung die gruppenbasierte Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks überfordert ist.
5. In Folge einer verstärkten Hinwendung der öffentlich-rechtlichen Anstalten zu massenattraktiven Programmen nehmen Qualität und Eigenständigkeit der Sendungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ab. Eine solche Entwicklung ist mit dem verfassungsrechtlichen Vielfalterfordernis unvereinbar und stellt ein Steuerungsdefizit dar. Dieses Steuerungsdefizit ist programminhaltlicher und damit publizistischer Natur. Da die Kontrolle der Programminhalte allein der anstaltsinternen Kontrolle unterliegt und das Defizit aus dieser Sphäre rührt, müssen Maßnahmen zur Gegensteuerung auch bei *ihr* ansetzen.
6. Mit der zunehmenden Orientierung an massenattraktiven Programmen, machen sich die öffentlich-rechtlichen Anstalten in wachsendem Maße auch die Handlungslogik der Privaten zu eigen: Sie produzieren zunehmend (auch) "more of the same". Dies reicht zuweilen mit der öffentlich-rechtlichen Finanzierung im Hintergrund bis hin zur strategisch-angelegten, gleichwohl aber unzulässigen Verdrängung privater Anbieter durch Kopieren des Programms bzw. durch Marktverstopfung. Eine solche Verdrängung (mit inhaltsgleichen Angeboten), getragen von der öffentlich-rechtlichen Finanzierung, widerspricht dem Prinzip struktureller Diversifikation und ist verfassungsrechtlich unzulässig.

7. Wenn es unter diesen klaren rechtlichen Voraussetzungen gleichwohl trotzdem zu einer strategisch angelegten Verdrängung kommen kann, dann verdeutlicht dies, dass die interne Steuerung der Anstalten mit der sich heutzutage stellenden Kontrollaufgabe (insbesondere bzgl. sich auch anstaltsextern auswirkender Entscheidungen) überfordert ist.
8. Der Fall N-Joy-Radio, aber auch andere Fälle, in denen die privaten Rundfunkanbieter - erfolglos - versucht haben, sich mit Hilfe des Wettbewerbsrechts gegen die Programmexpansion zur Wehr zu setzen, zeigen, dass der internen Steuerungsschwäche - gewissermaßen als Ausdruck der unbehobenen Kollision der beiden Rechtsregime - auch kein anderes wirksames rechtliches Korrektiv gegenübersteht.
9. Festzuhalten bleibt, dass die Binnenkontrolle schon in den Bereichen klassischen Rundfunks keine der dualen Ordnung angemessenen Steuerungseffekte mehr erzielen kann. Sie ist schon insofern ungeeignet.
10. Die (daher) zu erwartenden Fehler in der Auftragskonkretisierung finden ihren Niederschlag in der Bedarfsanmeldung der Anstalten und können durch die KEF diesbezüglich nicht näher kontrolliert werden. Daher kommt der KEF jedenfalls nicht die Kapazität zu, Defizite der ersten Stufe aufzufangen bzw. zu kompensieren. Zugleich verdeutlicht dies aber gerade die außerordentliche Bedeutung der ersten Stufe des KEF-Verfahrens und damit der (Wichtigkeit des grundrechtsgerechten Funktionierens der) Binnenkontrolle, denn Fehler auf dieser Stufe manifestieren sich über die weiteren Stufen unweigerlich zu einer nicht funktions- / auftragsgerechten und damit verfassungswidrigen Gebührenssetzung (Überkompensation), was dann in europäischen Dimensionen (zumindest aus der Sicht der Europäischen Kommission) nichts anderes als eine unzulässige Beihilfe darstellt.
11. Bzgl. des Drei-Stufen-Tests benennt § 11f Abs. 4 RStV die vom Gremium bei seiner Entscheidung zu beachtenden Abwägungskriterien. Hierbei kommt der zweiten Stufe die eigentliche Bedeutung zu: Hier ist der publizistische Beitrag zum Wettbewerb auch in Ansehung d. in Satz 3 zusätzlich formulierten Kriterien (wie etwa den marktlichen Auswirkungen usf.) zu ermitteln. Der so ermittelte publizistische Nutzen des Angebots ist dann gemäß der Stufe 3 den Kosten gegenüberzustellen. So muss sich ein Angebot, bspw. mit geringem publizistischen Nutzen, auf dieser Stufe gegenüber seinen Kosten rechtfertigen.
12. Während § 11f RStV Vorgaben darüber zu entnehmen sind, welche Aspekte in die Abwägung einzustellen sind, enthält die Vorschrift keine ausdrücklichen Vorgaben dazu, wie diese zu gewichten sind. Dies gilt einmal für die gesetzlich benannten Aspekte

zueinander, aber auch für die Bildung von Vorrangregeln hinsichtlich der divergierenden Interessen (Belange) innerhalb der jeweiligen benannten Aspekte, wie etwa gegensätzliche marktliche Betroffenheiten.

13. Die Gewichtung von Belangen erfolgt bei Abwägungsentscheidungen nach ihrer “objektiven Gewichtigkeit”. Für die Bemessung der “objektiven Gewichtigkeit” ist der Entscheidungsträger auf diesbezügliche Vorgaben/gesetzliche Wertungen angewiesen. Solche liegen bzgl. des verfassungsrechtlich geprägten, einfachgesetzlich (nur) final programmierten Rundfunkrechts aber nur sehr begrenzt vor. In Ansehung der vom Gesetzgeber bewusst vorgenommenen, offenen Programmierung (ohne explizite Vorgaben bzgl. der Gewichtung), ist es daher auch Aufgabe des Drei-Stufen-Tests und hier insbesondere des Entscheidungsträgers, über die Ermittlung der zu berücksichtigenden Belange Vorrangregeln hinsichtlich der verschiedenen Abwägungs-Belange (und entsprechend auch der benannten Aspekte zueinander) zu entwickeln.
14. Mangels einfachgesetzlicher Gewichtungsvorgaben in § 11f Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und 2 RStV ist als Anhaltspunkt für eine objektiv zutreffende Gewichtung des Aspekts “Beitrag zum publizistischen Wettbewerb” zunächst in erster Linie auf die verfassungsrechtliche Funktion der Rundfunkfreiheit, die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu gewährleisten, zurückzugreifen.
15. Für den klassischen Rundfunk hat das Bundesverfassungsgericht als wesentliche Gesichtspunkte hierfür wiederum die “besondere Bedeutung” (besondere Relevanz) des konkret zu beurteilenden Angebots für die Meinungsbildung (Meinungsbildungsrelevanz) und die Gewährleistung der “Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit” herausgestellt. Eben weil das Bundesverfassungsgericht dem klassischen Rundfunk eine *besonders* hohe Meinungsbildungsrelevanz beimisst und zugleich eine Gefährdung der inhaltlichen Vielfalt durch Marktzwänge annimmt, leitet das Bundesverfassungsgericht für diesen Bereich eine *besondere* Schutzbedürftigkeit der Grundrechtsverwirklichung durch den einfachen Gesetzgeber ab, die sich in einer Sonderdogmatik bzgl. der Rundfunkfreiheit niederschlägt.
16. Ordnet man, wie hier, die Online-Dienste grundsätzlich dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff zu, so fällt zunächst auf, dass der Gesetzgeber innerhalb des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs gegenwärtig zwischen Rundfunk im einfach-gesetzlichen Sinne und Telemedien unterscheidet und diese einer nach ihrem jeweiligen Gefährdungspotential differenzierten, abgestuften Regulierung unterwirft.

17. Wenn nun aber schon bei der (sonstigen) Regulierung der Internetangebote zwischen Rundfunk u. Telemedien nach der potentiellen Gefährdung für die freie Meinungsbildung durch diese Medien unterschieden wird, so muss das erst recht bei der Bestimmung der Reichweite des Funktionsauftrags der Anstalten gelten, wo ja schon von je her genau auf diesen Gesichtspunkt abgestellt wurde, um die besondere Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Erbringung zu begründen.
18. Stellt man somit letztlich (zur Bestimmung dessen, was notwendig dem Funktionsauftrag unterfallen muss) auf die "Gefahr" für die Meinungsbildung ab, so impliziert dies, dass dem Angebot überhaupt eine "Relevanz" für die freie Meinungsbildung zukommen muss. Für die Beurteilung der Meinungsbildungsrelevanz (von bestimmten Online-Angeboten), lassen sich die Kriterien "Suggestivkraft", "Aktualität" und "Breitenwirkung" heranziehen.
19. Spielt man gedanklich verschiedene Online-Angebote durch, so ist es keineswegs so, dass bei jedem denkbaren Online-Angebot, eine dem klassischen Rundfunk vergleichbare Meinungsbildungsrelevanz gegeben ist. Ja "noch nicht einmal" gegenüber d. Presse ist in den meisten Fällen eine hervorgehobene Meinungsbildungsrelevanz auszumachen. Man kann daher feststellen: Nicht alles was dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterfällt, besitzt eine dem klassischen Rundfunk vergleichbar hohe Meinungsbildungsrelevanz.
20. Vielmehr gilt: Mit abnehmender Meinungsbildungsrelevanz nimmt (trotz des fortgesetzten Unterfallens unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff) die Gefährdungslage für die freie Meinungsbildung - und damit der wesentliche Aspekt für die Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Erbringung/Absicherung - ab. Dieser Umstand ist bei der Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Online-Bereich über den Drei-Stufen-Test einzelfallbezogen zu berücksichtigen.
21. Für den klassischen Rundfunk sieht das Bundesverfassungsgericht bei einer rein privatwirtschaftlichen Erbringung aufgrund ökonomischer Zwänge die *Gefahr* einer Verengung der Vielfalt. Für den Bereich des klassischen Rundfunks mag dies zutreffen. Dagegen ist die Lage im Internet eine andere: Hier besteht ein offener publizistischer "Markt" mit einer ungleich größeren Anzahl von Anbietern und Angeboten, der auch nicht allein ökonomischen Zwängen unterliegt. So haben beispielsweise auch viele gemeinnützige Vereine, Kirchengemeinden etc. hier (sogar) *eigene* Angebote.
22. Die Angebotssituation im Internet entspricht damit gegenwärtig dem Ziel der Rundfunkfreiheit, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und

Vollständigkeit Ausdruck findet. Insgesamt ist die darüber schon erreichte Vielfalt im Internet um ein Vielfaches größer, als sie im klassischen Rundfunk technisch, wie finanziell je erreicht werden könnte. Einer (vollumfänglichen) öffentlich-rechtlichen Gewährleistung von Vielfalt im Internet bedarf es daher nicht.

23. Dieser Umstand ist gerade die Kehrseite der Rechtfertigung der Sondersituation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner Gebührenfinanzierung: Die Gebührenfinanzierung (im klassischen Rundfunk) ist gerechtfertigt, weil und *solange* der Markt nicht selbst in der Lage ist, eine freie Meinungsbildung zu gewährleisten, d.h. solange es Marktdefizite (bzw. diesbezügliche Gefahren) in Bezug auf die Angebotsvielfalt gibt. Nichts anderes gilt im Online-Bereich, nur dass eben dort gegenwärtig eine gegenüber dem klassischen Rundfunk nicht vergleichbare Vielfalt (schon) vorherrscht, wodurch das wesentliche Ziel der Rundfunkfreiheit, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet, schon erreicht ist.
24. Dieser Umstand ist auch bei der Frage der Erforderlichkeit öffentlich-rechtlicher Online-Angebote und damit im Rahmen des Drei-Stufen-Tests, bei der Frage des "Beitrags" zum publizistischen Wettbewerb angesichts schon vorhandener Angebote, zu berücksichtigen. Es gilt daher für den Online-Bereich: Ist ein bestimmtes Angebot schon (austauschbar) auf dem Angebots-Markt vorhanden, so bedarf es dieses Angebots, jedenfalls zur Sicherung der Vielfalt und damit zur Sicherung der freien Meinungsbildung, als Ziel der Medienordnung insgesamt, nicht noch einmal. Es gibt damit im Online-Bereich keinen generellen publizistischen Vorranganspruch der öffentlich-rechtlichen Angebote gegenüber denen der Privaten zur Gewährleistung vollumfänglicher (Internet-) Vielfalt, wie dies in der *besonderen* Situation des klassischen Rundfunks der Fall ist.
25. Hieraus ist nicht zu folgern, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet gar nicht partizipieren darf, sondern nur, dass er auch hier einen die Medienordnung insgesamt fördernden Beitrag leisten muss, um eine Sonderstellung - auch gegenüber den grundrechtlich geschützten Interessen der anderen Marktteilnehmer, aber auch der Gebührenzahler - zu rechtfertigen. Das kann im Internet aber eben nur über eigenständige, nicht über austauschbare Angebote erfolgen und erfordert somit eine Profilierung des öffentlich-rechtlichen Internet-Angebots.
26. Aus dem Umstand, dass es unter den Gegebenheiten nicht Aufgabe der Anstalten sein kann, (auch) im Internet eine vollumfängliche, möglichste Vielfalt öffentlich-rechtlich zu gewährleisten, folgt aber auch, dass die allein *hierauf*, also *gerade* auf die Gewährleistung

einer möglichst Vielfalt ausgerichtete binnenplurale Kontrolle, für die Kontrolle einer solchen, gar nicht mehr auf umfassende Vielfalt ausgerichtete Anstaltsaufgabe, schon konzeptionell völlig ungeeignet (und damit verfassungswidrig) ist.

27. Zugleich ist auch klar festzuhalten, dass die gruppenplurale Binnenkontrolle der nunmehr zugewiesenen Rolle als *Entscheidungsträger* im Hinblick auf die Festlegung von Art und Umfang der Aufgaben der Anstalten im Internet, mithin auf grundlegende (und grundrechtsrelevante) Entscheidungen in Bezug auf die zukünftige gesamte Medienordnung funktional nicht gerecht wird: Zum einen kann die gruppenplurale Besetzung hier strukturell-bedingt *erst recht* nicht zu einer Begrenzung der Online-Angebote führen. Sie wirkt vielmehr auch hier plural-additiv, (was aber durch die Eigenart des Mediums Internet, mit der beliebigen Hinzufügbarkeit und Vorhaltbarkeit von Inhalten, noch deutlich begünstigt wird,) ohne dass die Interessen Dritter hierbei, trotz “pluraler” Besetzung des Entscheidungsträgers auch nur annähernd berücksichtigt wären (denn die Interessen der Dritten sind nicht im Entscheidungsträger repräsentiert). Eine Begrenzung der öffentlich-rechtlichen Online-Tätigkeit auf einen Kern von bewältig- und finanzierbaren Aufgaben ist durch das den plural-divergierenden Interessen “folgende” Gremium jedenfalls nicht sichergestellt.
28. Es ist angesichts der Professionalisierung des (sonstigen) Mediensystems auch als ausgeschlossen zu betrachten, dass das anstaltsinterne Gremium in diesem komplexen Gesamtsystem, gewissermaßen en passant, ehrenamtlich Vielfalt und Qualität gleichermaßen sichern könnte. Dabei ist insbesondere in Bezug auf den Drei-Stufen-Test festzuhalten, dass es den Gremienmitgliedern neben ihren sonstigen Aufgaben als gesellschaftliche Repräsentanten, in praxi unmöglich sein wird, bei der Vielzahl der Verfahren die Angebotsbeschreibung samt Kostenberechnungen, die Stellungnahmen, die komplexen medienwissenschaftlichen Gutachten usf. in der verbleibenden Zeit überhaupt zu durchdringen, geschweige denn richtig zu werten, zutreffend zu gewichten und letztlich angemessen abzuwägen. Die gegenwärtige Konzeption der binnenpluralen anstaltsinternen ehrenamtlichen Kontrolle ist *hierfür* sowohl von der Qualifikation der Mitglieder her, als auch kapazitativ (zu einer sachgerechten Bewältigung der durch den Drei-Stufen-Test gestellten Aufgabe) ungeeignet.
29. Sieht man sich zudem die Tragweite der vom Gremium zu treffenden Drei-Stufen-Test-Entscheidungen mit ihren grundrechtsrelevanten Auswirkungen bis tief in die Presse- und Internetlandschaft und die Gesellschaft hinein an, so ist es nicht verfassungsgerecht, wenn *solch* grundsätzliche Entscheidungen über die Ausgestaltung der zukünftigen Medienordnung - gewissermaßen nebenbei - von Laien entschieden werden, deren

Unabhängigkeit, Qualifikation, aber auch deren zeitliche Kapazität, unzureichend sind, um die komplexen, säulenübergreifenden Bewertungen, Folgeabschätzungen, Gewichtungen und Abwägungen auch nur annähernd sachgerecht vornehmen zu können.

30. Solch wesentliche, säulenübergreifende, die Medienordnung insgesamt betreffende Entscheidungen können auch nicht einem Akteur dieser Ordnung in Selbstverwaltung überlassen werden.
31. Die Übertragung der Entscheidungsbefugnis in § 11f RStV an die Gremien ist (nach allem) als organisatorische Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit evident ungeeignet und damit verfassungswidrig.
32. Der Gesetzgeber ist, das ergibt sich aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Rundfunkfreiheit, als verpflichtet anzusehen, eine Organisationsform, die starkem Wandel ausgesetzt ist, genauer zu beobachten und ggf. "nachzubessern", wenn sie sich im Hinblick auf ihre Funktion als ungeeignet erweist. Da die Ungeeignetheit des Gremiums als Entscheidungsträger im Rahmen des Drei-Stufen-Test-Verfahrens im Wesentlichen aus der ungenügenden Sachkompetenz i.V.m. der nicht gegebenen Professionalität und der mangelnden Neutralität herrührt, kommt zur Behebung beider Problemkreise unter Beachtung der Staatsfreiheit nur eine Externalisierung der Aufgabenbestimmung an ein anstaltsexternes, professionelles Gremium in Betracht. Insofern ähnelt die Problematik derjenigen bei gesetzlichen Programmzahlbegrenzungen.
33. Es empfiehlt sich die Einrichtung einer professionellen, externen Kommission zur Bestimmung des Aufgabenbereichs der Anstalten im Online-Bereich, wobei die Maßstäbe zur Entscheidungsfindung über die gewählte Struktursteuerung, d.h. im Zusammenspiel zwischen Organisation und Verfahren (hier dem Drei-Stufen-Test i.w.S.) gewonnen werden. Eine solche Kommission sollte sich aus unabhängigen Experten mit publizistischem, ökonomischem und juristischem Sachverstand zusammensetzen. Hierdurch wären sowohl die Staatsfreiheit nebst Programmautonomie, als auch Sachkompetenz (i.V.m. Professionalität) und Neutralität des Gremiums gewahrt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche Externalisierung (ggf. auch mit Letztentscheidungsbefugnis) bestehen bei entsprechender Ausgestaltung im Einzelnen nicht.
34. Die staatsvertragliche Regelung der Aufgreiffrage in § 11f Abs. 3 RStV sichert (schon) die ordnungsgemäße Aufnahme des Drei-Stufen-Test-Verfahrens im Erforderlichkeitsfalle weder institutionell, noch durch hinreichend klare (Rahmen-) Kriterien ab. Sie ist in

Ansehung des Umstands, dass das Verfahren dem Grundrechtsschutz (auch Dritter) dient, ungeeignet und damit verfassungswidrig. Zudem weicht sie auch von den diesbezüglich eindeutigen Vereinbarungen des Beihilfe-Kompromisses in unzulässiger Weise ab.

35. Auch die weitere Verfahrensgestaltung in den Abs. 5 und 6 des § 11f RStV begegnet im Hinblick auf die Sicherung der produktiven Verfahrensfunktion (insbesondere im Hinblick auf den wissensgenerierenden Informationsfluss zwischen den Akteuren und die unabdingbare Transparenz aller Verfahrensschritte) ganz erheblichen Bedenken.

Teil J.

1. Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Staatsaufsicht über den Rundfunk bestehen keine Bedenken. Zulässig ist allerdings allein eine beschränkte Rechtsaufsicht. Eine Fachaufsicht ist dagegen unzulässig. Die staatliche Rechtsaufsicht erstreckt sich auf alle anstaltlichen Tätigkeitsbereiche. Hierzu zählt auch die Programmgestaltung.
2. Maßstab für die Überprüfung durch staatliche Rechtsaufsicht über die jeweilige Anstalt ist allein die Gesetzmäßigkeit des zu beaufsichtigenden Verhaltens der jeweiligen Anstalt. Voraussetzung für ein Einschreiten der Rechtsaufsicht ist mithin ein gesetzwidriges Verhalten des Beaufsichtigten, wobei sich die Überprüfung auf die Legalität des Handelns beschränkt und keine Überwachung der Zweckmäßigkeit stattfindet.
3. Der Aufsichtsmaßstab ist dabei verfassungskonform zu beschränken. Eine Beschränkung bei der Überprüfung ist zunächst dahingehend vorzunehmen, dass den Rundfunkanstalten bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ein weiter Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist, so dass sich die Rechtsaufsicht insofern auf eine Evidenzkontrolle beschränken muss. Sofern es sich bei den zu überprüfenden Vorschriften um Ermessensvorschriften handelt, ist den Rundfunkanstalten entsprechend ein Ermessensspielraum zuzubilligen, so dass sich die Kontrolle nur auf das Vorliegen von Ermessenfehlern beschränkt (und gerade nicht die Zweckmäßigkeit überprüft wird).
4. Der Grundsatz der Staatsfreiheit fordert auch eine Beschränkung dahingehend, dass die staatliche Rechtsaufsicht nur insoweit zum Eingreifen berechtigt ist, wie die anstaltsinterne Kontrolle durch die Gremien ihrer Kontrollaufgabe nicht nachkommt (Subsidiarität).
5. Bislang ungeklärt ist die Frage des Prüfungsgegenstandes und der Prüftiefe im Rahmen der rechtsaufsichtlichen Überprüfung des Drei-Stufen-Tests. Nach einer Ansicht kann die Rechtsaufsicht die Einhaltung der Verfahrensvorschriften (inkl. des Begründungserfordernisses) vollständig überprüfen, während in materieller Hinsicht äußerste Zurück-

haltung zu üben sei (keine Ergebnisprüfung, allenfalls eine Evidenzprüfung). Nach anderer Ansicht habe dagegen eine Beurteilungsspielraumkontrolle durch die Rechtsaufsicht zu erfolgen. Zu prüfen seien daher von der Rechtsaufsicht insbesondere folgende Punkte:

- (1.) Verfahrensvorschriften sind einzuhalten.
- (2.) Rechtsbegriffe sind zutreffend auszulegen.
- (3.) Das Gremium muss eine eigene Abwägungsentscheidung treffen.
- (4.) Die Entscheidung muss auf einem zutreffenden und vollständigen Sachverhalt beruhen.
- (5.) Allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe sind zu beachten.
- (6.) Es dürfen keine sachfremden Erwägungen angestellt werden.

6. Beiden Vorschlägen ist gemein, dass sie übereinstimmend die vollständige Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften vorsehen. In materieller Hinsicht sehen sie jedoch Abweichungen in Bezug auf die Prüfungstiefe und den Prüfungsgegenstand vor.

7. Die Anwendung einer Beurteilungsspielraumkontrolle auf den Drei-Stufen-Test begegnet Bedenken. Entscheidend ist, dass unter Punkt (2.) nach dieser Ansicht von der Rechtsaufsicht verlangt wird zu prüfen, ob die Rechtsbegriffe "zutreffend" ausgelegt wurden. D.h. in concreto soll die Rechtsaufsicht danach überprüfen (können), ob die Beurteilung, "inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht" und "in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird", vom Gremium zutreffend vorgenommen wurden. Zu einer solchen Überprüfung/Beurteilung ist die Rechtsaufsicht weder in der Lage, noch dazu befugt.

8. Die diesbezüglichen Bewertungen sind, in ganz hohem Maße ihrerseits von Bewertungen und Abwägungen (in verfassungsrechtlich sensiblen Bereichen) geprägt. Diese Bewertungen und Abwägungen sind, da Maßstäbe aus objektivem Recht (so gut wie) nicht vorliegen, "nur" verfassungsrechtlich (und damit äußerst grob) vorstrukturiert. Da die rechtsaufsichtliche Kontrolle immer nur eine rechtsakzessorische Rechtmäßigkeitskontrolle sein kann, mithin in ihrer Tiefe mit der Dichte der Direktiven variiert, fehlen der Rechtsaufsicht hier kontrollierbare Maßstäbe aus objektivem Recht. Zwar werden über das Verfahren Maßstäbe generiert, nur erfolgt dies (eben) seinerseits auch durch Wertungen und Abwägungen, so dass *diese* Maßstäbe nicht dem Zugriff der Rechtsaufsicht unterliegen. Dies gilt insbesondere für Bewertungen und Abwägungen zur Bestimmung etwa des Beitrags zum publizistischen Wettbewerb.

9. Die Vornahme einer echten Beurteilungsfehlerkontrolle im Rahmen der Überprüfung des Drei-Stufen-Tests durch die Rechtsaufsicht stellte daher einen Verstoß gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit dar.
10. Die vorzunehmende Kontrolle (samt der Fehlerbehandlung) muss den Besonderheiten des Drei-Stufen-Tests Rechnung tragen. Da der maßgebliche Aspekt des Drei-Stufen-Tests die produktive Kapazität des Verfahrens ist (die letztlich zu einer Maßstabergänzung und darüber zur Auftragskonkretisierung führt), ist über die rechtsaufsichtliche Überprüfung sicherzustellen (und demgemäß zu kontrollieren), dass das Verfahren eingehalten wird.
11. Die Einhaltung der Verfahrensvorschriften ist vollumfänglich zu kontrollieren. Dies umfasst die Kontrolle des Vorhandenseins einer Begründung. Anhand der Begründung kann die Rechtsaufsicht dann (allerdings) nur kontrollieren, ob überhaupt eine Abwägung im Sinne des § 11f Abs. 4 i.V.m. 6 RStV stattgefunden hat.
12. § 11f Abs. 7 RStV ist daher, wegen der Anforderungen des Grundsatzes der Staatsfreiheit, verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass sich die Prüfung der Rechtsaufsicht i.d.R. auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften, das Vorliegen einer Entscheidungsbegründung und die Kontrolle, ob überhaupt eine Abwägung im Sinne des § 11f Abs. 4 i.V.m. 6 RStV stattgefunden hat, beschränkt.
13. Liegt ein Fehler bei einem staatsvertraglich vorgesehenen Verfahrensschritt vor, ist, wegen der konstitutiven Funktion des Verfahrens für die Entscheidung, eine restriktive Handhabung des Verfahrens-Verstoßes geboten: Eine Entscheidung auf dieser (unvollständigen) Grundlage ist rechtswidrig - und, da das Verfahren insgesamt dem Grundrechtsschutz (auch Dritter) dient, auch verfassungswidrig. D.h., liegt (auch nur) einer der o.g. Verfahrensfehler vor, muss die Rechtsaufsicht eine ablehnende Entscheidung treffen.
14. Eine solchermaßen auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften reduzierte rechtsaufsichtliche Kontrolle des Drei-Stufen-Tests genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Staatsfreiheit: Sie beachtet das Gebot einer nur beschränkt zulässigen Rechtsaufsicht und den Grundsatz der Subsidiarität.

- Baumgartner, Gerhard Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage,
Berlin, Heidelberg, 2003
- BBC BBC Management's PVT application for a High Definition
Television channel, London, Juni 2007, abrufbar unter:
[http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/hdtv/
pvt_application.pdf](http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/hdtv/pvt_application.pdf) [Stand: 05.10.2009]
- BBC Description of the BBC's new on-demand proposals,
London, September 2006, abrufbar unter:
[http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/
review_report_research/pvt_iplayer/iplayer_summary.pdf](http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/review_report_research/pvt_iplayer/iplayer_summary.pdf)
[Stand: 05.10.2009]
- BBC Building public value - Renewing the BBC for a digital world,
London, Juni 2004, Building_Public_Value.pdf
[Online nicht mehr verfügbar.]
- BBC Governors Summary of the Public Value Test,
London, September 2006, abrufbar unter:
http://www.bbcgovernorsarchive.co.uk/docs/pvt_summary.pdf
[Stand: 05.10.2009]
- BBC Governance Unit Interim rules for the conduct of the Public Value Test,
London, Oktober 2006, abrufbar unter:
[http://www.bbcgovernorsarchive.co.uk/docs/
interimrulesfortheconductofthepvt.pdf](http://www.bbcgovernorsarchive.co.uk/docs/interimrulesfortheconductofthepvt.pdf)

[Stand: 05.10.2009] (zitiert: Interim Rules)
- BBC Trust Public Value Test (PVT): Guidance on the conduct of the PVT,
London, August 2007, abrufbar unter:
[http://www.bbc.co.uk/bbctrust/framework/public_value_test/
index.html](http://www.bbc.co.uk/bbctrust/framework/public_value_test/index.html) (Dateiname: pvt_guidance.pdf) [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust Gaelic Digital Service: Public Value Assessment,
London, November 2007, abrufbar unter:
[http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/
gaelic_digital_service/pva.pdf](http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/gaelic_digital_service/pva.pdf) [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust BBC Service Licences: Operating Framework,
London, Oktober 2007, abrufbar unter:
[http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/
regulatory_framework/service_licences/
operating_framework_5oct2007.pdf](http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/service_licences/operating_framework_5oct2007.pdf) [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust bbc.co.uk Service Licence, London, April 2007, abrufbar unter:
[http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/
regulatory_framework/service_licences/online/
online_servicelicences/
bbc_co_uk_servicelicence_30apr2007.pdf](http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/service_licences/online_online_servicelicences/bbc_co_uk_servicelicence_30apr2007.pdf) [Stand: 05.10.2009]

- BBC Trust Public Value Assessment: BBC On-demand Service Proposal, London, Januar 2007, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/review_report_research/pvt_iplayer/ondemandpva.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust Public Value Assessment: BBC HDTV Proposal, London, September 2007, abrufbar unter: <http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/hdtv/pva.pdf> [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust BBC on-demand proposals: Public Value Test provisional conclusions and public consultation, London, Januar 2007, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/review_report_research/pvt_iplayer/iplayer_pvt_provisional_conclusions.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust BBC high definition television channel: Public Value Test provisional conclusions, London, September 2007, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/hdtv/provisional_conclusions.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust Gaelic Digital Service: Public Value Test provisional conclusions, London, November 2007, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/gaelic_digital_service/pvt_provisional_conclusions.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust BBC on-demand proposals: Public Value Test final conclusions, London, April 2007, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/decisions/on_demand/decision.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust BBC high definition television channel: Public Value Test final conclusions, London, November 2007, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/hdtv/pvt_final_conclusions.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust Gaelic Digital Service: Public Value Test final conclusions, London, Januar 2008, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/gaelic_digital_service/final_conclusions.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust Local Video: Public Value Assessment, London, November 2008, abrufbar unter: http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/local_video/pva.pdf [Stand: 05.10.2009]

- BBC Trust
Local Video: Public Value Test provisional conclusions, London, November 2008, abrufbar unter:
http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/local_video/provisional_conclusions.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust
Local Video: Public Value Test final conclusions, London, Februar 2009, abrufbar unter:
http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/local_video/decision.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust/Ofcom
Local Video Public Value Test: Description of the Service, London, Juni 2008, abrufbar unter:
http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/local_video_service_des.pdf [Stand: 05.10.2009]
- BBC Trust/Ofcom
Public Value Test on a proposed BBC/GMS Gaelic digital service, London, August 2007, abrufbar unter:
http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/gaelic_digital_service/gaelic_ser_desc.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Becker, Florian
Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Habilitationsschrift an der Universität Bonn (2003-2004), Tübingen, 2005 (zitiert: Kooperative und konsensuale Strukturen)
- Bensinger, Viola
Öffentlich-rechtliche Online-Angebote müssen zum Rundfunk als Medium in Bezug stehen, Interview vom 24.04.2009 im Medien-Blog "Charta", das Interview ist abrufbar unter:
<http://carta.info/8466/viola-bensinger-zum-drei-stufen-test/> [05.10.2009]
- Bensinger, Viola/
Sokoll, Karen
Die EU-Vorgaben für kommerzielle Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Arbeitspapiere des Institus für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 234, Köln, 2007
- Berendes, Konrad
Die Staatsaufsicht über den Rundfunk, Dissertation an der Universität Bonn (1972/73), Berlin, 1973 (zitiert: Staatsaufsicht)
- Berendes, Konrad
Zulässigkeit und Grenzen einer staatlichen Rechtsaufsicht über die Rundfunkanstalten, in: DÖV 1975, S. 413 ff.
- Bernard, Claudia
Rundfunk als Rechtsbegriff : Bedeutung, Inhalt und Funktion des Rundfunkbegriffs unter besonderer Berücksichtigung der Multimediadienste, Dissertation an der TU Dresden (2000), Herbolzheim, 2001 (zitiert: Rundfunk als Rechtsbegriff)

- Besselmann, Peter/
Kötzle, Alfred Public Corporate Governance im öffentlichen Rundfunk:
Schwachstellen bei Zuständigkeit und Zusammensetzung
der Aufsichtsgremien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten,
in: Medienwirtschaft 1/2006, S. 34 ff.
- Bethge, Herbert Probleme der Staatsaufsicht über Gemeinschaftseinrichtungen
der Länder. Zur Rechtsaufsicht über den Norddeutschen
Rundfunk, in: RuF 1977, S. 41 ff.
- Bethge, Herbert Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von
Rundfunkveranstaltern des Privatrechts, Schriftenreihe des
Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Band 29,
München, 1981 (zitiert: Verfassungsrechtliche Problematik)
- Bethge, Herbert Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch
Organisation und Verfahren, NJW 1982, S. 1 ff.
- Bethge, Herbert Freiheit und Gebundenheit der Massenmedien,
in: DVBl. 1983, S. 369 ff.
- Bethge, Herbert Rundfunkfreiheit in der Perspektive von Bundes- und
Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: ZUM 4/1987, S. 199 ff.
- Bettin, Grietje Rundum toll – Gremiendebatte (6): Aufsicht muß demokratischer
werden, in: epd medien (49) 2007, S. 7 ff.
- Böckenförde, Ernst W. Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 1 ff.
- Böckenförde, Ernst W./
Wieland, Joachim Die "Rundfunkfreiheit" – ein Grundrecht?,
in: AfP 1982, S. 77 ff.
- Bohne, Eberhard Der informale Rechtsstaat,
Dissertation an der Universität Köln (1980-1981), Berlin, 1981
- Brenner, Christian Zur Gewährleistung des Funktionsauftrages durch den
öffentlich-rechtlichen Rundfunk: Eine Konkretisierung
der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im
Fernsehen-, Hörfunk- und Online-Bereich,
Dissertation an der Eberhard-Karls-Universität, 2002
(zitiert: Zur Gewährleistung des Funktionsauftrages)
- Breuer, Rüdiger Konditionale und finale Rechtssetzung,
in: AöR, Bd. 127 (2002), S. 523 ff.
- Brohm, Winfried Öffentliches Baurecht, 4. Auflage, München, 2006
- Büdenbender, Ulrich/
von Heinegg, Wolff H./
Rosin, Peter Energierecht: Recht der Energieanlagen, Berlin, 1999
(zitiert: Energierecht)

- Bullinger, Martin Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks: Wege zu einem Funktionsauftrag, Gütersloh, 1999 (zitiert: Aufgaben)
- Bullinger, Martin Regulierung von Wirtschaft und Medien, Tübingen, 2008
- Bumke, Christian Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Dissertation an der Universität Köln (1996-1997), Baden-Baden, 1998 (zitiert: Grundrechtsvorbehalt)
- Burgi, Martin Das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung durch einfaches Gesetz, ZG 9 (1994), S. 341 ff.
- Burgi, Martin Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), S. 405 ff.
- Buri, Eugen Rechtsweg bei Rechtsverletzungen durch Sendungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: NJW 1972, S. 705 ff.
- Burkhardt, Kai Dreistufiger Unsinn: Die Drei-Stufen-Tests gefährden die Glaubwürdigkeit der Medienaufsicht, Beitrag im Medien-Blog "Charta" vom 09.03.2009, der Beitrag ist abrufbar unter: <http://carta.info/6097/dreistufiger-unsinn-drei-stufen-test/> [Stand: 05.10.2009]
- Calliess, Gralph-Peter Prozedurales Recht, Dissertation an der Universität Göttingen (1998), Baden-Baden, 1999
- Castendyk, Oliver Das Angebot der Rundfunkanstalten im Internet - was müssen sie dürfen?, AfP 05/2008, S. 467 ff.
- Collins, Richard The BBC and "public value", in: M&K 2007 (2), S. 164 ff.
- Collins, Richard Die BBC, das Internet und "public value", in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), Beilage zur Wochenzeitung "Das Parlament", 9-10/2009, S. 32 ff.
- Cornils, Matthias Die Ausgestaltung der Grundrechte, Habilitationsschrift an der Universität Bonn (2003/2004), Tübingen, 2005
- Degenhart, Christoph Rundfunkaufsicht und Wettbewerbsgleichheit im dualen Rundfunksystem, in: ZUM 3/1997, S. 153 ff.
- Degenhart, Christoph Programmfunktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und Aufgabenbestimmung durch den Gesetzgeber, in: ZUM 5/2000, S. 356 ff.

- Degenhart, Christoph Medienrecht und Medienpolitik im 21. Jahrhundert, in: K&R 2000, S. 49 ff.
- Degenhart, Christoph Gehören Online- und New Media Aktivitäten zum Grundversorgungsauftrag?, Leipzig, 2002, abrufbar unter: http://www.medientage.de/mediathek/archiv/2002/2_5_degenhart.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Degenhart, Christoph Öffentlich-rechtlicher Rundfunkauftrag und Rundfunkgebühr nach dem siebten und achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, in: K&R 7/2005, S. 295 ff.
- Degenhart, Christoph Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus nationaler und internationaler Sicht: Der Rundfunkauftrag als Grundlage und Grenze, in: AfP 2005, S. 493 ff.
- Degenhart, Christoph Rollenkonfusion – Gremiendebatte (13): Für vereinheitlichte Kontrolle, in: epd medien (63) 2007, S. 6 ff.
- Degenhart, Christoph Duale Rundfunkordnung im Wandel, AfP-Sonderheft 2007, S. 24 ff.
- De Munck, Jean/
Lenoble, Jacques Transformations in the art of governance, in: De Schutter, Olivier/Lebessis, Notis/Paterson, John (Hrsg.), Governance in the European Union, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2001, S. 31 ff.
- Dietlein, Johannes/
Burgi, Martin/
Hellermann, Johannes Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, München, 2006 (zitiert: Öffentliches Recht)
- Di Fabio, Udo Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, in: VerwArch 81 (1990), S. 193 ff.
- Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, DLM Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, Kassel, 2003, abrufbar unter: http://www.alm.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, DLM Positionspapier der Landesmedienanstalten zum Drei-Stufen-Test, Stuttgart, 2009, abrufbar unter: http://www.alm.de/fileadmin/Download/Drei-Stufen-Test_Positionspapier_der_LMA.pdf [Stand: 05.10.2009] (zitiert: Positionspapier)
- Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, DLM Leitfaden für externe Gutachten zu marktlichen und publizistischen Auswirkungen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests, Zürich, 2009 abrufbar unter: http://www.alm.de/fileadmin/Download/Leitfaden_IPMZ_20090916.pdf [Stand: 05.10.2009] (zitiert: Leitfaden)

- Dittmann, Armin/
Fechner, Frank/
Sander, Gerald G. Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien,
Berlin 1997 (zitiert: Rundfunkbegriff)
- Dörr, Dieter Programmvielfalt im öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch
funktionsgerechte Finanzausstattung : Rechtsgutachten zum
Anspruch kleiner Rundfunkanstalten auf funktionsgerechte
Finanzausstattung am Beispiel des Saarländischen
Rundfunks unter Einbeziehung politikwissenschaftlicher und
ökonomischer Aspekte, Baden-Baden, 1998
(zitiert: Programmvielfalt)
- Dörr, Dieter Umfang und Grenzen der Rechtsaufsicht über die
Deutsche Welle, Rechtsgutachten, Frankfurt a.M., 2000
- Dörr, Dieter Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und die Vorgaben des
Europarechts, in: MP 2005, S. 333 ff.
- Dörr, Dieter Eine Chance: ARD und ZDF sollten den Drei-Stufen-Test ernst
nehmen, in: epd medien (34/35) 2008, S. 3ff.
- Dörr, Dieter Gestaltungsspielraum: Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag -
ein gelungener Kompromiss?, FK 48/2008, S. 3 ff.
- Dörr, Dieter Das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, Stellungnahme anfertigt
im Auftrag des VPRT, Mainz, 2009
(zitiert: Gutachten-Zusammenfassung)
- Doetz, Jürgen Im Prinzip ganz einfach – Gremiendebatte (9): Die Sicht des
privaten Rundfunks, in: epd medien (59) 2007, S. 5 ff.
- Dolde, Klaus-Peter Verwaltungsverfahren und Deregulierung,
in: NVwZ 2006, S. 857 ff.
- Dolderer, Michael Objektive Grundrechtsgehalte,
Habilitationsschrift an der Universität Konstanz (1998),
Berlin, 2000
- Dolzer, Rudolf (Gesamthrg.)/
Vogel, Klaus (Mithrgs.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung,
Heidelberg (zitiert: Bearbeiter, in BK-GG, Stand)
- Donges, Patrick/
Puppis, Manuel Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks. Eine Einleitung, S. 9 ff.,
in: Dies. (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks -
Internationale Beiträge aus Wissenschaft und Praxis,
Köln, 2003 (zitiert: Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks)
- Dreier, Horst
(Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, Band I:
Präambel, Art. 1-19 GG, 2. Auflage, Tübingen, 2004
(zitiert: Bearbeiter, in: Dreier)

- Fehling, Michael
Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habilitationsschrift an der Universität Freiburg (1999-2000), Tübingen, 2001
- Fehling, Michael/
Kastner, Berthold/
Wahrendorf, Volker (Hrsg.)
Verwaltungsrecht: VwVfG, VwGO (Handkommentar)
1. Auflage, Baden-Baden, 2006.
(zitiert Bearbeiter in: HK-VerwR)
- Fischer-Lescano, Andreas/
Teubner, Gunther
Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt a.M., 2006
- Frahm, Helmut
Auf der Höhe der Zeit? – Gremiendebatte (19):
Stellenbeschreibung für Rundfunkräte, in: epd medien (100)
2007, S. 7 ff.
- Franzius, Claudio
Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht,
in: W. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle,
Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I:
Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation.
München, 2006, § 4 S. 177 ff.
- Fromm, Markus
Zur Frage der Staatsaufsicht über Rundfunkanstalten,
in: FuR 1980, S. 414 ff.
- Frye, Bernhard
Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen
Rundfunkanstalten, Dissertation an der Universität Leipzig (2000),
Berlin, 2001 (zitiert: Staatsaufsicht)
- Fuhr, Ernst W. (Hrsg.)
ZDF-Staatsvertrag: Staatsvertrag über die Errichtung
der gemeinnützigen Anstalt des Öffentlichen Rechts
“Zweites Deutsches Fernsehen” (ZDF-Staatsvertrag),
2. Auflage, Mainz, 1985 (zitiert: Bearbeiter, in: ZDF-Staatsvertrag)
- Fuhr, Ernst W.
Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im dualen System,
in: ZUM 3/1987, S. 145 ff.
- Gaiser, Wolfgang/
de Rijke, Johann
Gesellschaftliche Beteiligung der Jugend, in:
Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), Beilage zur Wochen-
zeitung “Das Parlament”, 44/2001, S. 8 ff.
- Gellermann, Martin
Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande,
Habilitationsschrift an der Universität Osnabrück (1999-2000),
Tübingen, 2000
- Gersdorf, Hubertus
Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der
Digitalisierung der Telekommunikation,
Berlin 1995 (zitiert: Rundfunkbegriff)

- Gersdorf, Hubertus Medienrechtliche Anforderungen an die Veranstaltung privater Vollprogramme unter besonderer Berücksichtigung des Merkmals der Information. Rechtsgutachten im Auftrag des Verbandes Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT), in: ZUM 2/2002, S. 106 ff.
- Gersdorf, Hubertus Grundzüge des Rundfunkrechts, München, 2003 (zitiert: Grundzüge)
- Gersdorf, Hubertus Legitimation und Limitierung von Textdiensten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks - Leitsätze zum Rechtsgutachten im Auftrag der Stiftervereinigung der Presse, Rostock/Berlin, 2008 (zitiert: Legitimation)
- Giersch, Volker Ganzheitlich, nicht partikular – Gremiendebatte (18): Vorschläge des GVK-Vorsitzenden, in: epd medien (78) 2007, S. 7 ff.
- Gornig, Gilbert/
Trüe, Christine Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht - Teil 1, in: JZ 2000, S. 395 ff.
- Gotzmann, Claudia Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Dissertation an der Universität Köln (2002), München, 2003 (zitiert: Staatsaufsicht)
- Gounalakis, Georgios/
Wege, Christoph Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis, in: NJW 2008, S. 800 ff.
- Grimm, Dieter Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, in: NVwZ 1985, S. 865 ff.
- Grimm, Dieter Verfassungsrechtliche Perspektiven einer dualen Rundfunkordnung, RuF 1987, S. 25 ff.
- Grimm, Dieter Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats, in: Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 9 ff.
- Günther, Klaus Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990, S. 51 ff. (zitiert: D. Grimm, Staatsaufgaben)
- Gundlach, Hardy
Auswirkungen Medienökonomisches Gutachten zu den marktlichen der geplanten NDR Mediathek erstellt für den Rundfunkrat des Norddeutschen Rundfunks, Hamburg, 2009
- Haarhoff, Ina/
Kopp, Reinhold Kostenpflichtige Telemedien im Drei-Stufen-Test - Nur eine differenzierte Auslegung führt zu belastbaren Ergebnissen, NJOZ 2009, S. 2927 ff.

- Hagenah, Evelyn Prozeduraler Umweltschutz, Dissertation an der Universität Bielefeld (1995), Baden-Baden, 1996
- Hahn, Werner Der Geburtsfehler: Die ZDF-Gremien als Spielwiese für Ministerpräsidenten, in: epd medien, (17) 2009, S. 3 f.
- Hahn, Werner/
Vesting, Thomas (Hrsg.) Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht,
2. Auflage, München, 2008 (zitiert: Bearbeiter, in: Hahn/Vesting)
- Hain, Karl-E. Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 55, Baden-Baden, 1993 (zitiert: Rundfunkfreiheit)
- Hain, Karl-E. Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts - Kontinuität in Zeiten der Konvergenz, JZ 3/2008, S. 128 ff.
- Hain, Karl-E. Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, Rechtsgutachten für ARD, ZDF und Deutschlandradio, Baden-Baden, 2009 (zitiert: Gutachten)
- Handel, Ulrike Die Fragmentierung des Medienpublikums, Bestandsaufnahme und empirische Untersuchung eines Phänomens der Mediennutzung, Wiesbaden, 2000 (zitiert: Die Fragmentierung des Medienpublikums)
- Hans-Bredow-Institut Zur Entwicklung der Medien in Deutschland zwischen 1998 und 2007: Wissenschaftliches Gutachten zum Kommunikations- und Medienbericht der Bundesregierung, Endbericht, Hamburg, 4 Juni 2008
- Hansmann, Klaus Harmonisierung unterschiedlicher Normstrukturen im europäischen und deutschen Umweltrecht, in: NVwZ 2006, S. 51 ff.
- Hartstein, Reinhart/
Ring, Wolf-Dieter/
Kreile, Johannes/
Dörr, Dieter/
Stettner, Rupert Rundfunkstaatsvertrag,
Kommentar (Loseblatt-Sammlung),
Berlin, Stand: 30. Aktualisierung, Juli 2007
(zitiert: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, RStV)
- Hasebrink, Uwe Das Publikum verstreut sich, in: Jarren, Otfried (Hrsg.), Medienwandel - Gesellschaftswandel?, Berlin, 1994, S. 265 ff.
- Hasebrink, Uwe/
Krotz, Friedrich Fernsehnutzung im dualen System: duales Publikum und duales Nutzungsverhalten, in: Hömberg, Walter/Pürer, Heinz (Hrsg.), Medien-Transformation: zehn Jahre dualer Rundfunk in Deutschland, Konstanz, 1996, S. 359 ff. (zitiert: Medien-Transformation)

- Haucap, Justus/
Dewenter, Ralf
Ökonomische Auswirkungen v- öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten - Marktauswirkungen innerhalb von Drei-Stufen-Tests, Gutachten im Auftrag des VPRT e.V., Zusammenfassung, Erlangen-Nürnberg, Ilmenau, 2009, abrufbar unter:
http://www.vprt.de/ie_asset_hack.php?mid=19&time=1254918033&file=o_document_20090806151124_studie_2009_07_29_VPRT_HaucapDewenter_DST_Gutachten_OekonomischeAuswirkungen_Zusammenfassung.pdf
&sk=1d8456e7b17c845fea2d5b696c5145b5
[Stand: 5.10.2009] (zitiert: Ökonomische Auswirkungen)
- Heinen, Helmut
Die Diskussion fängt gerade erst an, in: puk Dossier, Öffentlicher Rundfunk, Beilage zur Zeitung "Politik und Kultur" 9/10/2008, S. 20 f.
- Heinrich, Jürgen
Zur Funktionalität des Wettbewerbs im dualen System, in: Ridder, Christa-Maria/Langenbucher, Wolfgang R./Saxer, Ulrich/Steininger, Christian (Hrsg.), Bausteine einer Theorie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks : Festschrift für Marie Luise Kiefer, Wiesbaden, 2005, S. 325 ff. (zitiert: Bausteine)
- Held, Thorsten
Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Dissertation an der Universität Hamburg (2006), Baden-Baden, 2008
- Held, Thorsten/
Sankol, Barry
Staatsfreiheit der Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks - Überblick über die Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur, in:
W. Schulz (Hrsg.), Staatsferne der Aufsichtsgremien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Hamburg, 2002, S. 9 ff.
- Hellermann, Johannes
Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 645, Berlin, 1993
(zitiert: Freiheitsrechte)
- Henle, Victor
Wie testet man Public Value? - Ein vergleichender Blick auf das britische Verfahren, in: epd medien (92) 2007, S. 3 ff.
- Herdegen, Matthias
Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, in: JZ 1991, S. 747 ff.
- Herrmann, Günter
Die Rundfunkanstalt, in: AöR 90, S. 286 ff.
- Herrmann, Günther/
Lausen, Matthias
Rundfunkrecht : Fernsehen und Hörfunk mit neuen Medien, 2. Aufl., München, 2004
- Hesse, Albrecht
Rundfunkrecht : Die Organisation des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, München, 2003
(zitiert: Rundfunkrecht)

- Hesse, Albrecht Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus europäischer und nationaler Sicht, in: AfP 2005, S. 499ff.
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg, 1995
(zitiert: Grundzüge des Verfassungsrechts)
- Hilker, Heiko Selbstkontrolle stärken – Gremiendebatte (14): Politiker an ihren Taten messen, in: epd medien (64) 2007, S. 5 ff.
- Hirsch, Günter Europarechtliche Perspektiven der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VBIBW 2000, S. 71 ff.
- Hömberg, Walter Sisypnosarbeit – Gremiendebatte (20): 13 Thesen zur Kontrolle des Rundfunks, in: epd medien (4) 2008, S. 6 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Selbstverwaltung des Rundfunks und im Rundfunk, in: von Mutius, Albert (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg, 1983, S. 951 ff.
(zitiert: FG für von Unruh)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien, S. 563 ff. in: Schmidt, Reiner (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht: Besonderer Teil 1, 1. Auflage, Berlin, 1995
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Pay-TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk: Eine verfassungsrechtliche Analyse auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden, 1996
(zitiert: Pay-TV)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Regulating media : the licensing and supervision of broadcasting in six countries, New York, 1996 (zitiert: Regulating Media)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Erosionen des Rundfunkrechts : Tendenzen der Rundfunkrechtsentwicklung in Westeuropa, München, 1999
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Regulierung der dualen Rundfunkordnung : Grundfragen, Baden-Baden, 2000
(zitiert: Regulierung der dualen Rundfunkordnung)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Derselbe/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Band 9: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz. Baden-Baden, 2002, S. 9 ff. (zitiert: Reform)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung, in: Der Staat 2003, S. 193 ff.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang
Kann und soll der öffentliche Rundfunk eine Staatsaufgabe sein, in: Donges, Patrick/Puppis, Manuel (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks - Internationale Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, Köln, 2003, S. 29 ff. (zitiert: Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang
Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Derselbe/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. München, 2006, § 10 S. 623 ff., (zitiert: Grundlagen, Bd. I)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/
Schulz, Wolfgang
Medienrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Koch, Hans-Joachim (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden, 1998, S. 361 ff. (zitiert: Hoffmann-Riem/Koch)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/
Schulz, Wolfgang
Held, Thorsten (Hrsg.)
Konvergenz und Regulierung : Optionen für rechtliche Regelungen und Aufsichtsstrukturen im Bereich Information, Kommunikation und Medien, Baden-Baden, 2000 (zitiert: Konvergenz und Regulierung)
- Holtz-Bacha, Christina
Das fragmentierte Medien-Publikum. Folgen für das politische System, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), Beilage zur Wochenzeitung "Das Parlament" 42/1997, S. 13 ff.
- Holtz-Bacha, Christina
Fragmentierung der Gesellschaft durch das Internet?, in: Gellner, Winand/von Korff, Fritz (Hrsg.), Demokratie und Internet, Baden-Baden, 1998, S. 219 ff.
- Holtz-Bacha, Christina
Europa und der öffentlich-rechtliche Rundfunk, in: medienheft Dossier 25, 2006 (Zürich), S. 58 ff.
- Holtz-Bacha, Christina/
Peiser, Wolfram
Verlieren die Massenmedien ihre Integrationsfunktion?, in: Hasebrink, Uwe/Rössler, Patrick (Hrsg.), Publikumsbindungen: Medienrezeption zwischen Individualisierung und Integration, München, 1999, S. 41 ff. (zitiert: Publikumsbindungen)
- Holznapel, Bernd
Rundfunkrecht in Europa: Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen, Habilschrift an der Universität Hamburg (1995-1996), Tübingen, 1996 (zitiert: Rundfunkrecht in Europa)
- Holznapel, Bernd
Der spezifische Funktionsauftrag des Zweiten Deutschen Fernsehens (ZDF) : Bedeutung, Anforderungen und Unverzichtbarkeit unter Berücksichtigung der Digitalisierung, der europäischen Einigung und der Globalisierung der Informationsgesellschaft, Mainz, 1999 (zitiert: Funktionsauftrag)

- Holznagel, Bernd
Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, in:
Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 81 ff.
- Holznagel, Bernd/
Vollmeier, Ines
Gemeinsame oder getrennte Aufsicht?, in:
Donges, Patrick/Puppis, Manuel (Hrsg.),
Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks - Internationale Beiträge
aus Wissenschaft und Praxis, Köln, 2003, S. 277 ff.
(zitiert: Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks)
- Holznagel, Bernd/
Siebenhaar, Klaus
7-Stufen-Plan zur Umsetzung des Beihilfenkompromisses,
Berlin, Münster, 2008, abrufbar unter:
http://www.uni-muenster.de/Jura.tkr/oeer/7_Stufen_Plan_final.pdf
(zitiert: 7-Stufen-Plan) [Stand: 05.10.2009]
- Holznagel, Bernd/
Dörr, Dieter/
Hildebrand, Doris
Elektronische Medien - Entwicklung und Regulierungsbedarf -,
Zusammenfassung.pdf, München, 2008,
abrufbar unter: <http://www.muenchner-kreis.de> [Stand:
05.10.2009]
(zitiert: Münchner Kreis)
- Holznagel, Bernd/
Dörr, Dieter/
Hildebrand, Doris
Elektronische Medien - Entwicklung und Regulierungsbedarf -,
München, 2008 (zitiert: Holznagel/Dörr/Hildebrand)
- Hoppe, Werner/
Bönker, Christian/
Grotefels, Susan
Öffentliches Baurecht, 3. Auflage, München, 2004
- Huber, Joachim
Konsens aus Kontroverse – Gremiendebatte (8): Aus Laien
werden partielle Profis, in: epd medien (56) 2007, S. 4 ff.
- Hultén, Olof
The Future of Public Broadcasting in Scandinavia, in:
Donges, Patrick/Puppis, Manuel (Hrsg.),
Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks - Internationale Beiträge
aus Wissenschaft und Praxis, Köln, 2003, S. 170 ff.
(zitiert: Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks)
- Huster, Stephan
Die ethische Neutralität des Staates: Eine liberale Interpretation
der Verfassung,
Habilitationsschrift an der Universität Heidelberg (2001-2002),
Tübingen, 2002 (zitiert: Neutralität des Staates)
- Ipsen, Hans Peter
Mitbestimmung im Rundfunk: Verfassungsfragen zur
Mitbestimmung durch Belegschaftsvertreter in den
Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalten,
Frankfurt a.M., 1972 (zitiert: Mitbestimmung)
- Ipsen, Jörn
Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtliche Schutzgüter,
JZ 1997, S. 473 ff.

- Isensee, Josef
Grundrechtsvoraussetzung und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in:
Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, § 115
Heidelberg, 1992 (zitiert: HdbStR V)
- Jank, Klaus Peter
Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes,
Dissertation an der Universität Berlin (1967)
Berlin, 1967 (zitiert: Die Rundfunkanstalten)
- Jarass, Hans D.
Die Freiheit des Rundfunks vom Staat: Gremienbesetzung, Rechtsaufsicht, Genehmigungsvorbehalte, staatliches Rederecht und Kooperationsformen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, Berlin, 1981 (zitiert: Freiheit des Rundfunks)
- Jarass, Hans D.
Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik,
AöR 120 (1995), S. 345 ff.
- Jarass, Hans D./
Pieroth, Bodo
Grundgesetz-Kommentar, 9. Auflage, München, 2007
(zitiert: Bearbeiter, in: Jarass/Pieroth)
- Jarren, Otfried
Duales Rundfunksystem: Weder dual, noch System - und erst Recht nicht zu steuern?, in: Holgersson, Silke/Jarren, Otfried/Schatz, Heribert, Dualer Rundfunk in Deutschland, Hamburg, 1994, S. 13 ff. (zitiert: Dualer Rundfunk)
- Jarren, Otfried
Erneuerte Legitimität – Gremiendebatte (10): Neue Rundfunkräte allein helfen nicht, in: epd medien (60) 2007, S. 6 ff.
- Jarren, Otfried/
Schulz, Wolfgang/
Held, Thorsten/
Donges, Patrick/
Künzler, Matthias
Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft : eine komparative Studie zu Möglichkeiten der Absicherung des Public Service, Baden-Baden, 2001
(zitiert: Der öffentliche Rundfunk im Netzwerk)
- Kabbert, Rainer
Rundfunkkontrolle als Instrument der Kommunikationspolitik; Einfluß im Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung,
Nürnberg, 1987 (zitiert: Rundfunkkontrolle als Instrument der Kommunikationspolitik)
- Kahl, Wolfgang
Die Staatsaufsicht, Habilitationsschrift an der Universität Augsburg (1999-2000), Tübingen, 2000
- Kamps, Klaus
Politisches Kommunikationsmanagement : Grundlagen und Professionalisierung moderner Politikvermittlung,
Wiesbaden, 2007 (zit.: Politisches Kommunikationsmanagement)

- Kaumanns, Ralf/
Siegenheim, Veit/
Knoll, Eva Maria BBC-Value for Money & Creative Future:
Strategische Neuausrichtung der British Broadcasting
Corporation, München, 2007
(zitiert: BBC-Value for Money & Creative Future)
- KEF 14. Bericht, Mainz, 2003, abrufbar unter:
www.kef-online.de/inhalte/bericht14/14bericht.pdf
[Stand: 05.10.2009]
- KEF 15. Bericht, Mainz, 2005, Teil 1, abrufbar unter: http://www.kef-online.de/inhalte/bericht15/kef_15bericht_band1.pdf
[Stand: 05.10.2009]
- KEF 15. Bericht, Mainz, 2005, Teil 2, abrufbar unter: http://www.kef-online.de/inhalte/bericht15/kef_15bericht_band2.pdf
[Stand: 05.10.2009]
- KEF 16. Bericht, Mainz, 2007, abrufbar unter: http://www.kef-online.de/inhalte/bericht16/kef_16bericht.pdf
[Stand: 05.10.2009]
- Kepplinger, Hans Mathias Wohlverstandenes Interesse – Gremiendebatte (7): Wie effektiver
werden?, in: epd medien (55) 2007, S. 5 ff.
- Kepplinger, Hans Mathias/
Hartmann, Thomas Stachel oder Feigenblatt? Rundfunk- und Fernsehrechte in der
Bundesrepublik Deutschland: eine empirische Untersuchung,
Frankfurt, 1989 (zitiert: Stachel oder Feigenblatt?)
- Kewenig, Wilhelm A. Zu Inhalt und Grenzen der Rundfunkfreiheit,
Berlin, 1978 (zitiert: Rundfunkfreiheit)
- Kischel, Uwe Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen
gegenüber dem Bürger,
Habilitationsschrift an der Universität Mannheim (2001/2002)
Tübingen, 2003 (zitiert: Begründung)
- Klein, Hans Hugo Die Rundfunkfreiheit, Schriftenreihe des Instituts für
Rundfunkrecht an der Universität Köln, Band 224,
München, 1978 (zitiert: Rundfunkfreiheit)
- Klein, Hans Hugo Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 57 (1998), S. 114 f.
- Klein, Hans Hugo Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet,
Mainz, 2009, abrufbar unter: <http://www.ifp.uni-mainz.de/institut/symposium/Klein.doc> [Stand: 05.10.2009]
- Kleinsteuber, Hans J. Alle Macht den Räten ? – Gremiendebatte (16): Für mehr
Zivilgesellschaft, in: epd medien (67) 2007, S. 4 ff.

- Kleinsteuber, Hans J./
Wiesner, Volker/
Wilke, Peter Public Broadcasting im internationalen Vergleich - Analyse des gegenwärtigen Stands und Szenarien einer zukünftigen Entwicklung, RuF 1991, S. 33 ff.
- Kleist, Thomas Klarschiff – Gremiendebatte (2): Zum Vorschlag eines “ARD-Rates”, in: epd medien (25) 2007, S. 9 ff.
- Kleist, Thomas Die Umsetzung des EU-Kompromisses im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, in: promedia 2/2008, S. 11 ff.
- Klickermann, Paul H. Reichweite der Onlinepräsenz von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach dem 12. RÄndStV, MMR 2008, S. 793 ff.
- Knothe, Matthias Schwer nachvollziehbar: Zum Dörr-Gutachten in Sachen Drei-Stufen-Test, epd medien, (60) 2009, S. 5 ff.
- Knothe, Matthias/
Wanckel, Endress Rechtsaufsicht und Staatsfreiheit des Rundfunks - ein Widerspruch?, in: DÖV 1995, S. 365 ff.
- Koch, Hans-Joachim/
Hendler, Reinhard Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Auflage, Stuttgart u.a., 2004
- Koch, Hans-Joachim/
Rubel, Rüdiger/
Heselhaus, Sebastian Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München, 2003
- Kokott, Juliane Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: Die Verwaltung, Band 31 (1998), S. 335 ff.
- Kops, Manfred Wie können die Bürger sicherstellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Aufgaben erfüllt?, Erweiterter Vortrag, gehalten auf der 10. internationalen Konferenz des ”Voice of the Listeners and Viewers”, VLV, am 11 Februar 2005, in der Royal Society, London, abrufbar unter:
http://www.ioer.org/10aktuelles/VLVconferencepaper11_2_05-neu_deutsch.pdf (zitiert: VLV-EURALVA-Vortrag)
[Stand: 05.10.2009]
- Kops, Manfred Globalisierung der Medienwirtschaft. Nutzen und Kosten, Gewinner und Verlierer, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Nr. 211d, Köln, 2006
- Kops, Manfred/
Sokoll, Karen/
Bensinger, Viola Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests – Gutachten erstellt für den Rundfunkrat des Westdeutschen Rundfunks, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 252, Köln/Berlin, 2009 (zitiert: Rahmenbedingungen)

- Korte, Benjamin Das Recht auf Gegendarstellung im Wandel der Medien, Dissertation an der Universität Hamburg (2001), Baden-Baden, 2002 (zitiert: Das Recht auf Gegendarstellung)
- Krausnick, Daniel Gebührenfinanzierung unter dem Damoklesschwert, in: ZUM 11/2007, S. 806 ff.
- Krüger, Udo Michael Programmprofile im öffentlich-rechtlichen Fernsehen 1985 - 1990, Baden-Baden, 1992 (zitiert: Programmprofile)
- Küster, Otto Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR 75 (1949), S. 397 ff.
- Kugelman, Dieter Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, Habilitationsschrift an der Universität Mainz (1999-2000), Tübingen, 2001 (zitiert: Die informatorische Rechtsstellung)
- Kull, Edgar Rundfunkrecht und Rundfunkmarkt, in: ZUM 7/1987, S. 355 ff.
- Kunert, Tino Spannungsfeld – Gremiendebatte (15): Starke Beratung sichert die Zukunft, in: epd medien (65) 2007, S. 6 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz Duale Rundfunkordnung und Werbung in Programmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ZUM 10/1987, S. 491 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung: Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewissheitsbedingungen, in: Kritische Justiz 1994, S. 42 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz Grundrechtskonflikte in der “dualen Rundfunkordnung”, AfP 2/1998, S. 141 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz Der "Funktionsauftrag" des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf Integration festgelegt oder selbst definiert?, in: M&K 2000 (1), S. 93 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz Proceduralisation and its use in a post-modern legal policy, in: De Schutter, Olivier/Lebessis, Notis/Paterson, John (Hrsg.), Governance in the European Union, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2001, S. 53 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft, in: Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 59 ff.

- Ladeur, Karl-Heinz Die "objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit" unter Bedingungen von Multimedia, in: Faber, Heiko/Götz, Frank (Hrsg.), Demokratie in Staat und Wirtschaft: Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag, Tübingen 2002, S. 67 ff. (zitiert: FS E. Stein)
- Ladeur, Karl-Heinz Guaranteeing the Programming Mandate of Public Broadcasters and Restraints on Private Broadcasters' Programmes in Multimedia Conditions, Part I/II, in: German Law Journal No. 8 (1 August 2004) - Public Law, S. 907 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz Stellungnahme des VPRT im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2270/05, Hamburg, 2006
- Ladeur, Karl-Heinz Verantwortung der Institutionen - zu einer "Ethik der Regeln", in: Heidbring, Ludger/Hirsch, Alfred, Staat ohne Verantwortung? Zum Wandel der Aufgaben von Staat und Politik, Frankfurt a. M., 2007, S. 391 ff. (zitiert: Staat ohne Verantwortung?)
- Ladeur, Karl-Heinz/
Gostomzyk, Tobias Rundfunkfreiheit und Rechtsdogmatik - Zum Doppelcharakter des Art. 5 I 2 GG in der Rechtsprechung des BVerfG, in: JuS 2002, S. 1145ff.
- Leibholz, Gerhard Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Problematik der Ausübung der Rechtsaufsicht gegenüber Rundfunk- und Fernsehanstalten im Bereich Programmgestaltung, Schriftenreihe des Zweiten Deutschen Fernsehens, Heft 11, Mainz, 1973 (zitiert: Rechtsgutachten)
- Lent, Wolfgang Rundfunk-, Medien-, Teledienste: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rundfunkbegriffs und der Gewährleistungsbereiche öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten unter Berücksichtigung einfachrechtlicher Abgrenzungsfragen zwischen Rundfunkstaatsvertrag, Mediendienstestaatsvertrag und Teledienstegesetz, Dissertation an der Universität Leipzig (2000), Frankfurt, 2001 (zitiert: Rundfunk-, Medien-, Teledienste)
- Lenz, Sebastian Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung, Dissertation an der Universität Hannover (2005), Tübingen, 2006 (zitiert: Vorbehaltlose Freiheitsrechte)
- Lepsius, Oliver Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen, 1999
- Lerche, Peter Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, S. 15 ff. in: Bullinger/Kübler, Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit, Baden-Baden, 1979, (zitiert: Landesbericht)

- Lerche, Peter Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, § 121 Heidelberg, 1992, (zitiert: HdbStR V)
- Lerche, Peter Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers und Programmbereich der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: Assmann, Heinz-Dieter/Brinkmann, Tomas/Gounalakis, Georgios/Kohl, Helmut/Walz, Rainer (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1997, S. 239 ff. (zitiert: FG F. Kübler)
- Libertus, Michael Verfassungsrechtliche Aspekte einer Bestands- und Entwicklungsgarantie, in: ZUM 1992, S. 224 ff.
- Lilienthal, Volker Die Gremienplage. Die Rundfunkaufsicht alten Stils ist überholt (1), epd medien (61) 1995, S. 3 ff.
- Lilienthal, Volker Loyalitäten, vertraulich. Rundfunkgremien: Gegner von Strukturreformen (2), epd medien (63)1995, S. 4 ff.
- Lindner, Franz Josef Theorie der Grundrechtsdogmatik, Habilitationsschrift an der Universität München (2003/2004), Tübingen, 2005
- Lorz, Ralph Alexander Interorganrespekt im Verfassungsrecht: Funktionenzuordnung, Rücksichtnahmegebote und Kooperationsverpflichtungen, Habilitationsschrift an der Universität Mannheim (1999-2000), Tübingen, 2001 (zitiert: Interorganrespekt)
- Lucht, Jens Der öffentlich-rechtliche Rundfunk : Ein Auslaufmodell?, Grundlagen - Analysen - Perspektiven. Dissertation an der Universität Freiburg i.Br. (2004), Wiesbaden, 2006
- Luhmann, Niklas Die Realität der Massenmedien, 2. Auflage, Opladen, 1996
- Mager, Ute Einrichtungsgarantien, Habilitationsschrift an der Freien Universität Berlin (2001/2002), Tübingen, 2003
- Mallmann, Walter Zur Rechtsaufsicht über das Zweite Deutsche Fernsehen, Wiesbaden, 1975 (zitiert: Rechtsaufsicht)
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München, 2006

- Maunz, Theodor/
Dürig, Günther/
Herzog, Roman/
Scholz, Rupert
(Hrsg.) Grundgesetz (Kommentar), Band II: Art. 12a - 37 GG,
Loseblattsammlung, Stand 2006, München
(zitiert: Bearbeiter, in Maunz/Dürig)
- Mayer, Matthias Untermaß, Übermaß und Wesengehaltgarantie: Die Bedeutung
staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des
Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, Dissertation an der
Universität Gießen (2005), Baden-Baden, 2005
(zitiert: Untermaß, Übermaß und Wesengehaltgarantie)
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band,
Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage,
Berlin, 1969
- Mayer, Patrick Rechtshutzfähigkeit privater Rundfunkveranstalter gegen die
Programmexpansion öffentlich-rechtlicher Anstalten,
ZUM 7/1999, S. 543 ff.
- Mayntz, Renate Vollzugsprobleme der Umweltpolitik -
Empirische Untersuchung der Implementation von Gesetzen
im Bereich der Luftreinhaltung und des Gewässerschutzes,
Wiesbaden, 1978
- Meckel, Miriam Programmstrukturen des Fernsehens, in: Medienwissenschaft: Ein
Handbuch zur Entwicklung der Medien und Kommunikations-
formen. 3. Teilband, Leonhard, Joachim-Felix/Ludwig, Hans-
Werner/Schwarze, Dietrich/Strabner, Erich, Berlin, 2002,
S. 2269 ff. (zitiert: Medienwissenschaft)
- Merten, Klaus Konvergenz der deutschen Fernsehprogramme: eine
Langzeituntersuchung 1980-1993, Münster, 1994
- Meyer, Rudolph Falschmünzerei: Drei-Stufen-Test oder "public value" - was
passt?, in: epd medien (29) 2008, S. 3ff.
- Meyer, Rudolph Der Drei-Stufen-Test und "public value" – Modell für
Deutschland, Mainz, 2008 (zitiert: Drei-Stufen-Test)
- Meyer-Lucht, Robin Drei-Stufen-Test: NDR Rundfunkrat im Aufsichtsabseits,
Beitrag im Medien Blog "Charta" vom 06.04.2009, abrufbar
unter:
<http://carta.info/7567/ndr-drei-stufen-test-rundfunkrat-aufsicht/>
[Stand: 05.10.2009]
- Meyer-Lucht, Robin/
Gollatz, Kirsten Öffentlich-rechtliche Online-Angebote der nächsten Generation,
Berlin, 2008

- Miserre, Thomas Rundfunk-, Multimedia- und Kommunikationsrecht: Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 5 I 2 GG, Rundfunkstaatsvertrag, Teledienstegesetz, Mediendienstestaatsvertrag und Telekommunikationsgesetz, Dissertation an der Universität Göttingen (2005), Frankfurt a.M. 2006 (zitiert: Rundfunk)
- Möllers, Christoph Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Habilitationsschrift an der Universität Heidelberg (2003-2004), Tübingen, 2005 (zitiert: Gewaltengliederung)
- Möstl, Markus Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Habilitationsschrift an der Universität München (2001-2002), Tübingen, 2002 (zitiert: Die staatliche Garantie)
- Moore, Mark Harrison Creating Public Value: Strategic Management in Government, Bridgewater, NJ, 1997 - Replica (zitiert: Creating Public Value)
- Müller-Terpitz, Ralf Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Neue Medien - eine gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Betrachtung, AfP 04/2008, S. 335 ff.
- NDR-Rundfunkrat 372. Sitzung des NDR Rundfunkrates am 27. März 2009, Abschließende Beratung und Beschluss über das Angebot der NDR Mediathek, Hamburg, 2009
- Neun, Andreas Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Grenzen des Wachstums - Programm- und Angebotsdiversifizierung der Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland, Dissertation an der Universität Berlin (2001), Berlin, 2002 (zitiert: Grenzen des Wachstums)
- Nolte, Achim Das Kreuz mit dem Kreuz, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge, Band 48 (2000), S. 87 ff.
- Nünning, Volker Achtung, Fertig, Drei-Stufen-Test, FK 32/2009, S. 5 ff.
- Ofcom BBC new on-demand proposals Market Impact Assessment, London, Januar 2006, abrufbar unter: http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/ondemand/bbc_ondemand/bbc_ondemand.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Ofcom Methodology for Market Impact Assessments of BBC services, London, Mai 2007, abrufbar unter: <http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/statement/statement.pdf> (zitiert: Methodology for MIA) [Stand: 05.10.2009]

- Ofcom Market Impact Assessment of the BBC's High Definition Television Proposals, London, September 2007, abrufbar unter: http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/bbc_hdtv_external/bbc_hdtv_external.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Ofcom Market Impact Assessment of the BBC/Gaelic Media Service Gaelic Digital Service, London, November 2007, abrufbar unter: http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/bbc_gaelic/full.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Ofcom Market Impact Assessment of the BBC's Local Video Service, London, November 2008, abrufbar unter: http://www.ofcom.org.uk/research/tv/bbcmias/mia_localvideo/mia.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Ofcom/BBC Trust Memorandum of Understanding between the Office of Communications (Ofcom) and the BBC Trust, London, März 2007, abrufbar unter: <http://www.ofcom.org.uk/about/csg/ofcombbc/mou/mou.pdf> [Stand: 05.10.2009]
- Ossenbühl, Fritz Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S. 547 ff.
- Ossenbühl, Fritz Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, § 62, Heidelberg, 1996, (zitiert: HdbStR III)
- Otto, Hans-Joachim Kosmetik oder Korrektur – Gremiendebatte (11): Aufsicht – einheitlich und extern, in: epd medien (61) 2007, S. 5 ff.
- Pache, Eckhard Die Kontrolldichte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: DVBl. 1998, 380 ff.
- Pache, Eckhard Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Habilitationsschrift an der Universität Hamburg (2000), Tübingen, 2001
- Pappi, Urban Teledienste, Mediendienste und Rundfunk: Ihre Abgrenzung im Recht der elektronischen Medien, Dissertation an der Universität Freiburg im Breisgau (2000), Baden-Baden, 2000 (zitiert: Teledienste, Mediendienste und Rundfunk)
- Paschke, Marian/
Berlit, Wolfgang/
Meyer, Claus (Hrsg.) Hamburger Kommentar: Gesamtes Medienrecht, Baden-Baden, 2007 (zitiert: Bearbeiter, in: Paschke/Berlit/Meyer)
- Peters, Butz Der "Drei-Stufen-Test": Die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote, in: K&R 1/ 2009, S. 26 ff.

- Rossen-Stadtfeld, Helge Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien: eine rundfunkverfassungsrechtliche Einordnung, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 253, Köln, 2009
(zitiert: Anforderungen des Dreistufentests an die Gremien)
- Roßnagel, Alexander Die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Medien (und seine Beauftragung und Kontrolle), “Public Service Media in the Digital Age” - Seminar of the French Presidency of the Council of the European Union, Strasbourg, 17 & 18 July 2008, abrufbar unter: http://www.ddm.gouv.fr/IMG/pdf/Strasbourg_-_Alexander_Rossganel_-_VALL.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Ruck, Silke Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117 (1992), S. 543 ff.
- Rudolf, Walter Aufsicht bei Funk und Fernsehen, in: ZRP 1977, S. 213 ff.
- Rüggeberg, Jörg Rechtsschutz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten und privatrechtlicher Rundfunkunternehmen gegen Rechtsaufsichtsmaßnahmen, in: Becker, Jürgen (Hrsg.), Beiträge zum Medienprozeßrecht, Festgabe für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag, Baden-Baden, 1998, S. 109 ff. (zitiert: FG Ule)
- Sachs, Michael (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, 4. Auflage, München, 2007
(zitiert: Bearbeiter, in: Sachs)
- Salzwedel, Jürgen Staatsaufsicht in der Verwaltung, in: VVDStRL 22, S. 206 ff.
- Sarcinelli, Ulrich Vom Traditionsverein zur Eventagentur? Anmerkungen zur jugendrelevanten Modernisierung der Parteien in der Mediengesellschaft, in: von Alemann, Ulrich/ Marschall, Stefan (Hrsg.), Parteien in der Mediendemokratie, Wiesbaden, 2002, S. 347 ff.
- Schatz, Heribert Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlußfolgerungen für die Theoriebildung und die weitere Forschung, in: Ders. (Hrsg.), Fernsehen als Objekt und Moment des sozialen Wandels. Faktoren und Folgen der aktuellen Veränderungen des Fernsehens, Opladen, 1996, S. 371 ff.
- Scheble, Roland Perspektiven der Grundversorgung, Dissertation an der Universität Augsburg (1993), Baden-Baden, 1994
- Schellhaaß, Horst M. Die Konsequenzen des Rechtsstreits mit der Europäischen Kommission aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 242, Köln, 2008 (zitiert: Konsequenzen)

- Schmid, Tobias/
Gerlach, Petra Balance und Messbarkeit, in: FK 25/2009, S. 3 ff.
- Schmidt-Aßmann,
Eberhard Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen
Staatsrechtslehrer (VVDSStRL), Band 34 (1976), S. 221 ff.
- Schmidt-Aßmann,
Eberhard Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des
Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, § 24
Heidelberg, 1987, (zitiert: HdbStR I)
- Schmidt-Aßmann,
Eberhard Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher
Systembildung, in: Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 253 ff.
- Schmidt-Aßmann,
Eberhard Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz -
Perspektiven der Systembildung,
in: Derselbe / Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.),
Schriften zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 9:
Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz.
Baden-Baden, 2002, S. 429 ff.
- Schmidt-Aßmann,
Eberhard Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,
2. Auflage, Berlin, 2004 (zitiert: Ordnungsidee)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Hofmann, Hans/
Hopfauf, Axel (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz: GG, 11. Auflage,
Köln u.a., 2008 (zitiert: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf)
- Schmidt-Preuß, Matthias Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts,
in: NVwZ 2005, S. 489 ff.
- Schmitt Glaeser, Walter Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: VVDSStRL 31
(1973), Frowein, Jochen A./von Münch, Ingo/Walter, Robert
(Hrsg.), Berlin u.a., 1973, S. 179 ff.
- Schneider, Jens-Peter Öko-Audit als Scharnier einer ganzheitlichen Regulierungs-
strategie, in: Die Verwaltung, Band 28 (1995), S. 361 ff.
- Schoch, Friedrich Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer
Informationsordnung, VVDSStRL 57 (1998), S. 158 ff.
- Schoch, Friedrich Das verwaltungsbehördliche Ermessen,
in: JURA 2004, S. 462 ff.
- Schoch, Friedrich/
Schmidt-Aßmann, Eberhard/
Pietzner, Rainer (Hrsg.) Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar),
Loseblattsammlung, Stand: 04/2006, München
(zitiert: Bearbeiter, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner)
- Schulte-Kellinghaus, Jan Rundfunkbegriff und Gesetzgebungskompetenzen
im digitalen Zeitalter, Dissertation an der Universität Bonn (1998),
Erfurt, 1998 (zitiert: Rundfunkbegriff)

- Schulz, Winfried Politische Kommunikation, 2. Auflage, Wiesbaden 2008
- Schulz, Wolfgang Einleitung: Reformbedarfe und Reformhindernisse,
in: Ders. (Hrsg.), Staatsferne der Aufsichtsgremien öffentlich-
rechtlicher Rundfunkanstalten, Hamburg, 2002, S. 5 ff.
- Schulz, Wolfgang Das Quadrilemma der Regulierung von öffentlichem
Rundfunk - Public-Service-Organisationen zwischen
Selbst- und Fremdsteuerung, in: Donges, Patrick/ Puppis, Manuel
(Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks - Internationale
Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, Köln, 2003, S. 311 ff.
(zitiert: Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks)
- Schulz, Wolfgang Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung,
Kurzstudie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung,
Berlin, 2008
- Schulz, Wolfgang Freiraum gestalten. Vorschläge zur Organisation des
"Drei-Stufen-Tests", in: epd medien (9) 2008, S. 3 ff.
- Schulz, Wolfgang Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung,
in: MP 4/2008, S. 158 ff.
- Schulz, Wolfgang/
Held, Thorsten Regulierte Selbst-Regulierung als Form modernen Regierens:
Im Auftrag des Beauftragten für Kultur und Medien ;
Endbericht (Mai 2002), Hamburg, 2002
- Schuppert, Gunnar F. Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, S. 217 ff.
in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende
Steuerungsfähigkeit des Rechts,
Baden-Baden ,1990 (zitiert: D. Grimm, Staatsaufgaben),
- Schwendinger, Gerd Gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher
Rundfunkfinanzierung, Dissertation an der Universität
Gießen (2005-2006), Baden-Baden, 2007
- Scott, Colin The proceduralization of Telecommunications Law, in:
The journal of Information, Law and Technology (JILT),
1997, Issue (3),
Der Aufsatz kann als Worddokument abgerufen werden über:
<http://www.bibliothek.uni-regensburg.de/ezeit/?1482089>
- Seemann, Klaus Ordnungspolitische Perspektiven eines dualen Rundfunksystems,
in: ZUM 5/1987, S. 255 ff.
- Sjurts, Insa Einfach trotz Vielfalt in den Medienmärkten: Eine ökonomische
Erklärung, in: Friedrichsen, Mike/Seufert, Wolfgang (Hrsg.),
Effiziente Medienregulierung: Marktdefizite oder
Regulierungsdefizite, Baden-Baden, 2004, S. 71 ff.
(zitiert: Einfach trotz Vielfalt)

- Sokoll, Karen Der neue Drei-Stufen-Test für Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, NJW 2009, S. 885 ff.
- Stadelmaier, Martin Streitkultur – Gremiendebatte (4): Für mehr Konfliktbereitschaft, in: epd medien (41) 2007, S. 6 ff.
- Starck, Christian Anmerkung zum Urteil des VG Mainz vom 19.12.1978 (abgedruckt in JZ 1979, S. 303 ff.), in: JZ 1979, S. 305 ff.
- Starck, Christian “Grundversorgung” und Rundfunkfreiheit, NJW 1992, S. 3257 ff.
- Starck, Christian “Grundversorgung” und Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München, 1997, S. 777 ff. (zitiert: FS Stern)
- Steiner, Udo Verwaltungsverfahren und Grundrechte, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2002, S. 113 ff.
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage München 1984
- Stock, Martin Das vierte Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts: Kontinuität oder Wende?, in: NJW 1987, S. 217 ff.
- Stock, Martin Duales System: funktionsgerecht ausgestaltet?, in: Ridder, Christa-Maria/Langenbucher, Wolfgang R./Saxer, Ulrich/Steininger, Christian (Hrsg.), Bausteine einer Theorie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks : Festschrift für Marie Luise Kiefer, Wiesbaden, 2005, S. 54 ff. (zitiert: Bausteine)
- Stock, Martin Noch einmal zum Reformbedarf im "dualen Rundfunksystem": Public-Service-Rundfunk und kommerzieller Rundfunk – wie können sie koexistieren?, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 244, Köln, 2008 (zitiert: Reformbedarf)
- Stockinger, Hans Gerhard Eine Gratwanderung: Überlegungen zum Entwurf des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags, in: FK (19/20) 2008, S. 3 ff.
- Teubner, Gunther/
Willke, Helmut Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Steuerung durch reflexives Recht, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz), 1984, S. 4 ff.
- Thomass, Barbara Public Service Broadcasting und Digitalisierung: Erfahrungen in Frankreich und Großbritannien, in: Donges, Patrick/Puppis, Manuel (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks - Internationale Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, Köln, 2003, S. 223 ff. (zitiert: Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks)

- Thum, Kai Einfachgesetzliche Präzisierung des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Rundfunkfreiheit, Dissertation an der Universität Gießen (2006), Frankfurt am Main, 2007 (zitiert: Einfachgesetzliche Präzisierung)
- Thum, Kai Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilferecht, in: NVwZ 2007, S. 521 ff.
- Thum, Kai Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit nach deutschem und europäischem Recht, in: DÖV 2008, 653 ff.
- Trute, Hans-Heinrich Die Leistungsfähigkeit des Rechts: Zur Heidelberger Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiter, in: Ders./Rudolf Mellinghoff (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts: Methodik, Gentechnologie, Internationales Verwaltungsrecht, Heidelberg, 1988, S. 1 ff. (zitiert: Die Leistungsfähigkeit des Rechts)
- Trute, Hans-Heinrich Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: DVBl. 1996, S. 950 ff.
- Trute, Hans-Heinrich Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998), S. 216 ff.
- Trute, Hans-Heinrich/
Denkhaus, Wolfgang/
Kühlers, Doris Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Die Verwaltung 2004, S. 451 ff.
- Ukrow, Jörg Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, in: WiVerw 2003, S. 160 ff.
- Vahrenhold, Olaf Die Stellung der Privatfunkaufsicht im System staatlicher Aufsicht, Dissertation an der Universität Tübingen (1991/1992), Baden-Baden, 1992 (zitiert: Privatfunkaufsicht)
- Vesting, Thomas Abschied vom Integrationsmodell, in: Medium 1992, S. 53 ff.
- Vesting, Thomas Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus, in: Grabenwarter/Hammer/Pelzl/Schulev-Steyndl/Wiederin (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Wien, 1994, S. 9 ff. (zitiert: Grundrechtspluralismus)
- Vesting, Thomas Prozedurales Rundfunkrecht: Grundlagen – Elemente – Perspektiven, Habilitationsschrift an der Universität Hamburg (1996), Baden-Baden, 1997 (zitiert: Prozedurales Rundfunkrecht)

- Vesting, Thomas Das Rundfunkrecht vor den Herausforderungen der Logik der Vernetzung, in: M&K 2001 (3), S. 287 ff.
- Vesting, Thomas Subjektive Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft, in: Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 21 ff.
- Vesting, Thomas Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet – Ausübung der Rundfunkfreiheit?, Frankfurt am Main, 2005, abrufbar unter: http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifoer1/vesting/Dokumente/online-pub/Rundfunk_im_Internet.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Vlasic, Andreas Die Integrationsfunktion der Massenmedien : Begriffsgeschichte, Modelle, Operationalisierung, Wiesbaden, 2004 (zitiert: Die Integrationsfunktion der Massenmedien)
- von Coelln, Christian Die Rundfunkrechtsordnung Deutschlands - eine entwicklungs-offene Ordnung, AfP 05/2008, S. 433 ff.
- von Danwitz, Thomas Der Grundsatz funktionsgerechter Organisation, in: Der Staat 35 (1996), S. 329 ff.
- von Mangold, Hans/
Klein, Friedrich/
Starck, Christian Das Bonner Grundgesetz, Band I, 4. Auflage, München, 1999 (zitiert: Bearbeiter, in: v. Mangold/Klein/Starck, Band I)
- von Münch, Ingo Wie lange noch Rundfunk-Zwangsgebühr?, NJW 2000, S. 634 ff.
- von Münch, Ingo/
Kunig, Philip
(Hrsg.) Grundgesetzkommentar, Band I: Präambel bis Art. 19 GG, 5. Aufl., München, 2000 (zitiert: Bearbeiter in: von Münch/Kunig)
- von Münch, Ingo/
Kunig, Philip (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3: Art. 76 bis 146 und Gesamtregister, 4./5. Auflage, München, 2003 (zitiert: v. Münch/Kunig, GG)
- Voßkuhle, Andreas Das Kompensationsprinzip, Habilitationsschrift an der Universität Augsburg (1997-1998), Tübingen, 1999
- Voßkuhle, Andreas Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeß in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Schriften zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 7: Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, S. 349 ff. (zitiert: Reform)
- Voßkuhle, Andreas “Regulierte Selbstregulierung” - zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in: Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 197 ff.

- Voßkuhle, Andreas
Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren,
in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard
(Hrsg), Schriften zur Reform des allgemeinen
Verwaltungsrechts, Band 9: Verwaltungsverfahren und
Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 277ff.
- Voßkuhle, Andreas
Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in:
Ders./Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E. (Hrsg.),
Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I: Methoden, Maßstäbe,
Aufgaben, Organisation, München, 2006, § 1 S. 1 ff.,
- Vowe, Gerhard/
Opitz, Stephanie/
Dohle, Marco
Medienpolitische Weichenstellungen in Deutschland -
Rückblick und Vorausschau,
in: M&K 2008 (2), S. 159 ff.
- VPRT
Anmerkungen des VPRT zum Entwurf des 12. RÄndStV
(Stand: 26. März 2008), Berlin, 2008, abrufbar unter:
[http://www.vprt.de/index.html/de/positions/
article/id/58/?or=0&year=%7B0%7D&page=1](http://www.vprt.de/index.html/de/positions/article/id/58/?or=0&year=%7B0%7D&page=1)
[Stand: 05.10.2009]
- VPRT
Vorschlag für ein Public Value-Verfahren (PVT) / Teil I:
Einordnung / Grundlagen / Kernelemente,
Berlin, 2008, abrufbar unter:
[http://www.vprt.de/index.html/de/positions/
article/id/52/?or=0&year=%7B0%7D&page=2](http://www.vprt.de/index.html/de/positions/article/id/52/?or=0&year=%7B0%7D&page=2)
[Stand: 05.10.2009] (zitiert: Vorschlag des VPRT, Teil I.)
- VPRT
Vorschlag des VPRT mit Unterstützung von Dr. Victor Henle
für ein Public Value-Verfahren (PVT) / Teil II:
Organisation, Ausrichtung und Ablauf des Verfahrens,
Berlin, 2008, abrufbar unter:
[http://www.vprt.de/index.html/de/positions/
article/id/53/?or=0&year=%7B0%7D&page=2](http://www.vprt.de/index.html/de/positions/article/id/53/?or=0&year=%7B0%7D&page=2)
[Stand: 05.10.2009] (zitiert: Vorschlag des VPRT, Teil II.)
- VPRT
VPRT zum ZDF-Modell für einen Public Value-Test,
Berlin, 2007, abrufbar unter:
<http://www.vprt.de/index.html/de/press/article/id/135/>
[Stand: 05.10.2009]
- Wahl, Rainer
Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und
Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht,
in: DVBl. 2003, S. 1285 ff.
- Wassermann, Rudolph
(Hrsg.)
Alternativkommentar - Kommentar zum Grundgesetz für
die Bundesrepublik Deutschland,
3. Auflage, Neuwied, 2001 (zitiert: Bearbeiter, in AK-GG)

- Weber, Rolf H. Service public und Regulierung in der Schweiz, in: Donges, Patrick/Puppis, Manuel (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks - Internationale Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, Köln, 2003, S. 189 ff. (zitiert: Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks)
- Weischenberg, Siegfried Goethe im Sinkflug? Eine Diagnose öffentlich-rechtlicher Wirklichkeit, in: epd medien (58) 2004, S. 7 ff.
- Wiedemann, Verena Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und in Europa, in: ZUM 11/2007, S. 800 ff.
- Wiedemann, Verena Wie die Anstalten die Entscheidungen ihrer Gremien zum Dreistufentest vorbereiten und begleiten sollten, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 257, Köln, 2009
- Wilkens, Heinz Die Aufsicht über den Rundfunk, Dissertation an der Universität Frankfurt am Main (1963) Frankfurt a.M., 1965 (zitiert: Aufsicht)
- Wimmer, Norbert Der Drei-Stufen-Test nach dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, ZUM 8/9/2009, S. 601 ff.
- Witt, Jörn Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Dissertation an der Universität Rostock (2006), Berlin, 2007 (zitiert: Internet-Aktivitäten)
- Woldt, Runar Der Wert des öffentlichen Rundfunks in der digitalen Ära, in: MP 12/2006, S. 598 ff.
- Wolf, Stefan Wie verzichtbar wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Digitalisierung?, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 238, Köln, 2007
- Wolff, Heinrich Amadeus/
Decker, Andreas VwGO/VwVfG - Studienkommentar, München, 2005 (zitiert: Wolff/Decker)
- Wolff, Hans. J./
Bachof, Otto/
Stober, Rolf Verwaltungsrecht, Band 2, 5. Auflage, München, 1987 (zitiert: Wolff/Bachof/Stober, VerwR Bd. 2)
- Wolff, Hans J./
Bachof, Otto/
Stober, Rolf/
Kluth, Winfried Verwaltungsrecht, Band 1, 12. Auflage, München, 2007 (zitiert: Wolff/Bachof/Stober/Kluth)

- Wolfram, Dieter Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts - am Beispiel des amerikanischen Medien- und Telekommunikationsrechts, Dissertation an der Universität Frankfurt/Main (2004), Baden-Baden, 2005
(zitiert: Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts)
- Wufka, Eduard Die verfassungsrechtlich-dogmatischen Grundlagen der Rundfunkfreiheit: zugleich ein Beitrag zu Problemen der Rundfunkorganisation und Staatsaufsicht, Dissertation an der Universität München (1969) Frankfurt a.M., 1971 (zitiert: Rundfunkfreiheit)
- ZDF-Fernsehrat Beschluss des ZDF-Fernsehrates vom 07.12.2007, 11. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Verfahren zur Erarbeitung der Übergangsregelung (Vorwegumsetzung des Drei-Stufen-Tests), Mainz, 2007
- ZDF-Fernsehrat Beschluss des Fernsehrats vom 12.12.2008, Mainz, 2008, abrufbar unter:
http://www.unternehmen.zdf.de/fileadmin/files/Download_Dokumente/DD_Grundlagen/ZDF-Fernsehrat_Drei-Stufen-Test.pdf
[Stand: 05.10.2009]
- ZDF Zum Vorschlag des VPRT für ein Public Value Verfahren, Mainz, 2008, abrufbar unter:
http://www.unternehmen.zdf.de/uploads/media/ZDF_zum_Vorschlag_des_VPRT_fuer_ein_Public_Value_Verfahren.pdf [Stand: 05.10.2009]
- Ziekow, Jan Inwieweit veranlasst das Neue Steuerungsmodell zu Änderungen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensrechts?, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Schriften zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 9: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz. Baden-Baden, 2002, S. 349 ff.
- Ziekow, Jan Von der Reanimation des Verfahrensrechts, in: NVwZ 2005, S. 263 ff.